

Femeris

Revista Multidisciplinar de Estudios de Género



Isabel Flores. *Mural para la Igualdad y Diversidad*. UC3M
Fotografía de Almudena Díaz Martínez

Femeris: Revista Multidisciplinar de Estudios de Género

www.uc3m.es/femeris

Directores

EVA M. BLÁZQUEZ AGUDO
Universidad Carlos III de Madrid

DANIEL PÉREZ DEL PRADO
Universidad Carlos III de Madrid

Secretaría de redacción

MARÍA ÁNGELES ABELLÁN LÓPEZ
Universidad de Valencia

Comité editorial

MARÍA JOSÉ ASQUERINO LAMPARERO
Universidad de Sevilla

CAROLINA BLASCO JOVER
Universidad de Alicante

EVA MARÍA BLÁZQUEZ AGUDO
Universidad Carlos III de Madrid

FERRÁN CAMAS RODA
Universidad de Girona

XOSÉ MANUEL CARRIL VÁZQUEZ
Universidade da Coruña

VANESSA CORDERO
Universidad de Valencia

JUAN DE DIOS FERNÁNDEZ
Inspección de Trabajo

MIRENTXU MARÍN
Universidad de Navarra

MARÍA JOSÉ RAMO,
Abogada

PATRICIA NIETO ROJAS
UNED

SUSANA RODRÍGUEZ ESCANCIANO
Universidad de León

SARAI RODRÍGUEZ GONZÁLEZ
Universidad de La Laguna

ELISA SIERRA HERNAIZ
Universidad de Navarra

Comité Científico

LOURDES ARASTEY
Tribunal Europeo de Derechos Humanos

MARÍA AMPARO BALLESTER PASTOR
Universidad de Valencia

MARZIA BARBERA
Universidad Brescia

CATHERINE BARNARD
Universidad Cambridge

EVA MARÍA BLÁZQUEZ AGUDO
Universidad Carlos III de Madrid

JAIME CABEZA PEREIRO
Universidad de Vigo

ADRIANA LETICIA CAMPUZANO GALLEGO
Magistrada Poder Judicial México

MARÍA EMILIA CASAS BAAMONDE
Universidad Complutense

MARÍA ENRIQUETA FERNÁNDEZ HAGGAR
Magistrada Poder Judicial México

SONIA FERNÁNDEZ SÁNCHEZ
Universidad Cagliari

JUAN GORELLI HERNÁNDEZ
Universidad de Huelva

FABIANA HAYDEE SCHAFFRIK
Universidad Buenos Aires

JEAN JACQMAIN
Universidad Libre Bruselas

RISA LIEBERWITZ
Universidad de Cornell

CARMEN LÓPEZ ANIORTE
Universidad de Murcia

LILIA MÓNICA LÓPEZ BENÍTEZ
Magistrada Poder Judicial México

MARÍA DE LOS REYES MARTÍNEZ BARROSO
Universidad de León

CAROLINA MARTÍNEZ MORENO
Universidad de Oviedo

LOURDES MELLA MÉNDEZ
Universidad Santiago Compostela

MARÍA LUISA MOLERO,
Universidad Rey Juan Carlos

CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE
Universidad de Jaén

PILAR NÚÑEZ-CORTES
Universidad Loyola

DANIEL PÉREZ DEL PRADO
Universidad Carlos III

TERESA PÉREZ DEL RÍO
Universidad de Cádiz

NURIA RAMOS
Universidad Ámsterdam

MARÍA REGINA REDINHA
Universidad Porto

GINA MAGNOLIA RIAÑO BARÓN
Organización Iberoamericana
de Seguridad Social (OISS)

CARMEN SÁEZ LARA
Universidad Córdoba

CARMEN SÁNCHEZ TRIGUEROS
Universidad de Murcia

MARÍA LUISA SEGOVIANO
Tribunal Constitucional

SUSANA RODRÍGUEZ ESCANCIANO
Universidad León

ROSA VIROLÉS
Tribunal Supremo

ÍNDICE

Editorial

- 4 **Efectividad y transparencia para unas retribuciones equitativas y no discriminatorias entre mujeres y hombres**
Effectiveness and transparency for equitable and non-discriminatory remuneration between women and men
Jaime Cabeza Pereiro

Artículos

- 9 **Transparencia retributiva y principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres. Retos del Derecho español en la transposición de la Directiva (UE) 2023/970 de 10 de mayo de 2023**
Transparency of remuneration and the principle of equal pay for men and women. Challenges for Spanish law in the transposition of Directive (EU) 2023/970 of 10 May 2023
Eduardo Rojo Torrecilla
- 31 **El papel del convenio colectivo como instrumento de transparencia retributiva**
The role of the collective agreement as an instrument of remuneration transparency
Dulce María Cairós Barreto
- 58 **El principio de igualdad retributiva por razón de género tras la aprobación de la Directiva (UE) 2023/970. La evolución de la noción de retribución***
The community principle of gender equal pay following the adoption of Directive (EU) 2023/970. The evolution of the notion of remuneration
Rosa María Rodríguez Romero
- 77 **Discriminación algorítmica e ilusoria neutralidad. Actuales desafíos ante el fortalecimiento de tradicionales desigualdades en materia de violencia contra la mujer**
Algorithmic discrimination and illusory neutrality. Current challenges in the face of reinforcing traditional inequalities in violence against women
Sandra López de Zubiría Díaz
- 95 **La prevención de riesgos laborales en el entorno digitalizado desde una perspectiva de género***
The prevention of occupational risks in the digitalized environment from a gender perspective
Covadonga Fernández Villar

Crónicas jurisprudenciales

- 125 **Crónica de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre igualdad (año 2023)**
Chronicle of the Spanish Constitutional Court Case on equality rights (year 2023)
Ricardo Pedro Ron Latas
- 129 **Crónica de la jurisprudencia europea sobre igualdad (de 1/9/2022 a 31/8/2023)**
Chronicle of the European case law on equality (from 1/9/2022 to 31/8/2023)
Jean Jacqmain
- 144 **“Unidad Familiar” y acceso a la RAI. Enjuiciamiento con perspectivas de género y discapacidad. A propósito de la Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 24 de abril de 2024 (Recursos 2194/2022) y su voto particular**
“Family Unity” and access to the RAI. Prosecution with gender and disability perspectives. Regarding the Superior Court Rulings of Justice of the Canary Islands of April 24, 2024 (Resources 2194/2022) and your private vote
Glòria Poyatos i Matas

Referencias bibliográficas

- 153 ROJAS RIVERO, GLORIA P. (Dir.). *Las “mareas” de la igualdad en el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (Beatriz Sánchez-Girón Martínez)

EDITORIAL

Efectividad y transparencia para unas retribuciones equitativas y no discriminatorias entre mujeres y hombres

Effectiveness and transparency for equitable and non-discriminatory remuneration between women and men

JAIME CABEZA PEREIRO

Vicepresidente de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

doi: 10.20318/femeris.2024.8637

El desarrollo del principio fundamental de igualdad retributiva entre mujeres y hombres del art. 157 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea ha pasado por varias etapas. De entre ellas, ha tenido una influencia decisiva un cambio de orientación desde un plano más sustantivo, de reconocimiento de derechos, a otro más aplicativo, centrado en las garantías para su efectividad. Puede situarse el origen de esta nueva aproximación en el semestre sueco de presidencia de la Unión Europea del período enero-junio de 2001. Fue entonces cuando se sentaron los pilares de la Directiva 2002/73/CE, que modificó la entonces vigente Directiva 1976/207/CEE. En contraste con otras más o menos contemporáneas, como las Directivas 2000/43/CE y 2000/78/CE, mostró su mayor modernidad precisamente en un mayor hincapié en la efectividad de los derechos. Es evidente que la mayor consolidación del sexo como causa de discriminación en el acervo de la Comunidad Europea propició entonces esa diferencia, pero también lo es que se puso en marcha un nuevo enfoque, en el que se profundizaría progresivamente.

Por aquel entonces el Derecho interno por fin procedía a una incorporación adecuada del principio de igual retribución por trabajo de igual valor, al incorporar con la Ley 33/2002, de 5 julio, los conceptos extrasalariales, en una redacción sin duda más precisa que la anterior. Pero solo fue con la LO 3/2007, de 22 marzo, cuando por fin se produjo la trasposición de la Directiva 2002/73/CE, por aquel entonces ya compilada en la Directiva 2006/54/CE. La Ley Orgánica de Igualdad fue sometida a un amplio escrutinio sobre su adecuada acomodación a la normativa de la UE, pero justo es reconocer que, salvo aspectos

técnicos sin duda discutibles, en términos generales afinó los mecanismos para dotar de mayores garantías de cumplimiento el derecho a la no discriminación por razón de sexo.

No debe dejar de citarse otro aspecto de la Directiva 2002/73/CE más inadvertido, pero que ha cristalizado en toda la normativa posterior, en una labor de continuo perfeccionamiento. Se trata de la elaboración de conceptos unívocos, que precisan mejor el objeto de protección y producen una mayor armonización de las normativas internas. La LO 3/2007 bebe considerablemente de esa fuente, que es común y transversal de todo el Derecho antidiscriminatorio de la UE a partir del cambio de siglo, y que ha producido, mediante una técnica paralela, otro reforzamiento en la mejor coercibilidad de los derechos.

Ya en la pasada década, un texto de *soft law* propició muy intensos cambios. La Recomendación de la Comisión Europea de 7 marzo 2014, sobre el refuerzo del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres a través de la transparencia, posó la atención en el tópico que centra la nueva Directiva de 2023, pero sus contenidos fueron mucho más ricos. En particular, profundizó en el concepto de trabajo de igual valor, como asunto central de la comparación que permita descubrir discriminaciones, enfatizó más si cabe la importancia central de la negociación colectiva y subrayó la necesidad de producir sistemas de evaluación y clasificación de los empleos. Pero, en cuanto a la transparencia, los tópicos de los derechos informativos, de las auditorías retributivas y de la más correcta elaboración de estadísticas y datos administrativos emergieron como técnicas dotadas de potencialidad importante para generar un mejor conocimiento de las situaciones probablemente discriminatorias.

Esa Recomendación precipitó un interesante debate e intercambio de información entre los Estados Miembros. Algunos de ellos ya habían anticipado medidas en la línea propuesta por la Comisión Europea y otros modificaron sus legislaciones para incorporarlas. Debe reconocerse, así pues, la capacidad transformadora que tuvo ese texto no vinculante, que propició sin duda un paso adelante significativo en las técnicas aplicativas del art. 157 del TFUE. El Reino de España no fue ninguna excepción, pues, ya con algún retraso, el RD-ley 6/2019, de 1 marzo, introdujo la mayoría de las técnicas apuntadas en la Recomendación. La elevación de la transparencia retributiva y de la igual retribución por trabajo de igual valor a principios orientadores del derecho a la no discriminación retributiva ha configurado un contexto renovado en el que se conjugan tales principios con técnicas aplicativas y con herramientas concretas para la efectividad del derecho plasmado en el art. 28 del ET.

El RD 902/2020 de 13 octubre, constituye ahora desarrollo necesario e inescindible de dicho precepto estatutario. La más acabada regulación, como es propio de un texto reglamentario, del registro retributivo y de la auditoría retributiva, esta última solo exigible a las empresas obligadas a elaborar un plan de igualdad, ha permitido, desde hace ya casi cuatro años, que exista una normativa concreta y aplicable para detectar brechas en las remuneraciones entre hombres y mujeres que, a la postre, desvelen discriminaciones en los conceptos salariales o extrasalariales. Y, al margen de otros contenidos igualmente importantes, es necesario destacar que, una vez más, la norma realza la responsabilidad esencial de la negociación colectiva en cuanto a la valoración de los puestos de trabajo. La comprobación de que los grupos y niveles profesionales se ajustan al principio de igual remuneración para

puestos del mismo valor insiste en la atención necesaria a los sistemas clasificatorios como epicentros de todos los sismos de discriminaciones indirectas que subyacen en los convenios colectivos.

Cuando la aplicación de toda esta renovada normativa constituye un esfuerzo común en las mesas de negociación y en la organización del personal por parte de las empresas, y cuando todavía no existe en Derecho interno, más allá de una incipiente jurisprudencia sobre los planes de igualdad, un mínimo cuerpo de doctrina judicial aplicable a aquélla, ha de afrontarse el reto de la trasposición de una nueva Directiva, desde luego coherente con las normas anteriores. Debe resistirse la tentación de pensar que “los deberes ya están hecho” porque, antes bien, la Directiva (UE) 2023/970/CE establece nuevas exigencias, que deben estar incorporadas, a más tardar, el 7 junio 2026.

No es este el lugar para enumerar los cambios exigibles, pero sí de enunciar nuevos retos, que pueden resumirse en los siguientes retos: 1) la expansión de los principios de igualdad y transparencia retributiva a los procesos de selección y colocación de personas trabajadoras, con particular atención a los derechos de estas a la intimidad de sus historiales retributivos. 2) La mejora de los derechos in normativos individuales, que les permita conocer mejor sus derechos y sus retribuciones en comparación con las de las demás, acompañada del incremento de las exigencias a las empresas, en función de su tamaño, en cuanto a la cadencia de sus exigencias de facilitar los datos pertinentes. 3) La necesidad de justificar con más precisión, mediante una evaluación retributiva conjunta, las causas que producen diferencias entre los niveles retributivos entre hombres y mujeres, allá donde superen el umbral del cinco por ciento. 4) La exigencia de introducir medidas de apoyo a las empresas con plantillas inferiores a doscientas cincuenta personas, a los efectos de que puedan cumplir con los nuevos mandatos.

Es muy visible que la Directiva insiste en las vías de reparación y cumplimiento efectivo de sus preceptos, como una asignatura todavía pendiente. El mismo énfasis de la Directiva 2002/73/CE destacado veinte años más tarde, con diferentes matices, pero con el mismo mensaje, debe convocar a una reflexión en la transposición de la Directiva. Más allá de la imprescindible exigencia de revisar la correcta incorporación de todas las nuevas reglas, ha de producirse un necesario análisis de la efectiva garantía del derecho a la igualdad retributiva entre mujeres y hombres, que no parece óptima. Hay dos aspectos que se destacan en su Capítulo III –arts. 14 ss.– que conviene subrayar: de una parte, el discreto número de demandas que en nuestra realidad interna se interponen sobre discriminación retributiva no parece un buen indicio. Si las garantías procesales están bien concebidas, habría que detectar dónde están los hiatos para que las trabajadoras no ejerzan sus derechos. De otra parte, es crucial el mensaje de la accesibilidad a las pruebas. En ese acceso están algunas de las respuestas claves, aunque no todas, que explican la distancia entre un sistema más o menos adecuado y una realidad decepcionante. Hay un debate clave sobre la tensión entre transparencia y privacidad que, desde luego, debe repensarse a muchos efectos, entre ellos al de procurar sistemas retributivos más justos.

Sin perjuicio de todo lo dicho, es necesario persistir en un análisis mucho más clásico, como es el de la identificación de discriminaciones indirectas. Se ha hecho referencia

plural a la negociación colectiva en los párrafos precedentes, pero su estudio sistemático y minucioso constituye una tarea esencial. Puede expresarse, en el contexto de las afirmaciones generales, que los convenios colectivos han asistido a un cambio de profundidad en los últimos veinte años. En todos los ámbitos, sean de empresa o sectoriales, provinciales, de Comunidad Autónoma o estatales, su mayor modernidad resulta incuestionable, también en cuanto a una mayor capacidad de neutralizar cláusulas discriminatorias. El trabajo desarrollado por las unidades de igualdad de las organizaciones sindicales y empresariales ha dado importantes frutos.

Ahora bien, esa mejora no debe producir complacencia. En demasiadas ocasiones, los convenios se pronuncian en términos exclusivamente retóricos, sin que se desarrolle realmente una revisión más adecuada de los sistemas clasificatorios y de las estructuras retributivas. Las comparaciones entre unos grupos profesionales y otros frecuentemente producen, a simple vista, sospechas de quiebra del principio de igual retribución por trabajo de igual valor. Los complementos personales están las más de las veces desequilibrados, en particular en el deficiente juego de la absorción y compensación. Los complementos de puesto de trabajo no resisten muchas veces el más simple análisis de impacto de género. Los complementos variables se regulan en numerosos convenios con una notable opacidad. Las compensaciones de gastos encumbren habitualmente salarios con sesgos inconfundibles. Y así, un largo etcétera de asuntos pendientes.

En un análisis ponderado, la situación ha mejorado, pero es susceptible de mucha mejora todavía. Debe destacarse y denunciarse, finalmente, el “no-papel” de la autoridad laboral. El art. 90.6 ET ha sido un precepto decorativo en los últimos diecisiete años, tal vez por desidia, por falta de formación, por comportamientos políticamente correctos, por falta de compromiso, o por una suma de todos esos factores. Por desgracia, no hay excepciones de Administraciones públicas con mejores comportamientos. No hay excusa para que ellas asuman también sus responsabilidades.

ARTÍCULOS

Transparencia retributiva y principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres. Retos del Derecho español en la transposición de la Directiva (UE) 2023/970 de 10 de mayo de 2023*

Transparency of remuneration and the principle of equal pay for men and women. Challenges for Spanish law in the transposition of Directive (EU) 2023/970 of 10 May 2023

EDUARDO ROJO TORRECILLA

Catedrático (jubilado) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, y profesor honorario de la Universidad Autónoma de Barcelona
ORCID ID: 0000-0002-7840-6532

Recibido: 5/3/2024

Aceptado: 5/5/2024

doi: 10.20318/femeris.2024.8638

Resumen. Es objeto de explicación la Directiva (UE) 2023/970 y su transposición al ordenamiento jurídico española. El eje principal es el de la igualdad retributiva entre hombres y mujeres cuando se realiza un mismo trabajo o de igual valor, y con carácter más concreto de la transparencia retributiva como mecanismo necesario para alcanzar aquella. La Directiva en el desarrollo del Pilar Europeo de Derechos Sociales y se une a otras normas que también inciden sobre el principio de igualdad. Son destacadas los amplios cambios introducidos en la Propuesta de Directiva durante la tramitación y la negociación con el Parlamento Europeo, como por ejemplo la aplicación de la Directiva a las personas solicitantes de empleo, el concepto de trabajo de igual valor, con arreglo a criterios no discriminatorios, objetivos y neutros con respecto al género, y el reconocimiento expreso de la discriminación interseccional. Se concluye que la normativa española cumple en términos generales con la comunitaria, e incluso la mejora respecto al derecho a la información de las personas trabajadoras y de la representación del personal, y que solo requiere de algunas modificaciones como por ejemplo el respeto a los plazos previstos para la prescripción de las acciones derivadas de la relación contractual laboral, dejando planteada la hipótesis de interpretación de diversos preceptos de nuestra normativa interna que pueden adecuarse a la comunitaria.

Palabras clave: Salarios, transparencia retributiva, discriminación, Directiva, Tratado Unión Europea.

* El presente texto es una versión revisada de la ponencia presentada el 7 de marzo en el acto organizado por la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Acto Institucional 8M - *Igualdad de las Mujeres* 2024.

Abstract. The Directive (EU) 2023/970 and its transposition into Spanish law is the subject of explanation. The main focus is on equal pay for men and women for equal work or work of equal value, and more specifically on pay transparency as a necessary mechanism for achieving equal pay. The Directive is a further development of the European Pillar of Social Rights and joins other legislation that also has an impact on the principle of equality. The extensive changes introduced in the Proposal for a Directive during the processing and negotiation with the European Parliament, such as the application of the Directive to job seekers, the concept of work of equal value, in accordance with non-discriminatory, objective and gender-neutral criteria, and the express recognition of intersectional discrimination, are noteworthy. It is concluded that Spanish legislation complies in general terms with Community legislation, and even improves it with regard to the right to information for workers and staff representation, and that it only requires some modifications such as, for example, respect for the time periods established for the prescription of actions derived from the employment contract relationship, leaving the hypothesis of interpretation of various precepts of our domestic legislation that can be adapted to Community legislation.

Keywords: Wages, pay transparency, discrimination, Directive, European Union Treaty.

1. Introducción

Agradezco a la Junta Directiva de la AEDTSS su invitación a participar en el importante Acto Institucional “8M - Igualdad de las Mujeres” 2024, que versa sobre el análisis de la Directiva (UE) 2023/970¹ y que incluye, tal como se explica en la nota de prensa² de presentación de la Jornada “paneles dedicados a analizar la directiva y su implementación en el Derecho español, así como el papel crucial que desempeñan los convenios colectivos y el diálogo social en la promoción de la igualdad retributiva”.

La jornada combina la vertiente académica con la social, debiendo estar siempre unidas ambas a mi parecer en cualquier reflexión del mundo jurídico. El Acto, que cuenta con varios años de vida, sin duda pretende poner una vez de manifiesto que hay que seguir avanzando, en ocasiones con muchas piedras en el camino, para conseguir el objetivo perseguido al que me referiré más adelante.

Baste ahora con recordar, a) en primer lugar, algunos datos recogidos en la Declaración institucional del Gobierno español con ocasión del día para la igualdad salarial, el 22 de febrero³, y b) a continuación algunos datos extraídos del Eurobarómetro núm. 535⁴, publicado en diciembre del pasado año, y que está dedicado a la discriminación en la Unión Europea

- A) “Según los datos de salarios de la EPA, en 2022, **la diferencia salarial mensual bruta entre hombres y mujeres fue del 15,7%, 5,25 puntos porcentuales por debajo de la brecha en 2018, lo que representa una reducción del 25%**. Continúa siendo una cifra inaceptable, que refleja la desigualdad y las discriminaciones laborales que sufren las mujeres, pero es el menor valor de la serie histórica.

¹ <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2023-80668> (consulta: 25 de febrero)

² <https://www.aedtss.com/acto-institucional-aedtss-igualdad-de-las-mujeres-2024/> (Consulta: 1 de marzo)

³ <https://www.igualdad.gob.es/comunicacion/notasprensa/declaracion-institucional-con-motivo-del-dia-para-la-igualdad-salarial/> (consulta: 4 de marzo)

⁴ <https://europa.eu/eurobarometer/surveys/detail/2972> (consulta: 5 de marzo)

En ese periodo de tiempo también la brecha salarial de las mujeres de entre 20 y 24 años se ha reducido en 4,3 puntos porcentuales y la de mujeres de entre 25 a 29 años se ha estrechado en 2,2. No obstante, tampoco cabe bajar la guardia y es necesario avanzar en políticas que permitan la erradicación definitiva de la brecha entre las personas más jóvenes”.

Pese a los avances recientes, perduran desequilibrios: “las discriminaciones que sufren las mujeres se siguen siendo inadmisibles: los resultados de la última Encuesta anual de Estructura Salarial, referida al año 2021, revelan que la brecha salarial entre mujeres y hombres es del 18,36% en cómputo anual, lo que supone una reducción de 5,57 puntos en la última década. Las mujeres ganan menos que los hombres en prácticamente todas las secciones de actividad. Además, el 25% de las mujeres perciben ganancias menores o iguales al Salario Mínimo Interprofesional, mientras que este porcentaje en el caso de los hombres es solo del 11%. Siete de cada diez personas que trabajan a tiempo parcial son mujeres. Las responsabilidades de cuidados constituyen el motivo para estar trabajando a tiempo parcial para el 16,5% de estas mujeres, mientras que solo para el 3,4% de los hombres que trabajan a tiempo parcial este es el motivo. Como colofón, la desigualdad económica a lo largo de la vida tiene su impacto y reflejo en las pensiones de jubilación, en las que se alcanza una intolerable brecha de género del 33,75%”.

- B) A la pregunta sobre “percepciones de la prevalencia y las medidas contra la discriminación”, un 38 % en la UE y un 39 % en España responden que es “habitual”, y a la posible discriminación que puede darse en un proceso de contratación “entre dos candidatos con las mismas habilidades y cualificaciones”, un 31 % en la UE y un 29 % en España responden que “puede poner en desventaja el género o sexo de/de la candidata/a (ser hombre o mujer”. En el conjunto de la UE hay mayoría de mujeres (42 %, frente al 34 % de hombres) que consideran que esa discriminación por razón de sexo existe en su país, con predominio de las de menos de 55 años (41 %) en comparación con las mayores de dicha edad (34 %).

Formulo una reflexión general previa. Es importante destacar el impacto de la política social europea, en concreto de los preceptos del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea que se refieren a la misma, de los Reglamentos y Directivas, y muy especialmente, y cada vez más, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE. Recordemos que el art. 4bis 1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial dispone que “los Jueces y Tribunales aplicarán el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, que conviene relacionar con lo expuesto en la Exposición de Motivos: “sólo procederá el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad cuando no sea posible acomodar, por la vía interpretativa, la norma controvertida al mandato constitucional. Se refuerza, con ello, la vinculación del juzgador para con la norma fundamental, y se introduce en esa sujeción un elemento dinámico de protección activa, que trasciende del mero respeto pasivo por la Ley suprema”.

Esta importancia no es desconocida por quienes desean que no avance la política social, por lo que podría suponer de fortalecimiento de los derechos de las personas tra-

bajadoras no sólo en el territorio de la UE sino también más allá del mismo, o al menos ese es mi parecer. Si como muestra valen dos botones, pensemos en la (de momento) fallida Directiva sobre la mejora de las condiciones laborales en el trabajo en plataformas digitales y también en la que versa sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937.

Por ello, todo el mundo jurídico debe estar muy atento, no solo al BOE, sino también al DOUE y a la página web del TJUE. Para poner solo tres ejemplos muy significativos de la importancia de la jurisprudencia comunitaria, y que impactan directamente sobre la normativa española, remito a la lectura de tres sentencias; 18 de enero de 2024 (asunto C-631/22) , de 22 de febrero de 2024 (asuntos acumulados C-59/22, C-110/22 y C-159/22) , y 12 de diciembre de 2019 (asunto C-450/18), esta última recién aplicada por el TS en sentencia dictada por el Pleno el 21 de febrero, que declara la imprescriptibilidad del derecho a solicitar el complemento de maternidad por aportación demográfica sobre la pensión de jubilación de la parte demandante.

2. ¿Sobre qué trata la Directiva?

El eje principal es el de la igualdad retributiva entre hombres y mujeres, y con carácter más concreto de la transparencia retributiva como mecanismo necesario para alcanzar aquella. Ahora bien ¿de toda igualdad retributiva? No, sino de la que debe existir cuando se realiza “un mismo trabajo o de igual valor”.

¿Hay normativa española que aborde esta temática? Sí, y muy reconocida en ámbitos internacionales. Desde la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, al (modificado en 2019) art. 28 de la Ley del Estatuto de los trabajadores, los Reales Decretos 901 y 920/2020 de 13 de octubre, el primero por el que se regulan los planes de igualdad y su registro, y el segundo sobre igualdad retributiva entre mujeres y hombres, para seguir con la Orden PCM/1047/2022 de 1 de noviembre, por la que se aprueba y se publica el procedimiento de valoración de los puestos de trabajo previsto en el Real Decreto 902/2020. Sin olvidar la incidencia que puede tener por vía indirecta, una vez que se convierta en norma legal, el Proyecto de Ley Orgánica de representación paritaria y presencia equilibrada de mujeres y hombres, y mucho más directamente el Proyecto de Ley de familias

Hay que valorar, pues, y mucho, el esfuerzo realizado en los últimos cinco años y felicitar a todas las personas que han contribuido a que haya sido posible

La Jornada de la AEDTSS gira alrededor de una norma comunitaria que avanza en el desarrollo del Pilar Europeo de Derechos Sociales aprobado en la cumbre europea interinstitucional de noviembre de 2017, y que se une a otras normas que también inciden sobre el principio de igualdad, como son las Directiva (UE) 2022/2041 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de octubre de 2022 sobre unos salarios mínimos adecuados en la Unión Europea , la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los proge-

nitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo , y la Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea

Se trata de la Directiva (UE) 2023/970/ del Parlamento Europeo y del Consejo de 10 de mayo de 2023, por la que se refuerza la aplicación del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor a través de medidas de transparencia retributiva y de mecanismos para su efectivo cumplimiento”, cuya Propuesta fue presentada el 4 de marzo de 2021, acompañada de dos detallados informes de los servicios técnicos.

3. ¿Cumple la normativa española con el objetivo, la finalidad y su desarrollo concreto de aquel y de esta? ¿Requiere en su caso de modificaciones y/o adaptaciones para su respeto?

Cabe decir inicialmente, para tranquilidad del actual gobierno, que hay tiempo suficiente para la transposición dentro de la presente legislatura, ya que el art. 34 dispone que deberá efectuarse “a más tardar el 7 de junio de 2026”, y mucho más concretamente, art. 9, que la información sobre las distintas brechas retributivas que puede haber en una empresa deberá facilitarse por esta “a más tardar” el 7 de junio de 2027 para empresa con plantilla igual o superior a 250 personas trabajadoras (y posteriormente cada año), y en aquellas que ocupen entre 150 y 249 (y posteriormente cada tres años), y “a más tardar” el 7 de junio de 2031 para las de 100 a 149.

Y todo ello sin perjuicio, y España ha hechos sus deberes, de que los Estados miembros (art. 27) puedan introducir disposiciones más favorables para quienes trabajan, así como también de que la Directiva no constituirá “en ningún caso” un motivo para reducir los niveles de protección en los ámbitos por ella regulados”.

Dicho sea incidentalmente, cabe destacar la declaración de la Comisión que se anexó a la resolución del PE, en la que, tras tomar nota de la fijación de un período de transposición acordado por los colegisladores, deseaba señalar que “esta desviación del período estándar de transposición de dos años no debe servir de precedente”, y que su único objetivo “es garantizar que, llegado el momento de la transposición, los empleadores dispongan de estructuras retributivas no discriminatorias para garantizar la plena aplicación de las nuevas normas”.

4. El origen de la Propuesta de Directiva y las modificaciones incorporadas en su tramitación

Hay ya aportaciones de indudable interés de la doctrina laboralista sobre la Directiva, a las que sin duda debe prestarse especial atención, y por supuesto que lo he hecho por mi parte al preparar mi exposición, a las que me referiré más adelante.

A) Recordemos, primeramente, algunos documentos de la Comisión Europea que anticipaban la necesidad de una regulación detallada en materia de igualdad y transparencia retributiva

El primero, es un Informe⁵ elaborado sobre la aplicación de la Recomendación de 7 de marzo de 2014 sobre el refuerzo del principio de igualdad entre mujeres y hombres a través de la transparencia, en el que se pasa revista a todas las medidas, legales y convencionales, puestas en práctica por los Estados miembros para conseguir los objetivos fijados por aquella (una Recomendación no vinculante jurídicamente, es cierto, pero cuyo contenido y redacción parece en ocasión más próximo a una Directiva).

En el informe se constatan los avances efectuados en bastantes Estados, pero al mismo tiempo se manifiesta preocupación porque “en un tercio de los Estados miembros, tales medidas (destinadas a aumentar la transparencia salarial) son totalmente inexistentes”, así como también porque sólo un grupo reducido de Estados han aprovechado la Recomendación para “revisar sus sistemas jurídicos nacionales a fin de reforzar el principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres”. Tales lagunas sugieren a la CE “una posible necesidad de medidas adicionales específicas a nivel de la UE”.

Tales medidas se concretan en la Comunicación dedicada al Plan de Acción en la UE 2017-2019⁶ para abordar la brecha salarial, a la que se adjunta un amplio anexo en el que se listan las acciones a abordar en el período indicado, junto con la fecha en la que deberían ponerse en marcha y los agentes (institucionales, sociales) implicados.

En la Comunicación, y con mayor concreción en el anexo, se describen las ocho líneas de acción principales, en las que deberá producirse una adecuada simbiosis entre las medidas que se adopten a escala europea y aquellas que lo hagan en el ámbito nacional, así como relacionándolas con las políticas que se adopten en sede empresarial.

Respecto a la mejora de la aplicación del principio de igualdad de retribución, la CE acuerda evaluar “la necesidad de adoptar nuevas medidas legales para mejorar la aplicación del principio y seguirá supervisando y haciendo respetar los derechos existentes en la UE”, entre las que se incluyen las de hacer vinculantes jurídicamente hablando algunas de las medidas propuestas en la Recomendación, y de mejorar (= cuantías superiores) las indemnizaciones a las víctimas, de la mano con un incremento de las sanciones a los sujetos infractores, y con una propuesta concreta de indudable interés cual es la de “adopción de normas mínimas de indemnización que pongan a la víctima en la situación en que se encontraría si se hubiera respetado el principio de igualdad de retribución”.

Sobre la propuesta de combatir la segregación profesional y sectorial, la CE se propone apoyar medidas que tiendan a la eliminación de los estereotipos respecto a la ubicación de mujeres y hombres en el mercado de trabajo, con especial interés en la puesta en marcha de medidas que atraigan a más mujeres al ámbito científico (ciencia, tecnolo-

⁵ <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-14735-2017-INIT/es/pdf> (consulta: 2 de marzo)

⁶ https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:19320cc0-cde3-11e7-a5d5-01aa75ed71a1.0021.02/DOC_1&format=PDF (consulta: 2 de marzo).

gía, ingeniería y matemáticas). Igualmente, “apoyará a las empresas y a otros empleados en sus esfuerzos por garantizar la igualdad de retribución y atraer y retener al sexo menos representado”.

En cuanto a la ruptura del “techo de cristal”, al objeto de combatir la segregación vertical, la CE se propone apoyar aquellas prácticas “que mejoren el equilibrio entre mujeres y hombres en los procesos y puestos de toma de decisiones en todos los sectores”, fijando, por ejemplo, objetivos cuantitativos respecto a la presencia mínima de personas de un sexo en los órganos de administración de las empresas.

Para corregir la penalización sufrida en su gran mayoría por mujeres en el mercado de trabajo como consecuencia de haberse dedicado durante un tiempo, o hacerlo de forma permanente, al cuidado de otras personas (menores o de edad avanzada), se propone la puesta en marcha de nuevas políticas que fomenten el equilibrio entre la vida privada y la profesional, siendo una de ellas (en aquel momento) la propuesta de directiva para establecer una nueva regulación de los permisos por razón de maternidad, paternidad y cuidado de hijos menores o de personas necesitadas de cuidado.

Otras medidas recogidas en el Plan de acción, a las que se adjuntan diversas propuestas para su implementación, son las siguientes: dar mayor importancia a las capacidades, los esfuerzos y las responsabilidades de las mujeres, a fin y efecto de ir corrigiendo más rápidamente la segregación profesional y sectorial, apostando por una mejora sustancial de los salarios en los ámbitos profesionales en los que existe sobrerrepresentación femenina; visibilizar las desigualdades reales existentes, sacándolas a la luz pública, así como también los estereotipos que lleva a que ello sea posible, mejorando la información estadística disponible y prestando especial atención al trabajo femenino en la economía colaborativa y las plataformas tecnológicas, ya que la cada vez mayor presencia femenina en estos ámbitos “podría contribuir a ampliar la brecha salarial entre hombres y mujeres”.

En la misma línea que la anterior, la séptima medida versa sobre la necesidad de alertar e informar sobre la brecha salarial, por lo que la CE participará activamente en campañas de sensibilización sobre el particular, “y proporcionará directrices sobre el principio de igualdad de retribución”. Por último, y estrechamente vinculado a las políticas de buenas prácticas y de aprendizaje mutuo entre los Estados miembros, la CE llama a mejorar las asociaciones para abordar la brecha salarial, de tal manera que seguirá colaborando “con los principales agentes para intercambiar buenas prácticas, proporcionar financiación y tratar las consecuencias de la brecha salarial entre hombres y mujeres a través del proceso del Semestre Europeo”.

- B) Y a continuación, paso a exponer la razón que motivó la presentación de la Propuesta, y cual cuál era su objetivo, cuál era su finalidad según los documentos que acompañaban a la Propuesta, y que también, por supuesto, se recogían en su amplia y detallada introducción.

En el documento técnico “Resumen del Informe de la evaluación de impacto”⁷ se explicaba qué se perseguía conseguir con la nueva norma:

“El objetivo general es mejorar la aplicación y el cumplimiento del principio de igualdad de retribución por un mismo trabajo o por un trabajo de igual valor entre hombres y mujeres, regulado en el artículo 157 del TFUE y en la Directiva 2006/54/CE. Los objetivos específicos de la iniciativa son: empoderar a los trabajadores para que hagan valer plenamente su derecho a la igualdad de retribución, poniendo de relieve los casos de discriminación retributiva a través de la transparencia y ofreciendo a los trabajadores la información y los instrumentos necesarios para actuar al respecto, así como abordar la infravaloración sistémica del trabajo de las mujeres a nivel empresarial a través de la transparencia, corrigiendo los sesgos en los mecanismos de fijación de retribuciones que perpetúan la infravaloración del trabajo realizado por las mujeres”.

Reproduzco dos amplios fragmentos de la introducción de la propuesta de Directiva:

“Motivación de la Propuesta. El derecho a la igualdad de retribución entre mujeres y hombres por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor es uno de los principios fundacionales de la Unión Europea consagrados en el Tratado de Roma. La exigencia de garantizar esta igualdad de retribución se establece en la Directiva 2006/54/CE (la “Directiva refundida”, complementada en 2014 por una Recomendación de la Comisión sobre transparencia salarial (la “Recomendación de 2014”). Pese a la existencia de este marco jurídico, la aplicación y el cumplimiento efectivos de este principio siguen planteando, en la práctica, todo un reto en la UE. La falta de transparencia retributiva ha sido identificada como uno de los principales obstáculos. La brecha retributiva de género en la UE sigue situándose en torno al 14 %. La brecha retributiva repercute a largo plazo en la calidad de vida de las mujeres, aumenta su riesgo de exposición a la pobreza y perpetúa la brecha de las pensiones, que es en la UE del 33 %. La pandemia de COVID-19 y sus consecuencias económicas y sociales hacen todavía más acuciante la necesidad de afrontar esta cuestión, habida cuenta de que la crisis ha golpeado con especial dureza a las trabajadoras”.

“Objetivos de la propuesta

El objetivo de la iniciativa es poner término a la persistente aplicación fallida del derecho fundamental a la igualdad de retribución y garantizar el respeto de ese derecho en toda la UE, estableciendo con tal fin normas de transparencia retributiva que empoderen a los trabajadores y a las trabajadoras para hacer valer su derecho a la igualdad de retribución.

Para alcanzar estos objetivos, la Directiva propuesta incluye las medidas siguientes:

- implantar la transparencia retributiva dentro de las organizaciones;
- facilitar la aplicación de los conceptos clave relativos a la igualdad de retribución, como “retribución” y “trabajo de igual valor”, y
- reforzar los mecanismos para su cumplimiento efectivo.

⁷ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021SC0042> (consulta: 1 de marzo)

La transparencia retributiva permite al personal detectar y demostrar posibles discriminaciones por razón de sexo. También revela la existencia de sesgos de género en los sistemas retributivos y de clasificación profesional que conducen a una valoración desigual y discriminatoria del trabajo de las mujeres con respecto al de los hombres, o que desestiman determinadas competencias profesionales que se consideran, principalmente, cualidades femeninas. Habida cuenta de que ese sesgo es, a menudo, inconsciente, la transparencia retributiva puede contribuir a concienciar a los empleadores y ayudarles a detectar diferencias de retribución por razón de género que son discriminatorias, que no responden a factores discrecionales válidos y que con frecuencia no son deliberadas. La transparencia retributiva es, por tanto, un instrumento esencial para disipar las dudas sobre la igualdad de retribución entre hombres y mujeres y para apoyar la eliminación de los sesgos de género en las prácticas retributivas. También puede favorecer un cambio en las actitudes hacia la remuneración de las mujeres al aumentar la sensibilización al respecto y generar un estimulante debate sobre los motivos de las diferencias retributivas estructurales de género. Más allá de conducir al mero cumplimiento del principio de igualdad de retribución, esta iniciativa puede ser también un motor desencadenante de la revisión de las políticas de igualdad de género en general al nivel de las empresas, y promover una cooperación más estrecha entre empleadores y representantes del personal”.

Transcurrieron, pues, más de dos años desde la presentación de la Propuesta hasta su aprobación definitiva por el Consejo, habiéndose alcanzado un acuerdo entre quienes negociaban por el Parlamento Europeo y por el Consejo el 15 de diciembre de 2022, al que el PE dio su visto bueno en la sesión plenaria de 30 de marzo de 2023 por 427 votos a favor, 79 en contra y 76 abstenciones. En la nota de prensa del PE ⁸ se exponía que

“... las estructuras retributivas para comparar salarios deberán basarse en criterios que no hagan diferencias de género. Dichos criterios también deberán aplicarse a los sistemas de evaluación y clasificación de empleos, a los anuncios de vacantes y a la denominación del puesto. Los procesos de selección y contratación deberán llevarse a cabo de forma no discriminatoria.

Si la información sobre salarios muestra una diferencia de género de al menos un 5 %, los empleadores tendrán que efectuar un análisis conjunto de los salarios en cooperación con los representantes de los trabajadores. Los Estados miembros tendrán que establecer sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias —como multas— para los empleadores que infrinjan las normas. Los trabajadores que hayan sufrido daños como resultado de una infracción tendrán derecho a pedir una indemnización. Por primera vez, las normas incluyen la discriminación interseccional y los derechos de las personas no binarias en su ámbito de aplicación.

Las normas estipulan que los trabajadores y sus representantes tendrán derecho a recibir información clara y detallada sobre los salarios individuales y medios, desglosados por género. También pondrán fin al secreto salarial: se prohibirán las cláusulas contractuales que impidan a los trabajadores revelar cuánto ganan o buscar información sobre otras categorías profesionales o la suya propia.

En cuestiones relacionadas con la remuneración, la carga de la prueba pasará del trabajador al empleador. En aquellos casos en los que un trabajador considere que no se ha

⁸ <https://www.europarl.europa.eu/news/es/press-room/20230327IPR78545/brecha-salarial-de-genero-el-pe-apru-eba-nuevas-normas-de-transparencia> (consulta: 4 de marzo)

aplicado el principio de igualdad de retribución y acuda a la justicia, la legislación nacional deberá obligar al empleador a demostrar que no ha habido discriminación”.

En la nota de prensa del Consejo⁹, además de lo ya expuesto en la del PE, encontramos esta información:

“... Acceso a la información

Las nuevas normas obligarán a los empresarios a informar a los solicitantes de empleo sobre el salario inicial o la horquilla salarial de los puestos anunciados, ya sea en el anuncio de vacante o antes de la entrevista. También se impedirá a los empresarios preguntar a los candidatos por su historial salarial.

Una vez en el puesto, los trabajadores tendrán derecho a pedir a sus empleadores información sobre los niveles salariales medios, desglosados por sexo, de las categorías de empleados que realizan el mismo trabajo o un trabajo de igual valor. También tendrán acceso a los criterios utilizados para determinar la retribución y la progresión profesional, que deben ser objetivos y neutros desde el punto de vista del género.

Obligación de informar

Las empresas con más de 250 empleados deberán informar anualmente a la autoridad nacional competente sobre las diferencias salariales entre hombres y mujeres en su organización. Para las organizaciones más pequeñas (inicialmente las de más de 150 empleados), la obligación de informar tendrá lugar cada tres años.

Si el informe revela una diferencia de retribución superior al 5% que no pueda justificarse con criterios objetivos y neutros desde el punto de vista del género, las empresas deberán tomar medidas en forma de una evaluación salarial conjunta realizada en cooperación con los representantes de los trabajadores.

Acceso a la justicia

En virtud de la nueva directiva, los trabajadores que hayan sufrido discriminación salarial por razón de género podrán recibir indemnizaciones, incluida la recuperación íntegra de los atrasos salariales y las primas o pagos en especie correspondientes.

Aunque la carga de la prueba en los casos de discriminación salarial ha recaído tradicionalmente en el trabajador, ahora será el empresario quien deba demostrar que no ha infringido las normas de la UE sobre igualdad y transparencia salariales. Las sanciones por incumplimiento deben ser efectivas, proporcionadas y disuasorias, e incluirán multas.

Ampliación del ámbito de aplicación

Por primera vez, la discriminación interseccional (la combinación de múltiples formas de desigualdad o desventaja, como el género y la etnia o la sexualidad) se ha incluido en el ámbito de aplicación de las nuevas normas. La Directiva también contiene disposiciones que garantizan que se tengan en cuenta las necesidades de los trabajadores con discapacidad...”

⁹ <https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2023/04/24/gender-pay-gap-council-adopts-new-rules-on-pay-transparency/> (consulta: 1 de marzo)

- C) Debemos preguntarnos, antes de abordar las posibles modificaciones y/o adaptaciones en la normativa española, si hubo cambios relevantes en el texto finalmente aprobado con respecto a la propuesta inicial, y la respuesta es afirmativa, con un papel relevante de las modificaciones propuestas por el PE en su función de colegislador.

Entre las modificaciones especialmente dignas de ser destacadas a mi parecer, y algunas de ellas requerirán cambios en la normativa española, se incluyen estas:

- la aplicación de la Directiva a las personas solicitantes de empleo;
- el concepto de trabajo de igual valor, con arreglo a “criterios no discriminatorios, objetivos y neutros con respecto al género”;
- la cooperación del sujeto empleador con la representación del personal;
- el reconocimiento expreso de la discriminación interseccional, es decir aquella que se da por razón de sexo, “combinada con cualquier otro motivo o motivos de discriminación contra los que protegen las Directivas 2000/43/CE o 2000/78/CE;
- herramientas o metodologías analíticas que sean “de fácil acceso” y que se puedan “utilizar fácilmente” para evaluar y comparar el valor del trabajo; criterios para evaluar el trabajo de igual valor, que incluirán, además de no ser discriminatorios por razón de sexo, “las competencias, el esfuerzo, la responsabilidad y las condiciones de trabajo, y, si procede, cualquier otro factor que sea pertinente para el puesto o empleo específico. Se aplicarán de manera objetiva y neutra con respecto al género, de forma tal que se excluya toda discriminación directa o indirecta por razón de sexo. En particular, no subestimarán las aptitudes interpersonales pertinentes”;
- la obligación empresarial en los anuncios de empleo de facilitar información sobre la retribución que garantice “una negociación informada y transparente”, y que sean, así como la denominación de los puestos de trabajo, “neutros con respecto al género, y que los procesos de contratación se desarrollen de un modo no discriminatorio”;
- el derecho de las personas trabajadora a solicitar y recibir información sobre los niveles retributivos y su desglose a través de sus representantes o a través de un organismo de fomento de la igualdad, así como también si es inexacta o incompleta, “a solicitar, personalmente o a través de sus representantes de los trabajadores, aclaraciones y detalles adicionales y razonables con respecto a cualquiera de los datos facilitados, y a recibir una respuesta motivada”, debiendo facilitarse la información primera solicitada en un plazo no superior a los dos meses “a contar desde la fecha en la que se cursó la solicitud”;
- la accesibilidad de la información para las personas con discapacidad;
- la diferencia de fechas respecto a la obligación de informar sobre la brecha retributiva que pueda haber en la empresa según el número de personas trabajadoras ocupadas, con la posibilidad que otorga a los Estados miembros, y que España ya

- ha acogido en su normativa, de fijar obligaciones de facilitar la misma información para las empresas que ocupen a menos de 100 personas trabajadoras;
- el especial interés de evitar que se produzcan diferencias injustificadas por el uso de permisos vinculados a la conciliación de la vida familiar y profesional;
 - la llamada expresa de la Directiva a fomentar tanto el diálogo social como el ejercicio del derecho a la negociación colectiva “sobre las medidas para luchar contra la discriminación retributiva y su repercusión negativa en la valoración de los puestos de trabajo desempeñados predominantemente por trabajadores de un determinado sexo”;
 - la inclusión en la indemnización o reparación por la actuación discriminatoria empresarial de aquellos daños que pueden haberse producido “por otros factores pertinentes, entre los que se puede incluir la discriminación interseccional”;
 - la muy especial importancia del art. 19 sobre cómo probar la realización del mismo trabajo o de un trabajo de igual valor, que no se limitará “a situaciones en las que las trabajadoras y los trabajadores trabajen para el mismo empleador, sino que se ampliará a la fuente única que determine las condiciones de retribución. Se considerará que existe una fuente única cuando aquella establezca los elementos retributivos pertinentes a efectos de comparación entre los trabajadores”, que la comparabilidad “no se limitará a los trabajadores que estén empleados al mismo tiempo que el trabajador o la trabajadora de que se trate”, y que cuando no pueda determinarse ningún referente de comparación real, “se permitirá utilizar cualquier otra prueba para demostrar la presunta discriminación retributiva, incluidas estadísticas o una comparación de cómo se trataría a un trabajador en una situación comparable”;
 - la fijación de un plazo de prescripción para la presentación de reclamaciones relativas a la igualdad de retribución, que en cualquier caso no serán inferiores a tres años, por lo que será necesario modificar la normativa española que lo fija en un año, sin que sea de aplicación esta regla a las normas relativas a la caducidad de la demanda; la regulación sobre el pago de las costas procesales, que ya está contemplada, de forma más favorable, para la persona trabajadora, en la normativa española;
 - el especial énfasis puesto por el PE, y acogido en el texto final del art. 23 sobre sanciones, a que las que se imponga, “aseguren un efecto disuasorio efectivo frente a la infracción”, siendo un factor a tener en cuenta en su caso, sin duda como agravante, “la discriminación interseccional”;
 - la “garantía de indemnidad” para quienes haya “apoyado a otra persona en la defensa de sus derechos” (art. 25: victimización y protección frente a un trato menos favorable);
 - la posibilidad de conceder a los interlocutores sociales la implementación de la Directiva, pudiendo incluir “el desarrollo de las herramientas o metodologías analíticas” (véase para España la herramienta acordada por el gobierno y los agentes sociales) y las sanciones pecuniarias equivalentes a multas, siempre que “sean efectivas, proporcionadas y disuasorias” (en España se fijan por la normativa legal, la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social).

5. Notas descriptivas de los contenidos de la Directiva

Para poder abordar más adelante como transponer la Directiva, es necesario recordar, siquiera sea sucintamente, su contenido.

El capítulo I regula las disposiciones generales. Incluyen el objeto, ámbito de aplicación, las definiciones que se utilizan en la norma, y cómo determinar qué es un mismo trabajo y trabajo de igual valor. Destaco su aplicación, tanto en el sector público como en el privado, a todas las personas trabajadoras asalariadas según las normas legales y convencionales de cada Estado miembro, y por supuesto teniendo en consideración la jurisprudencia del TJUE.

El capítulo II, eje central a mi parecer de la norma, regula la transparencia retributiva, diferenciando entre la fase previa al empleo y su aplicación en las políticas de fijación de retribuciones y de progresión retributiva, para dar paso a continuación a la regulación del derecho a la información para las personas trabajadoras, sus representantes y organismos encargados de velar por las políticas de igualdad, concretando cuál debe ser su grado de accesibilidad, su contenido, y la diferencia en la fecha en que deberá procederse a su facilitación según el número de personas trabajadoras ocupadas en la empresa. Más adelante, se aborda la relación empresa-representantes del personal para llevar a cabo la evaluación retributiva conjunta, el estricto respeto a la normativa de protección de datos, y una apuesta decidida por el diálogo social.

De mucha importancia es igualmente el capítulo III, dedicado a regular las vías de reparación y cumplimiento efectivo, en el que se recoge cómo podrán ejercerse los derechos reconocidos en la norma, quién puede actuar en nombre o en favor de las personas trabajadoras, cuándo existirá el derecho a indemnización y su carácter “disuasoria y proporcionada” para reparar los daños y perjuicios sufridos, y la posible existencia de otras vías de reparación. Más adelante, se aborda a quién corresponde la carga de la prueba (como regla general a la parte empresarial salvo que demuestre que su mala aplicación fue “manifiestamente involuntaria y de carácter menor”), cómo probar, y en que ámbito funcional y/o territorial, la realización del mismo trabajo o de un trabajo de igual valor, el acceso a las pruebas aportadas en fase judicial, la fijación de plazos de prescripción que no limiten sin causa justificada el ejercicio del derecho a la reclamación, a quién corresponderá el abono de las costas procesales, las sanciones que pueden imponerse, con un mensaje muy claro dirigido a la legislación propia de cada Estado para que se adopten las medidas necesarias para garantizar que las sanciones impuestas “se aplican efectivamente en la práctica”, y como debe velarse para que el principio de igualdad de retribución se aplique en los contratos y concesiones públicas. Para finalizar, con el respeto a la garantía de indemnidad de quienes ejerzan su derecho y de quienes apoyen a otros en su ejercicio, y la aplicación de este capítulo a los procedimientos regulados en el art. 4 de la Directiva 2006/54/CE (recordemos que dicho precepto dispone que “Para un mismo trabajo o para un trabajo al que se atribuye un mismo valor, se eliminará la discriminación directa e indirecta por razón de sexo en el conjunto de los elementos y condiciones de retribución. En particular, 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”).

Por fin, el capítulo IV incluye las denominadas disposiciones horizontales, previendo la posibilidad de que un Estado disponga, y pueda mantener, normativa más favorable o que quiera regularla, la posible existencia en cada ámbito estatal de organismos de fomento de la igualdad, cómo se llevará a cabo el seguimiento de la Directiva y la sensibilización para reforzar su aplicación, la prohibición expresa sobre el efecto negativo que pudiera tener la directiva en la negociación colectiva y en medidas de conflicto colectivo, la obligación de facilitar periódicamente estadísticas nacionales a la Comisión para que pueda seguirse el grado de aplicación de la Directiva, la divulgación de la información sobre su contenido, la aplicación por vía legal o convencional, el plazo de transposición y los plazos de presentación de informes y revisión, y la fecha de entrada en vigor de la norma (a los veinte días de su publicación en el DOUE).

Centro mi intervención, más adelante, en las posibles modificaciones a introducir en la normativa española, siguiendo a la doctrina laboralista que ya ha prestado especial atención a esta temática.

No es objeto de mi exposición el examen y estudio de la jurisprudencia y doctrina judicial sobre el principio de igualdad en materia retributiva, pero no quiero dejar de hacer mención a dos sentencias que me han parecido de especial interés y cuya lectura recomiendo.

En primer lugar, la dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional el 29 de mayo de 2023 (rec. 76/2023), en la que encontramos ya una referencia a la Directiva que se acababa de publicar en el DOUE, en estos términos: “Como previsión normativa adicional en materia comunitaria, aunque aún no transpuesta, deben tenerse en consideración las estipulaciones contenidas en la Directiva (UE) 2023/970 del Parlamento Europeo y del Consejo de 10 de mayo de 2023 ... **La cita de dicha Directiva en la presente resolución se realiza a efectos de incidir en la voluntad del legislador comunitario en detectar y reforzar el principio de igualdad de retribución, aun cuando sus previsiones no sean aún aplicables**” (la negrita es mía).

En segundo término, la dictada por el Juzgado de lo Social núm. 22 de Madrid el 31 de marzo de 2022, que fue confirmada por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma en sentencia de 16 de noviembre de 2022 (rec. 762/2022), habiendo sido inadmitido el recurso de casación para a unificación de doctrina interpuesto por la parte empresarial mediante auto de 10 de octubre de 2023, por no apreciar la contradicción requerida por el art. 219.1 de la LRJS con la sentencia aportada de contraste¹⁰.

¹⁰ El resumen oficial de la sentencia del JS permite apreciar claramente su relevancia: “DISCRIMINACIÓN SALARIAL Se condena a una empresa que abona un salario muy superior al varón. La mujer realiza el mismo trabajo que su compañero y tras 12 años en la empresa, no se le ha actualizado el salario e incluso se le ha quitado la gratificación extraordinaria anual tras iniciar una reducción de jornada por guarda legal. Indicios discriminatorios con respecto a su compañero de departamento, contratado para realizar las mismas funciones. La empresa no ha demostrado que exista razón objetiva para tal distinción pues, aunque el varón realiza tareas adicionales, no se ha probado el porcentaje de jornada que destina a dichas funciones. INDEMNIZACIÓN DAÑOS MORALES. Situación sostenida en el tiempo. Incumplimiento de la obligación legal de elaborar un registro retributivo. Procede una indemnización de 13.000 euros, suma equivalente a las diferencias retributivas de dos años”.

Con todo, no está de más recordar, a efectos generales de mi exposición, la importancia del art. 157 del TFUE, que obliga a los Estados miembros a garantizar la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor, en concreto porque el TJUE ha confirmado su efecto directo en los litigios entre particulares en la sentencia de 3 de junio de 2021 (asunto C-624/19), y digo que confirma ya que reitera una consolidada jurisprudencia anterior que, en apretada síntesis, puede resumirse en estos términos: “... Una apretada síntesis de la jurisprudencia del TJUE es la siguiente: “esa disposición produce efectos directos creando, para los particulares, derechos que los tribunales nacionales deben salvaguardar”; “El principio establecido por la citada disposición puede ser invocado ante los órganos jurisdiccionales nacionales, en particular, en el caso de discriminaciones cuya causa directa sean disposiciones legislativas o convenios colectivos de trabajo, así como en el supuesto de que el trabajo se realice en un mismo establecimiento o servicio, privado o público”; “el principio según el cual un mismo trabajo o un trabajo al que se atribuye igual valor debe ser retribuido de la misma manera, con independencia de que lo realice un hombre o una mujer, lo que constituye una expresión específica del principio general de igualdad que exige que no se traten de manera diferente situaciones que son comparables, a menos que ese trato esté objetivamente justificado; “el alcance de los conceptos de “mismo trabajo”, de “mismo puesto de trabajo” y de “trabajo de igual valor”, a los que se refiere el artículo 157 TFUE, reviste un carácter puramente cualitativo, en cuanto que está exclusivamente ligado a la naturaleza del trabajo efectivamente realizado por los interesados”.

6. Valoraciones de la doctrina laboralista y apuntes sobre las necesarias modificaciones en la normativa española

Me detengo a continuación en las aportaciones más recientes (con alguna obligada excepción por su interés) de la doctrina laboralista, o más exactamente, a fuer de ser sincero, de aquellos artículos que he tenido oportunidad de leer y de los que extraigo los contenidos que me han parecido más relevantes y que voy alternando con mis propias consideraciones y reflexiones sobre la transposición de la Directiva.

- A) En primer lugar, hago referencia a la aportación de la profesora María Amparo Ballester Pastor “La Directiva 2023/970 sobre igualdad de retribución entre mujeres y hombres: un poco más cerca de la igualdad real y efectiva”.¹¹

La profesora Ballester efectúa, como indica el título de su artículo, una valoración muy positiva de la Directiva en estos términos: “Estamos ante una norma instrumental, una verdadera herramienta mecánica que trasciende las declaraciones y reconocimientos generales para descender al espacio real donde se deben implicar las instituciones para

¹¹ <https://www.aedtss.com/la-directiva-2023-970-sobre-igualdad-de-retribucion-entre-mujeres-y-hombres-un-poco-mas-cerca-de-la-igualdad-real-y-efectiva/> (consulta: 4 de marzo)

identificar las discriminaciones y para establecer consecuencias rotundas ante los incumplimientos. El principio de subsidiariedad que tantas veces ha servido para demorar avances sociales en la Unión Europea ahora se reconfigura, dando lugar a una Directiva que en su propio título establece sin complejos que es una norma de “medidas” de transparencia retributiva y de “mecanismos” para su cumplimiento”.

... El RD 902/2020, supera en muchos aspectos lo establecido en la Directiva 2023/970 (por ejemplo, la norma española establece la obligación de transparencia para todas las empresas y no solo para las de más de 100 personas trabajadoras). La mayoría de esos ajustes serán puntuales y podrán realizarse mediante enmiendas al RD 902/2020, pero otros obligarán a reflexiones acerca de instituciones largamente consolidadas, como el plazo de prescripción judicial español de un año que tendrá que revisarse en la ley laboral y procesal para cumplir el plazo mínimo de tres años establecido en el art. 21 de la Directiva... También España tendrá que adaptar su normativa al mandato del art. 5, para garantizar que la retribución del puesto ofertado sea pública y que las personas entrevistadas no puedan ser interrogadas sobre sus retribuciones previas...”

... La Directiva 2023/970 y el RD 902/2020 comparten la misma perspectiva y establecen similares instrumentos, incluyendo la necesidad de que se apliquen indemnizaciones compensatorias y disuasorias que, según la Directiva, no pueden consistir en cuantías tasadas...”.

Para concluir que “la Directiva 2023/970 es una directiva comprometida con la igualdad real y efectiva entre mujeres y hombres, que establece instrumentos firmes de avance y que, por una vez, no se ha quedado a mitad de camino...”.

Creo importante recordar que la profesora Ballester planteaba sus alternativas, bastante acogidas en la normativa española vigente desde marzo de 2019 y también en la Directiva, en un artículo publicado el 7 de marzo de 2018 “Contra la brecha salarial”¹², en el que hacía estas propuestas para la normativa española: “En el ordenamiento español la primera de las medidas que debe adoptarse por ley es la identificación de los trabajos de igual valor. Es el punto de partida para reconocer las valoraciones de puestos incorrectas y para promover la existencia de mecanismos de retribución y promoción objetivos, tanto en los convenios colectivos como en las empresas. Es necesario aumentar los mecanismos de transparencia y suplir, mediante la actuación de los Poderes Públicos y de representantes de intereses colectivos, las dificultades que tienen las mujeres para reclamar contra la discriminación retributiva en un contexto de precariedad generalizada. Respecto a la transparencia resulta imprescindible establecer mecanismos para que tanto los trabajadores/as como los/las representantes de los trabajadores/as conozcan la retribución en la empresa promediada (en media y/ mediana) y desglosada por género. La propia nómina es un instrumento adecuado para que se refleje esta información, que puede facilitar que el trabajador/a se dirija a entidades que actúen en su nombre. En las empresas grandes debe requerirse una mayor implicación: por ello se les debe exigir que identifiquen, corrijan y monitoricen, por medio de la elaboración de auditorías salariales...”

¹² https://elpais.com/elpais/2018/03/06/opinion/1520352660_631871.html (consulta: 2 de marzo)

- B) Me detengo a continuación en el artículo de la profesora Remedios Roqueta Buj. “La Directiva (UE) 2023/970 por la que se refuerza la aplicación del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres y su transposición en España”¹³

Se pregunta la autora si la norma europea es de aplicación al personal funcionario o con una relación de carácter administrativo. La respuesta, muy correcta a mi parecer, es afirmativa, ya que el principio de igualdad de trato recogido en la Directiva 2006/54/CE, interpretado por la jurisprudencia comunitaria, “tiene alcance general y se aplica a las relaciones de empleo del sector público, incluidas las de carácter funcional o administrativo”, y lo mismo ocurre con el ámbito de aplicación del Acuerdo Marco anexo a la Directiva 1999/70/CE sobre contratación de duración determinada. Debe aplicarse, pues, ya que las normas citadas “constituyen normas de Derecho social de la Unión de especial importancia de las que debe disfrutar todo trabajador, ya sea en régimen de laboral como en régimen de Derecho administrativo, al ser disposiciones protectoras mínimas”. Es cierto que en la normativa española en cuestión (art. 28.2 LET, LOIMH, art. 46.2 e, y RD 901 y 902/2020), solo la primera citada se aplica al personal laboral de las Administraciones Públicas, pero no debería ser obstáculo alguno para el cumplimiento por parte de estas de facilitar información, en términos previstos en la normativa comunitaria, sobre las retribuciones promediadas del personal funcionario y laboral. En cualquier caso, la dicción de la disposición adicional cuarta del RD 902/2020 (“Al personal laboral al servicio de las administraciones públicas le resultará de aplicación lo previsto en el presente reglamento, de acuerdo con las peculiaridades establecidas en su legislación específica”) aboca a concluir que probablemente sea necesario su desarrollo para poder aplicar la Directiva sin que se cuestione la adecuación de la normativa española a la comunitaria.

La autora analiza exhaustivamente la transposición de la Directiva a la normativa española, tomando como punto de referencia estas normas nacionales. LO 3/2007 (en especial art. 46), RDL 6/2019 de 1 de marzo, arts. 28.2 y 3 de la LET, RD 901 y 902/2020 de 13 de octubre. Las tesis más significativas que expone en su riguroso estudio, y en una línea semejante a la de otras aportaciones doctrinales, son, a mi parecer, las siguientes:

- a) El primer impacto lo encontramos en el art. 5. La necesidad de incorporar en nuestra normativa disposiciones que permitan garantizar a quienes solicitan empleo una información adecuada y suficiente sobre la retribución a percibir, así como regular la infracción que dicho su incumplimiento supondría, con tipificación de la falta y la determinación de la cuantía de la sanción. Podría hacerse a mi parecer aprovechando el trámite parlamentario de la transposición de la Directiva 2019/1152/UE, con modificación del art. 8 de la LET y de la LISOS. Y también, aún cuando la Directiva hace referencia expresa a las personas con discapacidad en un precepto específico, art. 8, cabe pensar que la disponibilidad de la información, adecuada a sus condiciones, podría ser también objeto de incorporación en la citada transposición.

¹³ <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/LABOS/article/view/8253/6395> (consulta: 28 de febrero)

- b) Otra modificación deriva del art. 6, y podría también llevarse a cabo en el trámite de transposición de la Directiva 2019/1152/UE, al abordar los cambios a incorporar al art. 8 de la LET, debiendo incluirse entre las condiciones esenciales de trabajo y empleo, y de “manera fácil”, o dicho de otra forma que sean perfectamente comprensibles, “los criterios que se utilizan para determinar la retribución, los niveles retributivos y la progresión retributiva”, que recordemos una vez más que “serán objetivos y neutros con respecto al género”. Bien es cierto que la norma comunitaria permite a los Estados excluir del trámite de información de la progresión retributiva a las empresas que ocupen a menos de 50 personas trabajadores, dejando en manos de cada uno de ellos la regulación propia sobre estas empresas, que no olvidemos que en España suponen una parte muy importante de la actividad empresarial y desde luego también un porcentaje no desdeñable en absoluto de la población trabajadora.
- c) Sobre la aplicación en nuestro ordenamiento del derecho a la información sobre los niveles retributivos, la dicción del art. 28 LET, tras la importante modificación operada por el RDL 6/2019, debe llevar a la conclusión de que se respeta lo dispuesto en el art. 7.1 sobre la información a que tiene derecho la persona trabajadora sobre “el nivel retributivo individual y sobre los niveles retributivos medios, desglosados por sexo, para las categorías de trabajadores que realicen el mismo trabajo o un trabajo de igual valor al suyo”, si bien debería regularse, probablemente por vía reglamentaria, el procedimiento que garantice recibir tal información y la correlativa obligación empresarial de facilitarla.

En relación con el derecho a la información cabe plantearse si la normativa española, y en concreto el art. 5.3 del RD 902/2020 se adecúa a la normativa comunitaria, algo que a juicio de la profesora Roqueta no es así, y por ello requeriría de modificación, si contemplamos el texto comparado de aquel con el del art. 7 de la Directiva.

RD 902/2020	Directiva 2033/1970
<p>Art. 5. 3. Cuando se solicite el acceso al registro por parte de la persona trabajadora por inexistencia de representación legal, la información que se facilitará por parte de la empresa no serán los datos promediados respecto a las cuantías efectivas de las retribuciones que constan en el registro, sino que la información a facilitar se limitará a las diferencias porcentuales que existieran en las retribuciones promediadas de hombres y mujeres, que también deberán estar desagregadas en atención a la naturaleza de la retribución y el sistema de clasificación aplicable</p>	<p>1. Los trabajadores tendrán derecho a solicitar y a recibir información por escrito, de conformidad con los apartados 2 y 4, sobre su nivel retributivo individual y sobre los niveles retributivos medios, desglosados por sexo, para las categorías de trabajadores que realicen el mismo trabajo o un trabajo de igual valor al suyo.</p> <p>2. Los trabajadores tendrán la posibilidad de solicitar y recibir la información a que se refiere el apartado 1 a través de sus representantes de los trabajadores, de conformidad con el Derecho o las prácticas nacionales. También tendrán la posibilidad de solicitar y recibir la información a través de un organismo de fomento de la igualdad</p>

- d) Sobre la transparencia retributiva, es decir sobre las obligaciones que asume la parte empresarial respecto a la información que debe facilitarse “sobre la brecha retributiva entre trabajadoras y trabajadores”, ya he indicado con anterioridad que en el art. 9 se fijan períodos diferenciados para su cumplimiento según el número de personas trabajadoras ocupadas en la empresa, dejando a cada Estado la decisión de incluir o no dentro de tales obligaciones a las que ocupen a menos de 100, debiendo ponerse a mi parecer este precepto en relación con el art. 11, que llama a los Estados miembros, de forma imperativa y no facultativa (“prestarán”) a dar apoyo, mediante asistencia técnica y formación, a las empresas que tengan plantillas de menos de 250 trabajadores y a las representaciones del personal “a fin de facilitar el cumplimiento de las obligaciones establecidas en la presente Directiva”.

Pues bien, la normativa española cumple con la Directiva y la mejora, por cuanto el art. 5.1 del RD 902/2020 dispone que “**todas las empresas** deben tener un registro retributivo de toda su plantilla, incluido el personal directivo y los altos cargos”, y tampoco el art. 28.2 de la LET establece diferencias por razón del número de personas ocupadas (“**El empresario** está obligado a llevar un registro con los valores medios de los salarios, los complementos salariales y las percepciones extrasalariales de su plantilla, desagregados por sexo y distribuidos por grupos profesionales, categorías profesionales o puestos de trabajo iguales o de igual valor”) (la negrita es mía). Además, la obligada información sobre las que podemos calificar de diferentes brechas retributivas recogidas en el art. 9.1, está igualmente recogida, e incluso de forma más ampliada, en los preceptos citados de la normativa española.

- e) La normativa española también respeta, mejorándola, la norma comunitaria respecto a la obligación de realizar una auditoría retributiva, auditoría salarial conjunta, en empresas que ocupen como mínimo a cien personas trabajadoras cuando se den los requisitos previstos en el art. 10 (“a) que la información presentada en relación con las retribuciones demuestre la existencia de una diferencia en el nivel retributivo medio de las trabajadoras y los trabajadores de al menos el 5 % en cualquier categoría de trabajadores; b) que el empleador no haya justificado esa diferencia en el nivel retributivo medio sobre la base de criterios objetivos y neutros con respecto al género; c) que el empleador no haya subsanado esa diferencia injustificada en el nivel retributivo medio en los seis meses siguientes a la fecha de presentación de la información sobre las retribuciones”), ya que tanto la LOIMH, arts. 45.2 y 46.2 d), como el RD 902/2020, art. 7.1, dispone que deberá llevarse a cabo en empresas con más de 50 personas trabajadoras.

Al respecto, y para la realización de dicha auditoría, y la consiguiente corrección de las desigualdades injustificadas existentes, cobra especial relevancia la aplicación de la herramienta de valoración de puestos de trabajo¹⁴ que se pone a disposición, voluntaria, de

¹⁴ https://www.mites.gob.es/es/portada/herramienta_valoracion_puesto/index.htm (consulta: 28 de febrero)

las empresas por parte del Ministerio de Trabajo y Economía Social, y que debe permitir, tal como se explica en su presentación, “a). Cumplir con la obligación de realizar la evaluación de los puestos de trabajo a que se refiere su artículo 8.1.a) (RD 902/2020) como componente del diagnóstico de la situación retributiva en la empresa, que forma parte de su plan de igualdad. B). Cumplir con la obligación de elaborar el registro retributivo a que se refiere el artículo 6.a) de dicha norma que, en el caso de las empresas que lleven a cabo auditorías retributivas, debe reflejar las medias aritméticas y las medianas de los salarios, complementos salariales y percepciones extrasalariales de la plantilla distribuida por las agrupaciones de los trabajos de igual valor en la empresa. c) Realizar una valoración con perspectiva de género de los puestos de trabajo de la empresa para cualesquiera otras finalidades”.

- f) El art. 9.6 de la Ley 15/2022 de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y no discriminación, dispone que “Por vía reglamentaria, se podrá exigir a los empleadores cuyas empresas tengan más de 250 trabajadores, que publiquen la información salarial necesaria para analizar los factores de las diferencias salariales, teniendo en cuenta las condiciones o circunstancias del artículo 2.1. Para la profesora Roqueta ello implica que España tiene que desarrollar el procedimiento “para que las empresas con una plantilla igual o superior a 100 trabajadores informen sobre la brecha retributiva entre trabajadores y trabajadoras al organismo que designe para el seguimiento y apoyo de la ejecución de las medidas nacionales de aplicación de la Directiva 2023/970 en los términos previstos en el art. 9 de la misma”.
 - g) Es especialmente importante a mi parecer la regulación, en el capítulo III, de la regla de la “inversión de la carga de la prueba”, así como las menciones a la prueba del mismo trabajo o trabajo de igual valor, y del acceso a las pruebas por parte de las autoridades jurisdiccionales nacionales o las autoridades competentes. Cabe plantearse la modificación de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social para incluir una expresa mención a la regla prevista en el art. 18, o bien entender que la regulación del procedimiento de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas ya permite su inclusión en los arts. 178 a 184 o bien en la regla general de inversión de la carga de la prueba regulada en el art. 96.1, e igualmente debatir sobre si las facultades de que disponen los órganos jurisdiccionales nacionales en la LRJS ya permiten cumplir con el objetivo marcado para ellos en el art. 20. Más dudoso me parece, y lo dejo planteado, que no sea necesario incorporar algunas modificaciones normativas que permitan concretar como se prueba la realización del mismo trabajo o trabajo de igual valor, si bien la aplicación de la herramienta de valoración de puesto de trabajo puede contribuir a ello, y también sobre las competencias de los órganos encargados de velar por la aplicación del principio de igualdad.
- C) Por último, mi atención se centra en el artículo de la profesora Francisca Fuentes Serrano “La Directiva 2023/970, por la que se refuerza el principio de igualdad

de retribución a través de medidas de transparencia en materia retributiva y de mecanismos para su cumplimiento”¹⁵

Para la profesora Fuentes, se trata de una Directiva compleja, “pues trata materias tanto de Derecho sustantivo como de Derecho procesal, añadiendo obligaciones para los empleadores y para los propios Estados desconocidas hasta el momento, entre ellas las de publicidad activa de la situación de las empresas en materia retributiva. Muestra de esta complejidad es el mandato a los Estados de dar apoyo, en forma de asistencia técnica y formación, a aquellos empleadores que tengan una plantilla inferior a 250 trabajadores, así como a los representantes de los trabajadores, o el establecimiento de un plazo de tres años (y no los dos acostumbrados) para la transposición de la norma, o la previsión de un plazo de cumplimiento para las empresas que puede llegar hasta junio de 2031”.

Se subraya la importante ampliación sobre el derecho a la información de las personas trabajadoras de sus condiciones contractuales con respecto a las obligaciones fijadas en la Directiva 2019/1152, ya que la norma de 2023 “establece el derecho de la persona trabajadora a tener información no sólo sobre su retribución, sino sobre la situación retributiva en su empresa, el salario de otros trabajadores comparables (medias, medianas), con el objetivo de saber si se está vulnerando su derecho a la igualdad retributiva...”.

Con respecto a qué debe entenderse por “progresión retributiva, no se define en el art. 6 de la Directiva, postulando la profesora Fuentes la tesis de que, en el ordenamiento interno español, puede referirse a la promoción económica incluida en el art. 25 de la LET, es decir cuando la persona trabajadora “... en función del trabajo desarrollado, podrá tener derecho a una promoción económica en los términos fijados en convenio colectivo o contrato individual”.

En coincidencia total con el resto de la doctrina, y muy acertadamente a mi parecer, la autora subraya la obligatoriedad de adaptar la normativa laboral española en materia de prescripción de acciones derivadas del contrato de trabajo (art. 59.1: “Las acciones derivadas del contrato de trabajo que no tengan señalado plazo especial prescribirán al año de su terminación”) a la regulación fijada por la Directiva de un período no inferior a tres años.

7. Recapitulación final

Concluyo este texto reiterando dos tesis que han sido expuestas detalladamente a lo largo del mismo.

En primer lugar, el indudable esfuerzo realizado por la normativa española desde marzo de 2019 para avanzar en una regulación jurídica que refuerce la aplicación del principio de igualdad de trato en materia retributiva entre hombres y mujeres, potenciando la transparencia retributiva como vía para alcanzar el objetivo.

¹⁵ <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=9167638> (consulta: 27 de febrero).

En segundo término, la adecuación de la normativa española a la Directiva 2023/970, a salvo de algunas modificaciones que incorporen obligaciones establecidas en esta y el respeto a los plazos previstos para la prescripción de las acciones derivadas de la relación contractual laboral, dejando planteada la hipótesis de interpretación de diversos preceptos de nuestra normativa interna que pueden adecuarse a la comunitaria.

Estamos pues, ante una normativa, española y comunitaria, que avanza en el largo y tortuoso camino del logro de la igualdad, y no sólo en materia retributiva, entre hombres y mujeres. Mucho se ha avanzado... y mucho queda aún por avanzar. Por ello, es obligado recordar que cuesta mucho tiempo, y esfuerzo, ganar y reconocer derechos, y que por el contrario cuesta muy poco perderlos. Y a modo de recordatorio histórico, como persona que puede realizarlo por razón de la edad, me permito recordar que no hace tanto tiempo el marido podía oponerse al percibo del salario de la mujer (art. 58 de la Ley de Contrato de Trabajo de 1944: "Será válido el pago hecho a la mujer casada de la remuneración de su trabajo, si no consta la oposición del marido..."). Y mucho más cerca en el tiempo, y por ello ya se puede recordar por muchas mas mujeres y hombres, no olvidemos que el reconocimiento del permiso por paternidad no se produjo hasta 2007... y solo de trece días. Algo, más bien mucho, ha cambiado desde entonces... y que dure ¿no les parece?

El papel del convenio colectivo como instrumento de transparencia retributiva*

The role of the collective agreement as an instrument of remuneration transparency

DULCE MARÍA CAIRÓS BARRETO

*Profesora Titular Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social*

Universidad de La Laguna. IUEM

ORCID: 0000-0002-3050-5857

Recibido: 25/3/2024

Aceptado: 6/5/2024

doi: 10.20318/femeris.2024.8639

Resumen. La transparencia retributiva constituye un mecanismo de divulgación de información que pretende revelar el sesgo o la discriminación por razón de sexo en las prácticas salariales con la intención de poner de manifiesto la brecha de género y encontrar medidas para disminuirla o cerrarla. Con ello contribuye a la consecución de la efectiva aplicación del principio de igualdad de retribución por un trabajo igual o de igual valor. La legislación internacional, europea y española han identificado diferentes instrumentos de transparencia retributiva, destacando entre ellos el convenio colectivo, porque es la herramienta esencial y más importante en la determinación de los sistemas de clasificación profesional y los niveles y sistemas retributivos, así como de establecimiento de la estructura salarial. Será, por tanto, el convenio colectivo el responsable de enumerar y definir los puestos de trabajo adecuadamente valorados de manera neutra desde una perspectiva de género, así como de fijar los salarios y determinar sus distintos componentes con criterios objetivos, neutros y no discriminatorios. Este estudio analiza la virtualidad de la intervención del convenio colectivo, sus necesarias vías de actuación y los retos que debe afrontar para lograr no sólo salarios equivalentes por un trabajo de igual valor, sino también salarios dignos y homogeneizados al alza.

Palabras clave: Transparencia retributiva, valoración de puestos de trabajo, clasificación profesional, negociación colectiva, estructura retributiva.

Abstract. Pay transparency is an information disclosure mechanism that aims to reveal gender bias or discrimination in pay practices with the intention of highlighting the gender gap and finding measures to narrow or close it. In doing so, it contributes to the effective application of the principle of equal pay for equal work or work of equal value. International, European and Spanish legislation has identified different instruments of pay transparency, among which the collective agreement stands out, because it is the essential and most important tool

* Trabajo elaborado en el marco del Proyecto de investigación del Programa Estatal para Impulsar la Investigación Científico-Técnica y su Transferencia, del Plan Estatal de Investigación Científica, Técnica y de Innovación 2021-2023. PID2021-124045NB-C32. *Las estrategias de las organizaciones sindicales y el papel de los interlocutores sociales en el proceso de transición justa, cambio climático y respeto del medio ambiente.*

for determining professional classification systems and pay levels and systems, as well as for establishing the pay structure. It is therefore the collective agreement that is responsible for listing and defining the jobs that are adequately valued in a gender-neutral way, as well as for setting wages and determining their different components with objective, neutral and non-discriminatory criteria. This study analyses the virtuality of collective bargaining intervention, its necessary avenues of action and the challenges it must face in order to achieve not only equivalent wages for work of equal value, but also decent and upwardly homogenised wages.

Keywords: Pay transparency, job evaluation, job classification, collective bargaining, pay structure.

1. Transparencia retributiva e igualdad salarial

Según un reciente informe de la Organización Internacional del Trabajo, las medidas de transparencia salarial abarcan un conjunto diverso de herramientas, que incluyen “la divulgación periódica de las remuneraciones, los informes o auditorías regulares sobre las diferencias salariales entre hombres y mujeres y el derecho de los trabajadores a acceder a los datos salariales o a las herramientas digitales con el fin de lograr que, a través del conocimiento de cierta información sobre el régimen salarial aplicable en una determinada entidad, se logre descubrir y corregir situaciones de desigualdad ilegítima o injustificada entre las retribuciones de mujeres y hombres por un trabajo igual o de igual valor”. Su finalidad es hacer posible y facilitar la aplicación de la igualdad de remuneración por un trabajo de igual valor mediante un mayor acceso a la información. De modo que su objetivo es revelar el sesgo o la discriminación de género en las prácticas salariales, “con la idea de que el hecho de revelar tal sesgo o discriminación puede llevar a otras acciones que hagan frente y resuelvan las posibles brechas salariales de género”¹.

Este informe, en el que se han estudiado y analizado las prácticas actuales en materia de legislación sobre transparencia salarial en 21 países, identifica los siguientes ámbitos de actuación en materia de transparencia retributiva:

- a) Permitir a las personas trabajadoras solicitar y acceder a la información sobre los niveles salariales de la empresa.
- b) Exigir que las empleadoras revelen a sus trabajadores la información sobre el salario individual.
- c) Exigir que las empleadoras revelen el salario de un puesto ofertado a los candidatos, ya sea durante el proceso de entrevista o en las ofertas de trabajo.
- d) Prohibir a las empleadoras solicitar el historial salarial de una persona trabajadora actual o posible.
- e) Crear un organismo independiente que proporcione a las empleadoras una certificación de igualdad salarial si cumplen determinados requisitos en torno a una remuneración neutra desde el punto de vista del género.

¹ OIT: *Legislación sobre transparencia salarial: Implicaciones para las organizaciones de empleadores y trabajadores*. Ginebra, 2022. Disponible en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms_854276.pdf

- f) Obligar a las empresas con un determinado umbral de personas empleadas a publicar información sobre el género y la remuneración dentro de su organización.
- g) En las empresas con un umbral mínimo de personas empleadas, realizar auditorías periódicas sobre género y remuneración.
- h) Realizar evaluaciones salariales periódicas en las empresas con la participación de la representación de los trabajadores.
- i) Fomentar el debate sobre la igualdad salarial y las auditorías salariales durante la negociación colectiva.

La razón por la cual se plantean medidas de transparencia salarial obedece a una finalidad clara a lograr a largo plazo, que va más allá de la contribución a reducir la brecha salarial de género. Se espera de ellas que den lugar a un aumento de la participación en la población activa y las horas de trabajo de las mujeres (ya que los incentivos son mayores cuando la remuneración es más elevada) y se ha asociado a un aumento de las empresas que contratan y promocionan a mujeres. Esto sugiere que las medidas de transparencia salarial pueden tener un “efecto dominó” incitando a las empresas y a otros actores a mirar más allá de la remuneración, priorizando la igualdad de género de forma más amplia².

No se persigue un objetivo meramente social de igualdad y justicia, sino que se han resaltado también los beneficios y las repercusiones económicas de la imposición de medidas vinculantes de transparencia salarial a escala de la UE, arrojando resultados elocuentes y reveladores: el valor neto actual de los efectos económicos se calcula en unos 132.000 millones de euros en total en toda la UE, lo que equivale a unos 7.000 millones de euros al año. Otros resultados asociados a esta tendencia son un mejor aprovechamiento de las capacidades de las mujeres y la mejora de la productividad³.

2. Las causas de la brecha salarial y el posible impacto de la negociación colectiva

Los sindicatos de toda Europa adoptan diferentes estrategias para combatir la brecha salarial de género, dependiendo la elección de la estrategia de diferentes circuns-

² Hofman, J., Nightingale, M. Bruckmayer, M. y Sanjurjo, P.: *Equal Pay for Equal Work: Biding Pay-Transparency Measures*. Parlamento Europeo, 2020, p. 16. Consultar en: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/642379/IPOL_STU\(2020\)642379_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/642379/IPOL_STU(2020)642379_EN.pdf)

³ La Comisión ha desglosado los efectos económicos del siguiente modo: Derecho de los trabajadores a obtener información sobre los niveles salariales previa petición: reducción de la BSG en un 0,33 -0,5%; efectos económicos netos positivos globales en torno a 53.000 millones de euros en toda la UE o unos 3.000 millones de euros al año. Información periódica de las empresas sobre los niveles salariales: reducción de la BSG entre un 0,66 % y un 1,5 %; efectos económicos netos positivos globales de unos 122.000 millones de euros en toda la UE, es decir, unos 6.000 millones de euros al año. Auditorías salariales: reducción de la BSG entre un 0,66 % y un 2 %; efectos económicos netos positivos globales de unos 132 000 millones de euros en toda la UE o unos 7.000 millones de euros al año en toda la UE. La consideración de la igualdad de retribución como una cuestión separada por los interlocutores sociales en la negociación colectiva daría lugar a una reducción de la BSG en un 0 - 0,33%. Efectos económicos netos positivos globales de unos 17.000 millones de euros en toda la UE, o aproximadamente 1.000 millones de euros al año. *Commission staff working document. Impact assessment on costs and benefits of measures to Enhance the transparency of pay. Commission Recommendation on strengthening the principle of equal pay between men and women through transparency*. {C(2014) 1405 final}, {SWD(2014) 58 final}. Vid. https://ec.europa.eu/smart-regulation/impact/ia_carried_out/docs/ia_2014/swd_2014_0059_en.pdf

tancias. Así, se señalan la adopción de medidas dentro de los convenios colectivos para abordar la brecha salarial, aumentos específicos o fijos que compensen la concentración de mujeres en sectores de baja remuneración, sistemas de clasificación profesional no discriminatorios por género para corregir la infravaloración de las ocupaciones con presencia mayoritaria de mujeres, medidas para promover la transparencia salarial y contra la discriminación salarial (incluida la remuneración discrecional), criterios de evaluación no discriminatorios por género para el desarrollo de la carrera profesional, lucha contra los estereotipos de género y motivación de los hombres para que accedan a ocupaciones con presencia mayoritaria de mujeres y de las mujeres para que accedan a ocupaciones con presencia mayoritaria de hombres⁴.

Una mejor comprensión de la llamada a la negociación colectiva para impulsar el cierre de la brecha salarial y conseguir una equiparación entre los salarios de hombres y mujeres pasa necesariamente por analizar su alcance y causas. El Informe Mundial de Salarios de la OIT 2018-19 indicaba una brecha salarial media mundial entre hombres y mujeres de aproximadamente el 20 por ciento, según los datos de 80 países⁵. En la edición 2022-23⁶ se examina la evolución de la brecha salarial de género en una muestra más reducida de países y se observan muy pocos cambios entre 2019 y 2021-2022: la brecha salarial de género persiste en los mercados de trabajo de todo el mundo, donde las mujeres, en promedio, están peor remuneradas que los hombres y la crisis de la Covid-19 no alteró sustancialmente la brecha salarial de género. La OIT analizaba sus causas poniendo el acento en la que denomina la parte “no explicada”, refiriendo la parte explicada a factores estructurales sobradamente conocidos, como que sean las mujeres las que mayoritariamente interrumpen su carrera profesional para el cuidado de los hijos (y también de personas dependientes), que sean las que trabajan, por las mismas razones, en mayor porcentaje a tiempo parcial, que las mujeres ocupen en escasa medida puestos de liderazgo y que desempeñen con mayor frecuencia trabajos en sectores feminizados y que, por ello, han terminado infravalorándose, como la educación, la salud y los servicios sociales.

⁴ Confederación Europea de Sindicatos: *Negociación de la igualdad retributiva por trabajos de igual valor. Lista de comprobación de la CES*, Bruselas, 2023, p. 3. Vid. https://www.etuc.org/sites/default/files/page/file/2023-04/New-Frontiers-for-Collective-Bargaining-Equal-pay-ES_V1.pdf.

⁵ Utilizando las cuatro combinaciones diferentes de medición de la brecha salarial de género más usuales (salarios promedios o la mediana, y salarios por hora o por mes), el informe observa que las estimaciones mundiales ponderadas oscilan entre el 16 por ciento y el 22 por ciento, dependiendo de la medida utilizada. La brecha salarial de género del 22 por ciento se obtiene utilizando la mediana de los salarios. OIT: *Informe Mundial sobre Salarios 2018 / 19 ¿Qué hay detrás de la brecha salarial de género?*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2019.

⁶ En este informe más reciente se utiliza una metodología de ponderación de factores que se obtiene seleccionando, en primer lugar, un conjunto de variables (factores) que son importantes para determinar las estructuras salariales con el fin de agrupar a mujeres y hombres en subgrupos comparables. Destacan a tal efecto cuatro factores de especial interés, cuyos datos se recogen y están accesibles en la mayoría de las bases de datos de encuestas, a saber: “educación”, “edad”, “tipo de jornada laboral” (es decir, jornada a tiempo completo frente a jornada a tiempo parcial) y “empleo en el sector privado frente a empleo en el sector público”. Estas variables sirven para dividir la muestra en subgrupos más homogéneos y calcular la brecha salarial de género en cada uno de los subgrupos. Seguidamente, la metodología consiste en calcular una media ponderada de todas las brechas salariales de género estimadas de los subgrupos, con ponderaciones que reflejan el tamaño de cada subgrupo en el total de la población de trabajadores asalariados. El resultado sigue siendo positivo. OIT: *Informe Mundial sobre Salarios 2022-2023. El impacto de la inflación y de la Covid-19 en los salarios y el poder adquisitivo*, p. 106. Vid. <https://www.ilo.org/digitalguides/es-es/story/globalwagereport2022-23#key-findings>

Por lo general, la educación y otros atributos del mercado de trabajo explican relativamente poco la magnitud de la brecha salarial de género en los distintos lugares de la distribución salarial. La parte “no explicada” de la brecha salarial de género suele predominar en casi todos los países, independientemente del grupo de ingresos al que pertenezcan. Y detrás de esa parte no explicada identifica la OIT la menor remuneración a las mujeres por trabajo de igual valor (las mujeres tienen un nivel de educación superior que los hombres que ostentan las mismas categorías ocupacionales, aunque cobran salarios inferiores), la infravaloración del trabajo de las mujeres en ocupaciones y empresas altamente feminizadas (los salarios de las mujeres y los hombres que tienen un nivel de educación similar tienden a ser menores en las ocupaciones altamente feminizadas que en otras ocupaciones) y la denominada brecha salarial por maternidad (que las mujeres con hijos cobren salarios inferiores puede estar relacionado con multitud de factores, incluidas las interrupciones o reducción del tiempo de trabajo, el empleo en puestos de trabajo más fáciles de conciliar con la vida familiar, que están peor pagados, o las decisiones de contratación o promoción estereotipadas que penalizan las carreras de las mujeres con hijos).

Por ello, con el fin de comprender las razones de la persistencia de la brecha salarial entre hombres y mujeres, y teniendo en cuenta que las diferencias entre hombres y mujeres en cuanto a niveles de educación-formación explican relativamente poco la magnitud de la brecha salarial, es necesario centrarse en la desigualdad estructural que sufren las mujeres en la sociedad, partiendo de la premisa de que la brecha salarial de género es el resultado de las desigualdades que sufren las mujeres en todos los ámbitos de la vida social⁷. De modo que la propia OIT sugería en su Informe de 2019 un abanico de medidas de política legislativa, formación en cualificaciones mejor retribuidas y valoradas, lucha contra estereotipos, fomento de un reparto más equitativo de las tareas familiares entre hombres y mujeres, así como unos servicios adecuados de guardería y cuidado de los ancianos a través de medidas de favorecimiento de la conciliación de la vida laboral y familiar, etc., entre los cuales es fácil incluir una labor importante de la negociación colectiva⁸. Específicamente:

- a) Averiguar dónde es mayor la brecha salarial de género en la distribución salarial y revisar la eficacia de las instituciones del mercado de trabajo existentes. Porque si los salarios inferiores pueden ser controlados por disposiciones sobre salarios mínimos, los convenios colectivos que incluyan disposiciones sobre las brechas salariales de género o la transparencia salarial podrían tener el efecto de reducir la brecha salarial en todos los niveles de la distribución salarial, así como las medidas que promueven una mayor representación de las mujeres en puestos de alto nivel, altamente remunerados.
- b) La inclusión en la negociación colectiva de posibles modos de abordar la infravaloración del trabajo de las mujeres en las ocupaciones e industrias muy feminizadas, mediante, por ejemplo, el aumento de los salarios en estas ocupaciones e

⁷ Serrano Olivares, R.: “Causes i abordatge de la bretxa retributiva de gènere”, *Idees: Revista de temes contemporanis*, (Ejemplar dedicado a: Feminisme(s)), 2019, núm. 47, p. 2.

⁸ OIT: *Informe Mundial sobre Salarios 2018/19 ¿Qué hay detrás de la brecha salarial de género?*, op. cit., pp. 91-97.

industrias. La eliminación de este sesgo no es solo un modo de reducir directamente la brecha salarial de género, también es una condición para reducir la segregación ocupacional, atrayendo a más hombres a los sectores de la educación y la salud, entre otras medidas.

- c) Respecto a la reducción de la brecha salarial por maternidad, además del desarrollo de derechos de conciliación en la negociación colectiva, también puede negociarse la regulación de una jornada de trabajo que permita cierta flexibilidad.

Por su parte, la OCDE también ha identificado el potencial de la negociación colectiva para reducir las diferencias salariales entre hombres y mujeres a través de cuatro instrumentos: aumentos específicos que compensen la concentración de mujeres en sectores mal pagados; sistemas de clasificación profesional neutros desde el punto de vista del género para corregir la infravaloración de las ocupaciones en las que predominan las mujeres; medidas que promuevan la transparencia salarial y contra la discriminación salarial (también en la retribución discrecional) y el establecimiento de criterios de evaluación neutros desde el punto de vista del género para el progreso profesional⁹.

Aparte de la negociación colectiva, los sindicatos han utilizado diversas estrategias que abordan la igualdad salarial y la igualdad de retribución por un trabajo de igual valor. Entre ellas se incluyen campañas de sensibilización como el Día de la Igualdad Salarial para informar y llamar la atención sobre la cuestión de la retribución justa, formación y herramientas para los negociadores sindicales, estudios y encuestas como la encuesta de la CES sobre igualdad de retribución por un trabajo de igual valor y acciones colectivas. Además, en contextos específicos, las acciones legales emprendidas por los sindicatos (a nivel internacional, nacional, sectorial y empresarial) para hacer cumplir la legislación europea y nacional han demostrado ser muy eficaces. La aplicación de medidas a cada nivel también requiere que los sindicatos emprendan acciones internas para promover la igualdad de género dentro de las estructuras y políticas sindicales, porque la representación de las mujeres en la dirección de los sindicatos y en los equipos de negociación colectiva tiene un impacto significativo en el grado en que se negocian los convenios colectivos¹⁰.

Una ventaja de la introducción de medidas a través de la negociación colectiva es el alcance y la escala potenciales de sus efectos, ya que los convenios colectivos benefician a un gran número de trabajadores y abarcan a menudo sectores o subsectores enteros. Las medidas de este tipo imponen a los interlocutores sociales la obligación de incorporar la igualdad de género en la negociación colectiva, aunque puede resultar difícil garantizar que se dé prioridad a esta cuestión en los debates. Un mayor compromiso y una mayor formación por parte de los agentes negociadores serán esenciales a la hora de incorporar un contenido realmente efectivo en esta materia.

⁹ OECD: "Can collective bargaining help close the gender wage gap for women in non-standard jobs?" Policy Brief. Vid. <https://www.oecd.org/gender/collective-bargaining-and-gender-wage-gap-2020.pdf>

¹⁰ Confederación Europea De Sindicatos: *New frontiers for collective bargaining building capacities to bargain in changing workplaces. Equal pay*, Bruselas, 2022, p. 19. Vid. https://www.etuc.org/sites/default/files/page/file/2022-12/New%20frontiers%20for%20collecting%20bargaining_report_Equal%20Pay_web.pdf

3. La regulación jurídica de la transparencia retributiva como medida de cierre de la brecha salarial

En el Derecho español las medidas de transparencia salarial no van a aparecer por primera vez con la aprobación de la reciente Directiva (UE) 2023/970 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de mayo de 2023, por la que se refuerza la aplicación del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor a través de medidas de transparencia retributiva y de mecanismos para su cumplimiento. En nuestro derecho ya contamos con dos instrumentos jurídicos de calado para la consecución de un nivel de transparencia retributiva que cumpla su finalidad de acortar o dar por terminada la brecha salarial de género: el RDL 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, que modificó, entre otros, el art. 28 LET, y su desarrollo por medio del RD 902/2020, de 13 de octubre, de igualdad retributiva entre mujeres y hombres. En el preámbulo de la primera norma se hacía referencia a la Recomendación de la Comisión Europea de 7 de marzo de 2014¹¹, sobre el refuerzo del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres a través de la transparencia, donde se facilitaban orientaciones a los Estados miembros para ayudarlos a aplicar mejor y de forma más eficaz el principio de igualdad de retribución, siendo ese el fundamento de la introducción en nuestra legislación de la primera definición del concepto de “trabajo de igual valor”, según la cual “Un trabajo tendrá igual valor que otro cuando la naturaleza de las funciones o tareas efectivamente encomendadas, las condiciones educativas, profesionales o de formación exigidas para su ejercicio, los factores estrictamente relacionados con su desempeño y las condiciones laborales en las que dichas actividades se llevan a cabo en realidad sean equivalentes (art. 28.2 LET)”¹².

La Recomendación de 2014 animaba a los Estados miembros a impulsar la adopción de políticas de transparencia sobre la composición y las estructuras salariales y establecer medidas específicas para promover la transparencia salarial, tanto respecto de empleados públicos, como privados y alcanzando también a los interlocutores sociales. En particular, estas medidas debían incluir una o varias de las acciones contempladas en la propia Recomendación, con un enfoque adaptado a la situación nacional específica. Estas medidas se referían a la obtención de información sobre los niveles salariales y sobre los salarios, desglosada por géneros e incluyendo todos los componentes variables o complementarios además del sueldo base fijo, la realización de auditorías salariales que deberían incluir un análisis de la proporción de mujeres y hombres en cada categoría de trabajadores o puestos, un análisis del sistema de evaluación y clasificación de empleos e información

¹¹ 2014/124/UE: Recomendación de la Comisión, de 7 de marzo de 2014, sobre el refuerzo del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres a través de la transparencia Texto pertinente a efectos del EEE (OJ L 69 08.03.2014, p. 112, ELI: <http://data.europa.eu/eli/reco/2014/124/oj>).

¹² Hasta ese momento el principio estaba enunciado, pero no definido: “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”.

detallada sobre los salarios y las diferencias salariales por razón de género, y llamaba a las normas convencionales para que la cuestión de la igualdad de retribución, y en particular las auditorías salariales, se debatieran en el nivel adecuado de la negociación colectiva.

El RD 902/2020 se centra en el desarrollo del principio de transparencia retributiva dentro de este marco y regula los que denomina instrumentos de la transparencia retributiva: su art. 3.2 dispone que “las empresas y los convenios colectivos deberán integrar y aplicar el principio de transparencia retributiva entendido como aquel que, aplicado a los diferentes aspectos que determinan la retribución de las personas trabajadoras y sobre sus diferentes elementos, permite obtener información suficiente y significativa sobre el valor que se le atribuye a dicha retribución”.

Como el propio preámbulo de la Directiva 2023/970 establece, “La evaluación de 2020 de las disposiciones pertinentes de la Directiva 2006/54/CE constató que la aplicación del principio de igualdad de retribución se ve entorpecida por la falta de transparencia de los sistemas retributivos, la falta de seguridad jurídica en torno al concepto de “trabajo de igual valor” y los obstáculos procedimentales a los que se enfrentan las víctimas de discriminación. Los trabajadores carecen de la información necesaria para interponer reclamaciones de igualdad retributiva que prosperen y, en particular, de los datos sobre los niveles retributivos de las categorías profesionales que realizan el mismo trabajo o un trabajo de igual valor. El informe constató que una mayor transparencia permitiría revelar sesgos y discriminaciones de género en las estructuras retributivas de las empresas u organizaciones. También permitiría a los trabajadores, los empleadores y los interlocutores sociales adoptar las medidas adecuadas para garantizar la aplicación del derecho a la igualdad de retribución por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor”. A tal efecto, la Comunicación de la Comisión, de 5 de marzo de 2020, titulada *Una Unión de la igualdad: Estrategia para la Igualdad de Género 2020-2025*, anunció la propuesta de medidas vinculantes en materia de transparencia salarial.

Ambas normas, la europea y la nacional, proporcionan herramientas para abarcar el concepto de transparencia retributiva, aunque la norma española es bastante más explícita y concreta. Los arts. 3.1 y 2 RD 902/2020 disponen que: “El principio de transparencia retributiva tiene por objeto la identificación de discriminaciones, en su caso, tanto directas como indirectas, particularmente las debidas a incorrectas valoraciones de puestos de trabajo, lo que concurre cuando desempeñado un trabajo de igual valor de acuerdo con los artículos siguientes, se perciba una retribución inferior sin que dicha diferencia pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y sin que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios”. Añade que “El principio de transparencia retributiva se aplicará, al menos, a través de los instrumentos que regula, que son: los registros retributivos, la auditoría retributiva, el sistema de valoración de puestos de trabajo de la clasificación profesional contenida en la empresa y en el convenio colectivo que fuera de aplicación y el derecho de información de las personas trabajadoras.

Por su parte, la Directiva 2023/970 no define la transparencia retributiva, pero relaciona el catálogo de medidas para hacerla efectiva y se centra nuevamente en la información, en su vertiente de reconocer derechos de información a las personas trabajadoras y

sus representantes, como en la obligación empresarial de elaborar, proporcionar y publicar información relativa a la materia en cuestión.

4. La llamada a la negociación colectiva en la Directiva (UE) 2023/970

La inclusión de la negociación colectiva entre los instrumentos de transparencia retributiva, siendo así que los deberes empresariales de información parecen predominar entre los mecanismos para hacerla efectiva, está plenamente justificada desde el momento en que es la norma sectorial la que fija salarios y sistemas de clasificación profesional, que son los elementos que pueden proporcionar la materialización del principio de igualdad de remuneración por un trabajo de igual valor. Y es que en muchas ocasiones es el propio convenio colectivo el que “cronifica la segregación ocupacional” cuando incorpora cláusulas que, sin ser discriminatorias en su formulación, encubren posibles discriminaciones que encierran estereotipos de género e infravaloración del trabajo femenino en la clasificación profesional¹³.

La Directiva 2023/970 se refiere en tres ocasiones a la intervención de la negociación colectiva, si bien utiliza la expresión más amplia y menos apropiada desde el punto de vista del derecho español, Diálogo Social. Según su artículo 13, los Estados miembros tomarán las medidas adecuadas para garantizar la participación efectiva de los interlocutores sociales a través del diálogo sobre los derechos y las obligaciones que establece la propia Directiva, “si procede, cuando así lo soliciten”, y ello sin perjuicio de la autonomía de los interlocutores sociales y de conformidad con el Derecho y las prácticas nacionales. Esto parece significar que la Directiva acude a la participación de los interlocutores sociales en la actividad normativa, es decir, en la actividad que debe desplegar cada Estado miembro, lo que se confirma al fijar dos condiciones: que la participación proceda, se entiende con arreglo al Derecho nacional, y que los interlocutores sociales así lo soliciten¹⁴. Esto se traduce no sólo en la posibilidad y conveniencia de que las organizaciones empresariales y sindicales más representativas sean llamadas y escuchadas en el proceso de transposición de la norma, sino también y especialmente, en la inclusión de compromisos en materia de transparencia retributiva en los Acuerdos Interprofesionales sobre negociación colectiva, que se han retomado en nuestro país recientemente. Al estar suscritos por las organizaciones empresariales y sindicales más representativas en el máximo nivel, constituyen una manera de garantizar un atendimento más eficaz y efectivo por parte de los negociadores en los niveles correspondientes de negociación.

¹³ Nieto Rojas, P.: “La reducción de la brecha salarial de género a través de la transparencia en la política retributiva y la valoración neutra de puestos de trabajo”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social* (Trabajo y Mujer), 2023, núm. 155, p. 58.

¹⁴ Fuentes Rodríguez, F.: “La Directiva 2023/970, por la que se refuerza el principio de igualdad de retribución a través de medidas de transparencia en materia retributiva y de mecanismos para su cumplimiento”, *Temas Laborales*, 2023, núm. 168, p. 247.

En ese sentido, el capítulo VI del V Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva para los años 2023, 2024 y 2025¹⁵ ya incorporaba a su texto la necesidad de que los convenios colectivos promovieran la racionalización de las estructuras salariales, integrando los principios de transparencia retributiva y de igual retribución por trabajos de igual valor, para lo cual proponía la ordenación y simplificación de los complementos salariales teniendo en cuenta la perspectiva de género y la necesidad de que las tablas salariales debieran ser coherentes con la clasificación profesional establecida en el convenio, incluyendo también los sistemas de retribución variable, que deberían estar fijados con claridad, contar con criterios objetivos y ser neutros desde una perspectiva de género. Y el capítulo XII relativo a la igualdad entre mujeres y hombres insistía en la necesidad de establecer criterios retributivos transparentes, incluyendo la definición y condiciones de todos los pluses y complementos salariales, evitar que se definan complementos o pluses con marcado sesgo de género, determinar en el ámbito de las empresas los trabajos de igual valor y garantizar el cumplimiento efectivo de lo previsto en el Real Decreto 902/2020, de 13 de octubre, de igualdad retributiva entre mujeres y hombres, para acabar con la brecha salarial.

En segundo lugar, el mismo precepto de la Directiva llama directamente al convenio colectivo al disponer que los Estados Miembros deben promover el papel de los interlocutores sociales y fomentar el ejercicio del derecho a la negociación colectiva sobre las medidas para luchar contra la discriminación retributiva y su repercusión negativa en la valoración de los puestos de trabajo desempeñados predominantemente por trabajadores de un determinado sexo¹⁶. Se trata de una llamada amplia, de carácter general e indeterminada, necesariamente, dada la diversidad de regímenes de negociación colectiva eventualmente existentes en cada Estado miembro.

Por su parte, y, en tercer lugar, el artículo 30 de la norma europea señala que sus disposiciones no afectarán de ningún modo al derecho a negociar, celebrar y aplicar convenios colectivos o a emprender acciones colectivas de conformidad con el Derecho o las prácticas nacionales. Constituye una disposición interesante en aquellos supuestos en los que se tenga que partir de cero o de una situación más pobre en el derecho nacional y no puede significar más que dos cosas: el hecho de que la Directiva europea imponga obligaciones legales no debe hacer que la negociación colectiva, en la medida de sus capacidades y de sus posibilidades, pueda verse impedida de actuar y que las reglas y derechos

¹⁵ Suscrito entre la Confederación Española de Organizaciones Empresariales (CEOE) y la Confederación Española de la Pequeña y Mediana Empresa (CEPYME), y de otra por las Confederaciones Sindicales de Comisiones Obreras (CC. OO.) y de la Unión General de Trabajadoras y Trabajadores de España (UGT) el 10 de mayo de 2023 y publicado en el BOE de 31 de mayo de 2023.

¹⁶ Señala con acierto Fuentes Rodríguez, F.: "La Directiva 2023/970, por la que se refuerza el principio de igualdad de retribución a través de medidas de transparencia en materia retributiva y de mecanismos para su cumplimiento", op. cit., p. 248, que la idea, aunque clara, "está expresada incorrectamente, en la medida en que no es la discriminación retributiva la que repercute negativamente en la valoración de puestos de trabajo, sino que es al revés, la discriminación que se produce a la hora de valorar determinados puestos de trabajo (los feminizados, con carácter general) la que va a influir negativamente en la retribución". En la versión en inglés se produce exactamente el mismo error: "*encourage the exercise of the right to collective bargaining on measures to tackle pay discrimination and its adverse impact on the valuation of jobs predominantly carried out by workers of one sex*".

contenidos en la nueva norma europea también pueden incorporarse al derecho interno y hacerse efectivas mediante la acción de la negociación colectiva.

Las medidas de transparencia retributiva que regula la Directiva 2023/970, en las que puede y debe intervenir la negociación colectiva, son: la transparencia en las políticas de fijación de las retribuciones y de progresión retributiva, es decir, comunicar, publicar, difundir, los criterios que se utilizan para determinar la retribución de los trabajadores, los niveles retributivos y la promoción económica de los trabajadores; el derecho de todas las personas trabajadoras, individualmente o a través de sus representantes, a obtener información por escrito sobre su nivel retributivo individual y sobre los niveles retributivos medios, desglosados por sexo, para las categorías de trabajadores que realicen el mismo trabajo o un trabajo de igual valor al suyo; la obligación de las personas empleadoras, en función del número de personas empleadas, de facilitar información relativa a la brecha retributiva de género en general y en los componentes complementarios o variables, la brecha retributiva de género mediana con carácter general y en los componentes complementarios o variables, la proporción de trabajadoras y de trabajadores que reciben componentes complementarios o variables, la proporción de trabajadoras y de trabajadores en cada cuartil de la banda retributiva y la brecha retributiva de género, por categorías de trabajadores, desglosada por salario o sueldo base ordinario y por componentes complementarios o variables. Y, finalmente, el deber de las personas empleadoras que deban cumplir con la obligación de información anterior, de realizar, en cooperación con los representantes de los trabajadores, una evaluación retributiva conjunta cuando se cumplan las siguientes condiciones conjuntamente: que la información presentada en relación con las retribuciones demuestre la existencia de una diferencia en el nivel retributivo medio de las trabajadoras y los trabajadores de al menos el 5 % en cualquier categoría de trabajadores, que el empleador no haya justificado esa diferencia en el nivel retributivo medio sobre la base de criterios objetivos y neutros con respecto al género y que el empleador no haya subsanado esa diferencia injustificada en el nivel retributivo medio en los seis meses siguientes a la fecha de presentación de la información sobre las retribuciones. Esta última obligación supone la manera de corregir las diferencias injustificadas y contribuir, con ello, a la erradicación de la brecha.

5. El papel del convenio colectivo en la implantación del principio de transparencia retributiva

El RD 902/2020 es más específico en cuanto a la determinación de medidas para lograr la transparencia retributiva: su art. 3.3 establece que el principio de transparencia retributiva se aplicará, al menos, a través de los siguientes instrumentos: los registros retributivos, la auditoría retributiva, el sistema de valoración de puestos de trabajo de la clasificación profesional contenida en la empresa y en el convenio colectivo que fuera de aplicación y el derecho de información de las personas trabajadoras.

5.1. La valoración de los puestos de trabajo dentro del sistema de clasificación profesional

Según el art. 9 RD 902/2020, la llamada a la intervención convencional se centra en el establecimiento de sistemas de clasificación profesional en los que los puestos de trabajo se valoren correctamente desde una perspectiva de género: “con el objetivo de comprobar que la definición de los grupos profesionales se ajusta a criterios y sistemas que garantizan la ausencia de discriminación directa e indirecta entre mujeres y hombres y la correcta aplicación del principio de igualdad de retribución por trabajos de igual valor, las mesas negociadoras de los convenios colectivos deberán asegurarse de que los factores y condiciones concurrentes en cada uno de los grupos y niveles profesionales respetan los criterios de adecuación, totalidad y objetividad, y el principio de igual retribución para puestos de igual valor en los términos establecidos en el artículo 4”.

La norma pretende con ello que los convenios colectivos contengan los criterios necesarios para que opere una valoración de los puestos de trabajo que no produzcan efectos discriminatorios. El art. 9 RD 902/2020 es una norma a la que se ha reprochado su falta de contundencia, porque no se refiere expresamente a las pautas de actuación tanto en materia de percepciones salariales como extrasalariales¹⁷, aunque lo cierto es que a todo tipo de percepciones incluidas en el principio de igual retribución por trabajo de igual valor sí se refiere expresamente el art. 28 LET¹⁸, y también se la ha considerado una norma de complicada materialización, debido a la dificultad de superar conflicto de intereses y poner de común acuerdo a ambas partes negociadoras, pero esa tarea es justamente la que se les encomienda y a ello están obligadas tanto por la ley como por la propia CE. El principio de igualdad debe conducir a que en la retribución fijada por unidad de tiempo no exista diferencia entre tareas del mismo valor y si es fijada por unidad de obra, se utilice el mismo parámetro de medición en todos los casos, con el objetivo de abarcar todas las percepciones en dinero o en especie, actuales o futuras, siempre que sean satisfechas directa o indirectamente por el empresario por razón del trabajo realizado¹⁹. Ahora bien, también se ha destacado que ello no impide que puedan establecerse, tanto en el convenio colectivo como en el propio contrato de trabajo, diferencias en las retribuciones, siempre que se basen en una diferencia efectiva en el desempeño del trabajo, esto es, “no se prohíben las evaluaciones subjetivas si su resultado no tiene un sesgo que favorezca a un sexo frente a otro”²⁰.

Es, por tanto, competencia y tarea propia del convenio colectivo la valoración de los puestos de trabajo²¹: el convenio colectivo se convierte en el instrumento protagonista en

¹⁷ Cabeza Pereiro, J.: “Transparencia retributiva para la igualdad de trato entre mujeres y hombres: entre el *soft law* y el *hard law* de la Unión Europea”, *Revista del Ministerio de Trabajo*, 2021, núm. 151, p. 72. a

¹⁸ Se busca la paridad en la remuneración satisfecha directa o indirectamente, cualquiera que sea la naturaleza de tal remuneración, salarial o extrasalarial (art. 28 LET).

¹⁹ Sempere Navarro, A. V.: “Sobre transparencia salarial y no discriminación”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2023, núm. 11, p. 3, BIB2923\2910.

²⁰ Gimeno Díaz De Atauri, P.: “Valoración del trabajo desde una perspectiva de género en la empresa y en la negociación colectiva”, en Nieto Rojas, P.: *Acciones públicas y privadas para lograr la igualdad en la empresa*, Dykinson, Madrid, 2021, p. 99.

²¹ Sáez Lara, C.: “Registro salarial e igualdad retributiva entre mujeres y hombres tras el RDL 6/2019: una primera aproximación”, *Revista de Derecho Social y Empresa*, 2020, núm. 12, pp. 10-11.

la adecuada valoración de los puestos de trabajo²², conectando el sistema de clasificación profesional con el sistema de fijación de salarios, recayendo así en las representaciones de trabajadores y empresarios la labor de asegurar que los sistemas de clasificación profesional respeten los principios que detalla el art. 4 RD 902/2020²³. La tarea se encomendaba ya en el art. 22.3 LET, en la redacción dada por el RDL 6/2019, según el cual “La definición de los grupos profesionales se ajustará a criterios y sistemas que, basados en un análisis correlacional entre sesgos de género, puestos de trabajo, criterios de encuadramiento y retribuciones, tengan como objeto garantizar la ausencia de discriminación, tanto directa como indirecta, entre mujeres y hombres” y se insiste en que estos criterios y sistemas, en todo caso, cumplirán con lo previsto en el artículo 28.1 LET: a los negociadores se les exige que, tras un análisis de las distintas funciones y tareas que se desempeñan, se delimiten los posibles factores que se tomarán en consideración para la clasificación profesional atendiendo a la composición por sexos de las personas trabajadoras afectadas, evitando que los grupos, niveles o puestos con mayor proporción de mujeres tengan un salario sustancialmente diferente de los grupos, niveles o puestos con mayor proporción de hombres, sin una justificación objetiva y suficiente²⁴.

El art. 4 RD 902/2020 es, así, la norma central en la definición jurídica del principio de igualdad de retribución por un trabajo de igual valor. En desarrollo del art. 28 LET este precepto contiene tres apartados que condensan buena parte de la jurisprudencia nacional y europea que ha realizado la comparación entre trabajos para determinar su valor y detectar eventuales elementos de discriminación directa o indirecta: “un trabajo tendrá igual valor que otro cuando la naturaleza de las funciones o tareas efectivamente encomendadas, las condiciones educativas, profesionales o de formación exigidas para su ejercicio, los factores estrictamente relacionados con su desempeño y las condiciones laborales en las que dichas actividades se llevan a cabo en realidad sean equivalentes”. A estos efectos considera que:

- a) Se entiende por naturaleza de las funciones o tareas el contenido esencial de la relación laboral, tanto en atención a lo establecido en la ley o en el convenio colectivo como en atención al contenido efectivo de la actividad desempeñada.
- b) Se entiende por condiciones educativas las que se correspondan con cualificaciones regladas y guarden relación con el desarrollo de la actividad.
- c) Se entiende por condiciones profesionales y de formación aquellas que puedan servir para acreditar la cualificación de la persona trabajadora, incluyendo la experiencia o la formación no reglada, siempre que tenga conexión con el desarrollo de la actividad.

²² Cristóbal Roncero, R.: “La conciliación de la vida laboral y familiar en la Unión Europea: especial referencia a la propuesta de Directiva sobre igualdad retributiva”, *Revista de Derecho Social y Empresa*, 2022, núm. 16, p. 62.

²³ López Balaguer, M.: “Nuevas obligaciones para la igualdad retributiva en las empresas”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF*, 2022, núm. 466, p. 103.

²⁴ Gimeno Díaz De Aauri, P.: “Valoración del trabajo desde una perspectiva de género en la empresa y en la negociación colectiva”, en Nieto Rojas, P.: *Acciones públicas y privadas para lograr la igualdad en la empresa*, op. cit., p. 117.

- d) Se entiende por condiciones laborales y por factores estrictamente relacionados con el desempeño aquellos diferentes de los anteriores que sean relevantes en el desempeño de la actividad.” A estos efectos considera relevantes, con carácter meramente enunciativo, factores como la penosidad y dificultad, las posturas forzadas, los movimientos repetitivos, la destreza, la minuciosidad, el aislamiento, la responsabilidad tanto económica como relacionada con el bienestar de las personas, la polivalencia o definición extensa de obligaciones, las habilidades sociales, las habilidades de cuidado y atención a las personas, la capacidad de resolución de conflictos o la capacidad de organización.

Siguiendo también a la jurisprudencia europea y nacional²⁵, estima que “Una correcta valoración de los puestos de trabajo requiere que se apliquen los criterios de adecuación, totalidad y objetividad. La adecuación implica que los factores relevantes en la valoración deben ser aquellos relacionados con la actividad y que efectivamente concurren en la misma, incluyendo la formación necesaria. La totalidad implica que, para constatar si concurre igual valor, deben tenerse en cuenta todas las condiciones que singularizan el puesto del trabajo, sin que ninguna se invisibilice o se infravalore. La objetividad implica que deben existir mecanismos claros que identifiquen los factores que se han tenido en cuenta en la fijación de una determinada retribución y que no dependan de factores o valoraciones sociales que reflejen estereotipos de género”.

La Orden PCM/1047/2022, de 1 de noviembre, aprueba y publica el procedimiento de valoración de los puestos de trabajo previsto en el Real Decreto 902/2020, de 13 de octubre, de igualdad retributiva entre mujeres y hombres, adoptado previo acuerdo entre organizaciones sindicales y empresariales más representativas, herramienta que se ha puesto a disposición pública y puede consultarse y descargarse desde el sitio web del Instituto de la Mujer. Además, se han negociado y aprobado también una herramienta para realizar los registros retributivos y para realizar auditorías retributivas con perspectiva de género, así como una herramienta para el autodiagnóstico de la brecha salarial de género²⁶.

No son las únicas herramientas existentes ni las únicas que pueden utilizarse. La valoración de los puestos de trabajo es una tarea difícil y compleja, esquivada²⁷, que pretende objetivar características, hechos y circunstancias en las que concurren importantes dosis de subjetividad, al tiempo que elementos cuantificables. Estas herramientas integran algunas características que a menudo se invisibilizan al evaluar las tareas y trabajos que predominantemente mujeres, como la minuciosidad, la atención al detalle, la carga emocional, etc.

²⁵ Sobre una valoración neutra de los puestos de trabajo, vid. Marín Malo, M. “Discriminación salarial indirecta y los sistemas de valoración de puestos de trabajo”. *FEMERIS: Revista Multidisciplinar de Estudios de Género*, 2021, núm. 6, vol. 2, pp. 34-60. <https://doi.org/10.20318/femeris.2021.6135> y García Gil, M. B. “Valoración de puestos de trabajo con perspectiva de género”. *FEMERIS: Revista Multidisciplinar de Estudios de Género*, 2021, núm. 6, vol. 2, pp. 61-83. <https://doi.org/10.20318/femeris.2021.6136>

²⁶ Vid. <https://www.igualdadenaempresa.es/asesoramiento/herramientas-igualdad/home.htm>

²⁷ Nieto Rojas, P. “La reducción de la brecha salarial de género a través de la transparencia en la política retributiva y la valoración neutra de puestos de trabajo”, op. cit., p. 60.

Lo importante a nuestros efectos es que esa valoración de puestos de trabajo se traduzca en un adecuado y neutro sistema de clasificación profesional desde el punto de vista del género, por lo que será también de enorme importancia que las partes negociadoras cuenten con formación al respecto: formación en materia de valoración de puestos de trabajo, el uso de las herramientas existentes y la descripción de grupos, niveles y puestos de acuerdo con la valoración neutra desde el punto de vista del género: sólo una mesa negociadora formada y dotada de las herramientas necesarias y adecuadas podrá diseñar el sistema de clasificación profesional adecuado.

La aportación de la Directiva 2023/970 en materia de valoración de puestos de trabajo y negociación colectiva se encuentra en su art. 4.4 al disponer que “Las estructuras retributivas deberán permitir evaluar, en lo que respecta al valor del trabajo, si los trabajadores se encuentran en una situación comparable, sobre la base de criterios objetivos y neutros con respecto al género acordados con los representantes de los trabajadores, de existir tales representantes. Estos criterios no se basarán, ni directa ni indirectamente, en el sexo de los trabajadores. Incluirán las competencias, el esfuerzo, la responsabilidad y las condiciones de trabajo, y, si procede, cualquier otro factor que sea pertinente para el puesto o empleo específico. Se aplicarán de manera objetiva y neutra con respecto al género, de forma tal que se excluya toda discriminación directa o indirecta por razón de sexo. En particular, no subestimarán las aptitudes interpersonales pertinentes”. Se trata de una disposición muy similar a nuestros arts. 4 y 9 RD 902/2020, e introduce la mención a la situación comparable de las personas trabajadoras que pueda servir de base para realizar la adecuada valoración de los puestos.

Las reglas para la realización de esta adecuada y neutra valoración de puestos de trabajo son aparentemente sencillas, pero no fáciles de materializar aún con las herramientas diseñadas y desarrolladas para este examen analítico y cuantitativo de inspiración científica. Su alcance debe ser completo: debe referirse a percepciones salariales (salarios base y cualquier tipo de complemento salarial) y no salariales, abarcando todo tipo de percepciones adicionales, como bonificaciones, compensación por horas extraordinarias, dietas por desplazamiento, compensación por asistencia a cursos de formación, indemnizaciones en caso de despido, prestaciones obligatorias por enfermedad, indemnizaciones obligatorias, pensiones de jubilación, etc. Debe establecerse un comparador, porque cuando se examina un trabajo para determinar su igual valor, la elección de un comparador significa seleccionar a un hombre u hombres que realicen un trabajo en una situación comparable y de un valor similar que estén mejor remunerados. Esto se traduce en un mandato claro a los negociadores: la redefinición de los sistemas de clasificación profesional, su correcta descripción y valoración de las tareas y funciones, las competencias educativas y de formación, las condiciones del desempeño del puesto de trabajo y las condiciones laborales. Las competencias deben incluir la educación, la formación, la experiencia, el conocimiento, las habilidades interpersonales, la resolución de problema y las habilidades organizativas. El esfuerzo debe abarcar el esfuerzo físico, mental y psicosocial. La responsabilidad debe referirse a la asunción de funciones y también a la rendición de cuentas, la responsabilidad con respecto a las personas, los bienes y los equipos,

así como la información o los recursos financieros. Las condiciones laborales, finalmente, deben implicar la naturaleza de las tareas, el entorno organizativo, las aptitudes del entorno físico, psicológico o emocional, el esfuerzo, la responsabilidad y las condiciones de trabajo en sentido estricto²⁸.

En todo caso, han señalado tanto la doctrina como la jurisprudencia que los sistemas más comunes de diseño del sistema de clasificación profesional aún adolecen de graves deficiencias y de producir y perpetuar la infravaloración del trabajo tradicionalmente femenino y la sobrevaloración del trabajo tradicionalmente masculino, primando el principio de equivalencia profesional sobre el de equidad retributiva por razón de género. Los sistemas más avanzados de diseño de los grupos profesionales se realizan en atención a criterios objetivos como las titulaciones y cualificaciones profesionales, la iniciativa, la autonomía, la responsabilidad y el mando, que son características que abundan en el trabajo masculino y no en el femenino, concentrado en empleos de bajo valor añadido, donde se requiere un menor nivel de cualificación y se tiene menor acceso a las facultades de dirección: una lectura combinada de los artículos 22 y 28 LET exige conciliar la equivalencia profesional con la equidad de género femenino a la hora de definir los grupos profesionales y una previa valoración analítica de los diversos puestos de trabajo, tomando en consideración las habilidades y esfuerzos (físicos, mentales y psicosociales), así como las condiciones medioambientales en que se desarrollan todos los puestos de trabajo, incluidos aquéllos con predominio de mujeres, incorporando ambas perspectivas, la equivalencia profesional y equidad retributiva de género para favorecer una correcta determinación de las retribuciones y sin menoscabar el contenido general de la prestación y las características de los puestos de trabajo a efectos de movilidad funcional²⁹.

Se ha puesto de manifiesto que, en muchas ocasiones, en la determinación de si un trabajo tiene o no el mismo valor que otro pesan sobremanera prejuicios y estereotipos de género que las herramientas de valoración de puestos de trabajo deben tener en cuenta, señalando la cuestionable respuesta de la STS de 3 de noviembre de 2008 (rec. núm. 169/2007), que denegó la existencia de discriminación retributiva en la tabla salarial de un convenio colectivo que contemplaba dos grupos profesionales, uno mejor retribuido y masculinizado y otro, feminizado, peor retribuido, con las mismas definiciones en relación con las mismas categorías profesionales, afirmando que no resulta convincente considerar que se trata de trabajos de diferente valor cuando se disponen las mismas definiciones para ambas categorías, siendo así que la única explicación de que un grupo esté peor retribuido que otro es el hecho de que se ha minusvalorado un trabajo normalmente realizado por mujeres³⁰. Hay que añadir que el convenio colectivo vigente, Convenio colectivo para el sector de conservas, semiconservas y salazones de pescado y marisco para los años

²⁸ Confederación Europea de Sindicatos: *Negociación de la igualdad retributiva por trabajos de igual valor. Lista de comprobación de la CES*, op. cit., p. 4.

²⁹ Serrano Olivares, R., Carrasquer Oto, P. y Sánchez Mira, N.: "El papel de la regulación convencional en la caracterización sectorialmente específica de la brecha salarial de género", *Anuario IET de Trabajo y Relaciones Laborales. Transiciones al empleo*, 2019, vol. 6, pp. 53-54.

³⁰ Lousada Arochena, J. F.: "Jurisprudencia española sobre igualdad retributiva entre mujeres y hombres", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2015, núm. 181. Versión on line. Vid. BIB 2015/167286.

2021-2024³¹, mantiene los grupos 5 (personal de fabricación, que realiza labores típicas de fabricación) y 6 (personal de oficios varios, que bajo las órdenes del personal técnico, si lo hubiere, ha realizado el aprendizaje de las artes y oficios clásicos de la industria metalúrgica, de la construcción, madera u otra actividad y que realizan trabajos complementarios o auxiliares en la industria de conservas y salazones de pescado) con una diferencia de retribución a favor del grupo 6³².

5.2. El sistema de retribución y la estructura salarial

El otro instrumento que debe ser tenido en cuenta a la hora de lograr corregir mediante la negociación colectiva la diferencia injustificada entre los salarios femeninos y masculinos es el sistema de retribución y la fijación de una estructura salarial acorde con una adecuada valoración de los puestos de trabajo, especialmente en los complementos retributivos, dado que los salarios base fijados por grupo profesional llevan a discriminaciones directas que son más fáciles de detectar y suprimir.

Los complementos retributivos que obedecen a la estructura reconocida en el artículo 26 LET son una fuente de diferencia salarial entre mujeres y hombres, normalmente, de difícil justificación. Tal y como se ha señalado, el complemento por antigüedad produce una desigualdad por razón de género en los sectores a los que las mujeres han tardado en incorporarse y con buen criterio se ha preguntado la doctrina por qué se premia con un complemento salarial la penosidad del trabajo, el mando o la prolongación de jornada y no otras características de ejecución del trabajo como la atención al público o el cuidado de personas dependientes, por qué se interpreta la penosidad del trabajo únicamente en términos de nocturnidad, turnicidad o esfuerzo físico y no en términos de esfuerzo psicosocial o de trabajo repetitivo y por qué la cantidad y calidad del trabajo se miden normalmente por la presencia y permanencia en la empresa (pluses de puntualidad o asistencia) y los pluses de productividad o incentivos no retribuyen la productividad o el rendimiento, sino simplemente la cantidad de trabajo medida en términos de asistencia y permanencia³³. En general, no se conoce la causa real de la existencia de muchos complementos, ni los criterios de atribución retributiva, constatándose una ausencia de vocación clara de equiparación salarial por parte de los propios agentes sociales, por lo que es exigible la necesaria revisión de la estructura retributiva de los convenios colectivos, unificando su regulación y exigiendo que todos los complementos y pluses se definan cualitativamente y se detallen cuantitativamente³⁴.

³¹ Resolución de 28 de julio de 2022, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo para el sector de conservas, semiconservas y salazones de pescado y marisco para los años 2021-2024. BOE de 11 agosto 2022.

³² Siendo así que la definición de funciones es equivalente.

³³ Serrano Olivares, R., Carrasquer Oto, P. y Sánchez Mira, N.: "El papel de la regulación convencional en la caracterización sectorialmente específica de la brecha salarial de género", op. cit., pp. 56-58.

³⁴ Nieto Rojas, P.: "La reducción de la brecha salarial de género a través de la transparencia en la política retributiva y la valoración neutra de puestos de trabajo", op. cit., p. 60.

Para ello debe producirse una simplificación de los complementos retributivos y deben definirse de modo que valoren características como la atención personal, la capacidad de organización, el cuidado de personas, el esfuerzo psicosocial³⁵, el trabajo repetitivo y otras características de los puestos de trabajo realmente ligadas a la esencia del desempeño y no a la presencialidad alargada. Del mismo modo, hay que separar los complementos por resultados o productividad de la asistencia, asiduidad, puntualidad, etc., para que constituyan verdaderamente elementos de valoración de la productividad y el rendimiento y no de la simple presencialidad. Además, habrá de tenerse especial cuidado en las retribuciones variables, en los complementos *ad personam* y el plus de convenio, que suelen regularse cuando se procede a la simplificación de las estructuras salariales y que, además de ser poco transparentes, consolidan diferencias salariales porque compensan la desaparición de complementos anteriores, percibidos mayoritariamente por hombres, y no se diseñan adecuadamente en términos de género. En este sentido se ha llegado a proponer como una eventual buena práctica convencional la inclusión de una suerte de cláusula de equiparación progresiva si se detectan diferencias retributivas, no discriminatorias, en las retribuciones de trabajos similares o equivalentes, por razones de género³⁶.

El art. 11 RD 902/2020 también le otorga un valor definitivo al convenio colectivo cuando establece que el principio de proporcionalidad en las retribuciones percibidas por las personas contratadas a tiempo parcial “resultará de aplicación cuando lo exijan la finalidad o naturaleza de estas y así se establezca por una disposición legal, reglamentaria o por convenio colectivo”, de lo contrario, la regla será la aplicación del principio de igualdad consagrada en el número 1 de ese mismo artículo” y deberá garantizarse siempre que la reducción proporcional de las percepciones retributivas no tendrá una repercusión negativa en el disfrute de los derechos relacionados con la maternidad y el cuidado de menores o personas dependientes³⁷.

5.3. El deber de información y el derecho correspondiente

El aumento del deber de información de la empresa tanto a las personas trabajadoras como a sus representantes en materia de salario y brecha salarial constituye el con-

³⁵ Nuestros tribunales ya tienen interiorizado que el esfuerzo físico sólo puede justificar una diferencia retributiva cuando se acredite de forma indudable que tal esfuerzo físico constituye un elemento determinante absoluto de la aptitud para el desarrollo de la tarea o que se trate de un elemento esencial, siendo preciso incluso en esos casos que se combine con otros elementos neutros desde una perspectiva de género. Vid. el análisis de Lousada Arochena, J. F.: “Jurisprudencia española sobre igualdad retributiva entre mujeres y hombres”, op. cit. pp. 4-5.

³⁶ Nieto Rojas, P.: “La reducción de la brecha salarial de género a través de la transparencia en la política retributiva y la valoración neutra de puestos de trabajo”, op. cit., p. 61.

³⁷ Ya la jurisprudencia había establecido el denominado canon de integridad retributiva, garantizando a la mujer la integridad retributiva y la no penalización salarial en el caso de disfrute de permisos por nacimiento y cuidado de hijos o de pluses y complementos, aun cuando no se dan las circunstancias que generan el devengo de pluses, como medida para evitar o corregir determinadas brechas retributivas por razón de sexo, STS 24 enero 2017 (rec. núm. 1902/2015) y STS 23 diciembre 2019 (rec. núm. 141/2018). O la nulidad de la supresión de una condición más beneficiosa por afectar en su mayoría a mujeres trabajadoras, lo que la convierte además en mecanismo adecuado para favorecer el desarrollo de su vida laboral, convirtiéndose de esta manera en eficaz herramienta para mitigar por esta vía su histórica discriminación (STS 25 noviembre 2020, rec. núm. 38/2019).

tenido más importante e innovador de la Directiva 2023/970 y uno de los que deberá ser objeto de transposición con más atención. Para el RD 902/2020, por su parte, se concreta en el acceso al registro retributivo y las auditorías retributivas.

La Directiva 2023/970 dirige mandatos³⁸ a las empleadoras sobre la incorporación de determinada información de carácter retributivo en fase previa a la contratación, es decir, información que debe emitirse por parte de la empresa en la oferta de empleo, de los deberes de información que forman parte del contrato de trabajo. En ambos casos, la labor del convenio colectivo debe ser el refuerzo tanto de los derechos de información propiamente dichos, como de la posición jurídica de los representantes de las personas trabajadoras. La intervención de la negociación colectiva, pese a constituir el deber de información una obligación ordenada por la norma legal no puede considerarse superflua, porque supone un mayor compromiso de las partes de la relación laboral con el contenido material del derecho y tampoco es nueva en nuestro sistema de relaciones laborales.

Asumir en el convenio colectivo obligaciones de transparencia en las ofertas de empleo es ciertamente novedoso en el Derecho español, pero nada impide que su presencia se generalice, especialmente en lo referente a la retribución inicial y la remisión a las disposiciones convencionales aplicables. Además, respecto al punto 3 del art. 5 Directiva 2023/970, ya es un contenido típico de los Planes de Igualdad el cuidado en materia de terminología neutra respecto al género, de modo que tanto en las ofertas como en la denominación de los puestos de trabajo estas obligaciones se pueden asumir con facilidad.

El deber de información dentro de la relación de trabajo se convierte en derechos de las personas trabajadoras, tanto individuales como colectivos: se considera un derecho individual de cada persona trabajadora, pero la Directiva establece que se puede ejercer a través de los representantes, así como a través de un organismo de fomento de la igualdad.

Este deber de información abarca diferentes situaciones: en primer lugar, y con carácter general, una información que puede ser colectiva, relativa a “los criterios que se utilizan para determinar la retribución de los trabajadores, los niveles retributivos y la progresión retributiva. Dichos criterios serán objetivos y neutros con respecto al género” (art. 6.1 Directiva 2023/970). Esto es, cómo se calculan las remuneraciones y los complementos de promoción económica, en su caso. Por la redacción del precepto, parece más bien una obligación de publicar información, más que un derecho individual o colectivo a solicitar y percibir esa información. El convenio colectivo puede concretar y establecer una determinada periodicidad. Desde luego, se trata de una información de enorme trascendencia que puede conectarse con el registro retributivo de nuestra normativa.

En segundo lugar, se circunscribe a la solicitud y recepción, por escrito, del nivel retributivo individual y los niveles retributivos medios, desglosados por sexo, para las categorías de trabajadores que realicen el mismo trabajo o un trabajo de igual valor que el del trabajador solicitante. Se establece un parámetro temporal anual para la solicitud y obtención de esta información que deberá ser también comunicado por la empresa a

³⁸ Moraru, G. F.: “La consolidación del principio de igualdad de retribución a través de medidas de transparencia retributiva y los mecanismos para su cumplimiento”, *Revista Justicia & Trabajo*, 2023, núm. 3, p. 215.

toda la plantilla. Esto es, las personas trabajadoras deben ser conocedoras de que estos derechos de información se deben satisfacer con carácter anual y de que una vez solicitados, las entidades empleadoras deben comunicar lo solicitado en un plazo de dos meses a contar desde la fecha de la petición.

La intervención convencional en este punto se puede referir a la mejora de los tiempos o conceptos legales y al modo de ejercicio, esto es, cualquier aspecto de tipo procedimental o formal que la empresa pueda establecer para ordenar el ejercicio del derecho. Esto es importante porque estos eventuales procedimientos no pueden pactarse de modo que hagan el ejercicio del derecho ineficaz, ni pueden obstaculizarlo o dificultarlo, y, además, se debe regular la manera en que las personas trabajadoras o sus representantes ejerzan su derecho a solicitar “aclaraciones y detalles adicionales y razonables con respecto a cualquiera de los datos facilitados, y a recibir una respuesta motivada” (art. 7.2, párrafo 2º Directiva 2023/970).

El art. 9 Directiva 2023/970 establece el deber de la empresa de facilitar información sobre la brecha retributiva entre trabajadoras y trabajadores, que se proporcionará con carácter temporal diferenciado en función del número de trabajadores de la empresa³⁹. Este es un derecho del que no son titulares directos las personas trabajadoras, ni sus representantes, salvo el contenido en la letra g) “la brecha retributiva de género, por categorías de trabajadores, desglosada por salario o sueldo base ordinario y por componentes complementarios o variables”. Esta información se comunicará a la autoridad encargada de recopilar y publicar datos⁴⁰, aunque el empleador podrá publicar toda la información sobre la brecha salarial en su sitio web o divulgarla por cualquier medio, excepto la que se refiere la letra g) recién mencionada. Según la propia norma, “El equipo de dirección del empleador confirmará la exactitud de la información previa consulta con los representantes de los trabajadores. Los representantes de los trabajadores tendrán acceso a las metodologías utilizadas por el empleador”.

Es, por tanto, una materia apta para la negociación en el convenio colectivo e incluso en el propio Plan de Igualdad, uno de cuyos contenidos mínimos es el correspondiente a retribuciones. Del mismo modo que en el caso anterior, el convenio colectivo puede realizar una labor de mejora del contenido legal referido a pactar esta obligación legal de acordar las metodologías utilizadas para realizar estas mediciones, como de fijar procedimientos o protocolos de divulgación en la propia empresa.

Con todo, lo más importante de estos deberes de información es su finalidad, la corrección y/o eventual eliminación de la brecha de género, respecto a la cual se puede pactar en el instrumento convencional, no sólo la necesidad de dar las explicaciones co-

³⁹ Art. 9.1 Directiva 2023/970: “a) la brecha retributiva de género; b) la brecha retributiva de género en los componentes complementarios o variables; c) la brecha retributiva de género mediana; d) la brecha retributiva de género mediana en los componentes complementarios o variables; e) la proporción de trabajadoras y de trabajadores que reciben componentes complementarios o variables; f) la proporción de trabajadoras y de trabajadores en cada cuartil de la banda retributiva; g) la brecha retributiva de género, por categorías de trabajadores, desglosada por salario o sueldo base ordinario y por componentes complementarios o variables”.

⁴⁰ Un organismo para el seguimiento y apoyo de la ejecución de las medidas nacionales de aplicación de la Directiva (art. 29.2 Directiva 2023/970).

rrespondientes y su corrección, sino el propio compromiso de actuación en un plazo determinado o de acuerdo con un procedimiento determinado.

La intervención de los representantes de los trabajadores y su posible inclusión como contenido del convenio colectivo es también deseable cuando proceda la evaluación retributiva conjunta, de acuerdo con el art. 10 Directiva 2023/970, especialmente en el Plan de Igualdad, que en la obligación normativa alcanza sólo a la puesta en conocimiento de las personas trabajadoras y de sus representantes⁴¹: esa puesta en conocimiento podría ser algo más.

6. Evolución y tendencia

El Informe *Estudio en Materia de Igualdad de mujeres y hombres en empresas españolas* de 2023⁴², realizado sobre una muestra de más de 300 Planes de igualdad en empresas españolas, confirma que a nivel general y con independencia del puesto existe una brecha salarial entre hombres y mujeres en torno a un 11,82% (salario medio en mujeres: 31.259€/año y salario medio hombres: 36.832€/año) y que el cálculo de la brecha salarial en empresas que arrojan resultados superiores al 25% es de un 19,7%. Si bien reconoce que aún es necesario estudiar el análisis de detalle realizado en las auditorías retributivas, donde la finalidad es detectar posible discriminación por razón de sexo, los resultados del estudio son los siguientes:

- a) La brecha salarial en España es más elevada en sectores como las TIC, con salarios más elevados que otros sectores, donde las mujeres perciben una media de 25.000 € anuales menos que los hombres y donde el 81% de las posiciones directivas están ocupadas por hombres.
- b) La mayor brecha salarial se encuentra en las plantillas de las grandes empresas (+ de 500 personas) y en las organizaciones del sur de España, mientras que en las empresas de segmento mediano (entre 150 y 500 personas) el índice es menor (9,34%).
- c) A medida que aumenta el volumen de la plantilla de las empresas se incrementa el porcentaje de brecha salarial global.

⁴¹ La evaluación retributiva conjunta se llevará a cabo con el fin de detectar, subsanar y evitar diferencias de retribución entre las trabajadoras y los trabajadores que no estén justificadas sobre la base de criterios objetivos y neutros con respecto al género. Art. 10.1 2023/970: “Los Estados miembros adoptarán las medidas adecuadas para garantizar que los empleadores que están sujetos a la obligación de informar sobre las retribuciones en virtud del artículo 9 realicen, en cooperación con los representantes de los trabajadores, una evaluación retributiva conjunta cuando se cumplan todas las condiciones siguientes: a) que la información presentada en relación con las retribuciones demuestre la existencia de una diferencia en el nivel retributivo medio de las trabajadoras y los trabajadores de al menos el 5 % en cualquier categoría de trabajadores; b) que el empleador no haya justificado esa diferencia en el nivel retributivo medio sobre la base de criterios objetivos y neutros con respecto al género; c) que el empleador no haya subsanado esa diferencia injustificada en el nivel retributivo medio en los seis meses siguientes a la fecha de presentación de la información sobre las retribuciones”.

⁴² Realizado por ADECCO Learning and Consulting. Vid. <https://www.adeccoinstitute.es/diversidad-e-igualdad/igualdad-de-mujeres-y-hombres/>

- d) A nivel sectorial, la mayor brecha salarial se encuentra en el sector alimentación (34,9%), seguida de la industria química (23%).
- e) La brecha menor, por su parte, se encuentra en el sector comercio (6,04%) y en el farmacéutico/sanitario (9,63%).
- f) A nivel general las compañías no cuentan con políticas retributivas propias, sino que se negocian en los convenios de referencia, según este informe, sectoriales.
- g) A nivel general, las empresas no tienen un procedimiento estandarizado respecto a los complementos salariales, salarios variables y/o beneficios sociales a aplicar, por lo que se aplican sobre la base de criterios aleatorios y subjetivos.

En las conclusiones del estudio se constata que, sin embargo, según los datos proporcionados por el INE, la brecha salarial presenta una ligera tendencia continuada a su reducción, especialmente en los tramos inferiores de edad, y que los pasos que se van dando en los últimos años, especialmente la profusa regulación legal para asegurar la igualdad salarial material por razón de género, están arrojando resultados que califica de satisfactorios.

La reciente Directiva 2023/970 abunda en la regulación legal y en la intervención del convenio colectivo y no puede aportar más que más efectividad a las normas españolas, dado que si bien, la reforma legal impuesta por su transposición no alterará sustancialmente nuestro ordenamiento jurídico en términos generales, su aplicación también en el ámbito de las Administraciones Públicas, donde se constatan importantes discriminaciones retributivas tanto en respecto al personal laboral como al funcional⁴³, va a suponer un avance significativo en la políticas de igualdad y en la erradicación de la discriminación salarial.

En un sentido de similar optimismo se manifiesta la Confederación Europea de Sindicatos, en su valoración sobre España, debido, sobre todo, a la inclusión en la negociación colectiva sectorial y de empresa de cláusulas que abordan medidas de igualdad y no discriminación y de igualdad retributiva por un trabajo de igual valor y medidas de acción positiva⁴⁴.

Un breve recorrido por la negociación colectiva española reciente, sin embargo, nos muestra sistemas de clasificación profesional con una definición de funciones y características de desempeño de los puestos de trabajo demasiado genéricas y tradicionales, sin grandes cambios respecto a las redacciones previas a 2019. Sin incorporar factores como la carga mental y el esfuerzo físico, las habilidades sociales, las habilidades de cuidado y atención a las personas, la capacidad de resolución de conflictos o la capacidad de organización, hace años ya incorporadas al art. 4 RD 902/2020.

En los grandes convenios sectoriales de ámbito nacional, como el de la Industria Química, Banca, sector Textil y Hostelería, con larga tradición negocial, no se observa nin-

⁴³ Roqueta Buj, R.: "La Directiva (UE) 2023/970 por al que se refuerza la aplicación del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres y su transposición en España", *Labos. Revista de Trabajo y Protección Social*, 2023, núm. 3, vol. 4, pp. 88-91.

⁴⁴ Confederación Europea de Sindicatos: *New frontiers for collective bargaining building capacities to bargain in changing workplaces. Equal Pay*, op. cit., pp. 64-68.

guna variación que demuestre una correcta valoración de los puestos de trabajo a efectos de clasificación y niveles retributivos, del mismo modo que se siguen observando unas estructuras salariales, con inclusión de complementos clásicos, como nocturnidad, penosidad y asiduidad, aunque algo más sencillas desde una perspectiva de número y tipo de complementos. El VII Convenio colectivo general del sector de la Construcción⁴⁵ se refiere a la capacidad de resolución de problemas e incidencias, siendo esta la única característica nueva y neutra que se utiliza del elenco del art. 4 RD 902/2020. El VIII Convenio colectivo marco estatal de Servicios de Atención a las Personas Dependientes incluye en el mismo grupo profesional puestos de auxiliar administrativo/a, mantenimiento, conductor/a, telefonista, portero/a, recepcionista, gerocultor/a y auxiliar de ayuda a domicilio, resultando evidente que la clasificación profesional ha obviado los esfuerzos y habilidades requeridos para desarrollar tales funciones, así como las condiciones de ejecución de los servicios, invisibilizando las características más presentes en este tipo de trabajo, típicamente femenino⁴⁶. El convenio colectivo del sector de Ayuda a Domicilio de la Comunidad Autónoma de Andalucía, por su parte, contiene un sistema de clasificación profesional más compatible con el RD 902/2020, pero vuelve a colocar en el mismo grupo profesional al personal auxiliar administrativo y al auxiliar de atención a domicilio, con una definición de funciones para el SAD absolutamente desproporcionada respecto al auxiliar administrativo, con una evidente diferencia en sus características de desempeño.

Otros convenios colectivos de nueva suscripción, como el I Convenio colectivo estatal para el sector de Actividades Forestales o el I Convenio colectivo sectorial estatal de Marcas de Restauración Moderna contienen también un sistema de clasificación profesional clásico, sin la suficiente concreción de características para asegurar la correcta valoración de los puestos de trabajo. Las estructuras salariales y los sistemas de retribución, si bien tienden a simplificarse, aún no han conseguido apartarse de las divisiones tradicionales. En un sector típicamente masculino, como los prácticos de puertos, se puede encontrar un convenio colectivo clásico, con parca definición de funciones y una estructura salarial con complementos por nocturnidad, turnicidad y *ad personam*⁴⁷. En algunos convenios de ámbito inferior y de empresa sí se encuentran algunos sistemas de clasificación profesional más modernos, con una redacción más integradora, como el I Convenio Colectivo de la empresa Ilunion Accesibilidad, Sociedad Anónima Unipersonal⁴⁸, el Convenio colectivo de Mercadona⁴⁹ o el de la Empresa Servace Integra S. L. U⁵⁰.

⁴⁵ Publicado por Resolución de 6 de septiembre de 2023, de la Dirección General de Trabajo, BOE de 23 septiembre 2023.

⁴⁶ Ya lo habían puesto de manifiesto Serrano Olivares, R., Carrasquer Oto, P. y Sánchez Mira, N.: "El papel de la regulación convencional en la caracterización sectorialmente específica de la brecha salarial de género", op. cit., respecto a la versión anterior del convenio, que no ha cambiado después de la aprobación del RD 902/2020.

⁴⁷ Convenio colectivo de la entidad Corporación Prácticos del Puerto de Tenerife, BOP de 11 de marzo de 2024.

⁴⁸ Resolución de 26 de diciembre de 2023, de la Dirección General de Trabajo, BOE de 17 enero 2024.

⁴⁹ Resolución de 16 de febrero de 2024, de la Dirección General de Trabajo, BOE de 28 febrero 2024.

⁵⁰ Resolución de 4 febrero 2022, del Departamento de Trabajo y Empleo, BO del País Vasco de 4 de marzo de 2022.

7. Argumentos a favor y en contra de las medidas que garantizan la transparencia salarial

Es abundante la bibliografía que recoge los argumentos a favor y en contra, esto es, la ventajas e inconvenientes de adoptar medidas de transparencia retributiva, tanto con carácter general como de modo específico respecto de algunas de ellas⁵¹. El argumento clave y la ventaja de las medidas de transparencia salarial es que permiten identificar las diferencias salariales injustificadas o discriminatorias. Dado que ello es así, las medidas de transparencia salarial se describen como un catalizador para ayudar a reducir las diferencias salariales discriminatorias. La información obtenida a través de las medidas de transparencia salarial puede animar a las empresas a considerar la equidad de sus sistemas salariales. Al mismo tiempo, esta información puede ser utilizada por las personas trabajadoras, sus representantes u otros actores para negociar con las empleadoras o emprender acciones legales. A su vez, estas acciones, como el éxito de un caso ante un tribunal, pueden tener un efecto en cadena, incentivando a otros empresarios a abordar de forma preventiva cualquier brecha salarial en su organización.

Otro argumento clave a favor de las medidas de transparencia salarial es que permiten a las personas trabajadoras conocer si su retribución es justa en el sentido de estar alineada con la de compañeros que ocupan puestos comparables, y esta información les permite tomar decisiones y negociar con mayor frecuencia y éxito con las empresas.

Una de las desventajas destacadas de esta mayor información y capacidad de negociación es que a los empleadores puede preocuparles que las medidas de transparencia salarial puedan aumentar el coste de la mano de obra o aumentar la rotación de personal, ya que los trabajadores pueden sentirse insatisfechos al saber más sobre su salario en relación con el de otros trabajadores de la organización. Los empleadores pueden negociar más agresivamente en el momento de la contratación en situaciones de transparencia salarial, anticipando negociaciones posteriores con los trabajadores. Esto puede dar lugar a salarios medios más bajos para todas las personas trabajadoras o, en el mejor de los casos, sólo para los hombres, y el crecimiento correspondiente del empleo mal remunerado. Es, sin duda, el efecto negativo más profusamente puesto de manifiesto y más controvertido. En todo caso, el cierre o disminución de la brecha salarial debería producirse por arriba, homologando los salarios femeninos a los masculinos, como de un modo impreciso y deficiente quiso establecer nuestro art. 9.3 LET, según el cual, en caso de nulidad por discriminación salarial por razón de sexo, el trabajador tendrá derecho a la retribución correspondiente al trabajo igual o de igual valor. Esta formulación no garantiza el alza, pero su razón de ser es esa.

Se ha señalado también que un efecto negativo para las personas trabajadoras puede ser la insatisfacción al comprobar los salarios de los compañeros: la transparencia podría

⁵¹ Una compilación de tal información en Hofman, J., Nightingale, M. Bruckmayer, M. y Sanjurjo, P., *Equal Pay for Equal Work: Bidding Pay-Transparency Measures*. Parlamento Europeo, 2020. Consultar en: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/642379/IPOL_STU\(2020\)642379_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/642379/IPOL_STU(2020)642379_EN.pdf). También, el Informe de la Comisión Europea *Impact Assessment on Costs and Benefits of Measures to Enhance the Transparency of Pay*, cit.

provocar malestar, confusión y conflicto si los niveles salariales se divulgan sin contexto ni información sobre los factores determinantes de la retribución. En contra se argumenta que estas medidas pueden generar el efecto contrario, mejorar la satisfacción y la motivación laboral porque las personas trabajadoras pueden constatar que un mejor o mayor rendimiento lleva aparejada una mejora salarial, en el sentido de que dan lugar a sistemas salariales más justos e igualitarios.

El coste y la carga administrativa suelen ser pequeños, al menos para las grandes empresas, pero en términos de efectividad, incluso en situaciones en las que los empresarios cumplen la legislación, es posible que no tomen medidas para erradicar las prácticas salariales injustificadas o discriminatorias descubiertas. Existe el peligro de que los empleadores consideren los informes salariales como un procedimiento puramente estadístico en lugar de un estímulo para actuar y corregir la brecha. Ello aconseja que las medidas de seguimiento sean obligatorias.

Las auditorías salariales imponen a los empleadores la obligación de analizar y comprender las diferencias salariales detectadas y de tomar medidas para abordarlas, por ello requieren un diagnóstico además de una descripción. Pueden ser más eficaces para estimular a los empleadores y otros actores a tomar medidas para abordar las brechas salariales identificadas que los requisitos de información salarial. Sin embargo, imponen una carga administrativa relativamente grande a los empleadores (más que la emisión de informes) y, por lo tanto, pueden sufrir los mismos problemas de cumplimiento identificados en relación con los informes salariales.

Lo cierto es que los argumentos utilizados tanto a favor como en contra de las medidas de transparencia salarial carecen de una base empírica sólida. Son especulaciones basadas en un razonamiento que no tiene en cuenta el comportamiento humano real. En todo caso, puestos de manifiesto los posibles inconvenientes, será trabajo y misión de la negociación colectiva afrontar y combatir los efectos negativos que se han puesto de manifiesto y cualesquiera otros que se puedan presentar.

8. Bibliografía y documentación

Adecco Learning and Consulting: *Estudio en Materia de Igualdad de mujeres y hombres en empresas españolas*, Madrid, 2023. Disponible en: <https://www.adeccoinstitute.es/diversidad-e-igualdad/igualdad-de-mujeres-y-hombres/>

Cabeza Pereiro, J.: “Transparencia retributiva para la igualdad de trato entre mujeres y hombres: entre el soft law y el hard law de la Unión Europea”, *Revista del Ministerio de Trabajo*, 2021, núm. 151.

Cristóbal Roncero, R.: “La conciliación de la vida laboral y familiar en la Unión Europea: especial referencia a la propuesta de Directiva sobre igualdad retributiva”, *Revista de Derecho Social y Empresa*, 2022, núm. 16.

Comisión Europea: *Impact Assessment on Costs and Benefits of Measures to Enhance the Transparency of Pay. Commission Recommendation on strengthening the principle*

- of equal pay between men and women through transparency*, 2014. Disponible en: https://ec.europa.eu/smart-regulation/impact/ia_carried_out/docs/ia_2014/swd_2014_0059_en.pdf
- Comisión Europea: *Commission staff working document. Impact assessment on costs and benefits of measures to Enhance the transparency of pay. Commission Recommendation on strengthening the principle of equal pay between men and women through transparency*, 2014. Disponible en: https://ec.europa.eu/smart-regulation/impact/ia_carried_out/docs/ia_2014/swd_2014_0059_en.pdf
- Confederación Europea de Sindicatos: *Negociación de la igualdad retributiva por trabajos de igual valor. Lista de comprobación de la CES*. Disponible en: https://www.etuc.org/sites/default/files/page/file/2023-04/New-Frontiers-for-Collective-Bargaining-Equal-pay-ES_V1.pdf
- Conferencia Europea de Sindicatos: *New frontiers for collective bargaining building capacities to bargain in changing workplaces. Equal pay*, Bruselas, 2022, Disponible en: https://www.etuc.org/sites/default/files/page/file/2022-12/New%20frontiers%20for%20collecting%20bargaining_report_Equal%20Pay_web.pdf
- Fuentes Rodríguez, F.: “La Directiva 2023/970, por la que se refuerza el principio de igualdad de retribución a través de medidas de transparencia en materia retributiva y de mecanismos para su cumplimiento”, *Temas Laborales*, 2023, núm. 168.
- García Gil, M. B. “Valoración de puestos de trabajo con perspectiva de género”. *FEMERIS: Revista Multidisciplinar de Estudios de Género*, 2021, núm. 6, vol. 2.
- Gimeno Díaz De Atauri, P.: “Valoración del trabajo desde una perspectiva de género en la empresa y en la negociación colectiva”, en NIETO ROJAS, P.: *Acciones públicas y privadas para lograr la igualdad en la empresa*, Dykinson, Madrid, 2021.
- Hofman, J., Nightingale, M. Bruckmayer, M. y Sanjurjo, P., *Equal Pay for Equal Work: Binding Pay-Transparency Measures*. Parlamento Europeo, 2020. Disponible en: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/642379/IPOL_STU\(2020\)642379_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/642379/IPOL_STU(2020)642379_EN.pdf).
- López Balaguer, M.: “Nuevas obligaciones para la igualdad retributiva en las empresas”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF*, 2022, núm. 466.
- Lousada Arochena, J. F.: “Jurisprudencia española sobre igualdad retributiva entre mujeres y hombres”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2015, núm. 181. Versión online. Vid. BIB 2015/167286.
- Moraru, G. F.: “La consolidación del principio de igualdad de retribución a través de medidas de transparencia retributiva y los mecanismos para su cumplimiento”, *Revista Justicia & Trabajo*, 2023, núm. 3.
- OECD: “Can collective bargaining help close the gender wage gap for women in non-standard jobs?” Policy Brief, 2020, Vid. <https://www.oecd.org/gender/collective-bargaining-and-gender-wage-gap-2020.pdf>
- OIT: *Informe Mundial sobre Salarios 2018 / 19 ¿Qué hay detrás de la brecha salarial de género?*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2019.

- OIT: *Legislación sobre transparencia salarial: Implicaciones para las organizaciones de empleadores y trabajadores*. Ginebra, 2022. Disponible en https://www.ilo.org/wcms-sp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms_854276.pdf
- OIT: *Informe Mundial sobre Salarios 2022-2023. El impacto de la inflación y de la Covid-19 en los salarios y el poder adquisitivo*, Ginebra, 2023. Disponible en: <https://www.ilo.org/digitalguides/es-es/story/globalwagereport2022-23#key-findings>
- Marín Malo, M. “Discriminación salarial indirecta y los sistemas de valoración de puestos de trabajo”. *FEMERIS: Revista Multidisciplinar de Estudios de Género*, 2021, núm. 6, vol. 2.
- Nieto Rojas, P.: “La reducción de la brecha salarial de género a través de la transparencia en la política retributiva y la valoración neutra de puestos de trabajo”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social (Trabajo y Mujer)*, 2023, núm. 155.
- Roqueta Buj, R.: “La Directiva (UE) 2023/970 por la que se refuerza la aplicación del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres y su transposición en España”, *Labos. Revista de Trabajo y Protección Social*, 2023, núm. 3, vol. 4.
- Sáez Lara, C.: “Registro salarial e igualdad retributiva entre mujeres y hombres tras el RDL 6/2019: una primera aproximación”, *Revista de Derecho Social y Empresa*, 2020, núm. 12.
- Sempere Navarro, A. V.: “Sobre transparencia salarial y no discriminación”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2023, núm. 11, p. 3, BIB2923\2910.
- Serrano Olivares, R.: “Causes i abordatge de la bretxa retributiva de gènere”, *Idees: Revista de temes contemporanis*, (Ejemplar dedicado a: Feminisme(s)), 2019, núm. 47.
- Serrano Olivares, R., Carrasquer Oto, P. y Sánchez Mira, N.: “El papel de la regulación convencional en la caracterización sectorialmente específica de la brecha salarial de género”, *Anuario IET de Trabajo y Relaciones Laborales. Transiciones al empleo*, 2019, vol. 6.

El principio de igualdad retributiva por razón de género tras la aprobación de la Directiva (UE) 2023/970. La evolución de la noción de retribución*

The community principle of gender equal pay following the adoption of Directive (EU) 2023/970. The evolution of the notion of remuneration

ROSA MARÍA RODRÍGUEZ ROMERO

Profesora adjunta (ayudante doctora)

Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea

ORCID: 0000-0002-7116-9386

Recibido: 21/3/2024

Aceptado: 6/5/2024

doi: 10.20318/femeris.2024.8640

Resumen. El principio comunitario de igualdad retributiva por razón de género es un instrumento para la erradicación de la discriminación salarial en la Unión Europea con un amplio recorrido jurídico. Así, y pese a los múltiples intentos para atajar dicha problemática, la brecha retributiva entre hombres y mujeres persiste, entre otros aspectos, por las carencias existentes en el marco normativo. Siendo ello así, recientemente se ha aprobado la Directiva (UE) 2023/970 con el objetivo de contribuir a la eliminación de la discriminación directa e indirecta por razón de sexo en el conjunto de los elementos que integran la retribución mediante la aclaración de determinados conceptos (“trabajo de igual valor”) y el establecimiento de procedimientos de transparencia retributiva y mecanismos para su consecución. Nos encontramos ante la primera norma que aborda exclusivamente la brecha retributiva de género en el seno de la UE y que trata de abordar la imperiosa necesidad de garantizar la igualdad de trato, también en materia retributiva.

El objetivo de este estudio es ofrecer un análisis sobre el principio de igualdad retributiva y, más específicamente, sobre la noción de retribución tras la aprobación de la mencionada directiva desde una perspectiva estrictamente jurídica. Para ello, en primer lugar, se explicará el principio de igualdad retributiva y su desarrollo normativo en todos los ámbitos (internacional, comunitario y nacional). En segundo lugar, y focalizándonos en la noción de retribución, habrá que completar el estudio con los pronunciamientos del TJUE, que aclaran qué aspectos constituyen retribución, además de incluir las novedades aprobadas por la Directiva

* Este trabajo fue realizado por la autora con la ayuda del grupo de investigación Mciu PID2021-124045NB-C31 “El régimen jurídico del Transition Law y su impacto sobre los derechos laborales de los trabajadores en mares y océanos” financiado por MCIN 10.13039/501100011033 y del grupo de investigación GIU 21/014 “Derecho transnacional del trabajo y transporte”.

** rosamaria.rodriguez@ehu.eus

(UE) 2023/970. Teniendo esto en cuenta, se plantearán los interrogantes que se suscitan, así como las conclusiones que puedan extraerse de dicho análisis.

Palabras clave: Retribución, igualdad, brecha de retribución de género, transparencia, trabajo de igual valor.

Abstract. The Community principle of gender equal pay is a tool for the eradication of the gender pay gap in the European Union with an extensive legal background. In this way, and despite multiple attempts to tackle this issue, the gender pay gap persists, among other aspects, due to existing deficiencies in the European legal framework. As a result, the Directive (EU) 2023/970 has recently been approved with the aim of contributing to the elimination of direct and indirect gender-based discrimination in all the factors of remuneration by clarifying certain concepts (“work of equal value”) and establishing pay transparency procedures and mechanisms for their achievement. This is the first regulation that exclusively deals the gender pay gap within the EU and seeks to address the absolute necessity to ensure equality of treatment also in the field of remuneration.

The purpose of this study is to provide an analysis of the principle of gender equal pay and, in particular, of the notion of remuneration following the adoption of the above-mentioned Directive (EU) 2023/970 from a strictly legal perspective. Firstly, the principle of equal pay and its regulatory development at all levels (International, European and National legal frameworks) will be explained. Secondly, and focusing on the notion of remuneration, it will be necessary to complete the study with the pronouncements of the CJEU that clarify which aspects constitute remuneration, as well as including the new features approved by Directive (EU) 2023/970. In this context, the questions that arise and the conclusions that can be drawn from this analysis will be raised.

Keywords: Remuneration, equality, gender pay gap, transparency, work of equal value.

1. Introducción

Desde un primer momento, el principio de igualdad y no discriminación ha sido un aspecto central no sólo en el ordenamiento de la Unión Europea, si no que se trata de un elemento con reconocimiento universal y multinivel a través del cual se establecen marcos de protección y tutela de los valores constitucionales de la persona (MORARU, 2023: 204) en aras de lograr la igualdad de éstas con independencia de diferentes factores entre los que destacamos por el objeto de este estudio el sexo o el género¹. El principio de igualdad de retribución, por su parte, es una manifestación dentro del genérico derecho de igualdad entre hombres y mujeres en las relaciones laborales. De hecho, se ha afirmado que la diferencia retributiva no es ni más ni menos que un indicador de la discriminación general de la mujer (Ballester Pastor, 2018: 10). Los datos son claros e innegables por mucho que determinados sectores nieguen esta realidad: los salarios que perciben las mujeres son inferiores a los que perciben los hombres en todo el mundo y, también, en la Unión Europea (en adelante, UE) donde las mujeres de media ganan casi un 12,7% menos

¹ Se introduce intencionadamente el término “género” porque tradicionalmente se venía hablando exclusivamente de “sexo”, es decir, del binomio hombre y mujer desde un punto de vista biológico que asignaba fundamentalmente por las características físicas y sexuales que presentaba un ser humano. No obstante, en la actualidad y sin que haya desaparecido el vocablo “sexo” se viene empleando –también por el ordenamiento jurídico– el término “género” que es un concepto más amplio y complejo que el anterior donde convergen no solamente el sexo biológico, si no también otros aspectos como los roles o las expectativas sociales y/o culturales sobre las características, las conductas o los pensamientos que se asignan a la persona en función de su sexo. Por lo tanto, y ante un debate más complejo de lo que aquí señala una persona dedicada al Derecho del trabajo, nos encontramos ante dos términos que no son sinónimos.

por hora que los hombres (EUROSTAT, 2022). No en vano se emplea con habitualidad la expresión “la pobreza tiene rostro de mujer” o “la feminización de la pobreza” en ámbitos institucionales y también en medios de comunicación y divulgación. Así, la dimensión de este problema hace necesaria la intervención legislativa como evidencia la aprobación de la Directiva 2023/970² que implica que, por primera vez, desde el ámbito comunitario se apruebe una directiva específicamente en materia de igualdad retributiva. Si bien, y como se expondrá más adelante, no es una cuestión novedosa en el ordenamiento comunitario.

Cabe recordar para comprender la dimensión de la gravedad de esta situación que el salario es un elemento esencial dentro de la relación de trabajo-contraposición económica que percibe una persona trabajadora por el trabajo desarrollado para otra persona física o jurídica (empresario/a), bajo las condiciones de voluntariedad, ajenidad, dependencia y ejecución personal, que tiene un impacto más allá de la percepción de unos niveles retributivos por la prestación de servicios correspondiente. Un claro ejemplo de ello es la incidencia de la cuantía salarial percibida durante la vida laboral a efectos de la Seguridad Social, donde los subsidios y pensiones de carácter contributivo³ que se percibirán se ligan a la cotización que –a su vez– se calcula atendiendo a las percepciones retributivas. Pero es que, incluso, si nos alejamos del ámbito estrictamente jurídico, el salario y la retribución implican dentro del actual sistema productivo la integración o no de las personas y el desarrollo de una vida digna.

Lógicamente la ordenación del salario y la retribución es una realidad cambiante en sí misma y afectada por la situación socioeconómica y las transformaciones del mercado de trabajo que se han ido acelerando en los últimos años. No obstante, existen pautas generales y principios para su concreción, lo que implica que existan una serie de límites como es el caso del principio de igualdad y no discriminación. Aunque es una cuestión básica, cabe recordar que no todo trato desigual supone siempre un trato discriminatorio y –por ende– no toda desigualdad retributiva constituye una discriminación retributiva. De hecho, la diferencia retributiva es algo intrínseco a las relaciones laborales y a la propia naturaleza del mercado de trabajo (Martínez Moreno, 2019: 29). En efecto, numerosos factores como la actividad de la empresa donde se prestan los servicios, la modalidad y duración del contrato de trabajo, la cualificación requerida para el puesto de trabajo, el convenio colectivo de aplicación, o el momento de acceso a la empresa pueden explicar las diferencias retributivas entre hombres y mujeres. Ahora bien, en estos supuestos –en principio– existe una justificación razonable; de manera que estos aspectos que integran y explican el conjunto del salario o la retribución no implican necesariamente una discriminación, siendo éste el punto de partida. No obstante, y como se aprecia de la lectura de estas líneas, la cautela al realizar una afirmación rotunda no es casual porque en ocasiones factores neutros como

² Directiva 2023/970 que refuerza el principio de aplicación de igualdad de retribución entre hombres y mujeres por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor a través de medidas de transparencia retributiva y de mecanismos para su cumplimiento (Doue L 132, 17 de mayo de 2024, 21-44).

³ En este sentido, hay que destacar que la brecha de género retributiva también se traduce en una brecha retributiva en las pensiones de jubilación; de manera que las consecuencias de este fenómeno se extienden más allá del momento de prestación de servicios. Para conocer más sobre este aspecto cuestión resulta de especial interés, Grau Pineda, María del Carmen (2021), *La brecha de las pensiones en España*, Albacete: Bomarzo.

los que se han señalado pueden –en realidad– constituir discriminaciones indirectas que impactan negativamente en la retribución que perciben las mujeres. Precisamente esta última idea, enlaza con la directiva objeto de análisis que incide en la transparencia retributiva como herramienta para erradicar la discriminación retributiva por razón de género y para poder verificar o no si tales diferencias se ajustan o no al principio de igualdad y no discriminación, siendo necesario analizar uno por uno los conceptos retributivos para declarar o no si se ajustan a derecho y al mencionado principio.

2. La evolución del principio de igualdad retributiva en el ordenamiento jurídico comunitario

El principio de igualdad retributiva como se ha señalado supra no es un aspecto novedoso en el ordenamiento jurídico, si no que, por el contrario, ya en la *Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948* se incorporó como el derecho de toda persona a recibir igual salario por el mismo trabajo, sin que quepa discriminación alguna (Art. 23). Así, la igualdad (Art. 2) también en su extensión a la retribución se consagra como un “*patrimonio jurídico inalienable de la humanidad*” por realizar el mismo trabajo. Poco después, en el seno de la OIT se aprobaron dos convenios sobre esta materia, de un lado, el *Convenio núm. 100 sobre la igualdad de remuneración* (1951) y, de otro, en un sentido más amplio, el *Convenio 111 sobre la discriminación en el empleo y la ocupación* (1958) que actualmente constituyen parte de los Convenios Fundamentales de ésta⁴. De ellos quisiera destacarse cómo se definió la remuneración en el Convenio 100 porque esta definición será la que se incorporó al ordenamiento comunitario y porque ya entonces se puso de manifiesto la igualdad por razón de sexo, si bien el o la lectora comprobará que se emplea terminología propia de la época que se ha actualizado hoy en día. Así, el artículo primero establece: “(a) el término remuneración comprende el salario o sueldo ordinario, básico o mínimo, y cualquier otro emolumento en dinero o en especie pagados por el empleador, directa o indirectamente, al trabajador, en concepto del empleo de este último; y (b) la expresión igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor designa las tasas de remuneración fijadas sin discriminación en cuanto al sexo” [El subrayado es nuestro].

Paralelamente al desarrollo del marco internacional, en el seno de la entonces Comunidad Económica Europea (CEE) el principio de igualdad retributiva se incorporó en el Derecho originario y, más concretamente, en el artículo 119 del conocido como *Tratado de Roma*⁵ que imponía a los Estados la obligación de prohibir la discriminación salarial por razón de sexo. Ahora bien, este precepto inicialmente tenía una finalidad puramente

⁴ La inclusión de estos convenios junto a otros como Convenios Fundamentales de la OIT se realizó mediante la “Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su seguimiento” adoptada en la OIT el 18 de junio de 1998 (Revisada el 15 de junio de 2010) que puede consultarse en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---declaration/documents/publication/wcms_467655.pdf (consultado a marzo de 2024).

⁵ Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea (CEE) firmado el 25 de marzo en Roma junto con el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (CEEA o Euratom).

económica. Con ello se pretendía evitar el *dumping social* con el traslado de las empresas a otro país para conseguir mano de obra más barata (en este caso femenina) a la vez que se garantizaba la libre circulación de personas que era el verdadero objetivo inicial de la Comunidad Europea (Crespi Ferriol, 2017, 11-12). Por lo tanto, aún no cabía hablar de un principio general de igualdad; de manera que el principio de igualdad retributiva fue reconocido antes que el principio de igualdad genérico por el derecho originario europeo.

La eficacia directa del principio de igualdad retributiva y su carácter vinculante a las autoridades públicas, los contratos celebrados entre particulares y, también, a los convenios colectivos fue reconocida por el TJCE en una de las sentencias que integran el caso Defrenne, si bien inicialmente únicamente abarcaba las discriminaciones directas y no las discriminaciones indirectas⁶. Este grupo de sentencias como se explicará más adelante fue determinante para entender cómo se ha construido el principio de igualdad retributiva hasta la actualidad.

En el ámbito internacional, por su parte, el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*⁷ comenzaba a trazar el rumbo que seguiría la evaluación del principio de igualdad retributiva al reconocer la garantía de unas condiciones equitativas y satisfactorias ya no sólo por el mismo trabajo, sino también por trabajo de igual valor, incidiendo en el factor de discriminación por sexo entre las causas posibles de discriminación (Art. 7.a.i).

En conexión con esto último, y a raíz del mencionado grupo de sentencias del caso Defrenne, la primera directiva que se adoptó en el seno de la UE fue la *Directiva 75/117/CE de 10 de febrero de 1975*⁸, en un intento de aproximar las legislaciones de los Estados Miembros a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres donde se reconoció la igualdad de dicho principio también para los trabajadores de igual valor y, además, señalando la clasificación profesional como uno de los elementos a los que prestar atención para detectar y eliminar la discriminación (Art. 1). Así, el artículo 119 del Tratado de Roma se verá perfeccionado y ampliado para equiparar la protección del principio de igualdad retributiva con otros instrumentos normativos internacionales más avanzados mediante la inclusión del trabajo de igual valor; la ampliación gradual del concepto de retribución a través de la interpretación jurisprudencial (hablaremos sobre ello en el apartado tercero) y la declaración implícita de la prohibición de discriminación indirecta en materia salarial al señalar la clasificación profesional como un elemento potencialmente discriminatorio (Romero Burrillo, 2006, 29-31).

Haciendo un salto temporal en nuestro discurso, el *Tratado de Maastricht* (1992⁹) estableció que la UE se fundamenta en determinados valores comunes como la igualdad

⁶ STJCE de 8 de abril de 1976, Asunto C- 43/75, Defrenne v. SABENA.

⁷ Adoptado por la Asamblea General de las Naciones unidas el 16 de diciembre de 1966 mediante la Resolución 2200A (XXI) y con vigor desde el 3 de enero de 1976 que se basaba en la ya mencionada Declaración Universal de Derechos Humanos.

⁸ DOCE L 45, de 19 de febrero de 1975, 19-20. Esta directiva, además, modificó la denominación del “principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femenino” del artículo 119 del Tratado de Roma que pasaría a denominarse como “principio de igualdad retributiva”, término que llega hasta nuestros días.

⁹ Tratado de la Unión Europea en firmado en Maastrich el 7 de febrero de 1992 [DOCE C191 29 de julio de 1992, pp. 1-115].

de retribución entre hombres y mujeres y la necesidad de combatir dicha discriminación. Así, vemos como el principio de igualdad en genérico y también el de igualdad retributiva se alzan como uno de los valores intrínsecos de la Unión Europea. Este tratado venía precedido de una herramienta jurídica no vinculante, la *Carta Comunitaria de Derechos Fundamentales de los Trabajadores*¹⁰ (1989) que contribuyó a que las actuaciones comunitarias continuaran con esta labor y también facilitó la interpretación del derecho derivado (López López y Chacartegui Jávega, 2000: 16).

Más tarde, el *Tratado de Ámsterdam*¹¹ (1997) incide nuevamente sobre la igualdad retributiva en el artículo 119 y posteriormente se incorpora dicho principio al artículo 141 del *Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea*¹² donde ya se habla de trabajo de igual valor. Por su parte, la *Directiva 2006/54/CE relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en el empleo y la ocupación*, realizó un tratamiento amplio e integral de la noción de retribución atendiendo a lo establecido en el Convenio nº 100 de la OIT en aras de lograr una mayor claridad en estos aspectos. La insuficiencia de este instrumento normativo, sin embargo, se manifiesta con un carácter posterior siendo esta circunstancia una de las que ha propiciado la aprobación de la Directiva 2023/970 (Considerandos 10 y 11).

Al margen de otros instrumentos de derecho derivado o acciones sobre los que no vamos a incidir para no extendernos en este discurso, el punto de inflexión en el derecho originario de la Unión Europea lo encontramos en el *Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea* de 2007 (en adelante, TFUE) donde se reconoce el derecho genérico a la no discriminación entre hombres y mujeres (Arts. 8 y 10) y donde el principio de igualdad retributiva se establece en el art. 157 TFUE de la siguiente forma:

- La aplicación del principio de igualdad retributiva entre hombres y mujeres por un mismo trabajo o por un trabajo de igual valor.
- La extensión de dicho principio a la discriminación directa e indirecta en la retribución.
- La delimitación de la definición del concepto de retribución enraizada en la contenida en el Convenio nº 100 de la OIT e incorporada en el derecho de la UE en términos similares, pero con determinadas concreciones:
 - La retribución por el mismo trabajo remunerado es por unidad de obra y se fija sobre la base de una misma unidad de medida.
 - La retribución por unidad de tiempo es igual para un mismo puesto de trabajo.

La preocupación y el interés por la erradicación de la discriminación retributiva entre las personas trabajadoras (hombres y mujeres) también se ha plasmado en otros instrumentos jurídicos importantes. En primer lugar, en la *Carta de Derechos Fundamentales*

¹⁰ La Carta se adoptó de conformidad del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea.

¹¹ DOCE C 340 de 10 de noviembre de 1997, pp. 1-144.

¹² DOCE C 321 de 29 de diciembre 2006, pp. 37-186.

de la UE¹³ que reitera ese afán de garantía y añade la compatibilidad del trato igualitario mediante la adopción de medidas que ofrezcan ventajas concretas en favor del sexo menos representado, es decir, legitimando las medidas de acción positiva (Martínez Moreno, 2019: 97) habiéndose incorporado esta construcción jurídica en el artículo 141.4 del Tratado de la CE en aplicación de la jurisprudencia comunitaria (Arenas Viruez, 2021: 18). Y, en segundo lugar, en este mismo texto normativo se consagra en su artículo 21 la prohibición de toda discriminación, en particular, por razón de sexo y también dispone la garantía de la igualdad entre hombres y mujeres en todos los ámbitos, incluyéndose –así– el empleo, el trabajo y la remuneración (Art. 23).

Como ya se ha adelantado antes, los esfuerzos comunitarios no han logrado erradicar la brecha retributiva por razón de género, en parte por la ausencia de un marco jurídico adecuado para la magnitud y complejidad de esta cuestión. Estas carencias normativas se veían apreciando mediante diferentes documentos. En efecto, la *Recomendación de la Comisión Europea de 7 de marzo de 2014 sobre el refuerzo del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres a través de la transparencia* por, aquel entonces, ya detectaba: a) carencias en nociones jurídicas como es el caso del trabajo de igual valor o los criterios para la evaluación y clasificación de empleo en las legislaciones nacionales; b) desincentivación a la interposición de demandas judiciales por los obstáculos judiciales y el coste de los mismos; c) la existencia de unas estructuras salariales opacas y poco transparentes y d) la falta de información de los niveles salariales entre personas que desarrollan tanto el mismo trabajo como trabajos de igual valor. Esta recomendación se hacía eco del *Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre la aplicación de la Directiva 2006/54/CE*¹⁴ de 2013 donde –entre otros aspectos– se señalaba como un impedimento para la consecución de la igualdad retributiva el acceso limitado a la información salarial para poder formular reclamaciones (Apartado 4.3). Y resulta de gran importancia, además, la *Comunicación de la Comisión de 5 de marzo de 2020 “Una Unión de igualdad de Género 2020-2025”* que propuso el establecimiento de medidas vinculantes de transparencia retributiva.

Este repaso normativo no es baladí, sino que permite contextualizar la aprobación de la Directiva 2023/97–objeto de análisis–, su redacción y las materias que se regulan en ella. De hecho, sus considerandos se remiten a lo señalado hasta ahora, incidiendo en establecer medidas vinculantes mediante la transparencia retributiva que se alza como herramienta de detección y eliminación de la brecha retributiva por razón de género y el refuerzo de mecanismos para que los Estados Miembros cumplan el principio de igualdad retributiva. Antes de adentrarnos en la noción de retribución, sólo se resaltarán aspectos interesantes de la Directiva, ya que no es la finalidad de este trabajo remitiéndonos a trabajos de otras personas de la academia que han abordado su estudio para aquellas personas interesadas en un análisis más detallado¹⁵. En este sentido, es resaltable la ampliación del ámbito de

¹³ DOUE C 202, de 7 de junio de 2016, pp. 389-405.

¹⁴ DOUE L 204, de 26 de julio de 2006, pp. 23-36.

¹⁵ Un interesante análisis de la misma en FUENTES RODRÍGUEZ, FRANCIS (2023). “La Directiva 2023/970, por la que se refuerza el principio de igualdad de retribución a través de medidas de transparencia en materia retributiva y de mecanismos para su cumplimiento”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, nº 168, 223-249.

aplicación donde ya no sólo quedan comprendidas las personas trabajadoras contratadas mediante una relación laboral por empleadores públicos y privados (Art. 2), si no también aquellas solicitantes de empleo (Arts. 2 y 5). Asimismo, la norma remite al constructo jurisprudencial de qué debe entenderse como trabajador/a en el derecho comunitario para atajar este problema clásico (Art. 2.2). Se menciona expresamente a los trabajos atípicos donde algunos están feminizados, como el trabajo doméstico (considerando 18). Se amplía la noción de discriminación que incluye ahora también el acoso y el acoso sexual o el trato menos favorable cuando éstos se deban al ejercicio de los derechos de tutela establecidos en la directiva (Art. 3.2.a). Se produce la consagración y reconocimiento de la discriminación interseccional, es decir, la coexistencia de discriminación por razón de sexo junto con otras causas de discriminación (por ejemplo, la raza); aunque ello no implica obligaciones añadidas a los y las empleadoras (Art. 3.2). Finalmente es reseñable que también se extiende a aquellas discriminaciones por cambio de sexo¹⁶ (Considerando 5).

En conclusión, el principio de igualdad retributiva y –por ende– la noción de retribución han ido evolucionando desde mitad del siglo XX hasta su estado actual ya sea mediante instrumentos normativos vinculantes o mecanismos de *soft law*, así como con la incorporación de nuevos elementos más adecuadas a la realidad con el objetivo último de erradicar la brecha retributiva por razón de género.

3. Hacia una delimitación del concepto de retribución en el ámbito de la Unión Europea: el papel determinante de la jurisprudencia del TJUE, elementos para su configuración y novedades en materia de transparencia retributiva

Focalizándonos ya en el concepto de retribución o qué se entiende por retribución una vez se ha clarificado el marco normativo, una primera precisión que debe realizarse es terminológica. En efecto, como se aprecia a lo largo de estas líneas, en un primer momento los textos normativos hablan de “salario” mientras que ahora empleamos el término “retribución”. La principal característica de la retribución es que se paga en virtud de una relación de trabajo e incluye no solamente el precio pagado como salario, si no cualquier otro beneficios o ventaja abarcando todo tipo de conceptos económicos percibidos por la prestación de servicios (Pérez Campos, 2004: 76). Pero es que, además, del cambio de nomenclatura, también se ha ido matizando el contenido de ésta mediante la interpretación del TJCE o actual TJUE con su correspondiente incorporación al marco jurídico que iremos desarrollando a lo largo de este apartado.

Una primera definición la encontramos en el artículo 157 del TFUE que conceptúa la retribución como “el salario o sueldo normal de base o mínimo, y cualesquiera otras gratificaciones satisfechas, directa o indirectamente, en dinero o en especie”. Asimismo, enlaza este aspecto con el principio de igualdad retributiva entre trabajadores y trabajadoras por

¹⁶ Esta extensión del principio de igualdad ya se reconoció en la Sentencia del TJUE de 26 de junio de 2018, Asunto C-451/16, Caso MB contra Secretary for Work and Pensions.

un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor y entendiendo dicha igualdad retributiva como “la retribución establecida para un mismo trabajo remunerado por unidad de obra realizada que se fija sobre la base de una misma unidad de medida” y “la retribución establecida para un trabajo remunerado por unidad de tiempo es igual para un mismo puesto de trabajo”. De esta lectura se puede extraer que hablamos de un concepto amplio integrado por conceptos retributivos de diversa naturaleza pagado por una relación de trabajo compensando el trabajo realizado y que, en aplicación del principio de igualdad retributiva, se debe expresar por unidad de obra fijada sobre una misma medida y por unidad de tiempo para un mismo puesto de trabajo. La mencionada definición –cuyo origen se remonta al Convenio nº 100 de la OIT que se incorporó al artículo 119 del Convenio de Roma– se contiene asimismo en la Directiva 2006/54/CE, por lo que como apuntaba la doctrina dicha definición se ha mantenido prácticamente invariada (Cabezas Pereiro, 2012: 93).

Lo cierto es que la definición que nos ofrece la Directiva 2023/970 es muy pareja a la que se establecía en las normas anteriores. Sin embargo, hay ciertas diferencias que complementan qué aspectos integran la remuneración atendiendo a la jurisprudencia comunitaria que –se insiste– ha sido determinante. Así, la Directiva 2023/970 define la retribución como “el salario o sueldo base o mínimo ordinario y cualesquiera otras gratificaciones, abonadas directa o indirectamente, en efectivo o en especie (“componentes complementarios o variables¹⁷”) por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo” [El subrayado es nuestro y responde a las matizaciones que se han incluido en esta última definición].

Esta Directiva, a su vez, señala expresamente que se incluyen todos los elementos de la retribución exigibles por el Derecho, los convenios colectivos y las prácticas de cada Estado (Art. 2.2). De hecho, la jurisprudencia del TJCE/TJUE desde muy temprano fue aclarando la inclusión de determinados conceptos que generaron dudas en un primer momento en clave extensiva dentro de la noción de retribución, siendo posible establecer un listado de aspectos que quedarían dentro de la misma:

- Las primas.
- La composición de horas extraordinarias.
- Los complementos otorgados por el empresario mediante ventajas especiales en el transporte y que se mantenían tras la jubilación (Caso Garland).
- Las dietas de alojamiento y manutención.
- Las indemnizaciones en forma de permisos retributivos o de retribución por horas suplementarias de cursos de formación para adquirir los conocimientos necesarios para la actividad del Comité de Empresa (Caso Botel).

¹⁷ Expresión que se emplea desde los pronunciamientos del TJUE/TJCE. Por ejemplo, en la sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de febrero de 1982, Garland, C-12/81, sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de junio de 1982, Comisión de las Comunidades Europeas contra Gran Ducado de Luxemburgo, C-58/81; sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de julio de 1989, Rinner-Kühn, C-171/88; sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de junio de 1990, Kowalska, C-33/89; sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de junio de 1992, Bötzel, C-360/90; sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de febrero de 1996, Gillespie y otros, C-342/93; sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de marzo de 1996, Freers y Speckmann, C-278/93 o sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de marzo de 2004, Alabaster, C-147/02.

- Aquellos aspectos concedidos de manera unilateral, voluntaria y/o excepcional por parte de la empresa (*Caso Lewen*¹⁸).
- Las indemnizaciones por despido (*Caso Barber* y *Vaso Seymour-Smith*).
- La prestación legal por enfermedad (*Caso Rinner- Kuhn*).
- Las prestaciones reglamentarias como es el caso las gratificaciones abonadas por las disposiciones legales o por el contrato de trabajo a una mujer durante el embarazo (*Caso Gillispie*, *Caso Boyle* o *Caso Abdoulaye*).
- Algunas prestaciones de la Seguridad Social complementaria como es el caso de los planes de pensiones privados siempre que no participe en la financiación ningún tipo de poder público (*Barber*) y la pensión privada de supervivencia generada por un trabajador y percibida por su cónyuge (*Caso Pensionskasse*).

Continuando con nuestro discurso, cabe recordar que fue precisamente el *Caso Barber*¹⁹ el que señaló que deben analizarse cada uno de los elementos que integran la retribución por separado; de manera que la comparación no debe hacerse en términos globales, si no que cada componente debe ser analizado por sí mismo para comprobar que no es discriminatorio. Esto se justifica en que por razones de eficiencia y transparencia no pueden compararse conceptos retributivos de carácter diferente²⁰. Son, por lo tanto, las estructuras retributivas y los elementos que las configuran los que deben examinarse y los que –precisamente– son el foco de atención del legislador comunitario al establecer la transparencia retributiva como herramienta para la detección y erradicación de la brecha retributiva por razón de género ante la ya mencionada opacidad en los sistemas retributivos y la ausencia de información.

Además, para poder lograr dicha transparencia, los niveles retributivos deben expresarse en términos de retribución bruta anual y retribución bruta por hora (considerando 22) y deben permitir evaluar si los y las trabajadoras se encuentran en una situación comparable sobre la base de criterios objetivos y neutros. Así, estas estructuras retributivas no se basarán ni directa ni indirectamente en el sexo de los trabajadores (discriminación directa o indirecta por razón de sexo y/o género) y –se insiste– en la aplicación objetiva y neutra de determinados aspectos tales como las competencias, el esfuerzo, la responsabilidad, las condiciones de trabajo y, si procede cualquier otro factor que sea pertinente para el puesto o el empleo específico, además, de no subestimar las aptitudes interpersonales pertinentes (Roqueta BuJ, 2023: 79-80). Sobre estos aspectos, el TJUE ya se había pronunciado en diferentes sentencias como el *Caso Dato* donde se señalaba que la transparencia en la delimitación de las percepciones era un elemento indispensable para garantizar una correcta valoración de los puestos de trabajo o el *Caso Royal Copenhagen* donde la falta de transparencia en los criterios empleados para la determinación de una percepción retributiva constituye un indicio de discriminación. Con todo ello, se insiste en la acertada elección del legislador de establecer medidas vinculantes de transparencia retributiva

¹⁸ STCE de 21 de octubre de 1999, Asunto C-333/97, *Caso Lewen*.

¹⁹ STJCE de 17 de mayo de 1990, Asunto C-262/88, *Caso Barber*.

²⁰ Apartado 33 y 34.

que deberán incorporarse a las normativas de cada Estado Miembro cumpliendo con los mínimos establecidos por la Directiva 2023/970. Así, en ausencia de ésta nos encontraríamos ante una discriminación retributiva por razón de género y la violación del principio de igualdad de retribución.

Precisamente este análisis de los factores que integran y justifican la percepción de unos u otros conceptos retributivos se ha venido apuntando como uno de los aspectos más problemáticos a la hora de determinar si nos encontramos o no ante una discriminación de retribución directa o indirecta. Lo que, aún es más complejo, cuando previamente debemos determinar si nos encontramos ante un trabajo de igual valor. Ciñéndonos al primer aspecto, como se ha señalado en numerosas ocasiones, la configuración y naturaleza de los componentes salariales responden en muchas ocasiones a una visión “masculinizada” del trabajo en deterioro del trabajo “feminizado”. En otras palabras, lo que se compensa mediante complementos salariales o extrasalariales responde a aspectos tales como la antigüedad –ligada a una vida laboral continuada–, la toxicidad, la peligrosidad o la disponibilidad –disponibilidad de tiempo para atender a las reclamaciones de la empresa–, aspectos que por su naturaleza es más factible que perciban los hombres por la división sexual del trabajo y también porque en los trabajos feminizados no se contemplan dichos complementos. Existe así, también una minusvaloración del trabajo femenino. Un ejemplo típico que se pone al alumnado es el del complemento de peligrosidad por empleo de productos químicos potencialmente peligrosos que se percibe habitualmente en la industria mientras que no se percibe en el sector de la limpieza. Pero, es que, además de ello, no puede pasar desapercibido la existencia de una discriminación vertical conocida “techo de cristal”, donde las mujeres ocupan –por lo general– puestos más bajos en el escalafón de la clasificación profesional. Son numerosas las razones y los factores que explican todo lo señalado remitiéndonos al interesante estudio realizado por Martínez Moreno, 2019 y donde remarcaríamos que, pese a los avances logrados en materia de conciliación, las labores de cuidado siguen recayendo principalmente sobre las mujeres, lo que afecta a la modalidad contractual elegida, la posibilidad o no de ascender a puestos con mayor responsabilidad y dedicación, así como los sectores en los que se integran para lograr conciliar la vida profesional con la vida personal o, más concretamente, con los cuidados.

Otro aspecto que quisiéramos resaltar es que –como ya se ha dicho de manera insistente– la igualdad retributiva y todo aquello que hemos mencionado se aplicará a personas ocupadas en un mismo trabajo o trabajos de igual valor. El primer concepto (mismo trabajo) no es tan problemático, si bien puede presentar algunas particularidades. No obstante, el trabajo de igual valor ha sido y sigue siendo el más controvertido al no ser sencilla su concreción jurídica, pero siendo imprescindible para poder analizar si los componentes retributivos alegados como discriminatorios pueden ser comparables al incluirse en el ámbito de aplicación del principio de igualdad retributiva. La determinación de los criterios de comparación para determinar cuándo nos encontramos ante un mismo trabajo o de igual valor supone un importante avance, si bien quedan cuestiones que resolver cuando hablamos de “trabajo de igual valor”. En este sentido, la doctrina

comunitaria venía establecido que, si bien corresponde a los tribunales nacionales hacer una valoración conjunta de los factores que concurran, deben incluirse entre ellos, y de forma no exhaustiva, la naturaleza del trabajo, las condiciones de formación y las condiciones laborales²¹. Por su parte, la Directiva 2023/970 se hace eco de estos aspectos estableciendo expresamente que los criterios que deberán emplearse para realizar una comparación sobre criterios objetivos y neutros a la hora de realizar una evaluación de las estructuras retributivas incluyendo las competencias, el esfuerzo, la responsabilidad y las condiciones de trabajo, y, si procede, cualquier otro factor pertinente para el puesto o empleo específico (Art. 4.4)²². Además, se añade al final del mismo artículo que no se subestimarán las aptitudes interpersonales pertinentes. Ahora bien, como ya señalaba Gimeno Días De Aauri, 2019: 133, estos factores presentan un problema práctico evidente, pues, aunque acotan el ámbito de la comparación simplemente transforman el problema (¿qué es un trabajo de igual valor?) a varios más pequeños, por ejemplo, ¿qué es una responsabilidad equivalente? Lo mismo ocurre con el resto de factores y es que, además, la directiva añade “cualquier otro factor pertinente”, en otras palabras, se da pie a que otro tipo de factores –lo que ello sea que signifique– sean considerados junto con los anteriores para valorar si existen discriminaciones directa o indirectas en las estructuras retributivas. Esto nuevamente plantea nuevos interrogantes prácticos: ¿Qué otros factores pueden ser pertinentes? En este sentido, nos planteamos si con la redacción del nuevo mandato que deben incorporar y concretar después los Estados Miembros en sus respectivas legislaciones nacionales no se está exigiendo casi de una técnica jurídica muy afinada y laboriosa donde sería necesario valorar prácticamente caso por caso las múltiples situaciones y particularidades que pueden darse para llegar a la conclusión de que existen factores equivalentes cuando aún no está clara su delimitación. Continuando con el art. 4.4 Directiva 2023/970 es destacable que ya no sólo se habla de factores del puesto de trabajo, si no del empleo específico. Es decir, con esta redacción –entendemos– que lo que ha querido el legislador europeo es hacer que en aquellos supuestos donde el puesto de trabajo no se corresponde con el empleo desempeñado sean comparables con aquellos trabajos que sean de igual valor con independencia de las características de los puestos de trabajo que estamos comparando. Otra vez esto suscita dudas prácticas sobre cuándo haríamos una comparación atendiendo al puesto de trabajo y cuándo se debería examinar el empleo específico añadiéndose una capa extra de complejidad a lo que venimos señalando con anterioridad.

Junto con lo señalado hasta el momento sobre la comparación entre trabajos iguales o de igual valor, en la directiva se han incluido más aclaraciones procedentes de la jurisprudencia del TJUE. En primer lugar, que la comparación de situaciones no debe limitarse a las situaciones en las que los hombres y mujeres trabajen para un mismo empleador, siempre que las condiciones retributivas puedan atribuirse a la misma fuente. Así, en el

²¹ Entre otras, la Sentencia del TJUE de 11 de mayo de 1999, Asunto C-309/97, Caso *Angestelltenbetriebsrat der Wiener Gebietskrankenkasse*, ap. 17.

²² Esta redacción es acorde con la que realizó la Recomendación de 7 de marzo de 2014 sobre el refuerzo de principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres a través de la transparencia.

caso de que las condiciones retributivas se fijen por la misma norma o convenio colectivo, pero existan diferencias entre las empresas, por ejemplo, porque una empresa mejora mediante acuerdos individuales las percepciones salariales o por decisiones unilaterales de la empresa por su contexto económico ¿podría valorarse la existencia de discriminaciones retributivas si ello está suponiendo un claro perjuicio para las mujeres que están empleadas en otra empresa y se rigen por el mismo convenio colectivo?

En segundo lugar, también es posible la comparación con condiciones de otras personas trabajadoras que no estén empleadas al mismo tiempo, es decir, personas que ya han cesado en la prestación de servicios o que prestan servicios con posterioridad. No obstante, sabemos que las comparaciones temporales son complejas, sobre todo, porque cuando no se establece un marco temporal de referencia. Es cierto que la delimitación de un marco temporal concreto entraña el peligro de dejar fuera determinadas situaciones únicamente atendiendo a la fecha que se establezca como referencia por el legislador nacional e incitando a que mediante ingeniería jurídica las empresas puedan “blindarse” por el marco temporal establecido. Ahora bien, la ausencia de concreción temporal también es problemática al ser un aspecto indeterminado, lo que –como sabemos– en derecho conlleva dudas e interrogantes.

Adicionalmente, y cuando no exista un referente de comparación real, se establece que podrá utilizarse un caso hipotético u otras pruebas (estadísticas u otra información disponible) que permitan establecer una presunción de discriminación (Blázquez Agudo, 2022: 6). De este modo, se incorpora en línea con el art. 2.1 de la Directiva 2006/54 el concepto de comparador hipotético que permite detectar la existencia de discriminación retributiva directa no sólo cuando la trabajadora hubiera sido retribuida de modo diferente respecto a un trabajador comparable si no meramente cuando pudiera ser retribuida de modo diferente, lo que tendría la virtualidad de facilitar la presentación de indicios para detectar las discriminaciones retributivas directas ocultas (Roquetas Buj, 2018: 83), si bien los tribunales por el momento no se han planteado la virtualidad de los comparadores (Ballester Pastor, 2018: 19). En efecto, aquí podemos encontrarnos con dificultades a la hora de delimitar un caso hipotético comparable, de un lado, y, de otro, y en lo que se refiere a las pruebas estadísticas u otro tipo de información disponible, sería necesario primeramente que existiera dicha información, que ésta refleje claramente la realidad y, posteriormente, verificar si estas pruebas pueden ser adecuadas para la consecución de este fin. Ello pudiera dar lugar inevitablemente al recurso a los tribunales para la valoración de las pruebas aportadas, lo que conllevaría una labor interpretativa de los jueces nacionales y unos mayores costes temporales y económicos para las personas que aleguen la existencia de una discriminación retributiva, algo que precisamente persigue el nuevo marco jurídico.

Cabe añadir a estos aspectos que, además, la jurisprudencia comunitaria también ha apuntado en reiteradas ocasiones que el principio de igualdad retributiva se extiende también al trabajo que se realiza en un mismo establecimiento o servicio, privado o público y a las condiciones retributivas reguladas en disposiciones reglamentarias o convenios en materia de retribución aplicables a varios empleadores. Por su parte, el famoso *Caso*

*Tesco*²³ estableció que el principio de igualdad retributiva es de aplicación directa entre particulares no sólo cuando se comparan trabajos idénticos, si no también de igual valor, en supuestos donde los trabajos a comparar no son en el mismo establecimiento, si no que se prestan en establecimientos diferentes del mismo empleador. En caso contrario, se insistió en que no quedaban comprendidas dentro del artículo 157 TFUE aquellas diferencias detectadas en las condiciones salariales de los trabajadores que realizan un trabajo igual o de igual valor cuando éstas no puedan atribuirse a una única fuente (Nogueira Guastavino, 2021). Ahora bien, con anterioridad a este pronunciamiento, en el caso *Enderby*²⁴ se señaló que no existían justificaciones suficientes cuando la diferencia retributiva provenga de procesos de negociación colectiva que se hayan llevado a cabo de forma separada por cada uno de los grupos profesionales afectados pues, en caso contrario, “*el empresario podría fácilmente substraerse al principio de igualdad de retribución a través de negociaciones separadas*”²⁵. No obstante, esta afirmación debe ser matizada porque se aplicó a un supuesto donde se estaban valorando las diferencias retributivas existentes entre dos grupos profesionales –uno mayoritariamente femenino y otro mayoritariamente masculino– cuyas retribuciones habían sido negociadas en dos procesos de negociación colectiva diferentes, pero con el mismo sindicato (la misma parte). En otras palabras, de esta pronunciamiento –a nuestro juicio– no puede extraerse que las diferencias retributivas que se realizan mediante diferentes convenios colectivos con un mismo empresario, pero negociados con diferentes sindicatos, se aplique el principio de igualdad retributiva.

También la Directiva aclara que cuando esas condiciones se establezcan de forma centralizada para más de una organización dentro de un grupo de empresas o holding es de aplicación el principio de igualdad retributiva (considerando 29). Así, se insiste en que si existe una misma fuente reguladora es indiferente que a nivel mercantil existan organizaciones diferentes o diferentes empleadores.

Por lo tanto, vemos cómo es posible la comparación entre trabajos idénticos o de igual valor con independencia de la localización donde se desarrollen y/o con independencia de si se aplican al mismo o varios empleadores, si bien la jurisprudencia insiste en que exista una única fuente, salvo en supuestos similares a los del Caso *Enderby*. No obstante, y a pesar de los avances en esta materia, como bien apuntaba el mencionado Caso *Tesco*, la valoración de los puestos de igual valor entraña dificultades y la jurisprudencia del TJUE ni mucho menos resuelve el problema de la determinación de lo que es un trabajo de igual valor (Martínez Moreno: 2022, 129).

En conexión con todo lo dicho hasta el momento, parece sumamente interesante dedicar unas líneas a una cuestión prejudicial elevada recientemente por la Audiencia Nacional²⁶ ante el TJUE, estando aún a la espera de las conclusiones del Abogado General

²³ STJUE de 3 de junio de 2021, Asunto C-624/19, Caso *Tesco Stores*.

²⁴ STJCE de 27 de octubre de 1993, Asunto C-127/92, Caso *Enderby*.

²⁵ Aragón Gómez, Cristina (2021): “El registro retributivo y la auditoría salarial. Una apuesta por la transparencia en el RD Ley 6/2019 y el RD 902/2020”. En Nieto Rojas, Patricia (Coord.). *Acciones públicas y privadas para lograr la igualdad de género*. Madrid: Dykson, p. 150.

²⁶ Disponible para su consulta en: <https://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=TCP&docid=275344&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=3184049> (consultado en marzo de 2024).

y la resolución de la misma, porque ello podría conllevar un cambio importante en la jurisprudencia comunitaria. En este caso, hablamos de la aerolínea Air Nostrum donde el colectivo de tripulantes de cabina de pasajeros (mayoría mujeres) cobran por convenio colectivo una cantidad inferior en concepto de desplazamiento respecto al colectivo de pilotos (mayoría hombres). Estos dos colectivos de trabajadores, aunque prestan servicios para un mismo empleador, se rigen por dos convenios diferentes negociados con la misma empresa, lo que responde a la realidad de la negociación colectiva en el ámbito aéreo donde lo más habitual es que existan convenios de franja de empresa negociados con unidades de negociación diferentes. Es decir, a diferencia del ya explicado con el Caso Enderby, en este supuesto hablamos de dos convenios diferentes con diferentes mesas de negociación integradas por sindicatos distintos y algunos de ellos profesionales de cada categoría laboral (en el caso de pilotos, secciones sindicales de SEPLA y UPPA y en el caso de TCPS, secciones sindicales de STAVLA y CCOO). En este sentido, la Audiencia Nacional una vez revisados los hechos y las alegaciones de las partes pregunta si estas circunstancias conllevan una discriminación indirecta por razón de sexo al ser contrario al artículo 14.1 c) de la Directiva 2006/54 cuando ese trato diferenciado se encuentra en dos fuentes diferentes, de manera que no es de aplicación la jurisprudencia emitida hasta ahora por el TJUE y anteriormente explicada. Las dudas del Tribunal se deben a que cuando se define en el artículo 2.1. apartado b de esta misma directiva la discriminación indirecta se expresa en los siguientes términos: “*«discriminación indirecta»: la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios*”. Lo que propicia dudas a la Audiencia Nacional es si la autonomía y legitimación de los sujetos negociadores, es decir, si la autonomía de la negociación colectiva, justifica el trato desigual entre ambos colectivos entendiendo que este tratamiento desigual responde a una finalidad legítima mediante los medios adecuados y necesario para alcanzar la misma. A nuestro juicio, una cuestión que no se ha expresado, pero que es básica para poder resolver el fondo de este asunto es determinar, en primer lugar, si el trabajo desarrollado por un/a tripulante de cabina de pasajeros es un trabajo o no de igual valor del desempeñado por un/a piloto.

Por último y para concluir con el apartado sobre la retribución, únicamente mencionar –ya que no es el objeto central de este trabajo– que consideramos interesante y reseñable que la Directiva reconozca derechos de información a las personas demandantes de empleo, los y las trabajadores, y a sus representantes, así como obligaciones empresariales sobre esta materia para poder detectar cualquier tipo de discriminación. Precisamente esta es una de las herramientas (la información) la que permite lograr el fin último de transparencia retributiva y a su vez permite detectar y erradicar cualquier tipo de discriminación salarial. De hecho, el acceso a los datos salariales siempre ha sido un punto de conflictos (Nieto Rojas: 2021, 184). Si bien en este sentido sería necesaria una reflexión más pausada al respecto, no puede obviarse que estas obligaciones que se imponen ahora desde la Directiva contribuyen a que las legislaciones nacionales establezcan medidas al respecto, lo que

ya venía haciendo nuestro ordenamiento –en parte– tras la aprobación del Real Decreto 902/2020, de 13 de octubre, de igualdad retributiva entre mujeres y hombres²⁷.

4. Conclusiones

Atendiendo a todo lo señalado a lo largo de este trabajo podemos extraer una serie de ideas o conclusiones sobre la noción de retribución hasta su actual configuración y una vez aprobada la Directiva 2023/970:

1. Para comprender la noción de retribución es necesario comprender también que el principio de igualdad retributiva es un elemento ligado al principio genérico de la igualdad y la prohibición de discriminación entre los y las trabajadoras, y que, como se ha demostrado, tiene un gran impacto en el ámbito de las relaciones laborales por el impacto que tiene no sólo en el ámbito laboral y si no, también, en la vida de las personas en sentido amplio.
2. El principio de igualdad retributiva no es un principio ilimitado, si no que opera cuando existen desigualdades retributivas no justificadas, es decir, cuando estas diferencias no responden a razones objetivas y justificadas. Por lo tanto, cuando hablamos de retribución en este contexto debemos valorar si existen desigualdades o discriminaciones retributivas con sus respectivas consecuencias jurídicas en el último de los casos.
3. El concepto de retribución está presente en el ordenamiento jurídico de todos los ámbitos y cuenta con un reconocimiento universal que se ha ido construyendo y completando hasta la actualidad introduciéndose matizaciones al respecto. Muestra de ello son todos los pronunciamientos judiciales que han ido clarificando qué aspectos quedan comprendidos o no dentro de la noción de retribución. Así, mediante la Directiva 2023/970 se ha incorporado dicha jurisprudencia al marco jurídico comunitario en aras de lograr una mayor unificación en el seno de la UE.
4. La retribución está compuesta por diferentes aspectos retributivos de diferente naturaleza que deben analizarse por separado para determinar si vulneran el principio de igualdad, no siendo posible una valoración global. De hecho, la directiva establece una serie de herramientas y medidas que deben emplearse y que, también, los Estados Miembros deberán concretar de acuerdo a estos principios básicos en sus regulaciones nacionales e incluso establecer mejoras al respecto.
5. Sin dudas la valoración de los puestos de trabajo y la clasificación profesional han sido aspectos muy problemáticos y ya se señala desde hace tiempo como son una de las causas principales de la discriminación retributiva. Precisamente el avance en esta materia permitiría una mejor delimitación de la retribución y la

²⁷ BOE nº 272, de 14 de octubre de 2020.

- detección de posibles discriminaciones. Si bien, no parece una labor sencilla pese a las recomendaciones y las diferentes herramientas que se están estableciendo en las legislaciones nacionales.
6. Ligado con lo anterior, para realizar esta valoración de puestos debe verificarse si se tratan del mismo trabajo (menos problemático) como los trabajos de igual valor (más complejo). En efecto, esta última cuestión continúa siendo problemática. Más cuando aún no queda claro qué es un factor equivalente y cuando el legislador comunitario ha introducido la posibilidad de cualquier otro factor pertinente ya no sólo para en relación con los puestos de trabajo, si no con el empleo específico. Así como no subestimar las aptitudes interpersonales pertinentes.
 7. La introducción de un supuesto hipotético o de otras pruebas estadísticas o de otro tipo de información disponible supone un avance para detectar discriminaciones ocultas, lo que contribuye significativamente a lograr una erradicación de las diferencias retributivas entre hombres y mujeres incluso aunque sólo sean potenciales en una labor preventiva en muchos sentidos. Ahora bien, como determinar este supuesto hipotético o qué tipo de pruebas pueden emplearse no es una cuestión sencilla, si no que tal vez ello diera lugar a que ante esta concreción jurídica sean finalmente los tribunales los que deberían interpretar estas cuestiones.
 8. La persistencia de estas discriminaciones retributivas ha dado lugar al refuerzo por parte del legislador comunitario de establecer obligaciones de transparencia retributiva con el objetivo de atajar la problemática y cumplir con los mandatos establecidos en el propio derecho originario de la UE, si bien aún se suscitan dudas y problemáticas sin resolver.

Con todo ello quedamos a la espera de saber si estos cambios normativos supondrán avances en la consecución del principio de igualdad retributiva también en su transposición a los EEMM o si, por el contrario, y pese a la indudable contribución, serán necesarias nuevas intervenciones legislativas y pronunciamientos judiciales que nos clarifiquen qué debe entenderse por retribución y, por ende, qué queda sometido al principio de igualdad retributiva.

5. Bibliografía

- Aragón Gómez, Cristina (2021): "El registro retributivo y la auditoría salarial. Una apuesta por la transparencia en el RD Ley 6/2019 y el RD 902/2020". En Nieto Rojas, Patricia (Coord.). *Acciones públicas y privadas para lograr la igualdad de género*. Madrid: Dykson, pp. 121-174.
- Arenas Viruez, Margarita (2021). "Otro avance en la igualdad retributiva entre mujeres y hombres: análisis del Real Decreto 902/2020, de 13 de octubre", *Temas Laborales*, 156, 11-49.

- Basteller Pastor, Maria Amparo (2018). *La discriminación retributiva por razón de sexo. Brecha salarial y desigualdades de género en el mercado de trabajo*, Albacete: Bomarzo.
- Blazquez Agudo, Eva María (2022). "Editorial: Las aportaciones de una nueva directiva sobre igualdad de retribución entre géneros. La definitiva o una más en el largo camino para la equiparación salarial", *Femeris: Revista Multidisciplinar de Estudios de Género*, vol. 7, nº 2, 5-8.
- Cabezas Pereiro, Jaime (2012). "La discriminación retributiva por razón de sexo como paradigma de discriminación sistemática", *Lan Harremanak*, nº 25, 79-98.
- Crespi Ferriol, Maria Del Mar (2017). "El principio comunitario de no discriminación retributiva por razón de género", *Femeris: Revista Multidisciplinar de Estudios de Género*, vol. 2, nº 1, 9-29.
- Eurostat (2022). *The unadjusted pay gap, 2022 (difference between average gross hourly earnings of male and female employees as % of male gross earnings)*, https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Gender_pay_gap_statistics.
- Gimeno Díaz López de Atauri, Pablo (2019). "Igualdad de remuneración por razón de sexo: medidas por la equiparación y contra la brecha salarial". En De La Puebla Pinilla, Ana y Mercader Uguina, JesuS (Dir.). *Tiempo de reformas: en busca de la competitividad empresarial y de la cohesión social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 117-176.
- López López, Julia y Chacartegui Jávega, Consuelo (2000). "Las políticas de empleo comunitarias sobre la inserción de la mujer en el mercado de trabajo", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 99, 749-781.
- Martinez Moreno, Carolina (2019). *Brecha salarial de género y discriminación retributiva: causas y vías para combatirla*, Albacete: Bomarzo.
- Martnez Moreno, Carolina (2022). "El principio de igualdad retributiva y trabajos de "igual valor": el alcance del efecto directo del art. 157 TFUE. A propósito de la STJUE (Sala Segunda), de 3 de junio de 2021 (C-624/19), asunto Tesco Stores", *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*, nº 2, 125-134.
- Moreru, Gratiela-Florentina (2023). "La consolidación del principio de igualdad de retribución a través de medidas de transparencia retributiva y los mecanismos para su cumplimiento: La directiva (UE) 2023/970", *Revista Justicia & Trabajo*, nº 3, 203-226.
- Nieto Rojas, Patricia (2021). "La reducción de la brecha salarial a través de mecanismos de transferencia. Registro retributivo y auditorías salariales". En Molero Marañón, Maria Luisa (Dir.). *Ser mujer en el mercado de trabajo: dificultades, oportunidades y retos*, Navarra: Aranzadi, 165-212.
- Nogueira Guastavino, Magdalena (2021). "Igualdad de retribución entre trabajadoras y trabajadores de un mismo empresario, aunque presten servicios en establecimientos distintos. Efecto directo horizontal del art. 157 TFUE", *BOE: Revista de Jurisprudencia Laboral*, nº 7, disponible para su consulta en: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-L-2021-00000001339 (última consulta en marzo de 2024).
- Pérez Campos, Ana Isabel (2009). "Igualdad de trato, no discriminación y acoso en el Derecho Comunitario". En *Discriminación por razón de sexo y acoso desde una perspec-*

tiva laboral comparada: ponencias del seminario internacional celebrado los días 4 y 5 de diciembre de 2007 en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid: Dykinson.

Romero Burillo, Ana María (2006). *Igualdad y retribución*, Valencia: Tirant lo Blanch.

Roqueta Buj, Remedios (2023). La Directiva (UE) 2023/970 por la que se refuerza la aplicación del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres y su transposición en España, *Labos*, vol. 4, nº 3, 70-92.

Discriminación algorítmica e ilusoria neutralidad. Actuales desafíos ante el fortalecimiento de tradicionales desigualdades en materia de violencia contra la mujer

Algorithmic discrimination and illusory neutrality.
Current challenges in the face of reinforcing traditional
inequalities in violence against women

SANDRA LÓPEZ DE ZUBIRÍA DÍAZ

*Profesora contratada doctor interina del Departamento
Derecho público II y Filología I (área Derecho penal).
Miembro del Grupo de investigación de alto rendimiento
en libertad, seguridad y ciudadanía en el orden
internacional de la Universidad Rey Juan Carlos
ORCID: 0000-0002-5833-4375*

Recibido: 15/1/2024

Aceptado: 2/5/2024

doi: 10.20318/femeris.2024.8641

Resumen. El empleo de herramientas de inteligencia artificial aplicadas a diversos ámbitos constituye una realidad patente, conforme su uso crece exponencialmente con carácter general en múltiples ámbitos de la vida. Al respecto, se presenta aquí un análisis sobre aquellas cuestiones más alarmantes en materia preventiva e intervencionista, con especial vinculación al ámbito de la violencia de género. Entre otras, las que derivan de encontrarnos ante un sistema significativamente opaco, pero sobre el que se confía cierta neutralidad que puede convertirse en un instrumento capaz de obstaculizar la igualdad, a través de la proliferación de tradicionales discriminaciones enmascaradas en ilusorias neutralidades promovidas por herramientas generadas a partir de una base sesgada y excluyente. Con ello, lejos de combatir este fenómeno delictivo, estaremos fomentando sus bases patriarcales desigualitarias a través de la creación de herramientas tecnológicas teóricamente neutrales pero discriminatorias en la práctica. Al respecto, sin ánimo de desarrollar una postura negacionista ante la evolución tecnológica en este texto, lo que se realiza aquí es un estudio sobre aquellos aspectos que deben atenderse para que dicho avance evite el crecimiento de discriminaciones y violencias simbólicas, base de la violencia contra las mujeres, enmascaradas en una suerte de inteligencia artificial, neutral, que realmente esconda marcados sesgos de género.

Palabras clave: Algoritmo, inteligencia artificial, violencia, mujer, género.

*sandra.lopezdezubiria.diaz@urjc.es

Abstract. The use of artificial intelligence tools applied to various fields is a reality, as their use grows exponentially in many areas of life. In this respect, we present here an analysis of the most alarming issues in terms of prevention and intervention, with special reference to the field of gender violence. These include, among others, those deriving from the fact that we are faced with a system that is significantly opaque, but which is trusted with a certain neutrality that can become an instrument capable of hindering equality, through the proliferation of traditional discriminations masked in illusory neutrality promoted by tools generated from a biased and excluding base. In this way, far from combating this criminal phenomenon, we will be promoting its unequal patriarchal bases through the creation of technological tools that are theoretically neutral but discriminatory in practice. In this respect, without wishing to develop a denialist stance towards technological evolution in this text, what is done here is a study of those aspects that must be addressed so that such progress avoids the growth of discrimination and symbolic violence, the basis of violence against women, masked in a kind of artificial intelligence, neutral, that really hides marked gender biases.

Keywords: Algorithm, artificial intelligence, violence, women, gender.

1. Apunte inicial sobre la inteligencia artificial: de la ausencia de conceptualización unívoca a la proliferación de sus usos

Pese a que se puedan identificar referencias anteriores a ese momento, lo cierto es que es en 1955, en la Conferencia de Dartmouth (Parsheera, 2018), cuando se entiende adoptado terminológicamente el concepto de “inteligencia artificial”, a manos del profesor John McCarthy.

Desde entonces, hasta la actualidad, pese a la significativa evolución, especialmente en épocas recientes, la conceptualización no se ha asentado, destacando la ausencia de unanimidad en torno a este término (Hernández Giménez, 2019) y la proliferación de muy diversas definiciones sobre el término de IA (como examina Valls Prieto, 2021) que, si bien supone una riqueza conceptual, dificulta su aproximación, así como su regulación.

No obstante, el estudio sobre esta sí se ha potenciado, por lo que, pese a la inexistencia de consenso en cuanto a la terminología, sí que se han realizado numerosos estudios en cuanto a su contenido, donde se acuerda que nos encontramos ante “sistemas que manifiestan un comportamiento inteligente” (Borges Blázquez, 2020, p. 55).

En este sentido, pese a diversas categorizaciones existentes, destaca la distinción entre dos tipos de inteligencia artificial. Por un lado, la del tipo débil (*o weak AI*) –que sería equiparada con las capacidades humanas– por otro, la de tipo fuerte (*o strong AI*) –que superaría aquellas–. Sin embargo, y pese a las posibilidades, en la actualidad únicamente se ha desarrollado la del primer tipo (Miró Llinares, 2020, p. 84), a través de *machine learning*, *Data mining*, *Procesamiento del Lenguaje Natural*, entre otros “campos de investigación que se dedican a explorar la automatización de los procesos del intelecto humano” (Delgado Calvo, 1996, p. 17)

Como se señalaba, pese a la diferenciación entre ambos tipos, hoy en día el desarrollo de esta inteligencia se ha visto limitado a la de tipo débil, constituyéndose especialmente a través de la expansión de algoritmos de predicción que potencian la obtención de un resultado determinado con base en operaciones matemáticas entrelazadas, a través del uso de una cantidad ingente de datos.

Con ello, doctrinalmente se circunscribe el entendimiento de la inteligencia artificial a una “combinación de algoritmos planteados con el propósito de crear máquinas que presenten las mismas capacidades que el ser humano” (Muñoz Rogríguez, 2020, p. 699) que han sido creados a través de la incorporación de grandes cantidades de datos que “ordenados de manera comprensible (Smart data), un modelo matemático va utilizando de manera aleatoria, hasta establecer patrones de correlación determinista entre ellos” (De Miguel Beriain, 2019, p. 536).

No obstante, pese a que parezca que el desarrollo actual es simplista, los retos que plantea hoy en día son numerosos¹, lo cual permite deducir que, en un futuro, con una inteligencia artificial más desarrollada, los desafíos serán notables. Entre otros, MIRÓ LLINARES (2018) destaca los cuestionamientos frente a la exigencia de responsabilidad penal de objetos automatizados o probable vulneración de garantías procesales, entre otros aspectos relevantes en la materia que pueden afectar especialmente al ámbito del Derecho penal y procesal, por cuanto “las formas en las que la inteligencia artificial puede repercutir en la comisión de hechos delictivos resultan muy plurales y diversas” (Morillas Fernández, 2023, p. 71) lo que está llevando a una nueva categoría terminológica en torno a los *AI-Crime* e incluso a la revisión de la teoría jurídica del delito para valorar el encaje de la responsabilidad penal de las personas jurídicas ante los nuevos desafíos que plantean los daños punibles que son consecuente del uso de la IA (Del Rosal Blasco, 2023).

De los numerosos riesgos advertidos surge la necesidad de una adecuada regulación, como ya se plantea desde el Parlamento Europeo y el Consejo, dada su voluntad de crear un reglamento en materia de inteligencia artificial que aglutine normativa y que prevenga las diversas amenazas observadas. En esta línea, pese a la inexistencia todavía de un reglamento marco en la materia, España es ya pionera, tras su Real Decreto 729/2023, de 22 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto de la Agencia Española de Supervisión de Inteligencia Artificial, al crear el primer organismo en el marco de la UE enfocado en la supervisión de la IA. Así, entre otros, se establecen

tareas de supervisión, el asesoramiento, la concienciación y la formación dirigidas a entidades de derecho público y privado para la adecuada implementación de toda la normativa nacional y europea en torno al adecuado uso y desarrollo de los sistemas de inteligencia artificial, más concretamente, de los algoritmos. Además, la Agencia tendrá la función de inspección, comprobación, sanción y demás que le atribuya la normativa europea que le resulte de aplicación y, en especial, en materia de inteligencia artificial (art. 4 Real Decreto 729/2023, de 22 de agosto)

Y es que los algoritmos se encuentran presentes en muy diversos ámbitos de la vida. Entre otros, el contexto de la comunicación es aquel que penetra especialmente en la población en general, por cuanto el uso de plataformas y redes sociales es continuo (como

¹ No solo aquellos destacados por juristas, como se expondrá en este texto, sino los que los propios expertos en su desarrollo han advertido, sorprendiendo las peticiones emanadas en pro de un tiempo de espera en el avance de la IA, dados los peligros advertidos. Sobre esta cuestión en la prensa: <https://elpais.com/tecnologia/2023-03-29/expertos-en-inteligencia-artificial-reclaman-frenar-seis-meses-la-carrera-sin-control-de-los-chatgpt.html>

puede ser twitter, Instagram o Facebook; e incluso aquellas desarrolladas para el emparejamiento, como pueden ser Tinder, Badoo o grinder).

En este mismo campo incluso los programas de televisión están apostando por la aplicación de inteligencia artificial –como es el caso del programa “falso amor”– que, a través de tecnología *deepfake*, pone en tela de juicio el comportamiento de los concursantes ante vídeos que pueden no haber sido protagonizado por estos, sino creados a través de esta tecnología². Por otro lado, nos encontramos ante el desarrollo de numerosos chatbot como asistentes virtuales en prácticamente cualquier entidad, pública o privada que tienden a sustituir la atención personalizada por parte de agentes para la resolución de consultas sencillas.

Con todo, nos encontramos con el uso de plataformas a través de las cuales se naturaliza la atribución de decisiones tan relevantes como las amorosas, condicionando las personas con las que poder “hacer match” en función de la decisión tomada por un algoritmo, con un funcionamiento significativamente opaco.

Asimismo, con el uso de las redes sociales, la magnitud de datos ofrecidos se multiplica, devolviendo “casuales” recomendaciones de páginas o productos a los usuarios, gracias a los datos ofrecidos “libremente” por estos, lo cual no influye directamente en el ámbito económico y el consumo, sino que se han advertido incluso perniciosas consecuencias sociales, como son la polarización social y el incremento del extremismo (Rodríguez-Gordo y Sarrión-Andaluz, 2021, p. 166) e incluso el ámbito de las series/ programas de televisión han encontrado un campo en desarrollo acudiendo al uso de inteligencia artificial para “modernizar” tradicionales formatos que no solo potencian relaciones tóxicas, sino que potencian la creatividad de los delincuentes al encontrar nuevas formas para la suplantación de identidad, entre otros tipos delictivos, que pueden ser más fácilmente ejecutados con este tipo de herramientas que, además, resultan de mayor dificultad para su persecución, mayor anonimización para sus autores y, mayor perjuicio para sus víctimas.

Con todo, la aplicación de este tipo de herramientas no se limita al ámbito de las redes sociales, las diversas plataformas de emparejamiento o los medios de comunicación en general, sino que invaden otros contextos de especial relevancia, como el económico, el de la salud, la administración pública y, en concreto, el ámbito judicial.

Así, la inteligencia artificial nutre el ámbito económico para acciones tan diversas como el asesoramiento financiero, la valoración de riesgo o el control de blanqueo de capitales, entre otros (Fernández, 2019) y parece pisar fuerte en el campo de la salud, donde se alude a la posibilidad de reducir significativamente el coste de atención, optimizar la investigación y mejorar los resultados en salud de los pacientes (Sánchez Rosado y Díez Parra, 2022, p. 130 y ss.)

² Donde además de potenciar aspectos negativos vinculados con las relaciones tóxicas y el mito del amor romántico –como los celos, la inseguridad, la desconfianza o la posesión– se exponen las posibilidades que ofrece la inteligencia artificial para la suplantación de la identidad de las personas, lo que potencia el desarrollo de nuevas criminalidades, frente a lo que el derecho penal y el derecho procesal, también tendrá que adaptarse. Entre otros ejemplos que ya son realidades a las que atender: <https://elpais.com/espana/2023-09-18/la-policia-investiga-el-desnudo-integral-de-varias-menores-en-extremadura-con-inteligencia-artificial-me-dio-un-vuelco-el-corazon.html>

Asimismo, las posibilidades en el campo judicial parecen ser numerosas, si bien su desarrollo actual se centra en cuestiones como el análisis de datos, el estudio de la jurisprudencia o incluso las “técnicas de justicia predictiva” de las compañías aseguradoras para valorar el coste de oportunidad de acudir a juicio (Simón Castellano, 2021, p. 6). No obstante, el avance en esta materia está sobre la mesa, por cuanto el Ministerio de Justicia ha potenciado recientemente su uso, esencialmente a través de herramientas de ayuda a la anonimización de documentos y autocatalogación de estos a través del recurso a la IA con el objetivo de mejorar los servicios de manera más eficiente³, pero con el convencimiento de que las funciones se irán incrementando a medida que se asiente su uso en estos ámbitos.

Con relación a los contextos señalados, es interesante plantear una mirada general a otros países, como China, EEUU o Reino Unido, donde su uso es más significativo y donde este se ha traducido rápidamente en numerosos cuestionamientos éticos y legales. Como ejemplos a destacar, se encuentra COMPAS –siendo una herramienta de predicción de reincidencia cuyos resultados se obtienen a partir de datos relativos a sentencias ejecutadas– o FAST –constituyéndose como mecanismo preventivo de atentados terroristas en el medio aéreo–. Asimismo, se encuentra CLOUD WALK como herramienta de predicción delictiva con carácter general, a través del uso de reconocimiento facial y observación de la conducta, que permite analizar la posible predisposición delictiva de la ciudadanía.

De la misma manera, ya en el ámbito penitenciario, también se encuentran STATIC 99 o HCR-20, como predictores de acciones violentas en este contexto. Asimismo, ya en un contexto ajeno a la predicción de delincuencia y/o reincidencia, también se aprecian sistemas para el “control” del comportamiento de la ciudadanía, como “Citizen Score”. Este sistema, aplicado en China, supone una suerte de marcador cuya puntuación aumenta o disminuye, entre otros ejemplos, en función de las actividades que realicen o de las personas de las que se rodeen, siendo premiados o castigados atendiendo a las puntuaciones obtenidas.

Como se adelantaba, estas herramientas han tenido mayor acogida en otros países, no siendo desarrolladas –no, al menos, de la misma manera, ni con el mismo impulso– en el contexto español. No obstante, sí encontramos algunos ejemplos con cierta similitud, como puede ser la herramienta RisCanvi, elaborada para hacer prevenciones de reincidencia en el seno de los centros penitenciarios de Cataluña, siendo presumible que, dadas las posibilidades que ofrece la inteligencia artificial, su uso sea multiplicado en los próximos tiempos.

Con todo, de este apunte inicial es posible inferir que en el ámbito de la inteligencia artificial se cuenta con mayor desconocimiento, que certezas, por cuanto ni siquiera el propio concepto resulta concreto. No obstante, esto no impide la proliferación de su uso en la actualidad, con la implementación de sistemas algorítmicos con capacidad de aprendizajes y de actuación autómatas que se postulan como auxilio en la toma de decisiones de muy diversos contextos, cuando no como sustitución de los profesionales.

Entre otros ámbitos, es posible apreciar el de la prevención y tratamiento de la violencia contra la mujer, donde la implementación de algoritmos ya ha tenido una aplicación

³ <https://www.mjusticia.gob.es/es/institucional/gabinete-comunicacion/noticias-ministerio/ia>

temprana y donde se aprecia un crecimiento en el interés del recurso a este tipo de herramientas, con numerosas propuestas en marcha, pese a sus cuestionamientos éticos y posibles problemas prácticos, que se atenderán en las siguientes líneas.

2. Algoritmización de la violencia contra la mujer: pasado, presente y futuro

Cuando se hace referencia al término de violencia contra la mujer, pese a la disparidad de terminología aplicada en este campo que, en ocasiones, puede desvirtuar el contenido en sí del concepto⁴, hacemos referencia a lo señalado en su art. 3 por el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica señalando que

por “violencia contra las mujeres” se deberá entender una violación de los derechos humanos y una forma de discriminación contra las mujeres, y designará todos los actos de violencia basados en el género que implican o pueden implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, en la vida pública o privada.

A la vez que completa su definición añadiendo que

por “violencia contra las mujeres por razones de género” se entenderá toda violencia contra una mujer porque es una mujer o que afecte a las mujeres de manera desproporcionada.

Lo que, en definitiva, alude a una manifestación de violencia que supone una clara vulneración de los derechos humanos que encuentra muy diversos actos en los que concretarse (sean de carácter físico, sexual, económico, etc.) con particularidades propias derivadas de su perpetración de manera desproporcionada contra las mujeres donde es, precisamente el género –como roles y estereotipos asociados a la mujer– lo que condiciona la violencia.

En este orden de cosas, una vez que se ha hecho una sucinta aproximación conceptual sobre la materia, conviene atender a su vinculación con el objeto de estudio, como es la inteligencia artificial y su implicación en el campo de la violencia contra las mujeres.

Pese a que el interés por la inteligencia artificial y la proliferación de herramientas basadas en esta parece reciente, lo cierto es que su uso acompaña el ámbito de la violencia contra la mujer desde hace más de una década, encontrando que la algoritmización en este campo tiene un significativo recorrido.

En concreto, a través de un sistema de seguimiento integral en los casos de violencia de género, conocido como VIOGEN, cuyo origen data de 2007 y que se constituye como

⁴ Conviviendo tanto en su comprensión social, como en cuestión normativa, diversas terminologías como puede ser la violencia machista, la violencia patriarcal, la violencia de género –término asentado internacional y nacionalmente– la violencia por razones de género, entre otras. Bien es cierto que estas terminologías responden a miradas poliédricas que, en ocasiones, son utilizadas para ofrecer mayor peso a las referencias culturales del machismo o a las relaciones jerarquizadas de género que fundamentan el sistema patriarcal, sin embargo, se considera que la coexistencia de diversas nomenclaturas desconciertan la comprensión del fenómeno en su totalidad.

una aplicación informática que cuenta con el empleo de inteligencia artificial. Este sistema actúa cual red seguimiento, englobando a las diversas instituciones públicas con competencia en este campo (como la Policía Nacional, la Guardia Civil, las policías autonómicas, Instituciones penitenciarias, el Ministerio Fiscal o el Poder judicial), permitiendo una visión global de cada caso y planteando una protección más completa.

En el seno de este sistema se encontrarían una valoración policial de riesgo (VPR), así como una valoración policial de la evolución de dicho riesgo (VPER), siendo herramientas complementarias donde si bien en un primer momento se valora el nivel de riesgo apreciado, posteriormente se produce una valoración para advertir si se producen nuevas situaciones que puedan afectar al riesgo inicialmente observado y requiriera algún tipo de modificación en cuanto al protocolo de protección y prevención a seguir.

Ambos sistemas se fundamentan, esencialmente, en un algoritmo que, según la información introducida por los agentes –tras cumplimentar una serie de ítems basadas en las respuestas ofrecidas por la víctima– generan una respuesta en torno al riesgo que es estimado, dados los datos introducidos. Así, la víctima puede estar ante un riesgo “no apreciado”, “bajo”, “medio”, “alto” y “extremo” que condicionarán las medidas de protección asignadas a la víctima, desde una mera información de derechos o recursos de ayuda, hasta una vigilancia constante, de darse riesgo extremo.

Pese al dilatado recorrido de esta herramienta, sobre la cual se han realizado diversas mejoras en los últimos años, lo cierto es que sigue planteando problemas que deben ser atendidos.

Entre otros, el alto porcentaje de riesgo “no apreciado” –en torno a un 45% de los casos denunciados– lo cual no parece casar con la magnitud del problema, más cuando se han dado diversas situaciones en las que víctimas que habían sido identificadas como de riesgo “no apreciado” o “bajo”, finalmente fueron asesinadas.

En esta línea, parece que quizás uno de los problemas venga derivado de los datos introducidos en el sistema. Así, las mujeres que acuden a denunciar, generalmente lo hacen tras una situación de violencia, encontrándose en un estado que puede no resultar óptimo para dar respuestas idóneas –especialmente cuando los ítems requieren respuestas binarias–. Por ello, la formación de los profesionales es esencial, por cuanto deben traducir relatos de la víctima en respuestas dicotómicas de sí/no, en muchos casos de difícil interpretación, dado el estado de shock en el que puedan encontrarse si, efectivamente, la denuncia se produce inmediatamente después de una agresión.

En esta línea, se propone que la víctima cuente con adecuada asistencia legal y psicológica (Fundación Ana Bella, 2022, p. 33) desde el momento en el que decide interponer la denuncia, para tener una información adecuada de sus derechos y, especialmente, para contar con la ayuda necesaria para que pueda proporcionar un relato acomodado a la situación de violencia sufrida. Es cierto que actualmente las víctimas de este tipo de violencia cuentan con la posibilidad de acceder a la justicia gratuita, recibiendo asistencia inmediata de un profesional de la abogacía. No obstante, el recurso al acompañamiento psicológico no se encuentra debidamente atendido, lo cual resulta esencial para que la víctima pueda enfrentarse a la denuncia de la forma más adecuada, así como de continuar con el proceso.

Asimismo, indiscutiblemente, dada la magnitud de casos estudiados⁵ y la vigencia de este sistema, los datos con los que trabaja son muy numerosos. Sin embargo, cuando las experiencias no responden a escenarios previamente estudiados, el resultado ofrecido por el algoritmo puede no ser adecuado.

En este sentido, parece que no hay ejemplo más claro que el relativo a la crisis sanitaria producida por el covid, donde una situación de confinamiento total, miedo ante la incertidumbre, crisis económica, pérdida de empleo, desconocimiento sobre el virus, etc. suponen factores fundamentales que condicionan una determinada situación de riesgo que, al no tener datos previos de situaciones similares, no son tenidos en cuenta por el algoritmo, pese a que su relevancia sea evidente.

De la misma manera, se ha observado que, pese a la posibilidad ofrecida al profesional de modificar el riesgo apreciado (a un riesgo superior), en escasas ocasiones se producen variaciones frente a los resultados ofrecidos por el sistema, por lo que siempre es superior al 94% los casos en los que los agentes se conforman con el resultado ofrecido por la aplicación (Zurita, 2014, p. 777).

De este modo, nos encontramos ante una artificiosidad de la herramienta, sustituyendo la decisión del agente dada una errónea expectativa sobre la predicción que obstaculiza la toma de decisiones del agente, confiando obnubiladamente en el resultado ofrecido.

Con todo, la herramienta VIOGEN presenta grandes ventajas y, además, está sujeta a revisiones. Sin embargo, estas cuestiones deben ser tenidas en cuenta para que los datos introducidos sean lo más adecuados posibles –cuidando la asistencia a la víctima para que su declaración sea lo más fructífera posible y, siempre que sea posible, no sea la única, sino que se acompañe de otros testimonios– así como para reforzar la profesionalización de los agentes en este ámbito –que evite la sustitución de la opinión profesional por la decisión de un algoritmo, siendo este un respaldo y no un reemplazo–.

Pese a que el mayor recorrido en este ámbito lo ocupe el sistema VIOGEN, lo cierto es que en el presente se están desarrollando diversas herramientas a través del uso de inteligencia artificial que conviene señalar.

Entre otras, destaca el proyecto “Certeza de voz” en el que colabora el Instituto Andaluz de la Mujer, el cual está investigando en la detección precoz de víctimas a través del análisis de patrones de voz. De esta forma, se busca que, en las llamadas a servicios sanitarios andaluces, por diversas patologías, pueda filtrarse la posible existencia de casos de violencia contra la mujer, enmascarados en estas patologías, a través del discurso ofrecido por parte de las mujeres al expresar cuáles son los síntomas, cómo se han causado, qué palabras empleen o los silencios en su comunicación, entre otros.

De esta manera, se posibilitaría una atención temprana a posibles víctimas de violencia que ni siquiera hayan advertido su condición de víctimas o que, habiéndolo advertido, no consultan con los servicios de salud por estos motivos. Así, se permitiría no solo el auxilio a las mujeres para una adecuada identificación del contexto violento en el que

⁵ Actualmente, superando los 6 millones de valoraciones de riesgo. <https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/interior/Paginas/2023/190523-sistema-viogen-victimas-violenciagenero.aspx#:~:text=En%20la%20actualidad%20el%20sistema,y%2033.548%20en%20riesgo%20bajo.>

se encuentran –desde las primeras fases– sino la reducción de diagnósticos incorrectos sobre patologías que, en realidad, esconden un origen de maltrato y que, sin conocerlo, pueden enmascarse en patologías “comunes” de ansiedad, depresión o estrés.

En términos similares, nos encontramos ante el proyecto empatía, el cual ha desarrollado “bindi”, siendo este un algoritmo que busca desarrollar indicadores de alerta ante contextos de riesgo. En este caso, en lugar de un análisis conversacional, se plantea la monitorización de emociones de víctimas que permitan advertir patrones de comportamiento.

De este modo, analizando cuáles son las emociones desarrolladas, se pretende establecer un mecanismo preventivo que advierta una posible situación de riesgo en la que esta se encuentre, avisando a terceros –como a servicios de emergencia o a familiares– posibilitando medidas de seguridad ante una situación de amenaza. Por tanto, anticipando la respuesta a la situación violenta que pueda desarrollarse al advertir, de las emociones monitorizadas, un contexto de riesgo próximo.

Además, en el marco del proyecto se pretende analizar la idoneidad de los protocolos de atención a las víctimas, especialmente en cuanto a los mecanismos preventivos para, a partir de los testimonios de estas, proponer nuevos criterios, atendiendo a las carencias expuestas por las víctimas y, en todo caso, auspiciando la inclusión de la tecnología (SAN SEGUNDO y LÓPEZ ONGIL, 2022, p. 22).

Por otro lado, destaca el avance en el proyecto IMPROVE, a través de la creación de un robot conversacional que posibilite una comunicación con las víctimas y que, mediante el recurso a sistemas de inteligencia artificial, permita ofrecer respuestas sobre sus derechos, valorar la situación de riesgo ante la que se encuentre, informar de recursos disponibles, entre otros.

Al respecto, se ha señalado la intención de que en el futuro las propias usuarias puedan descargarlo en sus dispositivos y les atienda cual agente, dando la información pertinente y respondiendo a sus cuestiones, aspecto este que, por sí solo, no parece resultar positivo si el objetivo del proyecto supone la sustitución del profesional y no el *mero* auxilio.

Por tanto, se aprecia la ventaja de contar con una herramienta preparada para auxiliar a la víctima en torno a derechos, prestaciones, teléfonos de contacto e incluso la llamada a terceros directamente a través del robot conversacional que, incluso, pueda identificar una posible situación de violencia y *recomiende* a la usuaria acudir a los profesionales pero, de pretender la descarga de una aplicación a modo de chatbot que pueda desplazar al profesional en este ámbito, lo cierto es que no resultará adecuado por cuanto el acompañamiento de la víctima es una constante petición por parte de las asociaciones de víctimas, conscientes de las necesidades de asistencia –de muy diversos tipos– que requieren en términos generales ante las situaciones de violencia padecida.

Señalados estos ejemplos, conviene atender los mismos con precaución. Si bien es loable cualquier tentativa de mejora en cuanto a la prevención se refiere, lo cierto es que el uso de estas herramientas expuestas puede conllevar diversas problemáticas asociadas que podrían resultar contraproducentes precisamente con los objetivos perseguidos, como las que se presentan a continuación.

Por ello, hay que reiterar que, en ningún caso, el desarrollo de estas tecnologías puede suponer el desplazamiento de los profesionales, más en un contexto donde se ha enfatizado insistentemente la necesidad de personal formado y acompañamiento de las víctimas. En todo caso, las herramientas deberán ser un auxilio y no una sustitución del factor humano. Solo los profesionales sabrán realmente tomar decisiones acertadas atendiendo a las circunstancias del caso, de la víctima, del agresor y de los condicionante--tan diversos-- que puedan darse entre los casos que se les presenten, con el recurso a estos sistemas que puedan servirles de ayuda, pero nunca sustituyendo la formación y la experiencia como solo una persona puede desarrollar.

En caso contrario, los sistemas apuntados anteriormente actuarán únicamente en los supuestos donde las víctimas encajen en el patrón advertido --sea en la monitorización de emociones, en el patrón de voz o ante un robot conversacional, entre otros-- pero dejarán de lado a aquellas que puedan no encontrarse bajo lo que estos sistemas hayan entendido por *víctima*.

Es otras palabras, los sistemas planteados tienen los datos ofrecidos por parte de las víctimas que, hasta el momento, se han investigado. Sin embargo, el fenómeno de la violencia contra las mujeres tiene sus particularidades, las cuales imposibilita establecer un perfil definido de víctima, siendo estas un conjunto heterogéneo de personas de las cuales, el único elemento común, es que son mujeres, pero sin posibilidad de hacer extensible las características de una, a las de todas; ni la respuesta emocional de una mujer ante una situación, a la respuesta que pueda tener otra mujer ante la misma situación (ni siquiera la misma, pues puede encontrarse ante otros condicionantes que varíen su respuesta).

Con ello, resulta complejo asegurar que una herramienta pueda ser utilizada en todas las manifestaciones de esta violencia, frente a cualquier víctima y en cualquier situación. Por tanto, si estos recursos se utilizan en lugar de los profesionales o si estos se atienen a sus resultados de forma obcecada, las consecuencias que pueden derivarse es la existencia de ciertas víctimas que no se inserten en los perfiles de estas herramientas y que, por tanto, en lugar de contar con herramientas que apoyen la prevención, nos encontremos con sistemas que desvirtúen el objetivo, excluyendo institucionalmente a mujeres víctimas por no acomodarse en el perfil de víctima que ha definido el sistema.

Por último, otra herramienta que destaca en este contexto es RAIST (Red flag artificial intelligence for sexual trafficking) creada por DIACONIA (siendo esta una plataforma de acción social que cuenta con diversos proyectos, entre otros uno encaminado en la lucha contra la trata de personas). Esta herramienta se basa en un modelo algorítmico que posibilita la detección temprana de captación de víctimas de trata, especialmente con fines de explotación sexual, a través de la herramienta Telegram.

En este sentido, dada la evolución tecnológica, se ha advertido cómo la criminalidad también adapta sus técnicas a las posibilidades que las TIC ofrecen. Así, se observa que en la actualidad las plataformas de comunicación, así como las redes sociales, se establecen como escenario perfecto para la captación de víctimas, especialmente en edades tempranas.

Por ello, esta herramienta destaca al haber advertido los peligros de las redes sociales y las plataformas de comunicación pero, a su vez, haber establecido herramientas preventivas a través de estas, si bien inicialmente solo a través de Telegram, con el objetivo de ampliarse a otras aplicaciones, una vez el proyecto piloto se asiente. Por medio de este sistema, analizando los patrones conversacionales que establecen habitualmente los captadores, se permite alertar al usuario de la posible situación de captación y sugerirle el contacto con un profesional en caso de que así lo estime necesario.

Con ello, esta herramienta es ejemplar por diversas cuestiones. Entre otras, porque aborda la prevención de la violencia contra las mujeres estableciendo medidas ajenas al ámbito de la pareja –donde normalmente se circunscriben todos los recursos– por otro, porque no sustituye a los profesionales, sino que permite que la herramienta sea un trampolín hacia ellos; por último, porque el mismo escenario que posibilita mayor victimización, es utilizado para advertir patrones de riesgo y para prevenir la captación.

Una vez que se ha hecho una aproximación general a diversas herramientas planteadas en esta materia, así como aquellos aspectos problemáticos de estas, conviene plantear aquí una propuesta en este campo, como es del aprovechamiento de las numerosas ventajas de las herramientas de IA para que estas sean desarrolladas, en esta materia, en un contexto preventivo en etapas educativas dado que los datos muestran que la violencia entre la población joven se sigue produciendo y se transforma, a medida que la tecnología avanza, desarrollándose una ciberviolencia que debe ser atendida especialmente, dadas sus particularidades.

Quizás el uso de esa tecnología para elementos preventivos en la adolescencia, así como para la identificación temprana de violencia, es un campo por explorar que debe ser considerado, valorando las capacidades que impregna la IA para una aplicación en estadios iniciales de esta violencia, abordando cuestiones como las relaciones de pareja, el amor romántico, la educación sexo-afectiva, la masculinidad hegemónica, la transversalidad de la violencia, la ciberviolencia, entre otras.

En definitiva, abordando numerosos aspectos vinculados con comportamientos violentos en esta materia que puedan ser prevenidos en etapas educativas, donde poner el foco no solo en que las víctimas puedan advertir sus manifestaciones en sus primeras fases –las más *invisibles*– sino especialmente en el tratamiento preventivo de posibles agresores futuros –cuando no ya presentes– todo ello recurriendo a la IA lo que permitiría, no solo un abordaje más eficiente –siempre acompañado de profesionales– sino una aproximación a la población joven más eficaz, por cuanto su vinculación con la tecnología es tal que, guste o no, cualquier atisbo de prevención y tratamiento también debe contar con ella.

Con todo y en conexión con lo señalado anteriormente, si bien es loable cualquier avance en el ámbito de la prevención y el tratamiento, lo cierto es que también deben apreciarse aquellas cuestiones que puedan ser contraproducentes, como los riesgos observados en el uso de herramientas de inteligencia artificial, como son el posible reforzamiento de desigualdades tradicionalmente asentadas y el (re)asentamiento de una violencia simbólica, especialmente protagonista en el ámbito de la violencia contra las mujeres, tal y como se expondrá a continuación.

3. Reforzamiento de desigualdades y violencia simbólica: ¿peaje frente al desarrollo tecnológico?

Como se ha podido apreciar en líneas precedentes, el uso de herramientas de IA no constituye un futurible, sino que se establece como realidad presente en multitud de ámbitos, entre los que se encuentra el fenómeno de la violencia contra las mujeres.

Si bien se valoran las muy diversas ventajas de su aplicación, especialmente la realización de tareas en mucho menor tiempo de lo que lo haría una persona o la posibilidad de establecer predicciones a través de operaciones matemáticas en escaso tiempo, con menor error y con absoluta destreza, lo cierto es que los aspectos negativos advertidos también han protagonizado los análisis en este campo.

Entre otros, cabe destacar cómo la propia UNESCO en su Recomendación sobre la ética de la inteligencia artificial, alude, en su considerando, a las preocupaciones éticas que suscitan con su desarrollo⁶, señalando

en relación con los sesgos que pueden incorporar y exacerbar, lo que puede llegar a provocar discriminación, desigualdad, brechas digitales y exclusión y suponer una amenaza para la diversidad cultural, social y biológica, así como generar divisiones sociales o económicas; la necesidad de transparencia e inteligibilidad del funcionamiento de los algoritmos y los datos con los que han sido entrenados; y su posible impacto en, entre otros, la dignidad humana, los derechos humanos y las libertades fundamentales, la igualdad de género, la democracia, los procesos sociales, económicos, políticos y culturales, las prácticas científicas y de ingeniería, el bienestar animal y el medio ambiente y los ecosistemas

En este sentido, diversas investigaciones han demostrado la perpetuación de sesgos y estereotipos tradicionales que fortalecen situaciones discriminatorias a través del uso de herramientas de IA, cuestionando el respeto a derechos fundamentales, especialmente vinculados con la igualdad de las personas, donde es precisamente en el campo de la violencia contra la mujer donde esta cuestión debe ser tenida especialmente en cuenta.

Así, cuando nos referimos a este tipo de violencia, tendencialmente sobresalen aquellas manifestaciones más graves de violencia física, dejando en un segundo plano el grueso del fenómeno, constituido por otro tipo de hechos que, en todo caso, son sustentados por patrones culturales propios de una sociedad patriarcal.

En este sentido, los estereotipos y sesgos advertidos en los estudios han señalado que aquellos relativos al sexo y al género se encuentran impregnando los más sofisticados recursos de inteligencia artificial –aunque también lo hacen otros, como los vinculados con la etnia o la clase– (como señala FERRANTE, 2021).

De esta forma, los algoritmos que se han ido expandiendo en la sociedad, lejos de evitar errores humanos y promover decisiones más adecuadas, se traducen en resultados no neutrales (en la línea de lo que exponen SMITH, G. Y RUSTAGI, 2021), produciendo lo que se ha denominado como “sesgo algorítmico”.

⁶ Disponible en: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000380455_spa

De esta forma, ARÁNGUEZ (2022, p. 73 y ss.) señala cómo los sesgos sexistas presentes en los algoritmos se traduce en una reproducción de la discriminación presente en los datos que incorporan las herramientas de IA, así como alimentan el sexismo de los usuarios de estos sistemas.

Entre otros ejemplos prácticos, se ha analizado cómo en las herramientas de prevención delincriminal, así como las relativas a la toma de decisiones sobre suspensiones de condena o beneficios penitenciarios, estas han reforzado representaciones discriminatorias, siendo más exigentes con un tipo de sujetos (especialmente con aquellos racializados y/o de clases sociales más empobrecidas).

En este sentido, defiende acertadamente Miro Llinares (2018) que en un contexto como el de la criminalidad, nos encontramos ante “demasiadas aristas como para una predicción objetiva y libre de sesgos” (p.96), lo cual cuestiona la posibilidad de aplicación de este tipo de técnicas en estos ámbitos, donde las garantías deben ser especialmente cuidadas y donde las decisiones tomadas condicionan significativamente la vida de las personas, por lo que no resulta aceptable mantener instrumentos con análisis despersonalizados.

Otro ejemplo, siendo un recurso muy extendido, es el del reconocimiento facial, donde se ha advertido mayor imprecisión con determinados grupos de personas (funcionando con mayor rigor cuando los sujetos eran hombres caucásicos) y siendo menos precisos cuando los sujetos son racializados o pertenecen a categorías de género no dicotómicas (como defiende Ortiz De Zarate, 2023).

Por otro lado, se han observado resultados discriminatorios en ámbitos como el de la traducción de textos, donde idiomas neutrales al género se han traducido, de forma sexista, al convertirlos en idiomas donde sí se producen modificaciones conforme al género. Aquí podría ejemplificarse con la traducción de “doctor”, como médico y “nurse” como enfermera (como señala en su estudio PARSHEERA, 2018) respondiendo a una tradicional distinción de roles en el ámbito laboral que no hacen sino perpetuar la segregación horizontal.

En este sentido, también se ha observado cómo la inclusión de algoritmos en el ámbito de los recursos laborales ha supuesto peligrosas exclusiones para las mujeres. Así, la empresa Amazon había apostado por el recurso a la IA para mejorar el sistema de incorporación de trabajadores/as a su empresa. Sin embargo, el algoritmo tendía a dejar de lado los CV de las mujeres, por el mero hecho de serlo, pese a disponer de las cualidades necesarias para el puesto (como desarrolla Dastin, 2018).

En esencia, el algoritmo se creaba partiendo de una cantidad de datos previos que se correspondían, esencialmente, a trabajadores hombres. Al crear un patrón de búsqueda para una persona que encajara en el puesto, conforme a los trabajadores previos, el resultado producido era la penalización –y, por tanto, exclusión– de los CV de mujeres. Con ello, si bien el sistema no estaba creado con ningún objetivo discriminatorio, ni había recibido órdenes en este sentido, los efectos producidos sí lo eran.

Asimismo, en la línea de apreciar cómo los avances tecnológicos tienden a perpetúan roles tradicionales, es posible destacar, como ejemplo, la creación de asistentes virtuales con voces de mujeres –conservando el rol de mujer como “servicial”– e incluso la asigna-

ción de nombres “femeninos” a robots que están creados para tareas típicamente femeninas, como las de la limpieza; mientras que se asignan nombres “masculinos” a tareas tradicionalmente vinculadas con los hombres (como indica Delicado-Moratalla, 2021).

En esta línea, se señala que la proliferación de asistentes virtuales con voces femeninas puede transmitir –y, por tanto, perpetuar– la idea de que las mujeres son serviciales y dóciles; mientras que se apuesta por el mantenimiento de voces masculinas en determinados servicios, aludiendo a que el consumidor lo prefiere cuando se requieren respuestas autoritarias o explicaciones “complejas”, tal y como señala la UNESCO (2019) en su informe *I’d blush if I could*. Así, estudios como el de ACOSTA-CALDERÓN Y BENITEZ-EYZAGUIRRE (2022) confirman que existe un “diseño sexista” de este tipo de dispositivos donde, además, el usuario no es consciente de este sesgo (p.35)

En este ámbito, merece la pena destacar la creación de los denominados *robots sexuales*, los cuales se definen como una “muñeca hinchable hiperrealista con inteligencia artificial” (DELICADO-MORATALLA, 2021, p. 221), que promueven riesgos que deben ser atendidos. En concreto, con la creación de estos robots se están desarrollando nuevos espacios que propician la denominada *cultura de la violación* favoreciendo que, a través de las robots, se mantenga la cosificación de la mujer y se representen situaciones de dominación, sometimiento y violencia sexual.

Con ello, nos encontramos ante un momento en el que conviven dos realidades contrapuestas. Por un lado, aquella que advierte el problema de la violencia sexual y reconoce la necesidad de atenderlo potenciando una adecuada salud sexual-afectiva desde las etapas escolares, tal y como defiende la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, así como la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo; entre otras. Por otro lado, la del pernicioso avance tecnológico que dinamiza nuevas formas de antiguas violencias.

En este contexto, nos encontramos en un momento de sensibilización frente a la necesidad de una adecuada educación en sexualidad desde etapas tempranas, dado que se ha advertido una ausencia de educación por parte de escuelas y familias que, por el contrario, se ve sustituida por el recurso a la pornografía –iniciándose en edades muy bajas, siendo los 8 años la edad de primera visualización de contenido pornográfico, encontrándose con un consumo habitual en los 12–.

Esto supone que los jóvenes normalicen relaciones sexuales irreales y, en muchos casos, constitutivas de violencia sexual, más que de una relación sexual consentida donde, en cualquier caso, generalmente tiende a posicionarse a la mujer en situaciones de sometimiento y vejaciones.

Con ello, el de las relaciones sexuales suele ser un contexto donde la expresión del patriarcado se presenta con mayor intensidad y donde se está apreciando cómo una nefasta educación, acompañada del resto de conductas que promueven la cultura de la violación, se traduce en el incremento de agresiones sexuales producidas por población joven –cuando no menor de edad–.

Por ello, se cuestiona especialmente cómo el avance tecnológico y el recurso de la IA desarrolle nuevos mecanismos de reproducción de la violencia sexual que dé cabida a nuevas prácticas y nuevos espacios de impunidad.

En definitiva y, sin posibilidad de mayor profundización por las limitaciones del texto, se debe admitir que los algoritmos, lejos de ser neutrales, están repletos de valores en todas sus fases (sea en la identificación del problema, en la selección de datos e incluso en la elección del algoritmo) lo cual puede reafirmar un contexto discriminatorio, especialmente vinculado con los prejuicios de género derivándose esencialmente de la sobrerrepresentación masculina en el desarrollo de la inteligencia artificial, además de la ausencia de la perspectiva de género en este campo, como señalan Cernadas y Calvo (2022).

Esto, en el ámbito de la violencia contra las mujeres es especialmente preocupante, por cuanto esta se nutre de una cultura patriarcal discriminatoria que, pese a que parezca paradójico, se afianza con los avances tecnológicos, lo cual posibilita la perpetuación del sustrato de esta violencia y que cualquier tratamiento devenga en fracaso.

No obstante, no debe entenderse como *peaje* ante el desarrollo tecnológico, ni negar el avance en este campo. Por el contrario, debe partirse de la aceptación de encontrarnos ante una realidad “con alto riesgo discriminatorio por naturaleza” (Instituto de las Mujeres, 2023, p. 12), para conseguir erradicarla.

Entre otras soluciones, se plantean el establecimiento de equipos multidisciplinares en todas las fases de creación de las herramientas de IA, así como sistemas de monitorización periódica, que permitan advertir en el menor tiempo posible cualquier problema derivado del algoritmo.

De esta forma, si bien la erradicación total de cuestiones discriminatorias pueda ser un pensamiento utópico, al menos las posibilidades serán reducidas conforme los objetivos de los algoritmos tengan voluntades más igualitarias, el personal que los desarrolle sea heterogéneo y formado en perspectiva de género –y en materia de igualdad en su sentido amplio– y se cuenten con sistema de monitorización permanente que identifique cualquier desvío inadecuado de la herramienta, para ser convenientemente corregido antes de que las consecuencias sean más perjudiciales.

4. Conclusiones y recomendaciones en pro de una inteligencia artificial comprometida con la igualdad

Tal y como se apuntaba inicialmente, pese a la ausencia de una conceptualización unívoca sobre la inteligencia artificial, lo cierto es que ha alcanzado tal protagonismo en la actualidad que se han desarrollado numerosas investigaciones en torno a sus posibilidades. Se han analizado cuestiones éticas vinculadas con su uso, así como problemas prácticos en su aplicación, esencialmente vinculados con las garantías procesales o el respeto a los derechos fundamentales, pero también en conexión con el recurso a la inteligencia artificial para una *modernización criminal* ante la que nos encontramos, por cuanto los avances en la materia también son y serán utilizados para la comisión delictiva, permitien-

do mayor alcance, variaciones delictivas, menor posibilidades de identificación criminal, entre otras cuestiones que deben ser atendidas por el derecho penal.

En este contexto, se ha destacado el empleo de la inteligencia artificial en un ámbito como es el de la violencia contra las mujeres, donde la aplicación de algoritmos tiene ya cierta vigencia, esencialmente a través del uso del sistema VIOGEN. Este sistema, con un objetivo loable y diversos seguimientos para su mejora, sigue planteando cuestionamientos relevantes. Entre otros, la automatización en la respuesta de los profesionales que se encuentran detrás, aceptando *ciegamente* el resultado obtenido por parte del algoritmo, cuya valoración de riesgo escasas veces se ve modificado.

Como se ha apuntado, al sistema VIOGEN le siguen en la actualidad numerosos impulsos en pro del uso de inteligencia artificial en este ámbito. Si bien no con la misma relevancia, sí se aprecian interesantes avances en la materia, con el desarrollo de robots conversacionales, sistemas de monitorización de emociones o patrones de voz que permitan advertir contextos de violencia, enmascarados en patologías “comunes”.

Si bien esta expansión debe ser aplaudida, pues debe valorarse cualquier avance en materia de prevención de este tipo de violencia, lo cierto es que no deben pasarse por alto los riesgos derivados del uso de este tipo de herramientas, especialmente ante víctimas que se encuentran en una situación especialmente vulnerable. Entre otras, tal y como se ha apuntado, la heterogeneidad de las víctimas imposibilita herramientas únicas, con capacidad de abordar toda manifestación de violencia. Estandarizar las respuestas frente a conductas tan variadas, en mujeres muy diversas, podría hacer que cierto tipo de mujeres no *encaje* con los patrones institucionalizados y que, por ello, se vean expulsadas del sistema, obteniendo, por tanto, muy perniciosas consecuencias, contrarias completamente a los objetivos previstos.

Asimismo, se ha observado cómo el empleo de inteligencia artificial impregna muy diversos contextos, como aquellos vinculados con la economía, el ámbito laboral, la justicia, entre otros. Esto ha desarrollado numerosos debates, por cuanto se ha advertido el peligro de la extensión de una moderna discriminación, escondida en sistemas supuestamente neutrales, que, en la práctica, se basan en sesgos marcadamente tradicionales.

Esta cuestión, vinculada con el tema que ocupa, es especialmente perniciosa, dada la base cultural patriarcal que sustenta la violencia contra las mujeres, que podría ser reforzada gracias a sistemas de inteligencia artificial aparentemente neutrales, pero que enmascaren patrones culturales marcadamente sexistas y discriminatorios con las mujeres. Por tanto, encontrándonos ante avances tecnológicos que escondan un claro retroceso en materia de igualdad, fortaleciendo contextos discriminatorios y propiciando una peligrosa violencia simbólica.

Con todo, no debe demonizarse el recurso a la inteligencia artificial ni, en concreto, el uso de algoritmos, por cuanto pueden suponer numerosas ventajas que ayuden en la toma de decisiones, en la gestión de datos y en el ahorro de tiempo y esfuerzo. Todo lo contrario, debe advertirse sus beneficios, pero no de forma obnubilada, sino atendiendo a los riesgos que presenta y valorando la forma de limitarlos.

Asimismo, se debe luchar contra un determinismo algorítmico, que obvie la importancia humana. Es decir, si bien las ventajas de la inteligencia artificial son numerosas, en ningún caso deben servir para sustituir las decisiones humanas, sino como *mero* auxilio en la toma de decisiones, especialmente cuando nos encontramos ante un contexto como el de la violencia contra las mujeres.

Por último, en este campo se debe plantear, como línea de futuro, que el uso de la inteligencia artificial en materia de violencia contra la mujer se desarrolle en los escenarios más iniciales, es decir, como mecanismo de identificación de esta violencia en etapas escolares y promoción de la formación en estas edades, donde la violencia se sigue produciendo y reinventando, especialmente con las TIC –encontrándonos ante la ciberviolencia de género– y donde los recursos siguen siendo escasos.

Quizás sea en este escenario donde las investigaciones en materia de IA y de sus posibilidades deberían continuar avanzando.

Bibliografía

- Acosta-Calderón y Benitez-Eyzaguirre (2022). Siri, desde la perspectiva feminista. En Aránguez Sánchez, T. y Olariu, O. (Cord.) *Algoritmos, teletrabajo y otros grandes temas del feminismo digital* (pp. 21-37) Dykinson.
- Aránguez Sánchez, T. (2022) sesgos sexistas de los algoritmos e inteligencia artificial. En Aránguez Sánchez, T. y Olariu, O. (Cord.) *Algoritmos, teletrabajo y otros grandes temas del feminismo digital* (pp. 71-88) Dykinson.
- Borges Blázquez, R. (2020), “El sesgo de la máquina en la toma de decisiones en el proceso penal”, *IUS ET SCIENTIA*, 2.
- Cernadas, E. y Calvo, E. (2022), “Perspectiva de género en inteligencia artificial, una necesidad”, *cuestiones de género: de la igualdad y la diferencia*, nº17, pp. 111-127.
- Dastin, J., “Amazon scraps secret AI recruiting tool that showed bias against women”, *reuters*, 11 de octubre de 2018.
- Delgado Calvo; M. (1996), *La inteligencia artificial. Realidad de un mito moderno*, Granada.
- Delicado-Moratalla, L. (2021), “La robot sexual y la pornografía: la ilusión del poder masculino y la fantasía de cosificar a las mujeres”, *Atlánticas. Revista Internacional de Estudios Feministas*, nº 6.
- Del Rosal Blasco, B. (2023). ¿El modelo de la responsabilidad penal de las personas jurídicas para los daños punibles derivados del uso de la inteligencia artificial?, *revista de responsabilidad penal de personas jurídicas y compliance*, vol. 2, pp. 1-49.
- Fernández, A. (2019) Inteligencia artificial en los servicios financieros, *Boletín económico del Banco de España*, 2.
- Ferrante, E., (2021) “Inteligencia artificial y sesgos algorítmicos ¿Por qué deberían importarnos?”, *revista nueva sociedad*, nº 294.
- Hernández Giménez, M. (2019), “Inteligencia artificial y derecho penal”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº 10 bis, pp. 792-843.

- Instituto de las Mujeres (2023). Informe preliminar con perspectiva interseccional sobre sesgos de género en la inteligencia artificial. Disponible en: https://www.inmujeres.gob.es/areasTematicas/SocInfo/Estudios/docs/Informe_Sesgos_Genero_IA.pdf
- Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual.
- Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción
- Miró Llinares, F. (2018), "Inteligencia artificial y justicia penal: más allá de los resultados lesivos causados por robots", *revista de derecho penal y criminología*, 20, pp.87-130
- Miró Llinares, F. (2020), "El sistema penal ante la inteligencia artificial: actitudes, usos, retos", en Dupuy de Repetto y Corvalán (dir.): *Cibercrimen III: inteligencia artificial, automatización, algoritmos y predicciones en el derecho penal y procesal penal*, Buenos Aires, pp. 81-136.
- Morillas Fernández, D. L. (2023). Implicaciones de la inteligencia artificial en el ámbito del Derecho Penal, *Derecho Penal, Inteligencia Artificial y Neurociencias*. Roma Tre-Press, pp. 59-91.
- Muñoz Rodríguez, A.b. (2020), "El impacto de la inteligencia artificial en el proceso penal", *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, 36, p. 699.
- Ortiz De Zarate, L. (2023), "Sesgos de género en la inteligencia artificial", *revista de Occidente*, nº502, pp. 5-20.
- Parsheera, S. (2018), "A gendered perspective on artificial intelligence. proceedings of itu kaleidoscope 2018 — machine learning for a 5G Future", *IEEE*.
- Real Decreto 729/2023, de 22 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto de la Agencia Española de Supervisión de Inteligencia Artificial.
- Rodríguez-Gordo, C. y Sarrión-Andaluz, J. (2021), Polarización social y control político: algunas consecuencias de la inteligencia artificial y las redes sociales para la razón práctica, *Cuadernos Salmantinos de Filosofía*, vol.48, pp. 157-185.
- Sánchez Rosado, J. C. y Díez Parra, M. (2022). Impacto de la inteligencia artificial en la transformación de la sanidad: beneficios y retos, *Economía industrial*, (423), pp. 129-144.
- San Segundo, R. y López Ongil, C. (2022). EMPATIA-CM: Comprehensive Protection of Gender-based Violence Victims through Multimodal Affective Computing, *Sociología y tecnología*, 12, pp. 1-33.
- Simón Castellano, P. (2021). Inteligencia artificial y Administración de Justicia: ¿Quo vadis, justitia?, *IDP revista de Internet, Derecho y Política*, 33.
- SMITH, G. y RUSTAGI, I., "When Good Algorithms Go Sexist: Why and How to Advance AI Gender Equity", *Stanford social innovation review*, 31 de marzo de 2021.
- UNESCO (2019). I'd blush if i could. Closing gender divides in digital skills through education. Disponible en: <https://en.unesco.org/Id-blush-if-I-could>
- Valls Prieto, J. (2021). *Inteligencia artificial, Derechos humanos y bienes jurídicos*. Aranzadi.
- Zurita (2014). *Violencia contra la mujer. Marco histórico evolutivo y predicción del nivel de riesgo* [Tesis doctoral]. Universidad Autónoma de Madrid.

La prevención de riesgos laborales en el entorno digitalizado desde una perspectiva de género*

The prevention of occupational risks in the digitalized environment from a gender perspective

COVADONGA FERNÁNDEZ VILLAR

Abogada

Estudiante de doctorado en la Universidad de Oviedo

doi: 10.20318/femeris.2024.8642

1. La salud laboral de la mujer ante los retos marcados por la digitalización

La incorporación progresiva de las tecnologías de la información y la comunicación en los sistemas productivos, así como el incesante desarrollo de la inteligencia artificial y los procesos automatizados, plantean una serie de ventajas organizativas para el empresario, que son origen de nuevos y diversos escenarios laborales en un contexto que se enmarca en una nueva revolución industrial o la ya denominada revolución industrial 4.0¹. Téngase en cuenta que, si centramos la atención en la figura de la persona trabajadora en este nuevo contexto, se hace necesario delimitar los efectos que puedan existir en la salud de las personas trabajadoras y en el concreto ámbito de la prevención de riesgos laborales², ya que pueden existir “nuevos riesgos” característicos de esta tipología de prestación de servicios que se enmarca en una sociedad digital.

En efecto, estas relaciones laborales, que discurren con el uso de herramientas tecnológicas, generan *per sé* nuevas obligaciones y riesgos para el responsable de la salud de las personas trabajadoras. La emergencia de estos nuevos riesgos es múltiple y variada, a saber: acceso a los datos personales pertenecientes al vínculo más íntimo de la persona, sobreexposición de la persona mediante el uso dispositivos tecnológicos a través de los cuales faciliten las conductas de acoso laboral o ciberacoso, incidencia de mecanismos

* Este trabajo se enmarca en el Proyecto Negocia2, Negociación colectiva y Diálogo social para una Ordenación Sostenible del trabajo (Ref.: PID2022-137853NB-I00).

¹ Mercader Uguina, Jesús R., *El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 24 y ss.

² La doctrina ha centrado su atención en numerosos estudios entre los que podremos destacar: Monreal Bringsvaerd, Erik, Thibault Aranda, Xavier y Jurado Segovia, Ángel (coords.), *Derecho del Trabajo y nuevas tecnologías. Estudios en homenaje al profesor Francisco Pérez de los Cobos Orihuel (en su 25 aniversario como catedrático de Derecho del Trabajo)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020; Molina Navarrete, Cristóbal y Vallecillo Gámez, María Rosa (dirs.) y González Cobaleda, Estefanía (coord.), *De la economía digital a la sociedad del E-Work decente: condiciones sociolaborales para una industria 4.0 justa e inclusiva*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021.

de control y supervisión o el propio *modus operandi* de la prestación laboral que tenga el efecto de una permanente –o casi permanente– conexión al trabajo³.

Realmente, respecto de aquellos riesgos laborales derivados de la introducción de las nuevas tecnologías enmarcadas en la revolución 4.0, aquellos que adquieren mayor relevancia son los referidos a los riesgos psicosociales y organizacionales⁴. Se denominan, como tal, a aquellos que tienen relación con la organización del trabajo, afectando a la salud de las personas que se perpetran a través de mecanismos psicológicos y fisiológicos, con emociones cognitivas, fisiológicas y del comportamiento negativas, a los que se llama estrés. De hecho, las personas experimentan estrés cuando sienten que existe un desequilibrio entre los que se les exige y los recursos con los que cuentan para satisfacer dichas exigencias⁵.

La razón estriba en que las características propias de la prestación de servicios que se desarrolla mediante el uso de dispositivos tecnológicos, en muchas ocasiones, permite o facilita el acceso a la esfera personal de la persona trabajadora, fuera de su jornada laboral.

En definitiva, la doctrina coincide en que las tecnologías digitales hacen cada vez más porosas las esferas, tanto internas como externas, de las propias organizaciones de trabajo⁶ ya que el poder dirección es capaz de llegar al ámbito más íntimo de la persona trabajadora.

En lo que al objeto de estudio respecta, vamos a prestar atención a aquellos efectos perjudiciales, tales como, un aumento de la individualización de las relaciones laborales y aislamiento, estrés por automatización de puestos de trabajo, sobrecarga física y cognitiva por manejo de mayores números de datos⁷, con mayores exigencias en los tiempos de producción, disolución de los tiempos de trabajo y descanso⁸, provocando estrés laboral por exceso de hiperconectividad⁹, entre otros.

Todo ello evidencia la necesidad de ajustar nuestro sistema de prevención de riesgos laborales a los continuos desafíos que imponen las nuevas formas de organización del trabajo sobre la implantación generalizada de estas nuevas tecnologías¹⁰.

³ A propósito de ello se realiza una clara exposición de algunos de estos riesgos, añadiendo el propio efecto de la exposición a las pantallas o medios tecnológicos similares (García Murcia, Joaquín, “El empresario y las nuevas tecnologías: mayores facultades, pero también nuevas obligaciones y nuevos riesgos”, en MONREAL BRINGSVAERD, Erik, Thibault Aranda, Xavier y Jurado Segovia, Ángel (coords.), *Derecho del Trabajo y nuevas tecnologías. Estudios en homenaje al profesor Francisco Pérez de los Cobos Orihuel (en su 25 aniversario como catedrático de Derecho del Trabajo)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p.47).

⁴ Álvarez Cortés, Juan Carlos, “Los riesgos vinculados a la digitalización de las empresas y su vinculación”, en Álvarez Cortés, Juan Carlos, Vila Tierno, Francisco (dirs) Ordóñez Casado, María Iluminada Ordóñez Casado, *Nuevas tecnologías y mercado de trabajo: una aproximación multidisciplinar*, Laborum Ediciones, Murcia, 2020, p.296 y 197.

⁵ OIT, *La organización del trabajo y los riesgos psicosociales: una mirada de género, 2013*, https://www.ilo.org/san-jose/publicaciones/WCMS_227402/langes/index.htm#:~:text=La%20organizaci%C3%B3n%20del%20trabajo%20y%20los%20riesgos%20psicosociales%3A,personas%20a%20trav%C3%A9s%20de%20mecanismos%20psicol%C3%B3gicos%20y%20fisiol%C3%B3gicos.

⁶ Molina Navarrete, Cristóbal, *El ciberacoso en el trabajo*, La Ley, Madrid, 2019, p.17.

⁷ Álvarez Cortés, “Los riesgos vinculados a la digitalización de las empresas y su vinculación”, *op.cit.*, p.197.

⁸ Miñarro Yanini, Margarita, “La incidencia de las tecnologías de la información y de la comunicación en la seguridad y salud en el trabajo. Protección de datos y prevención de riesgos. Violencia tecnológica en el trabajo. Medios de prevención”, *Doc. Labor.*, N^o 119, 2020, p. 15 y ss

⁹ Álvarez Cortés, “Los riesgos vinculados a la digitalización de las empresas y su vinculación”, *op.cit.*, p.197.

¹⁰ Mercader Uguina, Jesús R., “Riesgos laborales y transformación digital: hacia una empresa tecnológicamente responsable”, *Teorías y Derechos: Revista de Pensamiento Jurídico*, N^o 23, 2018, pp.92 y ss.

Es relevante que este panorama digitalizado, presente y futuro, despliega sus efectos de manera diferente frente a las mujeres y a los hombres, atribuyendo a la igualdad de género uno de los grandes retos que plantea esta revolución tecnológica¹¹, siendo ésta la preocupación que se trata de abordar en este análisis.

Debemos partir de la idea de que el uso de la tecnología en las relaciones laborales se vislumbra como una herramienta útil para conseguir la efectiva igualdad entre mujeres y hombres. Muestra de ello, se encuentra en el objetivo 5.6 b de Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, adoptada por la Asamblea General de la ONU que proclama “mejorar el uso de la tecnología instrumental, en particular la tecnología de la información y las comunicaciones, para promover el empoderamiento de las mujeres”¹². Además, el mismo debe vincularse, de igual forma, con el objetivo 8 sobre trabajo decente.

En este sentido, se debe de fomentar la inclusión y acceso de la mujer a las profesiones tecnológicas, mediante políticas formativas e informativas ya que, en la actualidad, se ven infrarrepresentadas a causa de la brecha digital de género¹³.

Sin embargo, también detectamos desventajas específicas para las mujeres ya que se enfrentan a una serie de barreras y debilidades, con un trasfondo estructural, derivado de los tradicionales roles de género. Y por ello, sus relaciones laborales discurren de manera distinta a la de los hombres, con singularidades propias y desafíos diferentes, propios la revolución tecnológica¹⁴. De hecho, la doctrina ha advertido que estas estas nuevas formas de prestación de trabajo, más líquidas y dinámicas, amplían la desigualdad de género por causa de las brechas digitales e intensifican las ya tradicionales¹⁵.

Y es que, aparentemente, la digitalización de las relaciones laborales puede aportar a la mujer trabajadora un mayor nivel de flexibilidad y autonomía en el desempeño de su trabajo con efectos positivos en la conciliación de la vida familiar¹⁶. Cuestión que ha sido objeto de críticas al vislumbrar ciertos riesgos que pueden perpetuar roles de género tradicionales al fomentar la conciliación, pero no así la corresponsabilidad, al seguir asumiendo la mayor parte de las labores de cuidado y domésticas, el colectivo femenino¹⁷.

¹¹ Mella Méndez, Lourdes, “Mujer trabajadora y empleo tecnológico: medidas de actuación urgente contra la brecha digital de género”, *Trabajo y Derecho*, N°6, 2020, p.2

¹² El objetivo 5 de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, 70/1, de 25 de septiembre de 2015 lleva el título “Lograr la igualdad de género y empoderar a todas las mujeres y a las niñas”.

¹³ Matiza que ello tendrá efectos positivos en beneficio de la economía y de la sociedad en su conjunto (Moreno Gené, Josep, “Nuevas tecnologías, COVID y Género”, en Romero Burillo, Ana María (dir.), Bardina Martín, Yolanda y Rodríguez Orgaz, Cristina (coords.), *La mujer ante los retos del trabajo 4.0*, Aranzadi, 2023, p. 61.

¹⁴ Durán Bernardino, Manuela, “Digitalización y empleo: retos del futuro del trabajo desde una perspectiva de género”, *Revista de Estudios Jurídicos UJAEN*, N°21, 2021, p.3.

¹⁵ Casas Baamonde, María Emilia, “Trabajo de las mujeres y digitalización”, *Revista de Derecho Laboral vLEX*, N° 4, 2021, pp. 67-88.

¹⁶ Se refiere a la liberación de un estricto control espacio-temporal a la trabajadora que le permita distribuir el desempeño de su trabajo digitalizado de acuerdo con sus responsabilidades familiares (Domínguez Morales, Ana, “El trabajo digital ¿plataforma de integración laboral de calidad para las mujeres?”, en AAVV, *El futuro de trabajo: cien años de la OIT. XXIX Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Informes y Estudios General*, N°23, Ministerio de Trabajo, Migraciones, y Seguridad Social, Madrid, 2019, p.193 y ss).

¹⁷ Martínez Barroso, María de los Reyes, “Teletrabajo y desconexión digital en perspectiva de equidad de género en salud”, en Romero Burillo, Ana María (dir.) y Bardina Martín, Yolanda y Rodríguez Orgaz, Cristina (coords.), *La mujer ante los retos del trabajo 4.0*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2023, p.145.

En efecto, la calidad en el acceso al empleo de la mujer trabajadora tecnológica se ve perjudicada debido a una polarización en las ocupaciones, resultando con ello que las profesiones más feminizadas se ven afectadas negativamente¹⁸. De hecho, la irrupción de la era tecnológica nos muestra aquellos estereotipos que atentan contra el principio a la igualdad, maquillados con una apariencia más moderna que, en realidad, puede provocar que la mujer se enmarque en un trabajo más informal, a tiempo parcial, con un crecimiento de autoempleo, todos ellos, con mayores índices de precariedad, cuestiones a las que haremos alusión a continuación.

De hecho, para abordar esta cuestión, es fundamental considerar que las transformaciones del mercado de trabajo vinculadas al proceso de digitalización de los procesos productivos permiten participar en el mercado de trabajo a colectivos que normalmente estarían excluidos por discapacidad, responsabilidades familiares o enfermedad; dando pie a que lo que, en apariencia, es una oportunidad para lograr un incremento de la participación de las mujeres en el empleo, supone una perpetuación de los roles de género, con el menoscabo de asegurar un trabajo decente¹⁹, con implicaciones importantes en materia de salubridad.

Uno de los aspectos a destacar es cómo la actual tendencia a la flexibilización de las condiciones laborales y la globalización de los procesos de producción provoca un aumento del autoempleo vinculado a la economía de plataformas²⁰. De hecho, se ha destacado en el Informe mundial realizado por la OIT, bajo el título *Perspectivas Sociales y del Empleo en el Mundo. El papel de las plataformas digitales en la transformación del mundo de trabajo* (2021), la significación que adquiere para las mujeres trabajadoras esta tipología de trabajo, así como su preferencia o, en ocasiones, necesidad propia, de trabajar desde casa y de disponer de esa flexibilidad laboral característica²¹.

Merece destacar que, desde esta óptica, no son pocos los efectos perversos en materia de salud, especialmente relevantes o sensibles sobre los riesgos psicosociales que se puedan producir, y especialmente, aquellos en materia de salud mental, al perpetuar ciertas prácticas y roles machistas, en tanto que recae sobre la mujer, el mayor peso de las cargas y cuidados familiares y domésticos, generando una “doble carga” a la mujer trabajadora, con una cristalización o estancamiento de los objetivos de corresponsabilidad²².

Así todo, el reciente Informe realizado por una Comisión de personas expertas sobre el impacto de la precariedad laboral en la salud mental en España de 2023 “Precariedad laboral y salud mental. Conocimientos y políticas”, donde participan en él miembros de la

¹⁸ Moreno Gené, “Nuevas tecnologías, COVID y Género”, *op.cit.*, p.61.

¹⁹ Williams Jiménez, Iván, “Esclareciendo el vínculo entre la transformación digital del trabajo y el bienestar de las personas trabajadoras”, en Molina Navarrete, Cristóbal y Vallecillo Gámez, María Rosa (dir) González Cobaleda, Estefanía (coord.), *De la economía digital a la sociedad del E-work decente: condiciones sociolaborales para una industria 4.0 justa e inclusiva*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2021, p.428.

²⁰ Este informe posiciona a España entre uno de los países principales que tratan de acceder a esta tipología de trabajo vinculado a un nivel bajo medio de ingresos (Huws, Úrsula; Spencer, Neil H., Coates, Mat, *The platformisation of work in Europe. Highlights from research in 133 countries*, University of Hertfordshire, Brussels, 2019, p.52).

²¹ Informe OIT *Perspectivas Sociales y del Empleo en el Mundo. El papel de las plataformas digitales en la transformación del mundo de trabajo*, 2021, p.7 y ss.

²² Domínguez Morales, “El trabajo digital ¿plataforma de integración laboral de calidad para las mujeres?”, *op.cit.*, p.192.

AEDTSS, organizado por el Ministerio de Trabajo y Economía Social, denominado “Informe Presme”²³ advirtió que, a raíz de la pandemia provocada por la COVID-19 “cuando se adoptaron medidas de “conciliación” como el teletrabajo o el derecho a la readaptación o reducción de jornada hasta el 100% para la atención de familiares que “por razones de edad, enfermedad o discapacidad, necesiten cuidado personal o directo”, el trabajo de cuidados recayó masivamente sobre las mujeres en el hogar, mucho más aún de lo que ya lo estaba”.

A nuestro juicio, factores como la flexibilidad en el tiempo de trabajo o en el traslado de centros de trabajo al domicilio, no deben promover que sea la mujer trabajadora tecnológica la que acabe asumiendo mayor dedicación en el tiempo de cuidados y de actividades domésticas. Si bien, en esta materia será desarrollada con detenimiento en el epígrafe posterior.

En definitiva, este análisis se centrará en aquellos riesgos laborales psicosociales en el ámbito laboral digitalizado, que pueden afectar especialmente a la mujer trabajadora y que, muchos de ellos, se producen o incrementan por el uso de la tecnología en el entorno laboral: veáse por ejemplo, el denominado tecnoestrés, fatiga digital, ansiedad, depresión o incremento de adicciones fruto de la victimización por conductas propias de ciberacoso²⁴. Por ello, a la vista de los factores negativos provocados en la seguridad y salud en esta tipología de empresas virtualizadas, nuestro estudio se centrará en dos aspectos que entendemos son especialmente sensibles: la limitación de la jornada de trabajo y el ciberacoso.

2. El necesario cambio en el modelo de prevención de riesgos laborales en los nuevos contextos productivos

Respecto del origen y evolución de la ordenación jurídica en materia de prevención de riesgos laborales, se ha advertido por parte de la doctrina que el prisma del legislador ha partido desde una fórmula reparadora y no propiamente preventiva²⁵. Al respecto, se evidencia la necesidad de invertir esta tendencia por parte tanto de los empresarios, como garantes de la salud de las personas trabajadoras, como del legislador laboral. En efecto, debemos traer a colación cómo la protección de las personas trabajadoras frente a los accidentes de trabajo fue configurada inicialmente en la primitiva Ley de Accidentes de Trabajo, de 31 de enero de 1990. En esta norma se trataba de proteger a aquellos que ya había sufrido un accidente²⁶.

²³ En el informe se insiste en la necesidad de que las regulaciones jurídicas en materia de tiempo de trabajo descansos, transparencia y previsibilidad de la prestación laboral fueran revisadas a fin de adaptarlas a las nuevas tipologías de trabajo Informe AAVV. “Precariedad laboral y salud mental. Conocimientos y políticas, 2023, Ministerio de Trabajo y Economía Social, p.40.

²⁴ Comité Económico y Social Europeo, *Papel y perspectivas de los interlocutores sociales y otras organizaciones de la sociedad civil en el contexto de las nuevas formas de trabajo*, diciembre de 2017, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A52017AE1866>, Consultada 8/5/2024.

²⁵ En este sentido, Álvarez Cortés, “El modelo legal de prevención de riesgos laborales. Ajustes y Desajustes”, en AAVV, *Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Experiencias y saños de una protección social centenaria*, T. II, Laborum, Murcia, 2020, pp.226 y ss.

²⁶ Gutiérrez-Solar Calvo, Beatriz y Lahera Forteza, Jesús, “Ley de accidentes de trabajo de 30 de enero de 1990”, en García Murcia, Joaquín y Castro Argüelles, María Antonia (dirs.), *Legislación histórica de previsión, social*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009, pp.43-52.

Revertir este prisma, desde la reparación a la prevención, suponía una demanda urgente para afrontar por parte del legislador laboral. De hecho, la alta siniestralidad en España arroja datos preocupantes²⁷ y, por ende, es una advertencia de la falta de responsabilidad de los empresarios en materia de salud.

Si bien, debemos acudir a la evolución que ha tenido el concepto de riesgo en los últimos años, erigiéndose sobre un conjunto de normas destinadas a regular, no sólo la atribución de responsabilidades reparadoras al empleador, sino a organizar la prevención, introduciendo pautas de gestión y dirección de las empresas y sobre los focos de riesgo. Este recorrido supone el pasar de un concepto de riesgo basado en accidente súbito, con consecuencias y causas bien definidas, a un concepto mucho más difuso, donde la relación causa efecto no aparece tan claramente delimitada²⁸, en parte, porque emergen nuevos riesgos por el uso de las tecnologías de la información que, a priori, no son tan evidentes.

Para realizar un análisis del marco normativo preventivo general, debemos partir de la idea de que, a pesar de que esta materia es competencia estatal, el legislador comunitario se ha encargado de establecer estándares mínimos de adopción por cada uno de los estados, debiendo destacar el artículo 153 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea²⁹. Asimismo, el artículo 31 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales proclama el derecho de toda persona trabajadora en condiciones que respeten su salud, seguridad y dignidad, haciendo mención expresa a la limitación del tiempo de trabajo. Por su lado, se debe destacar la importancia 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 trabajo³⁰ ya que se advierte que, mediante su transposición, de que el legislador laboral español apreció la importancia de regular con cierto rigor la materia de seguridad y salud³¹.

En el ordenamiento jurídico español, se debe partir del mandato previsto en la Constitución Española de 1978, en su artículo 40.2, que proclama que los poderes públicos se encargarán de velar por la seguridad y salud en el trabajo, y, garantizarán el descanso necesario. Desde luego, la materialización del compromiso del legislador por regular los aspectos que afectan a la seguridad y salud de las personas trabajadoras, se contiene la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales y su normativa de desarrollo. El artículo 14 de esta norma dispone que todos los riesgos, derivados del trabajo, han de integrarse

²⁷ En España, durante el año 2021, se registraron 601.123 accidentes de trabajo con baja (Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo, *Informe anual de accidentes de trabajo en España 2021, 2022*, <https://www.insst.es/el-instituto-al-dia/informe-anual-de-accidentes-de-trabajo-en-espa%C3%B1a-2021>).

²⁸ López Parada, Rafael Antonio, "Informática. Productividad y salud laboral", en Alarancón Caracuel, Manuel Ramón y Esteban Legarreta, Ricardo (coords.), *Nuevas tecnologías de la información y la comunicación y Derecho del Trabajo*, Bomarzo, 2004, p.90.

²⁹ En su art. 153.1 a) dispone que la Unión Europea apoyará y completará la acción de los Estados miembros sobre "la mejora, en concreto, del entorno de trabajo, para proteger la salud y la seguridad de los trabajadores".

³⁰ En profundidad, Castro Argüelles, María Antonia, "Seguridad y salud en el trabajo (Directiva 89/391/CEE y directivas complementarias)", en García Murcia, Joaquín (coord.), *La transposición del derecho social comunitario al ordenamiento español: un balance en el XX aniversario de la incorporación de España a la Comunidad Europea*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2005.

³¹ Álvarez Cortés, Juan Carlos, "Los riesgos vinculados a la digitalización de las empresas y su prevención", *op.cit.*, p.283.

en el sistema preventivo. Además, se garantiza que la persona trabajadora tendrá derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo en el artículo 19.1 del Estatuto de los Trabajadores.

Lógicamente, estos riesgos laborales provocados o incrementados por el uso de las tecnologías de la información y de la comunicación también deben de ser contemplados en las acciones preventivas de la empresa, teniendo en cuenta la prevalencia de aquellos de carácter psicosocial con especial atención al aseguramiento de los principios de igualdad de trato por razón de sexo.

Además, no es posible que crear una desventaja de unas personas trabajadoras frente a otras que, bien sea por sus condiciones físicas, psíquicas o por su pertenencia a un determinado género, no pueda desarrollar su trabajo en igual forma ya que esta circunstancia atentaría el principio de adaptación del trabajo a la persona, el cual, mediante su aplicación rigurosa “se consigue activar el principio de igualdad en el ámbito preventivo y lograr que el empresario ponga en marcha las medidas adecuadas para que las personas trabajadoras puedan efectuar sus funciones en unas condiciones saludables e igualitarias, sea cual sea el lugar, las circunstancias y su género”³².

En este sentido, no se puede ignorar una forma de trabajo que fue imponiéndose a tenor de la pandemia global provocada por el COVID-19, esta es, el teletrabajo. A raíz de esta nueva, o más bien generalizada, forma de prestación de servicios, el legislador laboral se ha preocupado por las repercusiones en materia de salud que pudieran existir por razón de sexo.

De hecho, la tutela antidiscriminatoria por estos motivos ya encontraba su cobertura legal en el propio texto estatutario; sin embargo, entendemos que el legislador ha querido reforzarlo, precisamente, debido a que tanto el ejercicio de estos derechos de conciliación o corresponsabilidad, como el aseguramiento de mantener unas condiciones dignas y de salubridad, es más complicado de garantizar en el caso en que la prestación de servicios se realiza de manera a distancia que presencial³³. En este sentido, del artículo 4 de la Ley 10/2021, de 9 de julio, se desprende la obligación empresarial de evitar que se produzca cualquier discriminación, bien directa o indirecta, por razón de sexo y fomentar la corresponsabilidad de los hombres y las mujeres frente a las labores de cuidado. Concretamente, el artículo 4.3 de esta norma impone que las medidas empresariales que pretendan aplicar el teletrabajo deberán ser ordenado en el plan de igualdad de la empresa³⁴, mandato que viene a ser corroborado en el desarrollo del Real Decreto 901/2020, de 13 de octubre, por el que se regulan los planes de igualdad y su registro.

Por otro lado, debemos de tener en cuenta que la introducción de las nuevas tecnologías ha fomentado a la aparición de nuevas formas de empleo más flexibles, como

³² Vallejo Da Costa, Ruth, *Salud laboral, igualdad y mujer. Aspectos jurídicos*, Bormarzo, Albacete, 2019, p.55

³³ Martínez Barroso, “Teletrabajo y desconexión digital en perspectiva de equidad de género en salud”, *op.cit.*, p.149

³⁴ El artículo 4.3 ordena que “las empresas están obligadas a tener en cuenta a las personas teletrabajadoras o trabajadoras a distancia y sus características laborales en el diagnóstico, implementación, aplicación, seguimiento y evaluación de medidas y planes de igualdad”.

el teletrabajo, tanto desde la perspectiva espacial como temporal³⁵, exigiendo que el legislador tome consciencia de los nuevos riesgos que pueden producirse en estos nuevos escenarios laborales.

Huelga decir, cómo la anticipación y la gestión del cambio en el nuevo mundo del trabajo que han traído consigo las transiciones ecológica, digital y demográfica se ha proclamado como una de las principales prioridades del legislador comunitario y así ha quedado reflejado en el Marco estratégico de la UE en materia de salud y seguridad en el trabajo 2021-2027. En sintonía con ello, se ha publicado recientemente la Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo 2023-2027³⁶ en el que se deben destacar varios aspectos relacionados con el objeto de estudio.

En primer lugar, como Objetivo N^o2 se establece aquel que permita “gestionar los cambios derivados de las nuevas formas de organización del trabajo, la evolución demográfica y el cambio climático desde la óptica preventiva”. Así, en el marco de la ordenación de esta Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo 2023-2027, se ha contemplado como estos nuevos escenarios laborales digitalizados conllevan la aparición de “riesgos nuevos o emergentes derivados del uso de la propia tecnología (robotización, inteligencia artificial, plataformas colaborativas, etc.), de la organización del trabajo (teletrabajo, trabajo a distancia, virtualización, etc.) o de las nuevas formas de empleo, con una mayor prevalencia de riesgos ergonómicos y psicosociales” Además, para ello, insiste en la necesidad de realizar actividades y campañas de formación por parte de la ITSS a las empresas donde se presten servicios a través de la modalidad de trabajo a distancia o teletrabajo, con particular³⁷.

Y, en segundo lugar, destacamos el contenido del Objetivo N^o 5 que trata de “introducir la perspectiva de género en el ámbito de la seguridad y salud en el trabajo”. Sobre ello, merece la pena resaltar la promoción de la acción sobre los riesgos específicos de género respecto de la doble presencia conflicto trabajo-familia, violencia, acoso o discriminación por razón de sexo, etc; al igual que, una mejora de la formación de la perspectiva de género de los profesionales en materia de PRL y, en particular, respecto de los “programas de formación sobre violencia, acoso sexual y por razón de sexo, con atención al uso de las nuevas tecnologías”³⁸.

Como consecuencia de la promulgación de la citada Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo 2023-2027, se publicó el V Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva (en adelante V AENC) suscrito por la CEOE, CEPYME y las organizaciones sindicales CCOO y UGT³⁹, por entender que “la negociación colectiva es la vía idónea para adaptar las condiciones generales de seguridad y salud en el trabajo”. Es de sumo interés el análisis de ciertos capítulos del V AENC ya que dedica el capítulo VIII a la Seguridad y

³⁵ Mercader Uguina, *El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica*, op. cit., p.45 y ss.

³⁶ BOE N^o 101, de 28 de abril de 2023.

³⁷ Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo, *Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo*, INSST, Madrid, 2023, p.30 y ss.

³⁸ Instituto Nacional de Seguridad y Salud En El Trabajo, *Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo*, op.cit. p. 66 y 67

³⁹ BOE de 31 de mayo de 2023.

Salud en el Trabajo con una alusión expresa a incluir la perspectiva de género a la hora de gestionar estos riesgos emergentes propios de la sociedad digital, cuestiones a las que haremos alusión a continuación.

Así todo, se deben destacar dos vías específicas de tratamiento jurídico preventivo de riesgos que tienen que ver, en exclusiva con estos nuevos escenarios laborales digitalizados que estudiaremos a continuación; a saber, la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre de protección de datos y garantía de derechos digitales (en adelante LOPD) y la particular regulación contenida en la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia y el Convenio Nº 190 OIT sobre la violencia y el acoso de 2019, recientemente ratificado por España en 25 de mayo de 2022, y la Estrategia Europea para la Igualdad de Género 2020-2025 que propició la ratificación de esta norma internacional.

3. La limitación de la jornada y la garantía del derecho al descanso en entornos digitalizados con perspectiva de género

3.1. Repercusiones en materia de salud a causa de la feminización del trabajo informal cibernético

Las tecnologías de la información y de la comunicación han repercutido en la organización productiva de las empresas y, en consecuencia, en la forma en que las personas trabajadoras desarrollan su prestación de servicios, relativizando la delimitación del tiempo de trabajo, con riesgo de sufrir una conectividad excesiva con su trabajo.

Esta hiperconexión en el ámbito laboral se extiende, en muchas ocasiones, al ámbito puramente personal de la persona trabajadora, mediante la utilización de manera cotidiana de dispositivos portátiles o smartphones, que están al alcance inmediato de cualquier persona. Ello provoca una confusión una en la delimitación del tiempo de trabajo y el tiempo correspondiente a la vida privada de la persona trabajadora⁴⁰. De hecho, un aspecto problemático es la denominada “teledisponibilidad” que permite a la empresa localizar y encargar tareas o instrucciones al personal a su cargo de manera permanente⁴¹.

La relevancia que adquiere en este plano la digitalización de las relaciones laborales se centra en la diversificación del tiempo de trabajo que pasa a responder a unos horarios adaptados a las necesidades individuales y de producción⁴², bajo la entelequia de la “autogestión flexible”. No obstante, esta falta de limitación preestablecida de la jornada laboral ocasiona graves perjuicios en la salud de las personas trabajadoras.

⁴⁰ Purcada Bonilla, Miguel Ángel “Seguridad, salud laboral y desconexión digital”, *Temas Laborales*, Nº 155, 2020, p.116.

⁴¹ González Villanueva, Francisó Javier, “La ordenación del tiempo de trabajo de los teletrabajadores”, *Actualidad Laboral*, Nº 11, 2003, p.173.

⁴² Charro Baena, Pilar, “La limitación de la jornada laboral desde la perspectiva de la transición justa”, en Blázquez Agudo, Eva María y Sierra Hernaiz, Elisa (dirs.), *Transición justa desde la perspectiva de género*, Aranzadi, S.A.U, Cizur Menor (Navarra), 2022, p.152 y 153.

Así, el Informe de la OIT *Garantizar un tiempo de trabajo decente para el futuro* de 2018 alertaba de que “las horas de trabajo y la organización del trabajo pueden tener graves consecuencias para la salud física y mental y el bienestar de los trabajadores, así como para su seguridad en el trabajo y durante los trayectos de la casa al trabajo y viceversa, y para sus ingresos”⁴³.

Por su lado, el reciente Informe que ya se ha mencionado *Precariedad laboral y salud mental. Conocimientos y políticas*⁴⁴ apuntó que, entre los factores que pueden conllevar un efecto más intenso de precarización con consecuencias en la salud mental es aquella forma de trabajo caracterizada por un “exceso de disponibilidad horaria, por la falta de descansos suficientes, o bien por ser excesivamente irregular o imprevisible (horarios variables o flexibles a instancia del sujeto empresario; carga de trabajo excesiva; carga de trabajo cambiante, no garantizada, no ajustada al puesto de trabajo; variabilidad de los turnos; trabajo a llamada)”. Además, la hiperconectividad también pone de manifiesto cómo el uso de las tecnologías provoca que las personas trabajadoras realicen tareas fuera del horario laboral⁴⁵.

Bajo estas premisas, la continua conexión digital no sólo incide de forma negativa en la intimidad y la conciliación de la vida laboral y familiar, sino que también puede perjudicar a la salud de las personas trabajadoras, al diluir un derecho tan esencialmente básico, como es la limitación de la jornada laboral⁴⁶. Por ello, es esencial el establecimiento de ciertos límites normativos para tratar de lograr, el ya denominado, trabajo decente⁴⁷ en los contextos productivos digitalizados, cuyo tratamiento jurídico no puede desconocer de la necesaria perspectiva de género para evitar una feminización de esta tipología de trabajos que degeneren en una desventaja particular para las mujeres y sea origen de una discriminación sexista indirecta⁴⁸.

⁴³ Continúa “la regulación del tiempo de trabajo y el tiempo de descanso juega asimismo un rol central en la defensa del principio en virtud del cual el trabajo no debe ser considerado simplemente como una mercancía o artículo para el comercio (...) Con la posible excepción de los salarios, el tiempo de trabajo es la condición de trabajo que tiene un impacto más directo en la vida cotidiana de los trabajadores. La cantidad de horas trabajadas y la forma en que éstas se distribuyen no sólo afectan a la calidad del trabajo sino también a la vida fuera del lugar de trabajo”. También destaca el interés empresarial en la regulación de este tiempo de trabajo advirtiendo que “son factores importantes para determinar la productividad, la rentabilidad y la sostenibilidad de las empresas” (OIT, *Garantizar un tiempo de trabajo decente para el futuro*, Conferencia Internacional del Trabajo, 107.ª reunión, Ginebra, 2018, p.2, https://www.ilo.org/ilc/ILCSessions/previous-sessions/107/reports/reports-to-the-conference/WCMS_618490/lang-es/index.htm).

⁴⁴ En el informe se insiste en la necesidad de que las regulaciones jurídicas en materia de tiempo de trabajo descansos, transparencia y previsibilidad de la prestación laboral fueran revisadas a fin de adaptarlas a las nuevas tipologías de trabajo Informe AAVV. “*Precariedad laboral y salud mental. Conocimientos y políticas*, 2023, Ministerio de Trabajo y Economía Social, p.40

⁴⁵ Eurofound and the International Labour Office, *Working anytime, anywhere: The effects on the world of work*, Publications Office of the European Union, Luxemburg, and the International Labour Office, Ginebra, 2017, p.4.

⁴⁶ También expresa cómo estos factores inciden en la productividad de la propia persona trabajadora afectando, en un último extremo, a la empresa (MIÑARRO YANINI, “La incidencia de las tecnologías de la información y de la comunicación en la seguridad y salud en el trabajo. Protección de datos y prevención de riesgos. Violencia tecnológica en el trabajo. Medios de prevención”, *loc.cit.*, pp.17 y ss).

⁴⁷ Quílez Moreno, José María, “La jornada de trabajo y su relación con el trabajo efectivo: reflexiones sobre si el mismo es eficaz o eficiente y cumple con el trabajo decente”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, Nº 29, 2019, pp.25 y ss.

⁴⁸ Martínez Barroso, “Teletrabajo y desconexión digital en perspectiva de equidad de género en salud”, *op.cit.*, p.145.

En definitiva, la digitalización y, concretamente, el paradigma de flexibilización del tiempo de trabajo, afectan a su propia delimitación y a la reducción de la capacidad de gestión de la vida extralaboral de la persona trabajadora⁴⁹, con importantes efectos sobre la salud de las personas trabajadoras.

En este extremo, el ámbito personal que se sitúa fuera de la jornada laboral, debemos considerar un aspecto transcendental que conecta la idea de conciliación y los riesgos psicosociales asociados a los entornos laborales digitalizados sufridos por las mujeres trabajadoras.

De hecho, debemos centrar el foco de atención en la mujer trabajadora al ser la encargada, en su mayoría, de ejercer esta tipología de tareas domésticas y de cuidados, situadas tales tareas, fuera del tiempo de trabajo remunerado. Precisamente, esta asunción de cargas conlleva el principal obstáculo para la integración plena de la mujer en el mercado de trabajo⁵⁰, consecuencia de un reparto de roles tradicional y de una –también tradicional– división sexual del trabajo⁵¹.

Por ello, debemos tener en consideración que, la incorporación laboral de la mujer al mercado de trabajo no ha sido en condiciones de igualdad respecto a sus compañeros varones: así, se evidencia la precariedad, la segregación horizontal y vertical en sus empleos⁵², elevadas tasas de temporalidad y de trabajo a tiempo parcial y mayor incidencia en el empleo informal.

Y, concretamente, respecto a los entornos laborales digitalizados, se aprecia que esta difusión de los límites del tiempo de trabajo impide que la conciliación sea una opción sin tensiones, ya que el sentimiento de falta de atención a las necesidades familiares en momentos que son ocupados por el trabajo digital produce sentimientos de culpa y frustración⁵³, ocasionando graves perjuicios a la salud física y mental de la mujer trabajadora encargada del ejercicio de estas tareas.

Particularmente, debemos destacar el riesgo que conlleva la doble jornada o doble presencia⁵⁴ al que ya hemos hecho alusión a lo largo de este estudio. En este sentido, la doble presencia está relacionada con la organización del tiempo en la empresa, y la expo-

⁴⁹ De la Casa Quesada, “Tiempo de trabajo y bienestar de los trabajadores: una renovada relación de conflicto en la sociedad digital”, *loc. cit.*, p.132.

⁵⁰ De la Puebla Pinilla, Ana, “Instrumentos y garantías para la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres”, en AAVV. *La Ley de Igualdad, consecuencias prácticas en las relaciones laborales y en las empresas*, Lex Nova, Valladolid, 2007, p.161.

⁵¹ El Informe “Precariedad laboral y salud mental. Conocimientos y políticas” indicó que “el trabajo remunerado refleja la división sexual del trabajo con las mujeres concentradas en ocupaciones que reproducen su rol tradicional en el hogar como los servicios sanitarios, sociosanitarios, servicios sociales o limpieza, sectores muy feminizados en los que el trabajo precario es muy frecuente. La segregación de género reduce las opciones de vida, educación y empleo de las mujeres, conduce a la desigualdad salarial y limita el acceso a ciertos trabajos, al tiempo que perpetúa relaciones de poder de género desiguales en la esfera pública y privada”.

⁵² García Gil, Begoña, “La segregación ocupacional y la valoración de puestos de trabajo en relación con el género”, en Molero Marañón, María Luisa (dir.), *Ser mujer en el mercado de trabajo: dificultades, oportunidades y retos*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2022.

⁵³ De la Casa Quesada, “Tiempo de trabajo y bienestar de los trabajadores: una renovada relación de conflicto en la sociedad digital”, *loc. cit.*, p.132.

⁵⁴ Los factores de riesgo psicosocial y la salud mental en España muestran una relación consistente entre estar expuestos a un mayor riesgo psicosocial en relación con la llamada “doble presencia”. (AAVV, *Precariedad laboral y salud mental. Conocimientos y políticas*, *op.cit.* p.30.

sición derivada de la exigencia simultánea de actividad laboral y trabajo doméstico y familiar⁵⁵. Se han evidenciado fuertes repercusiones sobre la salud de las mujeres trabajadoras por este motivo, a saber: estrés, fatiga crónica, envejecimiento prematuro y trastornos psicósomáticos, así como mayores frecuencias de enfermedades relacionadas con el trabajo, y reducción del tiempo de descanso para reponerse⁵⁶. Asimismo, lleva aparejados grandes niveles de insatisfacción ante la imposibilidad de atender el plano laboral y doméstico, aumentado a nivel que aumenta la cantidad de hijos e hijas⁵⁷.

Lógicamente, estos riesgos psicosociales señalados se ven incrementados con el uso de las nuevas tecnologías, al entorpecer una delimitación de los tiempos de trabajo, con implicaciones en altos niveles de estrés y de riesgo de accidentalidad⁵⁸, disminuyendo su reconocimiento y valoración social⁵⁹.

En definitiva, la digitalización o las nuevas formas de prestación de servicios, como es el teletrabajo, pueden perpetuar ciertos roles de género vinculados a las tareas domésticas o de cuidado de familiares, ahora incluso con “mayores facilidades” al situar su centro de trabajo en su propio domicilio, y con un sistema de “autogestión flexible del tiempo de trabajo”, con más sombras que luces. Además, los grandes problemas que ocasiona la falta de desconexión digital, ocasionadas por el conflicto entre el trabajo y la familia, provocan una serie de consecuencias negativas en la mujer trabajadora: menos satisfacción y agotamiento personal y emocional, incremento en niveles de estrés, ansiedad, fatiga, carga mental, disminución del tiempo de autocuidado etc.⁶⁰.

3.2. La regulación del derecho a la desconexión digital desde una perspectiva de género

En este contexto de relaciones laborales digitalizadas, se hacía necesario que el derecho a la desconexión digital fuera incorporado al ordenamiento jurídico. En este aspecto, el reconocimiento del derecho a descanso y el desempeño del trabajo en condiciones que respeten la salud, seguridad y la dignidad de las personas trabajadoras es reconocido por la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (artículo 31), desarrolladas en la Directiva 89/391/CEE, de 12 de junio y en la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003.

⁵⁵ Romeral Hernández, Josefa, “Prevención de riesgos laborales y mujer: Trabajo en sectores feminizados”, *Ser mujer en el mercado de trabajo: dificultades, oportunidades y retos*, Editorial Aranzadi S.A.U, Cizur Menor (Navarra), 2021, p.598.

⁵⁶ Señala que la imposibilidad de reponerse está vinculada a que la mujer trabajadora dispone de menos tiempo para el descanso no porque sean ellas las que se agotan más respecto de los varones. (GRAU PINEDA, Carmen, “Sobre la imperiosa necesidad de incorporar el sesgo de género en la gestión de los riesgos psicosociales”, *RTSS CEF* N° 408, 2017, p.44).

⁵⁷ OIT, *La organización del trabajo y los riesgos psicosociales: una mirada de género*, op.cit., p. 5.

⁵⁸ De la Casa Quesada, “Tiempo de trabajo y bienestar de los trabajadores: una renovada relación de conflicto en la sociedad digital”, *loc. cit.*, p.136.

⁵⁹ Gala Durán, Carolina, “La relación entre el teletrabajo y la conciliación de la vida familiar: el papel de la normativa y la negociación colectiva”, *Anuario IET, de trabajo y relaciones laborales*, Vol. 7, 2021, p. 176.

⁶⁰ En profundidad analiza los riesgos laborales que puede ocasionar la irrupción del teletrabajo en la actividad laboral en el seno de la familia (López Nuñez, María Inmaculada, “El conflicto de la conciliación laboral y familiar”, Observatorio de Riesgos Psicosociales UGT, <http://www.observatorioriesgospsicosociales.com/sites/default/files/publicaciones/Boletin%2031%20WEB.pdf>).

Así todo, la evidencia de esta realidad ha llevado a que se demande una previsión comunitaria al respecto. En consecuencia, la Resolución del Parlamento Europeo, de 21 de enero de 2021, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre el derecho a la desconexión (2019/2181(INL), en su Considerando 7, advierte que “para los trabajadores con responsabilidades asistenciales no remuneradas, las herramientas digitales pueden dificultar especialmente la búsqueda de un equilibrio saludable entre la vida profesional y la vida privada”, concluyendo que “las mujeres dedican más tiempo que los hombres a asumir estas responsabilidades asistenciales, trabajan menos horas en empleos remunerados y pueden abandonar el empleo por completo”. Asimismo, en su Considerando 9 advierte que “el uso cada vez mayor de herramientas digitales con fines laborales ha dado lugar a una cultura de “siempre conectado”, “siempre en línea” y “siempre disponible”, que puede tener consecuencias perjudiciales para los derechos fundamentales de los trabajadores y unas condiciones de trabajo justas, entre otras, una remuneración justa, la limitación del tiempo de trabajo y el equilibrio entre la vida profesional y la vida privada, así como para la salud física y mental, la seguridad en el trabajo y el bienestar, también debido a su impacto desproporcionado sobre los trabajadores con responsabilidades asistenciales, que suelen ser mujeres, y la igualdad entre hombres y mujeres”.

En el ordenamiento jurídico español, el derecho de desconexión digital encuentra fundamento en la regulación contenida en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre de protección de datos y garantía de derechos digitales (en adelante LOPD) (artículo 88), con ciertas previsiones específicas para las personas teletrabajadoras, en la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia (artículo 18).

Respecto del contenido promulgado en la Ley 10/2021, de 9 de julio, se hace una remisión a lo dispuesto en el artículo 88 LOPD, en relación con el teletrabajo “regular”, debiendo concurrir una serie de requisitos⁶¹, esto es: que el porcentaje de la jornada que debe de ser superior al treinta por ciento de la jornada ordinaria de la persona trabajadora. Aunque debemos realizar un matiz ya que, sea considerado teletrabajo o no, el derecho a la desconexión digital deberá permanecer intacto, en todo caso.

Respecto del mismo, fue el artículo 88 LOPD el que incorporó el derecho a la desconexión digital, declarando que el “derecho a la desconexión digital a fin de lograr el respeto del tiempo de descanso, permisos, vacaciones, así como su intimidad personal y familiar”. Así como, potenciar el derecho a la conciliación, previsión que se integra en el Estatuto de los Trabajadores a través de su artículo 20 bis⁶². No obstante, este precepto realizó una remisión a la negociación colectiva o, en su defecto, al acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores para dar contenido al derecho.

⁶¹ Crítica que la definición realizada en la norma reguladora del teletrabajo se introduce con cierta indefinición (Martínez Barroso, “Teletrabajo y desconexión digital en perspectiva de equidad de género en salud”, *op.cit.*, p.153).

⁶² Este art. 20 bis del ET remite al art. 88 LOPD que lleva por título “Derechos de los trabajadores a la intimidad en relación con el entorno digital y a la desconexión” proclamando que “los trabajadores tienen derecho a la intimidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por el empleador, a la desconexión digital y a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y geolocalización en los términos establecidos en la legislación vigente en materia de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales”.

Por su lado, la doctrina critica que dicha norma tiene la apariencia de tener un carácter puramente “programático”⁶³. Y, además que, paradójicamente, la LOPD no define el concepto de desconexión digital, ni atribuye garantías de eficacia⁶⁴. Este precepto insta a que sea la propia política interna empresarial la que defina las modalidades de ejercicio de la desconexión digital y las acciones de prevención de la fatiga informática, dentro del deber de protección del empresario (artículo 14 Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales).

Circunstancia que ha sido criticada por parte de la doctrina ya que la norma resulta poco eficaz ante la ausencia de parámetros normativos⁶⁵. Sin perjuicio de que, ineludiblemente, los empresarios son responsables de la protección y seguridad de sus personas trabajadoras, incluyendo, las consecuencias físicas y psicosociales, derivadas de una falta de descanso y de desconexión digital⁶⁶, en aplicación de los artículos 34 del ET, 88 de la LOPD y demás normativa preventiva aplicable.

En relación con la ausencia de la inclusión del derecho de desconexión digital en la propia normativa de prevención de riesgos laborales, se ha debatido sobre si es una norma preventiva descontextualizada o no, concluyendo que su aplicación, se debe realizar como una previsión íntegramente preventiva, ex. artículo 1 LPRL⁶⁷.

Otro aspecto importante es la ausencia de la ordenación respecto de las consecuencias en el supuesto de no elaborar políticas de empresa relativas a la desconexión⁶⁸. Además, se pueden dar supuestos en que los representantes legales de los trabajadores se nieguen a aceptar la política interna de actuación que presente la empresa, en referencia a las distintas modalidades del derecho de desconexión digital. Sin embargo, el derecho que se contiene en la LOPD no es de veto, sino puramente de audiencia, así como del papel del comité de seguridad y salud o de los delegados de prevención⁶⁹. En este sentido, se evidencia la carencia absoluta de contenido imperativo de la norma, en tanto en cuanto uno de sus objetivos es, precisamente, la protección de la seguridad y salud de las personas trabajadoras, y, por esta vía, se permite imponer la política interna presentada por la empresa, blindada ya que no puede ser vetada por parte de la representación de las personas trabajadoras.

⁶³ Critica que el contenido del derecho a la desconexión digital será delimitado en cada caso al resultado de la negociación colectiva o, en defecto de acuerdo, a la política que, en cada caso, previa consulta colectiva, fije el empleador (De la Casa Quesada, Susana, “Tiempo de trabajo y bienestar de los trabajadores: una renovada relación de conflicto en la sociedad digital”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF*, número extraordinario, 2019, p.130).

⁶⁴ De la Casa Quesada, Susana, “Tiempo de trabajo y bienestar de los trabajadores: una renovada relación de conflicto en la sociedad digital”, *loc. cit.*, p.130.

⁶⁵ Miñarro Yanini, Margarita, “La incidencia de las tecnologías de la información y de la comunicación en la seguridad y salud en el trabajo. Protección de datos y prevención de riesgos. Violencia tecnológica en el trabajo. Medios de prevención”, *loc. cit.*, p. 18.

⁶⁶ Trujillo Pons, Francisco, La “desconexión digital” en el ámbito laboral”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p.66.

⁶⁷ Con acierto concluye, a pesar de que la regla se encuentre en la LOPD (Moreno Solana, Amanda, “La desconexión digital en el trabajo como medida de prevención de los riesgos psicosociales”, *Anuario IET de Trabajo y Relaciones Laborales*, Vol. 8, 2022, p.122).

⁶⁸ Igartúa Miró, María Teresa, “El derecho a la desconexión en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF*, N^o 432, 2019, p. 84.

⁶⁹ De la Casa Quesada, “Tiempo de trabajo y bienestar de los trabajadores: una renovada relación de conflicto en la sociedad digital”, *loc. cit.*, p.130

Esta problemática la encontramos igualmente en la Ley 10/2021, de 9 de julio, ya que el artículo 18.2 alude a la política interna empresarial negociada con la representación legal de los trabajadores, en su caso, y a lo establecido en la negociación colectiva. Además, el legislador laboral establece la imposición del establecimiento de un acuerdo de trabajo a distancia, en los supuestos de teletrabajo sin que se haya establecido la obligatoriedad de que el mismo afronte la prevención de riesgos laborales, ni el derecho a la desconexión digital⁷⁰.

De acuerdo con la regulación del tiempo de trabajo en los supuestos de teletrabajo, el legislador refuerza claramente en los artículos 13 y 14 la Ley 10/2021, de 9 de julio, el establecimiento la flexibilidad en el horario, pero realizando un control del mismo (ya sea mediante dispositivos móviles, huellas dactilares, o cualquier mecanismo que permita su uso) en las que se evita las prolongaciones interminables de jornada o, al menos, su retribución como horas extraordinarias⁷¹.

En definitiva, se ha criticado por parte de la doctrina si era realmente necesario una promulgación de esta norma sin contenido imperativo, ni derecho mínimo, no tratándose en sí mismo de un derecho autónomo o diferenciado⁷² ya que la interpretación judicial ya venía modulando este derecho a la desconexión digital, entendiéndose que existían ciertas conductas empresariales causantes de factores de riesgo en el entorno laboral, sobre todo en relación con aquellos de carácter psicosocial⁷³. Además, la remisión a la negociación colectiva sufre una devaluación en sí misma, ex artículo 88.3 LOPD, al establecer un simple derecho de audiencia previa y no un auténtico derecho de veto.

De todas formas, bien tenga la consideración de teletrabajadora o no, la persona trabajadora podrá hacer valer su derecho, apoyando su acción con cuantos medios resulten necesarios. Sin perjuicio de lo anterior, a nuestro juicio, se ha perdido una gran oportunidad de prevenir derechos específicos que tratasen de prevenir la siniestralidad provocada por una falta de descanso laboral que se produce extramuros del contrato de trabajo que les une con la empleadora y que alcanza a la propia intimidad y vida familiar de las personas trabajadoras y que recae, como venimos afirmando, a un colectivo esencialmente feminizado.

Si bien es cierto, en esta materia deben implicarse los agentes sociales, así como la representación del personal que esté constituida en los lugares de trabajo, como así han dado muestra en el V ANEC acordado entre las organizaciones sindicales más representa-

⁷⁰ Martínez Barroso, "Teletrabajo y desconexión digital en perspectiva de equidad de género en salud", *op.cit.*, p.164.

⁷¹ Defiende que el establecimiento del control horario en el supuesto de teletrabajo trata de evitar las fórmulas de semiesclavitud virtual y la cultura de "siempre conectado" (MARTÍNEZ BARROSO, "Teletrabajo y desconexión digital en perspectiva de equidad de género en salud", *op.cit.*, p.171).

⁷² De la Casa Quesada, "Tiempo de trabajo y bienestar de los trabajadores: una renovada relación de conflicto en la sociedad digital", *loc. cit.*, p.132.

⁷³ La STSJ de Cataluña de 13 de mayo de 2013 (REC 6212/2012) consideró como un aparato denominado "acelerómetro" implantado en la empresa Schindler en los dispositivos móviles de las personas trabajadoras que detectaba la ausencia de movimiento, constituía una forma de fiscalización que trae consigo una situación de riesgo psicosocial, pudiendo llegar a extenderse fuera del horario de trabajo e, incluso, en su domicilio familiar. Incluso, el Tribunal Constitucional en sentencia 192/2003, de 27 de octubre declaró inconstitucional la limitación del tiempo de descanso, en relación con el disfrute de vacaciones ya que consideró que estas prácticas empresariales reducían a la persona trabajadora en un simple factor de producción.

tivas, para que cuando regulen estos aspectos o el mismo teletrabajo tengan presentes el fomento de la corresponsabilidad en las empresas.

A nuestro juicio, el compromiso de los agentes sociales debe ser firme y ajustado al citado acuerdo para evitar convenios colectivos que puedan perjudicar este derecho al descanso, como el supuesto protagonizado por el artículo 14 del Convenio Colectivo del Grupo Axa⁷⁴ que establecía que “salvo causa de fuerza mayor o circunstancias excepcionales, AXA reconoce el derecho de los trabajadores a no responder a los mails o mensajes profesionales fuera de su horario de trabajo”. En este sentido, a través de la propia negociación colectiva, se está debilitando un mandato preciso sobre limitación de la jornada laboral previsto en el propio artículo 34 del Estatuto de los Trabajadores, lo que supone una debilidad evidente en materia preventiva al establecer una casuística precisa para excepcionar su ejercicio⁷⁵.

Por el contrario, dicha cláusula convencional no estaría ajustado a lo previsto del citado V AENC ya que en él previene un capítulo en exclusiva a la protección del derecho a desconexión digital con el objetivo de obtener relaciones laborales saludables en conexión con los factores psicosociales. Concretamente, el capítulo XI contempla en exclusiva la protección del derecho a desconexión digital con el objetivo de obtener relaciones laborales saludables en conexión con los factores psicosociales dispone que “este derecho contribuye a la salud, especialmente en lo que concierne al estrés tecnológico, mejorando el clima laboral y la calidad del trabajo, y a la conciliación de la vida personal y laboral, reforzando otras medidas reguladas en esta materia”.

Un supuesto similar lo encontramos en relación con unas cláusulas de un acuerdo de adhesión de trabajo a distancia en una empresa de contact center en las que se limitaba el derecho a la desconexión digital por “circunstancias de urgencia justificada”, cláusula que fue declarada nula mediante sentencia de la Audiencia Nacional Nº 44/2022, de 22 de marzo (ECLI:ES:AN:2022:1132)⁷⁶. Véase que dicho acuerdo de adhesión se realizó porque el convenio colectivo sectorial no regulada dicha materia, circunstancia que ha sido corregida por la promulgación de un nuevo convenio colectivo y que a continuación haremos alusión.

En efecto, tras la publicación del citado V AENC, se ha revisado una muestra de convenios colectivos, en sectores donde el uso de las tecnologías de la información y comunicación se realiza de forma habitual. En este sentido, detectamos algunos hallazgos, tales como el artículo 28 del III Convenio colectivo de ámbito estatal del sector de Contact Center⁷⁷ o el artículo 41 XVIII Convenio colectivo estatal de empresas de consultoría, tecnolo-

⁷⁴ BOE Núm. 255, de 24/10/2015.

⁷⁵ Realiza un análisis crítico sobre esta cláusula convencional Molina Navarrete, Cristóbal “Jornada laboral y tecnologías de la info-comunicación: desconexión digital, garantía del derecho al descanso”, *Temas Laborales*, Nº 138, 2017.

⁷⁶ Esta sentencia es de enorme interés ya que también declara como nula una cláusula que autorizaba a la entrada del Servicio de Prevención de Riesgos Laborales en el domicilio de la persona teletrabajadora.

⁷⁷ BOE Nº 137, de 9 de junio de 2023. El artículo 28 relativo a la desconexión digital afirma que “1. Conforme con lo dispuesto en los artículos 88 de la Ley Orgánica 3/2018 de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales y 20.bis del Estatuto de los Trabajadores, se reconoce a las personas trabajadoras el derecho a la desconexión digital, con el objetivo de garantizar, fuera del tiempo de trabajo, el respeto de los descansos, permisos y vacaciones, así como su intimidad personal y familiar, y promover un equilibrio entre la vida personal, familiar y laboral. 2. El ejercicio de este derecho atenderá a la naturaleza y objeto de la relación laboral, potenciarán el derecho a la conciliación de la actividad laboral y la vida personal y familiar y se sujetará a lo acordado entre la empresa y los representantes de las personas trabajadoras. 3. Las empresas, previa audiencia de los representantes de las personas trabajadoras, elabo-

gías de la información y estudios de mercado y de la opinión pública⁷⁸, concluyendo que lo que suele producirse es una reproducción, más o menos literal de la norma, con una finalidad limitada a un carácter meramente informativo, pero no propiamente regulatorio de derechos específicos.

Para finalizar, debemos destacar la importancia que ha tenido la publicación de la reciente y ya mencionada, Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo 2023-2027 que deja la puerta abierta a otros aspectos fundamentales: la protección social y la determinación de contingencia profesional en los supuestos donde ya se haya producido la siniestralidad por alguno de estos riesgos psicosociales, debido al sometimiento de la mujer trabajadora a la “doble presencia”.

Concretamente, la Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo 2023-2027 en el Objetivo 04 que versa sobre el reforzamiento de las personas trabajadoras en situación de mayor riesgo o vulnerabilidad afirma que “se profundizará en el estudio de las enfermedades de origen profesional de las personas trabajadoras autónomas, analizando las causas de las mismas y las medidas preventivas necesarias, teniendo en cuenta la perspectiva de género y la diversidad generacional en el análisis de las causas. En el caso de las mujeres, se prestará especial atención a las enfermedades sufridas con motivo de la exposición a doble presencia de trabajo. Igualmente, se tendrán en consideración las enfermedades derivadas de la exposición a riesgos psicosociales, fomentando acciones de formación e información sobre ello”.

4. Ciberacoso contra las mujeres en la relación laboral digitalizada

4.1. La violencia cibernética ejercida contra las mujeres en el trabajo

En el ámbito de la prevención de riesgos laborales debemos destacar aquellas conductas violentas y discriminatorias que afectan en mayor medida a las mujeres, y que se perpetran mediante el uso de herramientas tecnológicas, siendo agresiones de carácter sexual o por razón de sexo⁷⁹.

Estos actos violentos implican relaciones de poder que no dudan en utilizar la violencia como forma de mantenerse⁸⁰, asociándose a las desigualdades estructurales de género.

rarán una política interna dirigida a las personas trabajadoras, incluidos los que ocupen puestos directivos, en la que definirán las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión y las acciones de formación y de sensibilización del personal sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas que evite el riesgo de fatiga informática. En particular, se preservará el derecho a la desconexión digital en los supuestos de realización total o parcial del trabajo a distancia, así como en el domicilio del empleado vinculado al uso con fines laborales de herramientas tecnológicas”.

⁷⁸ BOE N° 177, de 26 de julio de 2023. El artículo 41 relativo al teletrabajo y trabajo a distancia afirma que “Igualmente, se reconoce el derecho y obligación a la desconexión digital de las personas trabajadoras que presten sus servicios a distancia, tanto en los términos establecidos legalmente, como en las políticas existentes en cada de una de las empresas”.

⁷⁹ Ramos Quintana, Margarita Isabel, “El trabajo de las mujeres en la economía digital. Desigualdad, violencia y estereotipos de género en el marco de la nueva estrategia europea para la igualdad”, en Ramos Quintana, Margarita Isabel (dir.), Rodríguez González, Sarai y Aguilera Ávila, Laura (coords.), *La Estrategia Europea para la Igualdad de Género 2020-2025. Un estudio multidisciplinar*, Bomarzo, Albacete, 2020, p. 35.

⁸⁰ Romeral Hernández, “Prevención de riesgos laborales y mujer: Trabajo en sectores feminizados”, *Ser mujer en el mercado de trabajo: dificultades, oportunidades y retos* op.cit., p.591.

Los riesgos que nacen en estos contextos productivos digitalizados tienen características propias que intensifican sus efectos negativos frente a la mujer víctima. Por ello, es necesario delimitar las expresiones singulares de violencia en entornos laborales digitalizados, que no son más que manifestaciones de violencia de género perpetuadas con la ayuda de las nuevas tecnologías.

Lógicamente, los efectos y riesgos a los que se ve expuesta la mujer trabajadora son más intensos por varias razones que detallaremos a continuación. Entre ellos, destaca la facilidad de comunicación o difusión de cualquier mensaje, permitiendo al agresor llegar más fácilmente a sus víctimas⁸¹ o también para difundir cualquier mensaje entre las personas que presten servicios en la empresa y entre aquellas que tengan relación con la misma, como por ejemplo clientes, proveedores, etc.

De hecho, debemos tener presente que esta tipología de violencia se convierte en viral, llegando a una multitud de personas donde ese contenido (vídeos, grabaciones, fotografías...) supone una exposición del entorno más íntimo de la trabajadora. Normalmente, los objetivos por los cuales se perpetran estas comunicaciones tienen el objetivo de conseguir la degradación personal y profesional de la víctima, con efectos en su promoción empresarial e incluso en el propio mantenimiento del empleo ya que se busca expulsar a la mujer de un entorno laboral libre y seguro⁸².

Además, estos medios proveen de un anonimato a sus agresores, facilitando que estas comunicaciones electrónicas puedan proceder de compañeros, clientes, proveedores o incluso miembros de la pareja conviviente o cónyuge, intensificando el riesgo de sufrir violencia de género en el ámbito de doméstico con efectos que alcanzan el de la relación laboral⁸³.

Evidentemente, este anonimato provoca que la inseguridad y vulnerabilidad de sus víctimas se intensifique, ya que las víctimas estarán especialmente sensibles por preservar su imagen e intimidad, provocando una presión emocional y ambiental⁸⁴, llegando a provocar el suicidio de la persona trabajadora⁸⁵, como veremos en el supuesto de la empresa IVECO a continuación.

Todas estas características hacen que el ciberacoso en el ámbito laboral constituya uno de los riesgos emergentes en la sociedad digitalizada que mayor preocupación despierta a los operadores jurídicos, en el ámbito nacional, europeo e internacional⁸⁶.

Muestra de ello son los estudios realizados que tienen como objetivo conocer la realidad existente en las empresas para identificar estos riesgos⁸⁷. De hecho, existen informes

⁸¹ Romero Burillo, Ana, María, *El marco regulador del teletrabajo*, Atelier, Barcelona, 2021, p.154.

⁸² La autora profundiza en que estas instigaciones buscan crear entornos hostiles, de desconfianza y descontrol de la esfera más íntima de la mujer trabajadora (Ramos Quintana, "El trabajo de las mujeres en la economía digital. Desigualdad, violencia y estereotipos de género en el marco de la nueva estrategia europea para la igualdad", *op.cit.*, p.37.

⁸³ Lousada Arochena, Fernando; Pazos Pérez, Alexandre y Ron Latas, Ricardo Pedro, *Trabajo a distancia y teletrabajo. Regulación laboral, procesal y de seguridad social; teletrabajo transnacional*, Tecnos, Madrid, 2022, p. 113 y ss.

⁸⁴ Miñarro Yanini, "La incidencia de las tecnologías de la información y de la comunicación en la seguridad y salud en el trabajo. Protección de datos y prevención de riesgos. Violencia tecnológica en el trabajo. Medios de prevención", *loc. cit.*, p. 22.

⁸⁵ Molina Navarrete, Cristóbal, "Redes sociales digitales y gestión de riesgos profesionales: prevenir el ciberacoso sexual en el trabajo, entre la obligación y el desafío", *Diario La Ley*, Nº 9452, 2019.

⁸⁶ En este sentido, Molina Navarrete, *El ciberacoso en el trabajo*, *op.cit.*, p.68-69.

⁸⁷ En profundidad estudia muchos efectos de la digitalización y las mujeres y se refiere a que "A nivel global, asimis-

que advierten de esta realidad, por ejemplo, en la relación laboral de plataformas digitales. En efecto, el Informe de la OIT *Perspectivas Sociales y del Empleo en el Mundo. El papel de las plataformas digitales en la transformación del mundo de trabajo* (2021), advirtió que los canales de denuncia de las empresas muestran esta problemática a las que se enfrentan las mujeres trabajadoras⁸⁸. Entre ellos, también se puede destacar el Informe elaborado por EUROFUND *Violencia y acoso en los lugares de trabajo europeos: alcance, impactos y políticas*⁸⁹ donde advierte que “las mujeres son objeto de acoso sexual más que los hombres. La mayoría de los acosadores son hombres (67%). Los perpetradores masculinos parecen preferir atacar a las mujeres (58 %) más que a otros hombres (42 %)”.

Por otro lado, existe una cuestión de enorme relevancia que es la disfunción o inexistencia de las medidas preventivas en los lugares de trabajo. Así, la *Encuesta Nacional de Gestión de Riesgos Laborales en las Empresas ESENER2 España* elaborada por el Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo, 2015 evidenció que “sólo 4 de cada 10 trabajadores indican que su empresa dispone de un protocolo para poder hacer frente a los distintos tipos de hostigamiento o acoso”⁹⁰.

A nuestro juicio, lógicamente, sin medidas preventivas que atiendan, minimicen o reparen los daños causados por las conductas acosadoras, se está provocando que la víctima se sienta desprotegida y no materialice su denuncia por una profunda desconfianza en el sistema, tanto en su vertiente preventiva, como reparadora.

De hecho, existe una consecuencia de enorme gravedad que es el efecto de que estos actos degradadores quedan impunes e invisibilizados frente al resto de la sociedad. En este sentido, debemos hacer alusión al Informe elaborado por la Fundación EUROFUND, *Violencia y acoso en los lugares de trabajo europeos: alcance, impactos y políticas*, 2015 ya que evidencia que sólo se plantean la mitad de las denuncias sobre acoso laboral en España respecto a la media europea (un 8% en España frente al 14,9% en Europa). Desde luego, este contexto perjudica el fomento de empresas que aseguren espacios libres de violencia machista

En definitiva, cuando una conducta acosadora se ejercita frente a una víctima en el entorno de una relación laboral, los riesgos que se verán en mayor medida afectados serán aquellos de carácter psicosocial. Esta manifestación comprende la invalidación sobre sí misma de la víctima, la incapacidad para afrontar o superar la situación del ambiente hostigador o amenazante, con riesgos de adicciones, tendencias depresivas, síndrome de burnout, tendencias suicidas, etc⁹¹.

mo, el movimiento #MeToo iniciado en Estados Unidos en 2017, en el que mujeres de la industria audiovisual comenzó a denunciar las situaciones de acoso sexual que habían sufrido, se hizo viral y global a través de las redes sociales digitales”. Instituto de la Mujer y para la Igualdad de Oportunidades, Mujeres y digitalización. De las brechas a los algoritmos, 2020, p.38.

⁸⁸ En ellos declaran haber sido víctimas de agresiones o malos tratos, principalmente por parte de clientes, taxistas del sector convencional y agentes de policía (OIT, *Perspectivas Sociales y del Empleo en el Mundo. El papel de las plataformas digitales en la transformación del mundo de trabajo*, 2021, p.9).

⁸⁹ EUROFUND, *Violencia y acoso en los lugares de trabajo europeos: alcance, impactos y políticas*, 2015, p. 89.

⁹⁰ Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo, *Encuesta Nacional de Gestión de Riesgos Laborales en las Empresas ESENER2 España*, 2015, <https://www.insst.es/documentacion/catalogo-de-publicaciones/encuesta-nacional-de-gestion-de-riesgos-laborales-en-las-empresas-esener2-espana>

⁹¹ Acuñando la denominación de violencia neuronal, RAMOS QUINTANA, “El trabajo de las mujeres en la economía

Son particularmente nocivas las conductas de acoso sexual en el ámbito laboral tecnológico. Así, es ilustrativo el caso de acoso sexual difundido por redes sociales sucedido en la empresa IVECO de Madrid, en el que su expareja distribuyó un video donde la trabajadora mantenía relaciones sexuales con un compañero de trabajo. Esta conducta ocasionó a la víctima tal devastación psíquica que provocó el abono del puesto de trabajo y, posteriormente, el suicidio. En este caso, el informe de Inspección de Trabajo, al que hizo alusión la prensa, eximía a la empresa de responsabilidad, a pesar de que esta no había activado el protocolo anti-acoso. La razón que esgrimía era que la trabajadora no se encontraba en el ámbito laboral y que la difusión se había realizado a través de los dispositivos móviles privados.

En suma, estas novedosas formas de ejercer la violencia en un ámbito laboral tecnológico precisan de la delimitación específica de los riesgos laborales que se puedan producir para conseguir un tratamiento jurídico adecuado⁹² tanto en su vertiente preventiva (evaluación y minimización) como para su protección social (reconocimiento de la contingencia profesional).

Por ello, en estos supuestos es especialmente necesario que las normas delimiten las nuevas conductas de ciberacoso y clarifiquen los nuevos riesgos, fruto de la utilización de herramientas digitales en el trabajo para así establecer reglas específicas para su prevención.

4.2. El marco normativo de la violencia cibernética en el trabajo

La prevención de las manifestaciones de violencia en el trabajo se enmarca en las obligaciones del empresario frente a los riesgos laborales contenidos en el artículo 14 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales y concordantes. La tutela preventiva de estos riesgos, como del resto de riesgos psicosociales, quedan incluidos dentro del deber general de seguridad del empresario (artículo 14 Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales) que le impone la obligación de evitar, evaluar, disminuir y controlar todo tipo de riesgos relacionados con el trabajo y adoptar cuantas medidas preventivas sean necesarias.

Inicialmente, merece la pena destacar que una de las principales críticas de la doctrina es que la figura no aparece expresamente recogida en la legislación española⁹³, ni se ha definido el concepto de violencia en el trabajo, lo que ha dificultado su aplicación práctica⁹⁴.

En cuanto a esta conceptualización es cierto que, no se detecta una diferenciación respecto a otras formas de acoso, a saber: acoso moral laboral, sexual, y por razón de sexo. Al contrario, cualquiera de estas formas de violencia podría producirse a través del uso

digital. Desigualdad, violencia y estereotipos de género en el marco de la nueva estrategia europea para la igualdad", *op.cit.*, p.37.

⁹² Ramos Quintana, "El trabajo de las mujeres en la economía digital. Desigualdad, violencia y estereotipos de género en el marco de la nueva estrategia europea para la igualdad", *op.cit.*, p.37 y 38.

⁹³ Álvarez Del Cuavillo, Antonio, "El ciberacoso en el trabajo como categoría jurídica", *Temas Laborales*, N^o 157, 2021, p. 169.

⁹⁴ Miñarro Yanini, "La incidencia de las tecnologías de la información y de la comunicación en la seguridad y salud en el trabajo. Protección de datos y prevención de riesgos. Violencia tecnológica en el trabajo. Medios de prevención", *loc. cit.*, p. 23.

de herramientas o tecnologías de la información en un entorno laboral digitalizado⁹⁵. De hecho, para ordenar su delimitación se debe prescindir de las rigideces y barreras que suponían los tres elementos constitutivos del mismo: intencionalidad, desequilibrio de poder y reiteración de la conducta⁹⁶.

En cuanto a la normativa comunitaria, el Acuerdo Marco Europeo sobre el acoso y la violencia en el trabajo, firmado en Bruselas en 8 de noviembre de 2007 destacó como prioridad la articulación de mecanismos preventivos ante las presencias de violencia en el trabajo, y en su caso, medidas que gestionasen esta problemática⁹⁷.

En cuanto a la regulación normativa internacional se debe destacar el importante Convenio Nº 190 de la OIT sobre violencia y acoso en el trabajo junto con la Recomendación núm. 206 OIT sobre la violencia y el acoso, aprobados en 21 de junio de 2019, recientemente ratificado por España, en 25 de mayo de 2022⁹⁸.

La ratificación de este Convenio Nº 190 OIT era ya esperada por parte de la doctrina y del conjunto de los operadores jurídicos. Sin ir más lejos, la Estrategia Europea para la Igualdad de Género 2020-2025, a la que ya hemos hecho mención, ya presentaba, entre sus primeras propuestas, que los Estados Miembros de la Unión Europea ratificasen los dos instrumentos internacionales.

Su importancia radica en que se trata de una norma internacional que contiene una definición universal de violencia y acoso en el trabajo, incluyendo la utilización de las tecnologías de la información y la comunicación (art.3), pero sin especificar ni las herramientas que deben usarse, ni si deben ser propiedad de las personas trabajadoras o de la empresa.

No obstante, el objetivo debe ser tratar de proteger múltiples tipologías de prestación de servicios incluyendo, entre ellos, el trabajo a domicilio, con cobertura a toda aquella conducta acosadora que se realice en el entorno del trabajo⁹⁹.

Otra cuestión importante para destacar es la admisión del trabajo presencial y aquellas nuevas formas de trabajo en entornos digitalizados, por cuanto el lugar de trabajo ya no se identifica con un lugar físico donde realizarlo¹⁰⁰.

En consecuencia, se aporta una delimitación específica de violencia y acoso tecnológico en el trabajo, así como la obligación de identificar y evaluar los riesgos específicos que pudieran existir (art. 9 Convenio 190 OIT) desde un punto de vista preventivo¹⁰¹. De

⁹⁵ Molina Navarrete, *El ciberacoso en el trabajo*, *op.cit.*, p.78.

⁹⁶ Ramos Quintana, "El trabajo de las mujeres en la economía digital. Desigualdad, violencia y estereotipos de género en el marco de la nueva estrategia europea para la igualdad", *op.cit.*, p.37.

⁹⁷ El Acuerdo Marco Europeo sobre violencia y acoso en el trabajo de 2007 establecía como objetivo "proporcionar a los patronos, los trabajadores y sus representantes a todos los niveles un marco pragmático para identificar, prevenir y hacer frente a los problemas de acoso y violencia en el trabajo".

⁹⁸ España pasa a ser el 15º Estado Miembro de la OIT en ratificar el Convenio Nº 190 OIT junto con la Recomendación Nº 206 sobre violencia y acoso.

⁹⁹ Realiza un profundo análisis sobre la doctrina judicial más relevante que desarrolla ampliamente los conceptos de lugar y tiempo de trabajo, en términos de prevención, relacionándolos con la ya no necesaria exigencia de lugar físico de trabajo, sino tanto una conectividad virtual al entorno laboral (Martínez Jiménez, María Marta, "El ciberacoso en el trabajo como riesgo emergente: claves de su régimen jurídico preventivo en las leyes y convenios colectivos más recientes", *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, Nº 8, 2024, p. 242).

¹⁰⁰ Ramos Quintana, Margarita Isabel, "El trabajo de las mujeres en la economía digital. Desigualdad, violencia y estereotipos de género en el marco de la nueva estrategia europea para la igualdad", *op. cit.*, p.16.

¹⁰¹ Miñarro Yanini, Margarita, "La incidencia de las tecnologías de la información y de la comunicación en la segu-

esta forma, se persigue que “los gobiernos, los empleadores y trabajadores, así como sus respectivas obligaciones tengan distintos grados de responsabilidad”¹⁰².

Por tanto, la importancia de esta ratificación del Convenio 190 OIT se precisa en torno a una adaptación de la regulación interna referida a la tutela preventiva sobre el ciberacoso, con motivo de que la incidencia de esta violencia en la salud de las personas trabajadoras tiene la suficiente entidad como para exigir un tratamiento jurídico específico¹⁰³. Sin perjuicio de que la mera ratificación de esta norma internacional *per sé* no supondrá la garantía, ni mucho menos, la puesta en práctica en las relaciones laborales existentes, con la salvedad de lo dispuesto en el artículo 96.1 de la Constitución Española¹⁰⁴.

Así, los Estados que ratifiquen el Convenio deberán de adoptar una legislación que les exija el establecimiento de medidas para prevenir las conductas violentas en relaciones laborales digitalizadas. Si bien, dichas medidas deberán ser “apropiadas y acordes con su grado de control (...) en particular, en la medida en que sea razonable y factible” (artículo 9 Convenio 190 OIT).

Desde esta perspectiva preventiva que realiza el Convenio 190 OIT concreta que las empresas y organizaciones deberán: a) adoptar y aplicar una política del lugar de trabajo relativa a la violencia y el acoso; b) tener en cuenta la violencia y el acoso, así como los riesgos psicosociales asociados, en la gestión de la seguridad y salud en el trabajo; c) identificar los peligros y evaluar los riesgos de violencia y acoso, con participación de los trabajadores y sus representantes, y adoptar medidas para prevenir y controlar dichos peligros y riesgos; y d) proporcionar a los trabajadores y otras personas concernidas, en forma accesible, según proceda, información y capacitación acerca de los peligros y riesgos de violencia y acoso identificados, y sobre las medidas de prevención y protección correspondientes. Por tanto, se aprecia de manera positiva el reforzamiento de la obligación de desarrollar una protección eficaz frente al ciberacoso en las relaciones de trabajo¹⁰⁵.

Merece la pena destacar que esta delimitación y conceptualización del ciberacoso y su reconocimiento como riesgo psicosocial en el trabajo, conlleva que tanto la empresa privada como la Administración Pública se conviertan en “deudores de seguridad o protección” respecto de su personal a cargo cuando se produzcan conductas de violencia en el seno de las empresas. Por tanto, el empleador es el responsable de la actuación para que ese riesgo no se produzca, en su vertiente preventiva, dispondrá de una doble obligación: identificar y valorar el riesgo y adopción de medidas preventivas para eliminar o minimizarlo¹⁰⁶.

ridad y salud en el trabajo. Protección de datos y prevención de riesgos. Violencia tecnológica en el trabajo. Medios de prevención”, *op. cit.*, p.23.

¹⁰² OIT, *Acabar con la violencia y el acoso en el mundo del trabajo. Quinto punto orden del día. Informe V (1)*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, Conferencia Internacional del Trabajo, 108ª. Reunión, 2019, p. 6.

¹⁰³ De Vicente Pachés, Fernando, “El Convenio 190 OIT y su transcendencia en la gestión preventiva de la violencia digital y ciberacoso en el trabajo”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF*, Nº 448, 2020, p.5.

¹⁰⁴ Dicho precepto afirma que “los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno”.

¹⁰⁵ De Vicente Pachés, “El Convenio 190 OIT y su transcendencia en la gestión preventiva de la violencia digital y ciberacoso en el trabajo”, *loc. cit.*, p.20.

¹⁰⁶ De Vicente Pachés, “El Convenio 190 OIT y su transcendencia en la gestión preventiva de la violencia digital y ciberacoso en el trabajo”, *loc. cit.*, p.89

No obstante, la doctrina aboga por que se realice una alusión, de forma expresa¹⁰⁷ y con especial referencia a las personas teletrabajadoras¹⁰⁸ sobre los riesgos psicosociales derivados de esta tipología de violencia en entornos digitalizados, mediante la incorporación de una casuística expresa en nuestra norma preventiva: la Ley de Prevención de Riesgos Labores¹⁰⁹.

Si bien, debemos destacar que la reciente Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo 2023-2027, establece como líneas de actuación previstas, la revisión del marco normativo existente para integrar la perspectiva de género, entre ellas, en el marco de lo dispuesto del Convenio 190 de la OIT y la Recomendación 206 de la OIT sobre acoso, además de la necesaria mejora en la formación de los profesionales en prevención de riesgos laborales y, en particular, con el desarrollo de programas de formación sobre violencia, acoso sexual y por razón de sexo, con atención al uso de las nuevas tecnologías.

Por su lado, el V AENC establece que la negociación colectiva debe “elaborar y hacer seguimiento de protocolos de gestión de los conflictos psicosociales asociados a la violencia y/o el acoso en el trabajo, incluyendo el ciberacoso, *mobbing* y la violencia a través de los medios digitales”.

Alguna muestra de negociación colectiva evidencia el compromiso con esta tipología violencia, como el Convenio Colectivo de Telefónica de España, SAU; Telefónica Móviles España, SAU y Telefónica Soluciones de Informática y Comunicaciones, SAU¹¹⁰ que, en su Anexo V, apartado 2.18, delimita una definición de ciberacoso laboral “todo comportamiento de violencia psicológica, de comportamientos humillantes o vejatorios que adoptan múltiples formas, realizado a través de medios tecnológicos de amplio contenido, realizado generalmente, por uno o varios superiores o compañeros y compañeras de trabajo (ámbito laboral), de forma, ocasional o única pero de gran intensidad dañosa, o recurrente y sistemática y, con el fin de destruir a la persona trabajadora acosada (en su salud, en su integridad física y psíquica)”. Asimismo, prevé una serie de conductas constitutivas de ciberacoso laboral y se remite al procedimiento de actuación previsto en su Plan de Igualdad.

No olvidemos que, a pesar del innegable reforzamiento expreso en materia de violencia en entornos digitalizados que realiza el Convenio 190 OIT, asumida ya en la reciente Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo 2023-2027, para que se realice una prevención efectiva, es esencial que existan en las empresas políticas internas comprometidas con esta problemática, no sólo desde el punto de vista reparador, sino preventivo, como así se marcan las líneas de actuación previstas. De hecho, es esencial que las empresas cuenten con sus protocolos propios sobre materias específicas, así como, códigos de conducta que sancionen específicamente el ciberacoso. Tenemos un ejemplo,

¹⁰⁷ <https://www.idealista.com/inmueble/104073194/foto/20/>, pp. 99-158.

¹⁰⁸ Martín Hernández, María Luisa, “El derecho a la seguridad y salud en el teletrabajo”, *Trabajo y Derecho*, N° 12, 2020, p.7

¹⁰⁹ Se refiere a que el único contexto legal en el que se podrían desarrollar las medidas preventivas del ciberacoso sería la LPRL. Velázquez Fernández, Manuel Pedro, “El Convenio 190 de la OIT sobre violencia y acoso en el trabajo: principales novedades y expectativas”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF*, 2019, p. 134.

¹¹⁰ BOE N° 52, de 28 de febrero de 2024.

en el Protocolo de acoso del Hospital Universitario La Paz, de Madrid, que sanciona el ciberacoso con encaje en el acoso sexual no verbal¹¹¹.

Para concluir, a nuestro juicio esta problemática necesariamente debe estar contemplada vía negociación colectiva, como así establece el V AENC, pero también es imprescindible que la cultura empresarial acoja esta perspectiva de género a la hora de configurar medidas preventivas ya que dispone de la obligación de que estas conductas violentas, que discurren mediante el uso de las nuevas tecnologías no se produzcan, a fin de asegurar lugares trabajo seguros e igualitarios para las mujeres.

5. Apuntes finales

Los nuevos escenarios laborales han irrumpido en el mundo de las relaciones laborales con el propósito no sólo de quedarse sino también de evolucionar ocasionando una serie de desafíos complejos en materia preventiva.

A nuestro juicio, el proceso de digitalización, en sí mismo, no debe ser percibido como una vía de retrocesión en materia de derechos laborales y de protección social. Sin embargo, si no se lleva a cabo una adaptación y gestión adecuada de estos nuevos riesgos laborales a las singularidades de estas tipologías de prestación de servicios pueden verse afectadas garantías básicas del tan ansiado y proclamado, trabajo decente.

En efecto, las mujeres trabajadoras que prestan sus servicios en entornos digitalizados se encuentran una posición de debilidad, con barreras y obstáculos singulares frente a sus compañeros varones, por varias razones. Este estudio se ha centrado en las dificultades derivadas por los estereotipos sociales y culturales, que configura una desigualdad estructural en materia de género; sin embargo, no ignoramos que existen otros muchos riesgos propiamente biológicos.

En efecto, por las particularidades de la relación laboral digitalizada se ha fundado este estudio en la problemática relativa a la hiperconexión al trabajo, la difuminación de la jornada laboral y de los tiempos de trabajo, la doble presencia de la mujer, la asunción de la mayor parte del trabajo –no remunerado– de atención a las tareas domésticas y del cuidado de menores y de dependientes en su mayoría por la mujer. Y, en un segundo lugar, aquellas conductas violentas sufridas por la mujer que percibe, a través del uso de medios tecnológicos, que tienen como fundamento una absoluta minusvaloración de la persona trabajadora, atentando contra su esfera íntima y personal.

Sin lugar a duda, en los últimos tiempos, se evidencia el compromiso por parte del legislador y de los agentes sociales por tratar de realizar un modelo adecuado de gestión preventiva de riesgos laborales en las empresas, entre otras cuestiones, por la problemática que supone las altas tasas de siniestralidad en España¹¹². Por ello, a modo

¹¹¹ Se puede acceder al contenido de dicho Protocolo de Prevención y Actuación ante el Acoso, https://www.idipaz.es/ficheros/files/Protocolo%20de%20Acoso_V2.pdf, Consultado en 09/05/2023.

¹¹² Se destacan en esta materia los estudios jurídicos sobre la incapacidad temporal y el problema del absentismo laboral. Sobre ello, una reciente tesis doctoral publicada y premiada por la AEDTSS de Crespí Ferriol, María del Mar, *In-*

de conclusión, merece la pena destacar la importancia de estos recientes acuerdos: Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo 2023-2027 y el V AENC esta últimas radica en dos aspectos que consideramos son esenciales.

En primer lugar, respecto al esfuerzo en la gestión de medidas preventivas y, en especial, las líneas de actuación referidas a otorgan formación con perspectiva de género a los profesionales implicados en la ordenación de prevención de riesgos laborales erigiéndose sobre aspectos señalados como la doble presencia de la mujer, la desconexión digital, y las conductas de ciberacoso. A nuestro juicio, otorgar mecanismos formativos se debe de valorar de forma positiva ya que existe un gran componente sociológico y estructural, pudiendo erradicar así, las desigualdades estructurales de género.

En segundo lugar, tras la publicación de la Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo 2023-2027, se establece el reconocimiento de los riesgos psicosociales sufridos siendo, sin duda, el primer paso para obtener una protección social adecuada a efectos de determinación de contingencia profesional, salvo las consideraciones que se pudieran hacer respecto de la problemática existente sobre la acreditación de la laboralidad.

Para finalizar, valoramos de forma positiva el compromiso al que se hace partícipe a los representantes de los trabajadores, como sujetos negociadores de las políticas internas sobre ciberacoso en la empresa. Si bien, nos parece escasa en el sentido de que nos parece más adecuado que los mismos dispusieran de derecho de veto y que no se agotase en un mero derecho de audiencia. En definitiva, para lograr unas relaciones laborales saludables con un pleno reconocimiento de los derechos de igualdad, las conductas violentas o ciberacosadoras deben de ser absolutamente erradicadas mediante la ordenación de una gestión de medidas preventivas eficaces, que en última instancia, corresponde al empleador, con el compromiso de la representación legal de los trabajadores. Por otro lado, es igual de importante, respetar los tiempos de descanso y de desconexión en los entornos digitalizados, ya que, debido a esta asunción mayoritaria por parte de las mujeres de las funciones de cuidado y tareas domésticas, tendrá efectos mucho más intensos y perversos hacia la mujer.

A nuestro juicio, el compromiso del legislador y de los agentes sociales debe ser valorado de manera positiva, sin embargo, debemos estar a la espera de que efectivamente se logre prevenir o erradicar dichos riesgos laborales emergentes de las que las mujeres con un colectivo más vulnerable y, por tanto, disponen de menos oportunidades de lograr un trabajo digno, por el mero hecho de ser mujer.

Bibliografía

Álvarez Cortés, “El modelo legal de prevención de riesgos laborales. Ajustes y Desajustes”, en AAVV, *Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Experiencias y saños de una protección social centenaria*, T. II, Laborum, Murcia, 2020.

capacidad temporal y absentismo laboral: prevención, control y retorno al trabajo, [tesis doctoral], 2022, <https://dspace.uib.es/xmlui/handle/11201/159321>.

- Álvarez Cortés, Juan Carlos, “Los riesgos vinculados a la digitalización de las empresas y su vinculación”, en Álvarez Cortés, Juan Carlos, Vila Tierno, Francisco (dirs) Ordóñez Casado, María Iluminada Ordóñez Casado, *Nuevas tecnologías y mercado de trabajo: una aproximación multidisciplinar*, Laborum Ediciones, Murcia, 2020.
- Álvarez del Cuvillo, Antonio, “El ciberacoso en el trabajo como categoría jurídica”, *Temas Laborales*, Nº 157, 2021.
- Casas Baamonde, María Emilia, “Trabajo de las mujeres y digitalización”, *Revista de Derecho Laboral vLEX*, Nº 4, 2021.
- Castro Argüelles, María Antonia, “Seguridad y salud en el trabajo (Directiva 89/391/CEE y directivas complementarias)”, en García Murcia, Joaquín (coord.), *La transposición del derecho social comunitario al ordenamiento español: un balance en el XX aniversario de la incorporación de España a la Comunidad Europea*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2005.
- Charro Baena, Pilar, “La limitación de la jornada laboral desde la perspectiva de la transición justa”, en Blázquez Agudo, Eva María y Sierra Hernaiz, Elisa (dirs.), *Transición justa desde la perspectiva de género*, Aranzadi, S.A.U, Cizur Menor (Navarra), 2022.
- De la Casa Quesada, Susana, “Tiempo de trabajo y bienestar de los trabajadores: una renovada relación de conflicto en la sociedad digital”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF*, número extraordinario, 2019.
- De la Puebla Pinilla, Ana, “Instrumentos y garantías para la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres”, en AAVV. *La Ley de Igualdad, consecuencias prácticas en las relaciones laborales y en las empresas*, Lex Nova, Valladolid, 2007.
- De Vicente Pachés, Fernando, “El Convenio 190 OIT y su transcendencia en la gestión preventiva de la violencia digital y ciberacoso en el trabajo”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF*, Nº 448, 2020.
- Domínguez Morales, Ana, “El trabajo digital ¿plataforma de integración laboral de calidad para las mujeres?”, en AAVV, *El futuro de trabajo: cien años de la OIT. XXIX Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Informes y Estudios General, Nº23*, Ministerio de Trabajo, Migraciones, y Seguridad Social, Madrid, 2019.
- Durán Bernardino, Manuela, “Digitalización y empleo: retos del futuro del trabajo desde una perspectiva de género”, *Revista de Estudios Jurídicos UJAEN*, Nº21, 2021
- Gala Durán, Carolina, “La relación entre el teletrabajo y la conciliación de la vida familiar: el papel de la normativa y la negociación colectiva”, *Anuario IET, de trabajo y relaciones laborales*, Vol. 7, 2021.
- García Gil, Begoña, “La segregación ocupacional y la valoración de puestos de trabajo en relación con el género”, en Molero Marañón, María Luisa (dir.), *Ser mujer en el mercado de trabajo: dificultades, oportunidades y retos*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2022.
- García Murcia, Joaquín, “El empresario y las nuevas tecnologías: mayores facultades, pero también nuevas obligaciones y nuevos riesgos”, en Monreal Bringsvaerd, Erik, Thi-

- bault Aranda, Xavier y Jurado Segovia, Ángel (coords.), *Derecho del Trabajo y nuevas tecnologías. Estudios en homenaje al profesor Francisco Pérez de los Cobos Orihuel (en su 25 aniversario como catedrático de Derecho del Trabajo)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
- González Villanueva, Franciso Javier, “La ordenación del tiempo de trabajo de los teletrabajadores”, *Actualidad Laboral*, N° 11, 2003
- Grau Pineda, Carmen, “Sobre la imperiosa necesidad de incorporar el sesgo de género en la gestión de los riesgos psicosociales”, *RTSS CEF*, N° 408, 2017
- Gutiérrez-Solar Calvo, Beatriz y Lahera Forteza, Jesús, “Ley de accidentes de trabajo de 30 de enero de 1990”, en García Murcia, Joaquín y Castro Argüelles, María Antonia (dirs.), *Legislación histórica de previsión, social*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009.
- Huws, Ursula; Spencer, Neil H., Coates, Mat, *The platformisation of work in Europe. Highlights from research in 133 countries*, University of Hertfordshire, Brussels, 2019
- Igartúa Miró, María Teresa, “El derecho a la desconexión en la Ley Orgánica 3/2018. de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF*, N° 432, 2019.
- López Parada, Rafael Antonio, “Informática. Productividad y salud laboral”, en Alarancón Caracuel, Manuel Ramón y Esteban Legarreta, Ricardo (coords.), *Nuevas tecnologías de la información y la comunicación y Derecho del Trabajo*, Bomarzo, 2004.
- Lousada Arochena, Fernando; Pazos Pérez, Alexandre y Ron Latas, Ricardo Pedro, *Trabajo a distancia y teletrabajo. Regulación laboral, procesal y de seguridad social; teletrabajo transnacional*, Tecnos, Madrid, 2022.
- Martín Hernández, María Luisa, “El derecho a la seguridad y salud en el teletrabajo”, *Trabajo y Derecho*, N° 12, 2020.
- Martínez Barroso, María de los Reyes, “Teletrabajo y desconexión digital en perspectiva de equidad de género en salud”, en Romero Burillo, Ana María (dir.) y Bardina Martín, Yolanda y Rodríguez Orgaz, Cristina (coords.), *La mujer ante los retos del trabajo 4.0*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2023.
- Martínez Jiménez, María Marta, “El ciberacoso en el trabajo como riesgo emergente: claves de su régimen jurídico preventivo en las leyes y convenios colectivos más recientes”, *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, N° 8, 2024.
- Mella Méndez, Lourdes, “Mujer trabajadora y empleo tecnológico: medidas de actuación urgente contra la brecha digital de género”, *Trabajo y Derecho*, N°6, 2020.
- Mercader Uguina, Jesús R., “Riesgos laborales y transformación digital: hacia una empresa tecnológicamente responsable”, *Teorías y Derechos: Revista de Pensamiento Jurídico*, N° 23, 2018.
- Mercader Uguina, Jesús R., *El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- Miñarro Yanini, Margarita, “La incidencia de las tecnologías de la información y de la comunicación en la seguridad y salud en el trabajo. Protección de datos y prevención de riesgos. Violencia tecnológica en el trabajo. Medios de prevención”, *Doc. Labor*, N° 119, 2020.

- Molina Navarrete, Cristóbal “Jornada laboral y tecnologías de la info-comunicación: desconexión digital, garantía del derecho al descanso”, *Temas Laborales*, Nº 138, 2017.
- Molina Navarrete, Cristóbal y Vallecillo Gámez, María Rosa (dirs.) y González Cobaleta, Estefanía (coord.), *De la economía digital a la sociedad del E-Work decente: condiciones sociolaborales para una industria 4.0 justa e inclusiva*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021.
- Molina Navarrete, Cristóbal, “Redes sociales digitales y gestión de riesgos profesionales: prevenir el ciberacoso sexual en el trabajo, entre la obligación y el desafío”, *Diario La Ley*, Nº 9452, 2019.
- Molina Navarrete, Cristóbal, *El ciberacoso en el trabajo*, La Ley, Madrid, 2019.
- Monreal Bringsvaerd, Erik, Thibault Aranda, Xavier y Jurado Segovia, Ángel (coords.), *Derecho del Trabajo y nuevas tecnologías. Estudios en homenaje al profesor Francisco Pérez de los Cobos Orihuel (en su 25 aniversario como catedrático de Derecho del Trabajo)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
- Moreno Gené, Josep, “Nuevas tecnologías, COVID y Género”, en Romero Burillo, Ana María (dir.), Bardina Martín, Yolanda y Rodríguez Orgaz, Cristina (coords.), *La mujer ante los retos del trabajo 4.0*, Aranzadi, 2023.
- Moreno Solana, Amanda, “La desconexión digital en el trabajo como medida de prevención de los riesgos psicosociales”, *Anuario IET de Trabajo y Relaciones Laborales*, Vol. 8, 2022.
- Purcada Bonilla, Miguel Ángel “Seguridad, salud laboral y desconexión digital”, *Temas Laborales*, Nº 155, 2020.
- Quílez Moreno, José María, “La jornada de trabajo y su relación con el trabajo efectivo: reflexiones sobre si el mismo es eficaz o eficiente y cumple con el trabajo decente”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, Nº 29, 2019.
- Ramos Quintana, Margarita Isabel, “El trabajo de las mujeres en la economía digital. Desigualdad, violencia y estereotipos de género en el marco de la nueva estrategia europea para la igualdad”, en Ramos Quintana, Margarita Isabel (dir.), Rodríguez González, Sarai y Aguilera Ávila, Laura (coords.), *La Estrategia Europea para la Igualdad de Género 2020-2025. Un estudio multidisciplinar*, Bomarzo, Albacete, 2020.
- Romeral Hernández, Josefa, “Prevención de riesgos laborales y mujer: Trabajo en sectores feminizados”, *Ser mujer en el mercado de trabajo: dificultades, oportunidades y retos*, Editorial Aranzadi S.A.U, Cizur Menor (Navarra), 2021.
- Romero Burillo, Ana, María, *El marco regulador del teletrabajo*, Atelier, Barcelona, 2021
- Trujillo Pons, Francisco, *La “desconexión digital” en el ámbito laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
- Vallejo Da Costa, Ruth, *Salud laboral, igualdad y mujer. Aspectos jurídicos*, Bomarzo, Albacete, 2019.
- Velázquez Fernández, Manuel Pedro, “El Convenio 190 de la OIT sobre violencia y acoso en el trabajo: principales novedades y expectativas”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF*, 2019.

Williams Jiménez, Iván, “Esclareciendo el vínculo entre la transformación digital del trabajo y el bienestar de las personas trabajadoras”, en Molina Navarrete, Cristóbal y Vallecillo Gámez, María Rosa (dir) González Cobaleda, Estefanía (coord.), *De la economía digital a la sociedad del E-work decente: condiciones sociolaborales para una industria 4.0 justa e inclusiva*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2021.

CRÓNICAS JURISPRUDENCIALES

Crónica de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre igualdad (año 2023)

Chronicle of the Spanish Constitutional Court Case on equality rights (year 2023)

RICARDO PEDRO RON LATAS

Profesor titular

Universidad de Derecho del Trabajo y Seguridad Social

Universidade da Coruña

Magistrado Suplente

Sala de lo Social del TSJ Galicia

Resumen. Este estudio aborda el análisis de las sentencias dictadas en aplicación del principio de igualdad y no discriminación por el Tribunal Constitucional el año 2023. El estudio se centra en el estudio de las sentencias más relevantes en este terreno que ha producido el Tribunal Constitucional en el año 2023.

Palabras clave: Tribunal Constitucional, principio de igualdad de trato, no discriminación.

Abstract. This study tackle the analysis of judgments dictated in application of the principle of equal treatment and nondiscrimination by the Constitutional Court of Justice of Spain during the year 2023. The article will focus in the study of the most notable sentences in this terrain that has produced the Constitutional Court during the year 2023.

Keywords: Constitutional Court of Justice of Spain, principle of equal treatment, nondiscrimination.

doi: 10.20318/femeris.2024.8642

En el año 2023 la jurisprudencia constitucional sobre igualdad de trato y no discriminación puede reducirse a la doctrina contenida en dos únicas resoluciones, pero sin especial relevancia doctrinal o práctica. La primera de ellas no es más que la reiteración de la doctrina sobre el derecho a la no discriminación por razón de circunstancia personal, como es la discapacidad, reconocido en el art. 14 CE. La segunda, por su parte, se limita a convalidar la norma que estableció la laboralidad de los servicios prestados por los trabajadores denominados “raiders”.

Como decimos, la primera de esas resoluciones es la STCo 21/2023, de 27 de marzo, en la que lo que se discutía era, de nuevo, si denegar el reconocimiento de la situación de gran invalidez derivada de contingencia común a un beneficiario porque, en el momento de la solicitud, se encontraba en situación de jubilación anticipada por razón de discapacidad, supone un supuesto de discriminación por razón de discapacidad. Y otra vez el pleito venía provocado porque los tribunales ordinarios decidieron que esta situación supone

un nuevo límite de edad que, en supuestos como el que nos ocupa, se convierte en la edad ordinaria de jubilación, por lo que no procede reconocer la incapacidad permanente de quien ya está en situación de jubilación anticipada.

El argumentario utilizado por las resoluciones que han dado lugar al amparo se apoyaba en el art. 195.1 de la Ley General de la Seguridad Social, que impide el acceso a la situación protegida de incapacidad permanente a aquellos beneficiarios que, en la fecha del hecho causante, tengan la edad prevista para causar derecho a la pensión de jubilación del sistema de Seguridad Social de acuerdo con lo dispuesto en el art. 205 de esta misma norma, pues si ya se está jubilado no cabe la incapacidad permanente. En esta ocasión el recurrente en amparo había accedido a la jubilación anticipada por la vía excepcional del art. 206 de la Ley General de la Seguridad Social, con una edad rebajada por tener un grado de discapacidad igual o superior al 65 por 100, o lo que es igual, el acceso voluntario a jubilación anticipada por discapacidad, aplicando coeficientes reductores. Y sobre la base de estos parámetros, los tribunales inferiores entendieron que lo razonable es fijar como tope para pedir la incapacidad permanente esa edad ordinaria, pero reducida también en aquellos mismos percentiles de días que se consideraron para acceder a la jubilación por razón de discapacidad, lo que justifica la denegación de la prestación de incapacidad permanente.

Por su parte, el Tribunal Constitucional entendió nuevamente que el marco normativo e internacional aplicable (la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, el art. 14 del Convenio europeo de derechos humanos y los arts. 21 y 26 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea) e interno (los arts. 49 y 50, en relación con los arts. 9.2 y 10.1, todos de la Constitución, a los que se une, en el plano de la legalidad ordinaria, el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley general de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social) tienen como fundamento “por un lado, garantizar la igualdad real y efectiva de las personas con discapacidad en todos los órdenes de la vida, de forma compatible con su situación; y por otro, la lucha contra cualquier forma de discriminación. El objetivo de asegurar el más pleno disfrute de los derechos en igualdad de condiciones con el resto de los ciudadanos ha de conllevar, en determinados supuestos, la adopción de medidas de acción positiva”, noción esta última a la que responde “[l]a regulación de la jubilación anticipada por razón de discapacidad contenida en el art. 206.2 LGSS”. Sin embargo, la interpretación realizada por los órganos judiciales produce “la paradoja de que la medida de acción positiva establecida para el acceso a una determinada situación se convierte, al mismo tiempo, en una discriminación negativa en relación con las otras personas que se encuentran en esa situación”, por lo cual, “dejaría de ser adecuada para la finalidad pretendida”.

Por eso, el legislador, en el ejercicio legítimo de su libertad de configuración del sistema, no ha establecido otro requisito que el de una determinada edad para acceder a la prestación de incapacidad permanente (art. 195.1, párrafo segundo, LGSS, por remisión al art. 205.1 a) LGSS), de forma que no impide su acceso desde una situación de jubilación anticipada, ni distingue entre las causas o presupuestos de ese tipo de jubilación para acceder a la incapacidad permanente. Tampoco ha establecido cautela o modulación alguna para el

cálculo de la edad a estos efectos, como sí ha hecho en otros supuestos. Por lo tanto, si la ley no hace distinción alguna en esta materia, el establecimiento de una diferencia de trato para los supuestos de jubilación anticipada por razón de discapacidad podría suponer una discriminación proscrita por el principio general reconocido en el art. 14, segundo inciso, CE.

La conclusión a la que llegamos entonces, y ahora hemos de reiterar, es que, en el caso resuelto, no existe justificación alguna para distinguir entre las diversas situaciones de jubilación anticipada, porque lo relevante es que se cumple el único requisito exigido por la norma para acceder a la prestación por incapacidad permanente, que es una determinada edad, según el tenor literal del art. 195.1, párrafo segundo LGSS, por remisión al art. 205.1 a) LGSS. Y tampoco existe razón objetiva alguna para excluir a la recurrente de la situación de incapacidad permanente. De hecho, las resoluciones judiciales admiten que concurren los requisitos y los presupuestos para reconocer esta situación. En este caso, además, de forma especialmente motivada en atención a las circunstancias físicas de la demandante, que exigen el apoyo de una tercera persona precisamente para garantizar el ejercicio de sus derechos y libertades más básicos en igualdad de condiciones que el resto de los ciudadanos, en coherencia con los principios y valores que inspiran la normativa nacional e internacional en materia de discapacidad. Y es que, la interpretación de las resoluciones impugnadas produce como resultado una discriminación no justificada para la recurrente con discapacidad. Conforme a ese criterio interpretativo, toda persona que se encuentre en situación de jubilación anticipada podría acceder a una prestación por incapacidad permanente, salvo las personas con discapacidad, a pesar de cumplir el único requisito exigido por la normativa, que es una determinada edad. Se genera con ello una diferencia de trato no prevista en la norma, sin justificación objetiva y razonable, derivada exclusivamente del hecho de haber accedido a una situación de jubilación anticipada precisamente por su situación de discapacidad.

La segunda de las resoluciones del Tribunal Constitucional mencionadas no resulta especialmente relevante. Y no lo es porque simplemente se limita a convalidar el Real Decreto-ley 9/2021, de 11 de mayo, por el que se modifica el texto refundido de la Ley del estatuto de los trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de las plataformas digitales, al estimar que el mismo cumple con los necesarios requisitos de extraordinaria y urgente necesidad, sin aportar, por ello mismo, novedad alguna en la doctrina constitucional sobre la exégesis del art. 14 CE.

Como es bien sabido, el apartado segundo de su artículo único añadió una nueva disposición adicional vigesimotercera al texto refundido de la Ley del estatuto de los trabajadores para introducir una presunción de laboralidad en el ámbito de las plataformas digitales de reparto, estableciendo que “se presume incluida en el ámbito de esta ley la actividad de las personas que presten servicios retribuidos consistentes en el reparto o distribución de cualquier producto de consumo o mercancía, por parte de empleadoras que ejercen las facultades empresariales de organización, dirección y control de forma directa, indirecta o implícita, mediante la gestión algorítmica del servicio o de las condiciones de trabajo, a través de una plataforma digital. Esta presunción no afecta a lo previsto

en el artículo 1.3 de la presente norma". Y lo que se discutía era si la norma vulneraba el requisito de la "extraordinaria y urgente de necesidad" que el art. 86.1 CE configura como presupuesto habilitante para el uso del instrumento normativo del decreto-ley.

Y la respuesta fue positiva, ya que, a juicio del Tribunal Constitucional, y siguiendo el argumentario de la propia resolución, es urgente contar con un medio que procure certezas, seguridad y previsibilidad mediante la adopción de esta nueva técnica que refleja en el texto del estatuto de los trabajadores las características de una realidad productiva altamente digitalizada, pero que no altera el contenido ni el alcance de las notas que definen la naturaleza laboral de una relación de servicios conforme a lo establecido en el artículo 1.1 del estatuto de los trabajadores, ni sus consecuencias. Resulta igualmente urgente, además, garantizar la igualdad de trato entre las empresas "tradicionales" y las que utilizan medios de control digital basadas en la gestión de datos algorítmicos, sobre la base de una competencia transparente y leal entre unas y otras.

Todo lo anterior, afirma el magistrado ponente, pone de manifiesto la urgencia de garantizar condiciones de trabajo justas en la economía de las plataformas digitales de reparto, a través de una presunción de laboralidad de las personas que prestan servicios en dicho ámbito, que asegura la igualdad de trato de las empresas, ya operen con formas de trabajo estándar o no estándar. Ello motiva, en conclusión, la urgencia de garantizar condiciones de trabajo justas en la economía de plataformas con una presunción refutable de que el trabajador de la plataforma está empleado como tal, y que garantice la igualdad de trato entre todas las formas de trabajo no estándar y trabajo estándar.

Crónica de la jurisprudencia europea sobre igualdad (de 1/9/2022 a 31/8/2023)*

Chronicle of the European case law on equality (from 1/9/2022 to 31/8/2023)

Autoría

JEAN JACQMAIN

Profesor jubilado de la Universidad Libre de Bruselas

Traducción

JOSÉ FERNANDO LOUSADA AROCHENA**

Magistrado especialista del Orden Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia
Profesor asociado de Derecho Procesal de la Universidad de A Coruña

MARÍA GEMA QUINTERO LIMA***

Profesora titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Carlos III de Madrid

JUAN ALBERTO TORMOS PÉREZ****

Profesor ayudante doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universitat de València

BELÉN GARCÍA ROMERO*****

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Murcia

doi: 10.20318/femeris.2024.8644

* El texto original en francés se publicó en *Journal de Droit Européen*, 2023, pp. 468 a 475. La crónica comprende decisiones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Si usted desea realizar comentarios, los puede enviar a jean.jacqmain@ulb.ac.be.

** De la Parte I “igualdad de género”, Fernando Lousada ha traducido una parte del epígrafe 1 “igualdad en las condiciones de trabajo”, y el epígrafe 2 “igualdad en los regímenes legales de seguridad social”; y ha realizado una revisión general con Jean Jacqmain, autor del estudio.

*** De la Parte I “igualdad de género”, Gema Quintero ha traducido el apartado de “legislación” y una parte del epígrafe 1 “igualdad en las condiciones de trabajo”.

**** De la Parte II “otras discriminaciones”, J.A. Tormos ha traducido el apartado “legislación”, el epígrafe 1 “discriminación por razón de raza y del origen étnico”, y una parte del epígrafe 2 “discriminación por razón de edad”.

***** De la Parte II “otras discriminaciones”, Belén García ha traducido una parte del epígrafe 2 “discriminación por razón de edad”, el epígrafe 3 “discriminación por razón de las convicciones”, el 4 “discriminación por razón de la orientación sexual”, y el 5 “discriminación más allá del marco general”.

I. IGUALDAD ENTRE TRABAJADORES MASCULINOS Y FEMENINOS

Legislación

1. Presentada en 2013, una propuesta de la Comisión Europea tardó “solo” nueve años en dar como resultado la Directiva (UE) 2022/2381, de 23 de noviembre de 2022, relativa a un mejor equilibrio de género entre los administradores de sociedades cotizadas y a medidas conexas. Basado en el artículo 157, apartado 3, del TFUE, este texto refleja la diversidad de situaciones en los Estados miembros, la mayoría de los cuales ya han legislado en este ámbito, con disparidades dependiendo de si sus códigos de sociedades distinguen o no entre consejos de administración y comités ejecutivos.

El campo de aplicación de la Directiva se remite a la Directiva 2014/65/UE relativa a los mercados de instrumentos financieros, pero limitándolo a las empresas que emplean al menos a 250 personas. Dentro de ese ámbito, se fija una cuota mínima del 40% de administradores no ejecutivos o 33 % sobre el total directivos + no ejecutivos, que deberán pertenecer al sexo contrario al resto. Tal objetivo debe alcanzarse a más tardar el 30 de junio de 2026. La directiva también exige que los Estados adopten normas que garanticen la neutralidad de género en los procesos de selección de administradores e impongan sanciones efectivas a las empresas recalcitrantes. Entró en vigor el 27 de diciembre de 2022 y el plazo de transposición finalizará el 28/12/2024.

2. Por contraposición, solo dos años hicieron falta para que la propuesta presentada en 2021 haya dado como resultado la Directiva (UE) 2023/970, de 10 de mayo de 2023, por la que se refuerza la aplicación del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor a través de medidas de transparencia retributiva y de mecanismos para su cumplimiento. Este principio es tan esencial que ya figuraba en el artículo 119 del Tratado de Roma (hoy artículo 157 TFUE, cuyo apartado 3 constituye la base de la nueva Directiva) y que su efecto directo horizontal había sido ya reconocido. Sin embargo, los estudios científicos todavía revelan, en la Unión Europea, una diferencia salarial media del 13% en desventaja para las mujeres. Por tanto, eran necesarias medidas enérgicas.

En esencia, la Directiva garantiza, en cualquier empresa, el derecho de los trabajadores a la información sobre los niveles medios de remuneración, segregados por sexo, aplicables a categorías de personal que realizan las mismas tareas o tareas del mismo valor. Esta información también incluye los criterios utilizados para determinar la remuneración y su progresión profesional, que deben ser objetivos y neutrales desde el punto de vista del género.

Las empresas con más de 250 empleados deben presentar a las autoridades pertinentes un informe anual sobre la brecha salarial; la obligación se aplica cada tres años para las empresas más pequeñas (más de 150, enseguida más de 100). Si el informe revela una brecha superior al 5% que no puede justificarse por razones objetivas y neutrales desde el punto de vista del género, el empleador debe tomar medidas correctoras,

empezando por una evaluación salarial adoptada conjuntamente con la representación del personal.

En materia de acceso a la justicia, la nueva directiva establece una inversión parcial de la carga de la prueba cuando el empresario no haya cumplido las nuevas normas de transparencia, pues en ese caso deberá demostrar la ausencia de discriminación salarial. Fuera de ese caso rige la norma general de la directiva refundida 2006/54/CE, que solo prevé el reparto de aquella carga.

Otra novedad destacable es que, por primera vez, se prevé que el trato desfavorable infligido a la víctima tenga en cuenta varios criterios, tanto el género como uno o más de los mencionados en el artículo 19, apartado 1, del TFUE. El artículo 3, apartado 2, letra e), de la nueva Directiva menciona la superposición de tales criterios (discriminación múltiple). Además, el considerando 25 del preámbulo se refiere a la discriminación interseccional (trato desfavorable resultante de la interacción de varios criterios). Recordemos que hasta ahora el TJUE se había negado a reconocer la segunda posibilidad.

Por último, debemos precisar que la Directiva 2023/970/UE entró en vigor el 6 de junio de 2023 y que el plazo de transposición expirará el 7 de junio de 2026.

3. La Comisión también está preocupada por fortalecer los poderes de acción de los organismos de igualdad de trato en la implementación de la legislación contra la discriminación. Insistiendo en la independencia de las autoridades y en los medios adecuados que los Estados miembros deben garantizar a estos organismos de igualdad, la iniciativa de la Comisión adopta sorprendentemente la forma de dos propuestas de directiva, que son idénticas y presentadas juntas el 7 de diciembre de 2022: COM(2022) 688 final y COM(2022) 689 final.

Esta dualidad se explica tanto por la diferencia de fundamento en el Derecho primario como por el hecho de que en este ámbito algunas directivas existentes ya incluyen la exigencia de tales organismos y otras no, lo que confiere a ambas propuestas campos de aplicación heterogéneos. Así, la primera propuesta, basada en el artículo 19, apartado 1, del TFUE, se refiere a las cuestiones cubiertas por las Directivas 2000/43/CE (discriminación racial) y 2000/78/CE (igualdad en el empleo), pero también, en el ámbito de la igualdad de género, la directiva en vigor ahora más antigua, 79/7/CEE (regímenes legales de seguridad social) y la directiva 2004/113/CE (bienes y servicios). La segunda propuesta, basada en el artículo 157, apartado 3, del TFUE, aborda cuestiones de género cubiertas por la directiva “refundida” 2006/54/CE, además de por la directiva 2010/41/UE (trabajadores por cuenta propia).

Jurisprudencia

Sorpresa en el ámbito jurisprudencial: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha mostrado mucho más activo que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. ¿Es acaso osado creer en el progreso de la interacción entre los dos tribunales evocado a menudo en nuestras crónicas?

1. Igualdad en las condiciones de trabajo

a) Acceso a la formación profesional

STEDH de 8 noviembre 2022, Moraru vs Rumanía, req. nº 64480/19. En 2017, por primera vez, el TJUE examinó la incidencia de las características morfológicas sobre la igualdad de trato entre mujeres y hombres (STJUE de 18 octubre 2017, Kalliri, C-409/16). Sin llevar su reflexión más allá, el TJUE constató que, atendiendo a la Directiva 76/207/CEE, aplicable a los hechos del supuesto, una norma uniforme referida a una altura mínima de 1,70 m como condición de admisión en la Academia de Policía de Grecia conducía a una discriminación indirecta para las mujeres, sin que el Gobierno al que atañía el caso pareciera aportar ningún tipo de causa justificativa convincente.

Por el contrario, en Rumanía, ciertas disposiciones legales imponían a los militares condiciones mínimas diferenciadas de talla y peso para los hombres (1,65 m. y 55 kg.) y las mujeres (1,55 m. y 47 kg.), y estas mínimas se aplicaban respecto de las candidaturas de admisión en la Escuela Militar de medicina. Esta regla ya ha sido derogada con posterioridad a los hechos sobre los que se ha debido pronunciar el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Rechazada por estatura y peso reducidos, una candidata contrariada presentó una reclamación ante el organismo para la igualdad de trato y ante la jurisdicción rumanas, apoyando en el asunto Kalliri del Tribunal de Justicia. En sendas vías, esta referencia fue desestimada por falta de relevancia jurídica.

La interesada, entonces, acude al Tribunal Europeo de Derechos Humanos para denunciar una discriminación como consecuencia de la morfología (criterio que se puede entender incluido en la lista abierta del artículo 14 del CEDH), que obstaculiza su derecho a la formación (art. 2 del Primer Protocolo). El TEDH considera que el Gobierno no apoya su afirmación de “interoperabilidad” entre las fuerzas armadas, que exigiría al personal médico las mismas aptitudes que al resto de las tropas. La pertinencia de las normas morfológicas en lo relativo a la verificación del potencial físico no está además demostrada; a este respecto, las indicaciones de peso mínimo mencionadas arriba, tanto para hombres cuanto para mujeres, parecen alarmantes, especialmente cuando leemos que, según el Ministerio de Defensa, el equipo estándar de infantería pesa 59 kg ... En definitiva, el TEDH estima que las instituciones nacionales no han prestado la atención debida a las enseñanzas del asunto Kalliri. Por unanimidad, constata la violación de las disposiciones invocadas por la demandante, y le reconoce 7.500 euros de indemnización por daños morales.

Otra vez estamos en el caso, y esta vez con rotundidad, de que una sentencia del Tribunal de Estrasburgo pone de manifiesto que un Estado Miembro de la Unión europea, realiza una aplicación defectuosa del Derecho de la Unión.

b) Acceso al ejercicio de la profesión

STEDH de 11 julio 2023, Semenya vs Suiza, req. nº 10934/21. En la medida en que se trata de un deporte profesional de ámbito internacional (carrera a pié), se menciona

aquí el caso de una atleta sudafricana, a quien World Athletics no permite que acceda a las competiciones porque no quiere someterse al tratamiento hormonal destinado a hacer disminuir su tasa natural de testosterona. Las vías de reacción que había utilizado, sin éxito, habían sido ante el Tribunal Arbitral del Deporte, y después ante el Tribunal federal suizo.

Este último elemento ha convencido al Tribunal Europeo de Derechos Humanos para aceptar su competencia para examinar la solicitud de la interesada. Al final de una sentencia remarcablemente larga, el Tribunal, por 4 votos contra 3, constata la vulneración de los artículos 14 y 8 combinados del CEDH, así como del artículo 13 (derecho a un recurso efectivo), porque estima que los dos órganos jurisdiccionales interpelados no han tenido en cuenta todos los aspectos que hacia falta tomar en consideración, particularmente la diferencia entre el caso y la jurisprudencia relativa a los atletas transgénero. Los jueces disidentes desafían la competencia del Tribunal y la consideración de discriminación fundada en el sexo y las características sexuales, en la medida en que la comparación no se establece sino respecto de otras mujeres.

De todos modos, el caso no ha rematado porque la demanda de reenvío a la Gran Sala, introducida por el Gobierno, ha sido aceptada el 6 noviembre 2023.

c) Condiciones de extinción de la relación laboral

STEDH de 20 de diciembre de 2022, Moraru y Marin vs Rumanía, req. 53282/18 y 31428/20. Se trata de un caso que enfrentó a Rumanía con dos de sus funcionarias, obligadas a jubilarse a una edad (60 años) inferior a la que se aplicaba a sus colegas masculinos (65). Para impugnar la negativa a permitirles continuar con sus servicios, invocaron la Directiva 2006/54/CE y la jurisprudencia del TJUE, y en particular las sentencias Marshall I (STJUE de 26/02/1986, C-152/84) y Kleist (STJUE de 18/10/2010, C-356/09), pero los tribunales nacionales consideraron que estas referencias eran irrelevantes.

Tras recibir sus solicitudes basadas en el Duodécimo Protocolo, el Tribunal de Estrasburgo examina las decisiones de su colega de Luxemburgo. A diferencia de este, aquel admitiría una justificación para la diferencia directa de trato, pero el gobierno rumano no la presenta. EL TEDH acaba señalando que se trata de un caso de estereotipos de género. Por unanimidad, concluye que hubo una violación del principio general de no discriminación consagrado en el Duodécimo Protocolo, lo que afirma aún más sus potencialidades. Una demandante recibió 7.500 euros por daños materiales y morales, y la otra, 1.600 euros pues solo había solicitado la prórroga de sus servicios por un año.

d) Acoso en el trabajo

STEDH de 3 de noviembre de 2022, Dahan vs France, req. 32314/14. La persecución infligida por un embajador (jefe de la representación permanente de Francia ante el Consejo de Europa) a una subordinada parecía responder al concepto de “acoso” previs-

to en el artículo 2, apartado 1, letra c), de la Directiva 2006/54/CE, distinguible del “acoso sexual” (inciso d). El mismo concepto aparece en la Directiva 2000/78/CE y dio lugar a la única sentencia que el TJUE ha tenido que dedicar a este fenómeno repugnante, en aquel caso vinculado a la discapacidad (STJUE de 17/07/2008, Coleman, C-303/06).

En la STEDH el enfoque es distinto. Tras la denuncia de la víctima, las autoridades adoptaron medidas administrativas contra el autor que dieron lugar a su jubilación de oficio; el *Conseil d'État* rechazó sus recursos. Es la demanda de este interesado de la que el TEDH conoce y, por unanimidad, el Tribunal ha concluido que no había violación del artículo 6, apartado 1, del CEDH.

2. Igualdad en los sistemas legales de seguridad social

STEDH de 11 de octubre de 2022, Beeler vs Suiza, req. 78630/12. Hace tres años, una Sala del TEDH había censurado a la Confederación Helvética en relación con la pensión legal de viudedad que un viudo había perdido cuando la menor de los hijos que había criado, había alcanzado la mayoría de edad, mientras que una viuda habría seguido percibiendo la prestación (STEDH de 20 de octubre de 2020, Beeler vs Suiza, req. 78630/12). El Gobierno suizo solicitó una remisión a la Gran Sala. Y esta comparte, en esencia, el análisis de la Sala y constata discriminación de género, prohibida por el artículo 14 del CEDH. Una mayoría de 12 votos contra 5 considera que el artículo 8 (derecho a la vida familiar) es la disposición sustancial que debe combinarse con el artículo 14. Los cinco disidentes explican que es más bien el artículo 1 del Primer Protocolo el que era apropiado, ya que la renta en que consiste la pensión de viudedad legal seguramente entra dentro del derecho de propiedad.

El Gobierno suizo había esgrimido que Suiza no se adhirió a este instrumento adicional. En verdad, el malestar en el TEDH se está profundizando en relación con el uso del artículo 8 como medida provisional en casos de este tipo. Ya lo habíamos observado en otro caso suizo de discriminación de género en la Seguridad Social (STEDH de 2 de febrero de 2016, Di Trizio vs Suiza, req. 7186/09), y un poco antes en el tema del acceso de las mujeres a los empleos públicos en Turquía (STEDH de 2 de diciembre de 2014, Emel Boyraz vs Turquía, req. 61960/08). La controversia pierde su propósito cuando el Estado en cuestión ha suscrito el Duodécimo Protocolo, pero no es el caso de Suiza.

Por lo demás, repitamos una vez más que, de haber sido aplicable, el Derecho de la Unión Europea no habría arrojado ninguna luz sobre el litigio, ya que las prestaciones de supervivencia constituyen una de las lagunas en el ámbito material de la Directiva 79/7/CEE, incompleta aún después de 45 años.

STEDH de 19 de enero de 2023, Domenech Aradilla y Rodríguez González vs España, req. 32667/19 y 30807/20. STEDH de 26 de enero 2023, Valverde Digon vs Spain, req. 22386/19. El año pasado vimos al Tribunal de Justicia (STJUE de 14 de octubre de 2021, INSS, C- 244/20) utilizar un auténtico truco de magia para concluir que

el objeto del litigio sobre el que se le cuestionaba no estaba comprendido en el Derecho de la Unión. Se trataba de las condiciones para acceder a la pensión de supervivencia tras una convivencia estable en el ordenamiento jurídico español. Según la Ley General de la Seguridad Social, la convivencia debe durar al menos dos años antes del fallecimiento de uno de los miembros de la pareja, período que se certifica mediante registro formal. Sin embargo, la LGSS dejaba margen a las normas propias de las Comunidades Autónomas y, precisamente, el Código Civil catalán admite la prueba de la convivencia por todos los medios legales, hasta que el Tribunal Constitucional la anuló en 2014. Pero las carencias legislativas –o pretorianas– del Derecho de la Unión no afectan al TEDH que ha podido pronunciarse sobre el tema dos veces con intervalo de una semana.

El primer caso se refería a dos solicitantes catalanes, cada una de las cuales había presentado su solicitud de pensión de viudedad antes de que el Tribunal Constitucional dictara sentencia. Rechazadas sus solicitudes por el INSS, y luego también sus recursos judiciales, invocaron ante el TEDH no una discriminación (como en el caso sometido al TJUE), sino la violación del artículo 1 del Primer Protocolo combinado con el artículo 6, apartado 1, del CEDH. En el presente caso (compárese con *Beeler vs Suiza*, supra), el TEDH es unánime al considerar que la pensión de viudedad entra dentro del derecho de propiedad, respecto del cual las expectativas legítimas de los demandantes no podían verse frustradas por un cambio legislativo. Por tanto, se produjo una infracción del artículo 1 del Primer Protocolo. Como los demandantes no proporcionaron ninguna información que permitiera evaluar el daño material, este solo concedió a cada uno 8.000 euros en concepto de daño moral.

En el segundo caso, también catalán, la inscripción de la convivencia, la defunción y la solicitud de la pensión de viudedad se habían producido poco después de la modificación legislativa. Por ello, la misma Sala del TEDH, de idéntica composición, aunque llegó a la misma conclusión, solo lo hizo por una mayoría de 4 a 3. Los disidentes creen que, por sí sola, la evolución de la legislación no supone una violación del artículo 1 del Primer Protocolo. La sentencia también considera que, al permitir la legislación española la revisión de decisiones dictadas sobre la base de disposiciones que ha invalidado, se abre para el demandante el camino adecuado hacia la reparación del daño.

STJUE de 8 de diciembre de 2022, Fondo Nacional del Seguro de Pensiones, C-731/21. Por simple asociación de ideas, colacionamos aquí una sentencia dictada por el TJUE en materia de Seguridad Social de inmigrantes. Una pareja francesa había registrado debidamente su convivencia legal en Francia, donde residían los interesados, aunque eran trabajadores por cuenta ajena en Luxemburgo. El hombre murió allí en un accidente de trabajo y cuando la mujer solicitó la concesión de una pensión de supervivencia, se la denegaron porque la pareja habría tenido que registrarse en el Gran Ducado, trámite que sigue siendo opcional para los nacionales. Cuestionado por el Tribunal de Casación de Luxemburgo, el TJUE precisa que el artículo 45 TFUE y el artículo 7 del Reglamento (UE) 492/2011 relativo a la libre circulación de trabajadores dentro de la Unión se oponen a tal requisito, que perjudica a los nacionales de otros Estados miembros y establece una discriminación basada indirectamente en la nacionalidad en perjuicio de trabajadores transfronterizos.

II. OTRAS DISCRIMINACIONES

Legislación

Vid. supra, la propuesta de Directiva COM(2022) 688 final de 7/12/2022, sobre “organismos de igualdad en el ámbito de la igualdad de trato”.

Jurisprudencia

De nuevo, el TEDH acapara los asuntos sobre discriminación por motivos raciales o xenofobia, que sobre todo afectan a la población romaní. Ante el TJUE, en cambio, el criterio de la edad reafirma su habitual primacía.

1. Discriminación en función de la raza o del origen étnico

STEDH de 4 de octubre de 2022, Paketova a.o. vs Bulgaria, req. 17808/19 y 36972/19. Desafortunadamente, el TEDH se ha tenido que pronunciar otra vez en poco tiempo sobre otro asunto relativo a unas familias romaní expulsadas de sus viviendas por la hostilidad de la población autóctona, activamente apoyada por el alcalde de la localidad (véase, no hace mucho tiempo, la STEDH de 19 de mayo de 2022, L.F. vs Hungría, req. 621/14). El procedimiento judicial de acuerdo con el Derecho búlgaro no había resultado en ninguna reparación. Por unanimidad, el TEDH aprecia vulneración de los arts. 8 y 14 del CEDH, y reconoce a cada uno de los demandantes una indemnización que oscila entre 4.000 y 9.000 € en concepto de daños morales.

Los antecedentes expuestos por el TEDH muestran que los afectados no habían invocado la legislación nacional en materia de lucha contra la discriminación ni habían recurrido ante el Comité que la garantiza, por lo que el gobierno búlgaro había planteado un motivo de inadmisión por falta de agotamiento de las posibilidades de recurso. El TEDH desestima dicho motivo y acepta la alegación de los demandantes basada en la falta de eficacia de la acción de dicho Comité, en especial por la duración de los procedimientos.

Sin embargo, es evidente que la legislación citada transpone, entre otras, la Directiva 2000/43/CE, y que el Comité es el “organismo para la igualdad de trato” previsto en el art. 13 de la misma. El asunto ofrece, por tanto, otro ejemplo del fenómeno que ya se señaló en la crónica precedente, a propósito de la igualdad de género y el acoso sexual: un litigio planteado ante el TEDH revela que el Estado en cuestión, que es miembro también de la Unión Europea, ha llevado a cabo una transposición defectuosa de la Directiva.

SSTEDH de 8 de diciembre de 2022: Caldaras et Lupu vs Francia, req. 13561/15; Ciurar e. a. vs Francia, req. 35697/15; Stefan e. a. vs Francia, req. 36779/1; Stan vs Francia, req. 41969/16; Sisu e. a. vs Francia, req. 45871/16; Margoi e. a. vs Francia, req. 72596/16. A diferencia de otros países, las autoridades francesas parecen haber mo-

dificado sus prácticas en un sentido más acorde con el CEDH, tal y como lo interpretó el TEDH hace tres años (STEDH de 14 de mayo de 2020, *Hirtu e. a. vs Francia*, req. 24720/13). En relación al desmantelamiento en la región parisina de campos ocupados por familias romanís de nacionalidad rumana, el TEDH dictó el mismo día seis decisiones de inadmisión en las que aprecia que la injerencia en el ejercicio del derecho a la vida privada y familiar perseguía objetivos legítimos, y también que las autoridades tuvieron en cuenta la situación de vulnerabilidad de los afectados. La denuncia relativa al art. 8 del CEDH está, pues, manifiestamente mal fundamentada; y por lo que respecta a otras disposiciones, se aprecia una falta de agotamiento de los recursos previstos en el Derecho nacional.

Comité Europeo de Derechos Sociales, Decisión de 8 de diciembre de 2022, Centre européen pour les droits des Roms vs Bélgica, récl. 185/2019. En cuanto a Bélgica, el Comité Europeo de Derechos Sociales ha admitido una reclamación colectiva a raíz de una operación policial de gran envergadura, que resultó en la confiscación de caravanas y el bloqueo de cuentas bancarias. Entrando sobre el fondo de la cuestión, el Comité aprecia que solo una de las quejas presentadas estaba suficientemente fundamentada, y por 9 votos contra 5 concluye que se ha vulnerado el art. 16 de la Carta Social Europea revisada (derecho de las familias a la protección, en particular en materia de vivienda) en relación con el artículo E (no discriminación).

STEDH de 13 de diciembre de 2022, Elmazova a. o. vs Macedonia Norte, req. 11811/20 y 13550/20. Una vez más (véase la precedente STEDH de 31 de mayo de 2022, *X. a. o. vs Albania*), el TEDH ha abordado un caso de segregación de niños romanís en la escuela. Aunque parecía tratarse de una situación que resultaba de la voluntad de los progenitores “autóctonos” (lo que había llevado a los tribunales nacionales a concluir que las autoridades no habían incurrido en ninguna política discriminatoria), el TEDH constata que se ha producido una vulneración del art. 14 de la CEDH en relación con el art. 2 del Protocolo adicional (derecho a la educación); reconoce a cada una de las familias demandantes una indemnización de 1.200 € en concepto de daños morales; y recuerda que conforme al art. 46 de la CEDH, el Estado en cuestión debe aplicar la resolución adoptando medidas de desegregación.

STEDH de 30 de marzo de 2023, Szolcsán vs Hungría, req. 24408/16. Poco después, el TEDH ha resuelto sobre un asunto idéntico en relación a otro Estado. El demandante, que se quejaba de no haber sido autorizado a asistir a escuela primaria no segregada, obtuvo 7.000 € en concepto de daños morales.

STEDH de 23 de mayo de 2023, Avdiu a. o. vs Albania, req. 49516/17. El TEDH ha podido observar un progreso en Albania, en comparación con el caso respecto del que se pronunció el año anterior (STEDH de 31 de mayo de 2022, *X. a.o. vs Albania*, req. 73548/17 y 45521/19). En el municipio en cuestión, la intervención del Comisario de protección contra la discriminación había resultado en el cierre de la escuela reservada a

los niños romanís y la organización de su traslado a establecimiento que responde a las exigencias de integración. El TEDH inadmite la petición planteada por 15 familias.

STEDH de 18 de octubre de 2022, Basu vs Alemania, req. 215/19, y STEDH de 18 de octubre 2022, Muhammad vs España, req. 34085/17. Recientemente, el TJUE (en la STJUE de 15/04/2021, Braathens Regional Aviation, C-30/19) se pronunció por primera vez sobre el tema de los controles de identidad facial, o *racial profiling* para los fans de las series policiales anglosajonas. Declaró que la Directiva 2000/43/CE se oponía a una disposición demasiado inteligente del derecho judicial sueco que había impedido al tribunal nacional reconocer la discriminación basada en la raza o el origen étnico.

Con este precedente del TJUE, sorprende que, en dos Estados miembros de la Unión, y respecto de litigios similares, no se haya citado la Directiva sobre discriminación por el origen racial o étnico en el curso de los procedimientos nacionales infructuosos que llevaron a las víctimas a acudir al TEDH. Resolviendo sobre ello el mismo día, el TEDH constata en el primer caso (Basu vs Alemania), por unanimidad, una vulneración conjunta de los arts. 14 y 8 del CEDH; en el segundo (Muhammad vs España), por 4 votos contra 3, concluye en sentido opuesto. Las opiniones concordantes y discrepantes relativas a los dos asuntos revelan una controversia profunda entre los magistrados en cuanto a las obligaciones de los Estados sobre la prueba de la discriminación directa.

2. Discriminación en función de la edad

STJUE de 17 de noviembre de 2022, Ministero dell'Interno (límite de edad para el reclutamiento de comisarios de policía, C-304/21. El TJUE ha tenido que examinar un asunto cuyos hechos se asemejan a uno precedente, también con origen en Italia: la STJUE de 3 de junio de 2021, Ministero della Giustizia (notarios), C-914/19. En el asunto presente, un candidato había sido admitido provisionalmente a un concurso selectivo a pesar de no cumplir con la edad máxima exigida, y tras superar las pruebas es descartado; en el transcurso del procedimiento judicial que le siguió, el Consiglio di Stato se dirige al TJUE.

Se trataba en este caso de la edad de 30 años en relación con puestos de comisario en la policía nacional. El TJUE contempla en primer lugar la aplicación del art. 4.1 de la Directiva 2000/78/CE, que permite exceptuar la prohibición de discriminación si entran en juego las exigencias del ejercicio de la función. Refiriéndose a su jurisprudencia contrastada (STJUE de 13 de noviembre de 2014, Vital Pérez, C-416/13, y STJUE de 15 de noviembre de 2016, Salaberria Sorondo, C-258/15), e informado del carácter principalmente directivo y administrativo de las funciones en cuestión, el TJUE aprecia que el art. 4 no sería de aplicación, correspondiendo al tribunal nacional verificarlo en el caso en cuestión. Si este llega a la misma conclusión, se debería examinar la incidencia del art. 6.1, de la Directiva, según el cual una excepción puede estar también justificada por objetivos legítimos de política social. A este respecto, el TJUE carece de información, pero señala

que, si una de las consideraciones consiste en ofrecer a los interesados una carrera razonablemente larga, en tanto que la edad legal de jubilación está en 61 años, condicionar el proceso selectivo en disputa a aquella edad máxima parece desproporcionado.

STJUE de 20 de octubre de 2022, Curtea de Apel Alba Iulia e. a., C-301/21. Varias modificaciones legislativas han revalorizado la remuneración de los magistrados rumanos, pero dicho incremento se ha aplicado de manera diferente a los interesados según su antigüedad en el puesto. Distintos tribunales nacionales recibieron impugnaciones, y uno de ellos, la Curtea de Apel Oradea, ha remitido cuestión prejudicial al TJUE en relación a la incidencia de la Directiva 2000/78/CE. El TJUE responde que no percibe, en los elementos que se le han sometido a valoración, indicios de discriminación por edad, y recuerda su jurisprudencia según la cual los criterios enumerados por la Directiva no pueden ser objeto de una interpretación extensiva (STJUE de 8 de octubre 2020, Universitatea “Lucian Braga” Sibiu e. a., C-644/19).

STJUE de 20 de abril de 2023, Landespolizeidirektion Niederösterreich et Finanzamt Österreich, C-650/21. Parece ser que Austria ha descubierto un nuevo deporte nacional en el que el TJUE debe necesariamente actuar como árbitro. Planteada hace ya catorce años la cuestión de la antigüedad en el baremo de los funcionarios que iniciaron su carrera con unas prácticas formativas antes de cumplir 18 años de edad (STJUE de 18 de junio de 2009, Hütter, C-88/08), tal cuestión provoca una actividad legislativa que fomenta un contencioso de idas y venidas ante los tribunales nacionales, los cuales no dejan de plantear cuestiones al TJUE. De nuevo cuestionado por el Verwaltungsgerichtshof, esta vez respecto de dos policías del Land de Baja Austria, el TJUE ha aclarado (solo de momento, hay que temer) tres aspectos.

En primer lugar, en relación a un intento precedente de recoger los pedazos de Humpy Dumpty, el TJUE había señalado (STJUE de 8 de mayo de 2019, Leitner, C-396/17) que la legislación no podía mantener el régimen considerado discriminatorio estableciendo un mecanismo de transferencia a un nuevo régimen que no eliminaba los efectos negativos sufridos por los afectados. Ello representa sin duda una mejora, pero bajo una forma más compleja que permite que subsistan todavía las consecuencias de la discriminación en la edad mínima, a las que se oponen los arts. 1, 2 y 6 de la Directiva 2000/78/CE, en relación con el art. 21 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión.

En segundo lugar, el asunto Leitner había indicado a los jueces nacionales que inaplicasen las disposiciones entonces en vigor que mantenían los efectos discriminatorios. El nuevo modelo, siempre insuficiente, pero de otro modo a como se venía diciendo, precisaba que la doctrina del TJUE solo beneficiaba a los funcionarios que, antes de su entrada en vigor, habían obtenido una decisión judicial favorable y firme. De ahí surge una discriminación tan flagrante que el TJUE la inadmite en relación con los principios de igualdad de trato (art. 20 de la Carta, al que le otorga efecto directo) y de seguridad jurídica.

En tercer lugar, y sin duda para intentar poner fin al problema, la nueva legislación prevé que los períodos de prácticas formativas serán tomados en cuenta en su totalidad

solo si la persona interesada ha sido incorporado después del 31 de marzo de 2000; en caso contrario, estos períodos sufren una doble reducción. Esta vez, el TJUE considera que una regla de esas características, que no se refiere a la edad, es compatible con la Directiva.

STJUE de 27 abril de 2023, BVAEB (cuantía de la pensión de vejez), C-681/21. Un deporte nacional, acabamos de escribir; ¿o dos? Porque el régimen profesional de pensiones de los funcionarios austriacos también está siendo una fuente viva de reformas legislativas inmediatamente cuestionadas en términos de discriminación. Los dos casos siguientes son prueba de ello.

El primero, que afectaba a una funcionaria jubilada en 2011, se refería a una diferencia de trato basada en la edad entre dos categorías de personal que los tribunales consideraron discriminatoria; el legislador procedió entonces a una equiparación de la situación a la baja con carácter retroactivo. Responder a las preguntas del *Verwaltungsgerichtshof* exige recordar principios elementales: mientras no se corrijan las disposiciones defectuosas, la categoría lesionada debe beneficiarse del régimen favorable; después, y para el futuro, no está prohibida, en principio, una reducción uniforme de la ventaja controvertida, pero el derecho de la Unión no acepta el atajo de igualar el trato desfavorable desde el pasado. En el asunto, el TJUE concluye, por tanto, que a falta de exigencia imperativa de carácter general, los artículos 2, apartados 1 y 2, letra a), y 6, apartado 1, de la Directiva 2000/78/CE se oponen a la reforma controvertida.

STJUE de 20 de abril de 2023, BVAEB (adaptación de pensiones de vejez), C-52/22. El segundo litigio, planteado por un funcionario que se jubiló en 2020, se refiere a la sustitución, el 1 de enero de 2012, del régimen de pensiones de los funcionarios por el régimen general, y a una diferencia de trato (retraso de 1 año en la primera revalorización) entre quienes tenían derecho al antiguo régimen (más favorable) y quienes sólo tienen derecho al nuevo régimen. El Tribunal ya había examinado una cuestión similar de posible discriminación indirecta (en ese caso anterior, basada en el género: STJUE de 5 de mayo de 2022, BVAEB, C-405/20). Por ello, respondió al *Bundesverwaltungsgericht* que, habida cuenta del objetivo de garantizar la viabilidad y la coherencia del régimen de pensiones, los artículos 2, apartado 1, y 2, letras a) y b), y el artículo 6, apartado 1, de la Directiva no se oponen a la diferencia cuestionada.

STJUE de 7 de junio de 2023, OP c. Parlamento, T-143/22. El Tribunal General de la Unión Europea ha aprendido bien la “lección” que le dio el año pasado el Tribunal de Justicia en el asunto de las pensiones de viudedad en la función pública europea (STJUE de 14 de julio de 2022, Comisión c. VW e. a., C-116/21 P a C-118/21 P, C-138/21 P y C-139/21 P). En este nuevo caso, la pareja se divorció en 2017 después de 37 años y se volvió a casar en 2021; el marido, que llevaba dos años jubilado, falleció dos meses después. El Tribunal de Primera Instancia aplicó sin vacilar la condición de 5 años impuesta a la duración del matrimonio por el artículo 20 del anexo VIII del Estatuto y desestimó el recurso contra la decisión de la Administración de denegar la pensión de supervivencia.

Por nuestra parte, solo podemos mantener nuestros comentarios sobre la sentencia del Tribunal (véase nuestra Crónica de jurisprudencia correspondiente a 2021/2022 en *Femeris*, vol. 8, nº 2, p. 140).

STEDH de 13 de diciembre de 2022, Test-Achats vs Bélgica, req. 77039/12. Por su parte, el TEDH consideró infringido el artículo 6 del CEDH en un caso en que el tribunal belga no había reconocido la parcialidad que pesaba sobre el experto que había designado. El caso merece aquí una breve mención porque el demandante, una asociación de protección de los consumidores, había iniciado un procedimiento contra una compañía de seguros que, según alegaba, había discriminado por motivos de edad. En este caso, solo estaba en juego la legislación nacional contra la discriminación, pues la Directiva 2000/78/CE no incluye en su ámbito de aplicación el acceso a bienes y servicios, a diferencia de la Directiva 2004/113/CE en materia de género.

3. Discriminación en función de las convicciones

STJUE de 13 de octubre de 2022, s.c.R.L. (vestimenta de connotación religiosa, C-344/20). En el contexto de una formación profesional, una trabajadora musulmana que lleva el hiyab había solicitado unas prácticas no remuneradas en el *Foyer Bruxellois*, sociedad mercantil de derecho público que gestiona viviendas sociales. Al anunciar que se negaría a descubrirse para desempeñar sus funciones, fue excluida en cumplimiento del reglamento del empleador, que, en base a una “política de estricta neutralidad”, prohíbe a los miembros del personal “manifestar sus convicciones religiosas, filosóficas o políticas, cualesquiera que sean, de palabra, vestimenta o de cualquier otro modo”. La interesada interpuso una acción solicitando el cese y una indemnización ante el Tribunal Laboral de Bruselas, basándose en la ley federal de 10 de mayo de 2007 sobre la discriminación en general, aplicable porque la empresa está sujeta al derecho laboral federal. El tribunal belga planteó al Tribunal de Justicia varias cuestiones sobre la Directiva 2000/78/CE.

En su respuesta, el Tribunal aclaró en primer lugar que la expresión “religión o convicciones” que figura en el artículo 1 de la Directiva se refiere a un criterio único, que abarca tanto las creencias religiosas como las filosóficas o “espirituales”. Por consiguiente, las disposiciones nacionales de transposición, que algunos tribunales interpretan distinguiendo entre ambos conceptos, no pueden validarse como más favorables en el sentido del artículo 8, apartado 1, de la Directiva (regla *stand-stil* o de no regresión y mantenimiento del *statu quo*). Esta fue la conclusión a la que llegó la Abogada General L. Medina, a quien el Tribunal había pedido que se centrara en este aspecto.

A continuación, el TJUE se remite a su jurisprudencia (SSTJUE de 14 de marzo de 2017, *G4S Secure Solutions*, C-157/15, y *Bouagnaoui y ADDH*, C-188/15; STJUE de 15 de julio de 2021, *WABE y MH Müller Handels*, C-804/18 y C-341/19) para concluir que, en virtud del artículo 2, apartado 2, de la Directiva, una prohibición formulada como en el caso de la empresa en cuestión, y aplicada de forma general e indiscriminada, no supone

una discriminación directa contra los trabajadores que desean “ejercer su libertad religiosa o de conciencia llevando un signo o una prenda de connotación religiosa”.

Sin embargo, el TJUE añade que la prohibición podía dar lugar a una discriminación indirecta contra dichas personas por razón de su religión o convicciones, y que el deseo de aplicar una política de neutralidad, aunque constituyera un objetivo legítimo, no eximía al empresario de demostrar que esa política de neutralidad respondía a una necesidad real.

4. Discriminación basada en la orientación sexual

STJUE de 12 de enero de 2023, TP (realizador audiovisual para la televisión pública), C-356/21. En Polonia, un trabajador autónomo, realizador de programas de televisión, había estado empleado durante siete años por una emisora pública en virtud de una serie de contratos de ejecución de obra. Después de que junto a su pareja publicaran un vídeo en *YouTube* en el que abogaban por la tolerancia hacia las parejas del mismo sexo, se canceló su último contrato y no hubo más contratos. El interesado interpuso un recurso ante el Tribunal de Distrito de Varsovia basado en la legislación interna sobre igualdad de trato, pero esta solo contempla los criterios de sexo, raza, origen étnico y nacionalidad, y no el de la orientación sexual. Por tanto, el incumplimiento de la Directiva 2000/78/CE era evidente, pero el órgano jurisdiccional que conoció del asunto solicitó al Tribunal de Justicia que le aclarara sobre su aplicación a la negativa a celebrar un contrato de obra.

Basándose en las conclusiones del Abogado General T. Ćapeta, el Tribunal estableció en primer lugar que la formulación “condiciones de acceso a las actividades por cuenta propia” que figura en el artículo 3, apartado 1, letra a), de la Directiva tenía efectivamente por objeto abarcar un caso de este tipo; citó por analogía la sentencia que había dictado en el asunto de las declaraciones públicas homófobas relativas al empleo en un bufete de abogados (STJUE de 23 de abril de 2020, *Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI*, C-507/18). El Tribunal añade, por lo que se refiere al incumplimiento del último contrato celebrado con el trabajador, que la expresión “condiciones de despido” de la letra c) del apartado 1 del artículo 3 de la Directiva debe entenderse como “cese unilateral de la actividad” a que se refiere la disposición en la letra a).

Por último, el Tribunal orienta al juez nacional sobre la posible aplicación de las excepciones a la prohibición de discriminación permitidas por el artículo 2, apartado 5, de la Directiva 2000/78/CE. Por lo que se refiere a la protección de los derechos y libertades de terceros, señala que la libertad de empresa garantizada por el artículo 16 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea no es absoluta y no puede tener por efecto vaciar de contenido el artículo 3, apartado 1, letra a), de la Directiva; señala asimismo que excluir la orientación sexual de la lista de criterios protegidos por la legislación nacional no parece en absoluto necesaria en una sociedad democrática.

Así pues, el Tribunal de Luxemburgo concluye que el artículo 3, apartado 1, letras a) y c), de la Directiva se opone a tal legislación en un caso como el presente. Además, hay que preguntarse si el tribunal polaco podría resolver el litigio considerando que la institución

contratante tiene un carácter público suficientemente evidente como para que el efecto directo vertical de las disposiciones de la Directiva pueda subsanar la laguna de la legislación.

5. Discriminación más allá del marco general

STEDH de 10 de noviembre de 2022, Bakiridzi y E.C. vs Hungría, req. 49636/14 y 65678/14. Al igual que otros Estados del sudeste de Europa, Hungría dispone de una legislación destinada a garantizar a los miembros de las minorías nacionales el derecho a la representación política. Sin embargo, la eficacia de esta normativa fue impugnada por una electora de origen griego y un elector de origen armenio, primero, sin éxito, ante los tribunales del país y después ante el TEDH. El TEDH observó, en primer lugar, que el umbral electoral, aunque se rebajara en favor de las minorías, no dejaba ninguna posibilidad de éxito a las que contaban con muy pocos afiliados y, en segundo lugar, que el diferente régimen, que obligaba a los interesados a votar solo a una lista específica y bloqueada, no les permitía expresar libremente sus opiniones políticas. El Tribunal constató una violación del artículo 14 del CEDH en relación con el artículo 3 del Primer Protocolo (derecho a elecciones libres).

STEDH de 29 de agosto de 2023, Kovačević vs Bosnia-Herzegovina, req. 43651/22. Del mismo modo, la ley electoral de Bosnia-Herzegovina, de conformidad con la Constitución que reserva un lugar predominante a los “pueblos constituyentes” (bosnio, croata y serbio), fue impugnada por un ciudadano que denunciaba el sistema político como etnocrático y no democrático. Por 6 votos contra 1, el TEDH estimó la denuncia de infracción del artículo 1 del Duodécimo Protocolo. El Juez G. Kucsko-Stadlmayer, Presidente de la Sección, disintió, criticando a sus colegas por un examen superficial del agotamiento de los recursos y de la condición de víctima.

STEDH de 2 de mayo de 2023, Mestan vs Bulgaria, req. 24108/15. En un tema relacionado, el mismo Tribunal de Estrasburgo tuvo que tratar la demanda de un político de origen turco, líder de un partido al que pertenecen muchos miembros de la minoría turca de Bulgaria. Durante una campaña electoral, se había dirigido a ellos en su lengua, a pesar de que el búlgaro es la única lengua exigida por la ley, so pena de una sanción pecuniaria impuesta por las autoridades, que fue confirmada por los tribunales del país. El TEDH consideró por unanimidad que tal restricción de la libertad de expresión era innecesaria en una sociedad democrática, declaró que se había infringido el artículo 10 del CEDH y concedió al demandante 1.200 euros por daños morales.

Otro nuevo recordatorio de la importancia que adquiere el criterio de la lengua en el “Derecho de Estrasburgo”, mientras que en el “Derecho de Luxemburgo”, el artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea permanece al respecto desprovisto de la oportuna concreción.

“Unidad Familiar” y acceso a la RAI. Enjuiciamiento con perspectivas de género y discapacidad.

A propósito de la Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 24 de abril de 2024 (Recursos 2194/2022) y su voto particular

“Family Unity” and access to the RAI. Prosecution with gender and disability perspectives.

Regarding the Superior Court Rulings of Justice of the Canary Islands of April 24, 2024 (Resources 2194/2022) and your private vote

GLÒRIA POYATOS I MATAS

Magistrada especialista

Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (Las Palmas). Doctora en Derecho

doi: 10.20318/femeris.2024.8645

Resumen. Sentencia que analiza el concepto de “unidad familiar” y sus integrantes, a efectos del cumplimiento del requisito de rentas exigido por el art. 2.1 d) del RD 1369/2006, para acceder a la Renta Activa de Inserción (RAI), concluyendo, tras una interpretación literal y teleológica del precepto, que no puede incluirse a la hermana discapacitada física, psíquica y sensorialmente (74%) que convive con la solicitante. Se omite llegar a otra solución, mediante una interpretación con perspectiva de género, porque resultaría creadora no integradora y ello le corresponde al legislador.

El Voto particular divergente, poniendo de relieve la jurisprudencia humanizadora, y aplicando la perspectiva de género y discapacidad, así como el principio internacional de diligencia debida (art. 9.2 CE), llega a otra convicción, destacando que la solicitante tiene la obligación legal de prestar cuidados y alimentos a su hermana discapacitada.

Palabras clave: Juzgar con perspectiva de género, perspectiva de discapacidad, diligencia debida.

Abstract. Ruling that analyzes the concept of “family unit” and its members, for the purposes of compliance with the income requirement demanded by art. 2.1 d) of RD 1369/2006, to access the Active Insertion Income (RAI), concluding, after a literal and teleological interpretation of the precept, that the physically, mentally and sensorially disabled sister (74%) who cannot be included lives with the applicant. It omits to arrive at another solution, through an interpretation with a gender perspective, because it would be creative, not integrative, and this corresponds to the legislator.

The dissenting opinion, highlighting humanizing jurisprudence, and applying the gender and disability perspective, as well as the international principle of due diligence (art. 9.2 EC), reaches another conviction, highlighting that the applicant has the legal obligation to provide care and food to his disabled sister.

Keywords: Judge with a gender perspective, disability perspective, due diligence.

"La ética del cuidado no es una ética femenina sino feminista y el feminismo guiado por la ética del cuidado podría considerarse el movimiento de liberalización más radical de la historia de la humanidad".

CAROL GILLIGAN

1. Sentencia del TSJ de Canarias (Sala social. Las Palmas) 24 abril de 2024 (Rec. 2194/2022)

1.1. *Acción ejercitada.* Demanda frente a resolución del SEPE que deniega el acceso al programa de RAI, por incumplimiento del requisito de carencia de rentas : "*puesto que la renta de la unidad familiar dividida por el número de miembros que la componen, incluida la solicitante, superaba el 75% del salario mínimo interprofesional*". En la contabilización de integrantes de la unidad familiar se excluyó por la Entidad Gestora a la hermana de la actora, discapacitada y residente en el mismo domicilio de la actora.

1.2. *La Sentencia de instancia* desestima la demanda en aplicación de la literalidad del art. 2.1d) del RD 1369/2006, que, a efectos de "*unidad familiar*" contabiliza al "*cónyuge y/o hijos menores de 26 años, o mayores incapacitados o menores acogidos*", no incluyéndose a los y las hermanas.

1.3. Resumen del relato fáctico

- La actora, convive en el mismo domicilio con su esposo, y con su hermana, declarada judicialmente incapacitada en fecha 25/4/2016, nombrándose curadora a la actora
- La hermana de la actora tiene reconocida una discapacidad del 74% definitivo.
- Aunque no se recoge en el relato fáctico, en la resolución de discapacidad citada se reconocen las limitaciones físicas, psíquicas y sensoriales siguientes:
 - Limitaciones de ambos miembros inferiores.
 - Limitación funcional de la columna por osteoartrosis localizada degenerativa.
 - Discapacidad del sistema nervioso y muscular por polineuropatía.
 - Retraso mental moderado.

Además, se reconocen 7 puntos en el baremo de movilidad haciéndose porque "*existen dificultades de desplazamiento por presentar movilidad reducida*"

- En fecha 2 de septiembre de 2020, la actora solicitó la inclusión en el programa de RAI que fue denegada por el SEPE mediante resolución de 14 de octubre de 2020 por no cumplir el requisito de carencia de rentas.
- Frente a la citada resolución fue presentada reclamación previa, siendo desestimada mediante resolución de 17 de marzo de 2021 en la que se recoge:

*"el vínculo entre tutor y tutelado no tiene carácter profundamente personal e individual de la filiación o acogimiento ni produce la plena participación del menor o incapacitado en la familia, por cuanto: (...) **La carencia de medios económicos u otras razones de edad, enfermedad, ocupaciones personales o profesionales, o la falta de vínculos con el tutelado permiten al tutor excusarse de la aceptación inicial o continuación del ejercicio del cargo.** En consecuencia, no es posible equiparar la figura de la tutela con las de la filiación (...)"*

1.4. Recurso de suplicación

Recurre en suplicación la actora solicitando la aplicación de la doctrina humanizadora a los efectos de que la hermana discapacitada que convive con ella, sea considerada como "un hijo menor" y se incluya en la "unidad familiar" para valorar el requisito de rentas exigido para acceder a la RAI.

1.5. Sentencia de la Sala Canaria

Se desestima el recurso invocándose la jurisprudencia (STS 7/4/21-Rec 4884/2018 y STS 19/5/04-Rec. 1176/2003-) que descarta la asimilación de pareja de hecho a cónyuge, y se hace una interpretación literal, al ser el precepto claro en la determinación de los familiares a incluir en el concepto "unidad familiar". También se hace una interpretación teleológica, considerando la Sala que: *"la protección se otorga al desempleado, no a la familia, que se tiene en cuenta a efectos de determinar la situación económica del solicitante de la prestación"*

En palabras de la sentencia:

"...el legislador, en el marco del sistema de la Seguridad Social y la protección que dispensa, ha ido y va introduciendo en él estas unidades de convivencia, pero ello no significa que, al interpretar y aplicar sus normas, podamos configurar el acceso a la protección introduciendo condiciones que no están contempladas y no las ha contemplado hasta el momento..."

En definitiva, no es posible integrar en la unidad familiar a quien no tiene la condición familiar prevista en la norma, aún manteniendo una relación de parentesco distinta."

En relación al impacto desproporcionado de género de las prestaciones RAI (perspectiva de género), se dice en la sentencia:

"La adición o no de un integrante en la unidad familiar definida normativamente en función de si tal adición favorece el acceso a una determinada prestación con impacto de género solo sería posible en determinadas condiciones, definidas con precisión y con alcance limitado como "acción positiva", lo que precisaría de una obligada intervención legislativa. La interpretación postulada no resultaría integradora sino creadora, adicionando vía interpretativa un componente o elemento de naturaleza normativa con un alcance superior al previsto reglamentariamente, al obviarse cualquier dimensión económica de esa nueva adición y su repercusión en los ingresos computables. Lo pretendido nos está vedado y no podemos tutelarlos, siquiera sea con una interpretación como la sugerida"

2. Concepto de "unidad familiar" a efectos de RAI

Interpretación con perspectivas de género y discapacidad, que tenga en cuenta la socialización femenina y la vulnerabilidad de las personas discapacitadas

2.1. Voto Particular disidente del criterio mayoritario de la Sala (art. 260.2 LOPJ)

Se divide en dos partes. La primera, esgrime resumidamente las razones por las que considero debió estimarse el recurso y, en la segunda, se aporta el borrador de sentencia que propuse a la Sala, a la que no fui capaz de convencer.

Resumidamente, estos son los tres puntales del voto particular.

2.1.1. Inaplicación de la Jurisprudencia flexibilizadora

En primer lugar, apelo a la consolidada *Jurisprudencia humanizadora* impulsada por el Tribunal Supremo, que es pacífica y antigua y parte de inaplicar, de forma rigorista, exigencias contenidas en la ley, para facilitar el acceso a prestaciones/pensiones del Sistema de Seguridad Social, en determinados casos especiales.

Se hace referencia a la SSTS 27/5/1998 (Rec. 2460/1997) en materia de asimilación al alta en prestaciones de viudedad u orfandad o la STS 3/6/2014-Rec. 2588/2013) que interpreta de forma flexible del requisito de alta para acceder a las pensiones (STS 23/5/2000 (Rec. 3039/1999), STS 26/1/1998 (Rec. 1385/1997), STS 25/julio/2000 (Rec. 4436/1999), STS 19/12/1996 (Rec. 1159/1996), entre otras)

También se menciona la "*doctrina jurisprudencial del paréntesis*", que acabó produciendo un cambio legislativo del art. 205.1 b) de la LGSS (pensión de jubilación contributiva), entre otros preceptos. Y no ha tenido problema el Tribunal Supremo en aplicar la doctrina del paréntesis en casos no incluidos en la actual regulación, por ejemplo, en la STS de 30/10/18 (Rec. 3877/2016) y STS 12/11/1996 (Rec. 232/1996) –extensión a personas en prisión durante el tiempo de privación de libertad–, o en la STS 28/1/98 (Rec.1385/1997) , o, incluso, se han obviado periodos breves, de salida del mercado de trabajo sin causa, denominados jurisprudencialmente "*interregno*" –(SSTS 29/5/92-Rec. 1996/91; STS 25/7/20 - Rec. 4436/99)–.

Incluso la STS de 25/10/2016 (Rec.3818/2015), llegó a permitir el acceso a la prestación por maternidad de varón, en caso de filiación derivada de "*maternidad subrogada*", no regulada en la normativa de Seguridad social.

Pero, además, y ya más conectado con el caso de autos, se recuerda la interpretación que se hace de "*unidad familiar*", en la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 1998 (Rec. 4718/1997) en la que en el concepto "*hijos a cargo*" exigido legalmente a efectos del porcentaje aplicable en la prestación por desempleo, fueron incluidas las nietas huérfanas del solicitante que convivían con los abuelos. Y la STS de 17 de enero de 2000 (Rec. 1655/1999), en materia de acceso a prestación de invalidez no contributiva en la que se incluyó en la "*unidad económica de convivencia*" al nieto menor de edad, que convivía con la solicitante.

Por tanto, está claro que, las sentencias referidas, hicieron, sin delegar en el poder legislativo, una interpretación extensiva del concepto "*unidad familiar*" en casos en los que concurren menores de edad que conviven y reciben cuidados y alimentos por parte de la persona beneficiaria de la prestación, como sucede en este caso (art. 143 y 249 y ss. del Código civil).

2.1.2. Ausencia de integración (real) de enjuiciamiento con perspectiva de género. Incumplimiento del principio internacional de diligencia debida

En segundo lugar, considero que la decisión mayoritaria no ha enjuiciado este caso con perspectiva de género, mas que desde el formalismo.

A efectos estadísticos, los propios datos del SEPE evidencian que, en diciembre 2023, el 70'68% de estas prestaciones fueron percibidas por mujeres, mayoría que se reproduce en los meses previos, lo que nos debe llevar a extremar las cautelas en el análisis de la controversia, para evitar incurrir en discriminación indirecta por razón de sexo.

De acuerdo con la doctrina constitucional (SSTC 128/1987, 61/2014, 91/2019, entre otras), la discriminación indirecta por razón de sexo, puede derivar de aquellas medidas que, aunque formuladas de manera neutra, perjudican a un porcentaje muy superior de mujeres que de hombres. Este criterio es ya consolidado en la jurisprudencia del TJUE desde antiguo (Sentencias del TJUE de 22 de noviembre de 2012 (C-385/11- Elbal Moreno), de 8 de mayo de 2019 (C. 161/18-Villar Laiz), Auto de 15 de octubre de 2019 (C439/18 y 472/18).

El mandato constitucional de remoción de obstáculos impeditivos de la igualdad real entre mujeres y hombres (art. 9.2º CE), también obliga al poder judicial, mediante la interpretación y aplicación de las normas (STC 12/2008), dando cumplimiento así a la obligación internacional de diligencia debida, teniendo en cuenta la socialización de las mujeres como cuidadoras (arts. 2.c), d) e), 11.1º de la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer (CEDAW), y la Recomendación nº33 de la CEDAW sobre el acceso de las mujeres a la justicia) que interpela a los Estados partes a la integración del enfoque de género en las resoluciones judiciales (párrafos 14 d) y 29 a), c) y f)).

Por todo ello, una vez detectado el impacto de género que tiene la RAI, es obligación de todo órgano jurisdiccional integrar, realmente, la perspectiva de género en la impartición de justicia, como metodología de resolución en toda controversia jurídica en la que se involucren relaciones asimétricas o patrones estereotípicos de género, aún cuando las partes no lo soliciten expresamente, a tenor de lo previsto en el art. 1, 10.2º, 9.2º, 14 y 96 de CE, arts. 5.1º, 7.1º y 2º de la LOPJ y arts. 4, 6 y 15 de la LOIEMH.

El mandato de enjuiciar con perspectiva de género lo encontramos, entre otras, en la STS/ Pleno de 21 de diciembre de 2009 (Rec. 201/2009), STS 864/2018, 26 de septiembre de 2018 (Rec. 1352/2017), 13 de noviembre de 2019 (Rec. 75/2018), 3 de diciembre de 2019 (Rec. 141/2018, Pleno), 29 de enero de 2020 (Rec. 3097/2017, Pleno), 6 de febrero de 2020 (Rec. 3801/2017) o la STS de 14 de octubre de 2020 (Rec. 2753/2018). **En estas sentencias, el Alto Tribunal hace una interpretación flexibilizadora de los preceptos analizados para evitar incurrir en discriminación indirecta. Y la perspectiva de género se alza como atalaya, en la STS de 23 de julio de 2022 –Pleno– (Rec. 646/2021) (subsidio para mayores de 55 años)** en la que se recuerda que la transversalidad del principio de igualdad y no discriminación que exige que se asuma la interpretación normativa más favorable con la consecución de los fines queridos por el ordenamiento jurídico. Y se afirma sin ambages:

“En numerosas ocasiones hemos advertido que ninguna duda cabe sobre la obligación de jueces y tribunales de incorporar la perspectiva de género en lo que constituye su actuación como Poder del Estado, esto es, en la interpretación y aplicación de las normas”.

La proyección de la perspectiva de género al caso analizado, nos recuerda que las mujeres, debido a su socialización, encabezan las estadísticas de los cuidados. Sobre esta socialización se abunda en las sentencias de esta misma Sala canaria de 13 de marzo de 2020 (Rec. 1400/2019), en materia de prestación a favor de familiares o la sentencia de 13 de julio de 2023 (Rec. 327/2023), en la que se analizaban las bonificaciones derivadas del cuidado de hijos e hijas.

Los cuidados no son un concepto neutro y deben interpretarse en el seno de una sociedad traspasada por estereotipos sexistas que han normativizado los roles asociados a la masculinidad y la feminidad y que, a su vez, han tenido una influencia innegable en el sistema dual del pensamiento liberal clásico y, a la postre, en la confección de los ordenamientos jurídicos y en su interpretación judicial, bajo un patrón de lo humano, masculino.

La obligación de cuidar se impone tradicionalmente a las mujeres bajo la creencia de que son idóneas para ello, lo que implica que deben poner su tiempo y sus recursos físicos y emocionales al servicio de otros familiares. Ello incide y limita sus posibilidades de desarrollo personal, su disponibilidad para el trabajo remunerado e incide en sus oportunidades de empleo, en un mundo laboral que sigue discriminando a las personas cuidadoras, y las atrapa en un nudo de pobreza que las precariza.

Por tanto, es más probable que familiares con discapacidad acaben dependiendo de los cuidados de una mujer de la familia, que, ante la ausencia de la madre, es, también, muy probable que sea la hermana, como acontece en el caso de autos.

Por ello considero que debe hacerse una interpretación de "*unidad familiar*" acorde a la actual realidad social, en el seno de un mercado de trabajo en el que las trabajadoras cuidadoras ocupan una posición desaventajada, porque ellas son mayoritariamente quienes trabajan sin dejar de cuidar a sus familiares, más allá del "esposo" y los hijos e hijas.

Además, una interpretación descontextualizada y rigorista del concepto "*familia*" tiene un perjuicio negativo que afecta mayoritariamente a las trabajadoras, al soportar mayor trasa de desempleo en relación a los hombres, así como una brecha salarial y de pensiones notoria.

2.1.3. Ausencia real y formal de enjuiciamiento con perspectiva de discapacidad

Igualmente debió juzgarse esta concreta controversia con perspectiva de discapacidad, máxime cuando la persona (hermana) cuya integración en la "*unidad familiar*" es discapacitada física, psíquica y sensorial en un 74%, teniendo la actora la obligación de su cuidado y alimentos. Considero que, tal omisión, incumple frontalmente el art. 6 y 13 de la Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006, en relación con la STJUE de 24/1/24 (C-631/22) y también la obligación de motivación reforzada exigida por la Doctrina constitucional (SSTC 208/2013, de 16 de diciembre; 10/2014, de 27 de enero; 18/2017, de 2 de febrero; 3/2018, de 22 de enero, y 51/2021, de 15 de marzo y STS 113/2021), en relación con el art. 67 RD legislativo 1/2013 de 29 de noviembre, interpretado de acuerdo con la mencionada STC 12/2008.

3. Conclusiones

Los ordenamientos jurídicos de los *estados democráticos* ya no discriminan a las mujeres por ser mujeres, discriminan los valores asociados a la feminidad. Por ello la operatividad de las discriminaciones sexistas, son sutiles, soterradas y se ejecutan por la vía de discriminación indirecta.

El derecho tiene su propio género y desde luego no es el femenino. El Derecho del trabajo y de la Seguridad Social es un paradigma de ello, siendo un buen ejemplo, el restrictivo concepto legal de "*unidad familiar*", en la regulación de la RAI. Ello perpetúa la posición desaventajada de las mujeres en relación a sus compañeros varones y las empuja a seguir encabezando las estadísticas de la pobreza, por su socialización de cuidadoras.

El cuidado de familiares, es un clásico valor asociado a la feminidad y por ello ha sido históricamente despreciado por el Derecho del trabajo y penalizado en la normativa de la Seguridad Social a efectos contributivos, salvo escasos periodos de protección.

La "*unidad familiar*" debe ser interpretada desde la inclusión de otros familiares vulnerables y dependientes de cuidados (infancia, adolescencia, mayores o personas discapacitadas), que convivan en el núcleo familiar, pero, a la vez, de forma protectora para las personas cuidadoras, mayoritariamente mujeres. Es necesario dimensionar la importan-

cia social del cuidado en toda su magnitud y no demeritar su valía, pues todas las personas dependemos de los cuidados de otras en alguna etapa de nuestra vida.

El Cuidado y la asistencia no son "asuntos de mujeres" sino intereses humanos universales.

Hay que promover un cambio real de paradigmas sociales donde la práctica de cuidar se convierta en el centro, y ello debe traspasar transversalmente la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico, en correspondencia con el mandato constitucional del art. 39.1 CE.

La justicia con **perspectiva de género** nos ayuda a reconocer situaciones de desigualdad y discriminación de mujeres y hombres, y en su caso, a integrar en el derecho, la perspectiva femenina ausente en las leyes, para convertir los "valores sociales" en verdaderos valores humanos, que representen por igual, las experiencias, aspiraciones y preocupaciones de hombres y mujeres.

Pero, además, cuando las decisiones judiciales tienen impacto directo o indirecto en personas discapacitadas, debemos **enjuiciar con una perspectiva de discapacidad** y analizar el contexto en el cual se desarrolla la controversia, a fin de contar con una mayor comprensión del caso, pues, en apego al principio de igualdad y no discriminación, quienes juzgamos, debemos tener presente la discriminación contextual y estructural que obstaculiza el ejercicio de los derechos de las personas discapacitadas. En nuestro caso, la exclusión de la hermana discapacitada de la "*unidad familiar*" tiene una repercusión económica negativa en la propia persona discapacitada, afectándole negativamente en la cobertura de sus necesidades vitales y en su bienestar personal y familiar.

Las sentencias tienen el potencial de visibilizar y revertir los efectos de inequidad derivados de las estructuras de poder basadas en prejuicios que sostienen la exclusión y marginación.

Una justicia sin perspectiva de derechos humanos, no es justicia.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ROJAS RIVERO, GLORIA P. (dir). *Las "mareas" de la igualdad en el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Albacete, Bomarzo, 2024, 163 págs.

doi: 10.20318/femeris.2024.8646

Esta obra colectiva, dirigida por la profesora Rojas Rivero, se enmarca dentro de la temática de tan actualidad relativa a la igualdad en el ámbito de Derecho del Trabajo, y tiene como objetivo analizar las reformas legislativas que se han aprobado recientemente en la materia, y que ya adelantamos que no son pocas. Esta obra se ha enfrentado a una materia compleja, caracterizada por su dispersión normativa, así como por la proliferación de nuevas disposiciones o modificaciones en las ya existentes. No obstante, este trabajo ha sabido superar estos obstáculos y gran parte de su valor reside en la excelente capacidad de síntesis que sus autores han demostrado, ofreciendo un texto que refleja el panorama actual de manera breve, pero no falto de contenido por ello. Asimismo, este libro no solo ofrece una fotografía de actualidad del contexto laboral al que se enfrenta la mujer trabajadora, sino que además logra, y con creces, uno de los objetivos que se propone su directora: ofrecer al lector un espacio de análisis y reflexión.

Este libro aborda tristemente una realidad ya conocida: la desigual situación de la mujer en el mercado de trabajo respecto del hombre. Principalmente, sus autores abogan por la tan necesaria aplicación de la perspectiva de género en la regulación jurídica; o lo que es lo mismo, la toma en consideración de que las mujeres parte de una desigual situación en la sociedad marcada por el rol de género que se les asocia.

Cada uno de los cinco capítulos que conforman esta obra, y que abordan cada uno de ellos una materia diferente relacionada con el ámbito del trabajo, son de imprescindible lectura para cualquiera que desee conocer el rumbo que está adoptando la regulación jurídica laboral en nuestro país para lograr su compromiso de hacer efectiva la igualdad, en especial en lo que se refiere a la igualdad entre mujeres y hombres. Los temas que se tratan a lo largo de sus páginas, por este orden, son: la seguridad social, a cargo del profesor Rodríguez Bravo de Laguna; el capítulo sobre prevención de riesgos laborales es obra de la profesora Fumero Dios; la profesora Melián Chinaea estudia

la negociación colectiva; y las investigadoras predoctorales Casanova Martín y Viña Cruz escriben sobre trabajadoras migrantes y sobre el trabajo digital, respectivamente.

El primer capítulo aborda los retos a los que debe hacer frente la seguridad social. La aplicación de la perspectiva de género en un primer momento pareció quedar olvidada por un legislador extremadamente preocupado en lograr la sostenibilidad financiera del sistema. Sin embargo, y gracias al impulso que ha propiciado la Unión Europea en hacer que los Estados miembros garanticen las mismas oportunidades de acceso a las pensiones tanto a hombres como a mujeres, podemos hacer referencia a dos reformas legislativas aplaudidas por haber sido capaces de integrar la perspectiva de género. El autor se refiere al acceso a la protección por desempleo de las empleadas del hogar y al establecimiento de derechos relacionados con el bienestar de la salud sexual de la mujer trabajadora. No obstante, todavía las reformas en materia de la edad de acceso a la jubilación o el posible establecimiento de una jubilación forzosa y bajo qué requisitos sigue siendo una cuestión candente que se plantea como respuesta a los problemas económicos que atraviesa nuestro sistema de seguridad social.

La negociación colectiva ha demostrado ser un recurso adecuado para lograr unas condiciones laborales equitativas entre hombres y mujeres, por ende, instrumento idóneo para superar la brecha digital de género. Además, se debe tener en cuenta que el marco jurídico obliga a que toda negociación se haga con perspectiva de género. En un contexto que aboga por dar más peso a la autonomía colectiva han de destacarse los planes de igualdad. Resultan de interés dos aspectos relacionados con su régimen jurídico. Primero, las reglas que se han desarrollado para acordar quiénes son los sujetos legitimados para su negociación, que han llevado a la jurisprudencia a rechazar el uso de comisiones ad hoc. Segundo, la determinación de la eficacia jurídica de un plan de igualdad cuando no ha sido negociado, y que se plantea limitada para así no debilitar el papel de la negociación colectiva.

Si hay que destacar un ámbito en que la aplicación de la perspectiva de género es, si cabe, aún más imperante es el de la salud laboral. Es llamativa la falta de aplicación que aún hoy sigue habiendo de la misma, pese a que se ha puesto de manifiesto que, si la perspectiva

de género no se tiene en cuenta, determinados riesgos laborales pasaran desapercibidos, y por lo tanto su gestión y control será insuficiente. Diversos estudios apuntan a que los estereotipos de género hoy siguen presentes en la seguridad y salud laboral. Sin embargo, no se puede olvidar que, por un lado, las mujeres se ven expuestas a sufrir en mayor medida problemas psicosociales en el trabajo; y por otro, que también padecen riesgos físicos propios de tareas feminizadas como es el trabajo de cuidados y de limpieza. En cualquier caso, este análisis, aun estando circunscrito al ámbito de la prevención de riesgos laborales, defiende una idea extrapolable a cualquier otro terreno, como se aprecia en otras partes de esta obra: la aplicación de la perspectiva de género ha de ser un compromiso real y efectivo, y no quede relegada a un segundo plano en la elaboración de normas o en su puesta en práctica.

Hablar de población extranjera se hace imprescindible porque, casi con total certeza puede afirmarse que, fruto del actual proceso de globalización, la población extranjera en nuestro país irá en aumento. La búsqueda de empleo es una de las principales razones que lleva a las personas a emigrar. Las mujeres inmigrantes se enfrentan a una fuerte segregación horizontal del mercado de trabajo, ya que se concentran en empleos dedicados a la limpieza, hostelería y restauración, y al trabajo doméstico; todos ellos caracterizados por precarias condiciones de trabajo y un bajo nivel de protección social. A la situación de las trabajadoras extracomunitarias hay que sumar los obstáculos administrativos que puedan encontrar a la hora de conseguir una autorización que les permita residir y trabajar en nuestro

país de manera legal; o en caso de no hacerlo, las dificultades derivadas de encontrarse en situación irregular administrativa.

Estudiadas las especialidades y dificultades a las que se enfrenta el trabajo femenino, termina el libro con el capítulo referido al impacto de las nuevas tecnologías en la prestación laboral, invitando a tener un momento de reflexión acerca de si son éstas una oportunidad positiva para mejorar las condiciones de trabajo de la mujer, o si, por el contrario, si su impacto es negativo. El debate se centra en la aún problemática desigual distribución del tiempo de trabajo y tiempo dedicado al cuidado, y se estudian las posibilidades que brinda el auge tecnológico a efectos de lograr una corresponsabilidad que implique tanto a hombres como mujeres a partes iguales en las tareas de cuidado. Para que esto se materialice en resultados positivos que avancen en objetivos de igualdad, es necesario garantizar que el trabajo a distancia se aplique con perspectiva de género y no sirva únicamente para que las mujeres queden relegadas al ámbito del hogar. También es importante la garantía de un derecho a la desconexión digital, no solo porque el trabajo a distancia pone en peligro el tiempo de descanso al difuminar sus contornos con el tiempo de trabajo, sino que es especialmente relevante para paliar las dificultades que en la conciliación laboral puedan encontrar las mujeres que trabajan a distancia, y logren así un tiempo de descanso de calidad.

Beatriz Sánchez-Girón Martínez
Universidad Pontificia Comillas
ORCID: 0000-0001-8850-5983
bsanchezg@comillas.edu