

Aplicación al ámbito laboral de las novedades introducidas por las últimas normas sobre igualdad de trato y no discriminación

Application to the workplace of the innovations introduced by the latest regulations on equal treatment and non-discrimination

Ana Isabel García Salas

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Carlos III de Madrid*

ORCID ID: 0000-0001-7160-5005

doi: 10.20318/labos.2023.7931

Resumen: En el último año, la tormenta normativa en la que nos hemos sumido ha contribuido, entre otros logros, a una mayor ¿y mejor? codificación de los derechos a la igualdad de trato y no discriminación, a través de diversas regulaciones. Con mayor o menor acierto técnico-jurídico, lo evidente es que han alcanzado una significancia a la que no ha sido ajena el ordenamiento laboral. Reflexionamos aquí sobre las novedades más destacadas recogidas en estas normas en la medida en que han terminado afectando a nuestra disciplina.

Palabras clave: Novedades, igualdad, no discriminación, ley trans.

Abstract: In the last year, the regulatory storm into which we have plunged has contributed, among other achievements, to a greater (but better?) codification of the rights to equal treatment and non-discrimination, through various regulations. With more or less technical success, what is evident is that they have reached a significance in which the employment law is a protagonist. We reflect here on the most outstanding novelties included in these regulations to the extent that they have ended up affecting employment law.

Keywords: New regulations, equality, non discrimination, transgender law.

1. Una Ley de Igualdad de carácter integral

Comenzaba la ponencia que da paso a este escrito recordando las palabras de la profesora María Emilia Casas hace unos meses, en un seminario sobre este tema en la Universidad Carlos III de Madrid, en el que afirmaba que: “Cada momento histórico ha exigido una

determinada igualdad”¹. En la misma línea, reconocía D. Miguel Rodríguez-Piñero en un artículo reciente² que el concepto de discriminación, que tiene su base más propiamente en la protección de la dignidad de la persona, ha ido cambiando con el tiempo “tanto en la propia noción como en la lista de “factores odiosos” inaceptables y considerados y tratados como discriminatorios”. Y efectivamente, lo que hemos entendido y ahora entendemos por igualdad o por discriminación ha sufrido, sin duda, una evolución, no solo a lo largo del siglo XX, sino también en lo que llevamos de siglo XXI. Probablemente, todos los derechos precisan ser complementados en algunos momentos y actualizados en otros.

Tras un año de la aprobación de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, sabemos que buena parte de su articulado no ha tenido un extraordinario impacto a nivel jurídico, pues estamos ante una ley con cierta vocación divulgativa. De hecho, en algunos aspectos, se ha desperdiciado, en mi opinión, la oportunidad de cubrir o aclarar determinadas lagunas normativas. Pero es cierto también que ha sido una ley con relativa significancia, y que incluyó algunas novedades que nos parece conveniente comentar con la perspectiva del tiempo que ha pasado y las reacciones que ha suscitado.

En cuanto a su significancia, la Ley 15/2022 traspone de manera más adecuada las directivas europeas vigentes en materia de igualdad³. Se erige como ley general frente a leyes sectoriales o parciales, como la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres o 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 (que la Ley 15/2022 no deroga), y como lo es también la nueva Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI (más conocida como Ley Trans); pero “respecto al resto de las causas de discriminación, la regulación era claramente insuficiente, dispersa y asistemática”⁴. Nos encontramos, por tanto, ante una ley integral respecto de los motivos de discriminación (incorporando todos los hasta ahora codificados y algunos más). Dice su Exposición de Motivos (EM) que esta ley “tiene la vocación de convertirse en el mínimo común normativo que contenga las definiciones fundamentales del derecho antidiscriminatorio español y, al mismo tiempo, albergue sus garantías básicas”. En realidad, no pretende tanto reconocer nuevos derechos como garantizar los que ya existen (en lo que se ha definido como ley de garantías); destacando

¹ CASAS BAAMONDE, M.E., “La nueva regulación legal de la igualdad y no discriminación a la luz de la Ley 15/2022”. Máster de Asesoramiento y Consultoría Jurídico Laboral. Campus Puerta de Toledo. UC3M. 20 de diciembre de 2022.

² RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M., “Los contornos de la discriminación”, en *Temas Laborales*, núm.162/2022, p.12.

³ Directivas 2000/43/CE y 2000/78/CE.

⁴ ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A., “La ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación: una regulación necesaria con un problema grave de enfoque”, en *Briefs de la AEDTSS*, 2022. <https://www.aedtss.com/la-ley-integral-para-la-igualdad-de-trato-y-la-no-discriminacion-una-regulacion-necesaria-con-un-problema-grave-de-enfoque/>

la introducción de instrumentos para abordar los casos de discriminación más graves. Básicamente, la norma positiviza una serie de conceptos, que ya estaban siendo empleados por nuestros tribunales, influenciados en gran medida por el derecho europeo, a los que me referiré enseguida. Lo que se pretende, en definitiva, es hacer frente de manera omnicomprendensiva a todas las formas de discriminación, atendiendo de manera particular a formas históricas (dice su EM), como resultado de una situación de exclusión social y sometimiento sistemático a través de prácticas sociales, creencias, prejuicios y estereotipos; pero también codificando nuevas realidades.

Antes de entrar en materia, hemos de detenernos en una de las cuestiones más llamativas de esta Ley, como ha sido su aprobación a través de ley ordinaria (igual que la Ley Trans, que también regula en definitiva los derechos de igualdad de trato y no discriminación, con algunos preceptos casi idénticos). Siendo ley orgánica la 3/2007 –aunque no lo son todas sus disposiciones–, se esperaba una norma de distinto rango; lo cual no quiere decir que fuera absolutamente preciso que esta ley se aprobara como ley orgánica. Tampoco lo es el art. 17 ET, que ha venido regulando la no discriminación en las relaciones laborales. Y es que ya declaró el TC, en S. 76/1983, de 5 de agosto, que la reserva de ley orgánica corresponde al “desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas” (según el art.81.1 CE), que la propia Constitución sistematiza en los arts. 15 a 29, quedando fuera, por tanto, el art. 14. No obstante, ha de recordarse también que los derechos fundamentales no son solo los comprendidos en la Sección 1ª del Capítulo II del Título I de la Constitución; por lo que es difícil no considerar al derecho a la igualdad y a la no discriminación merecedor de las mismas garantías –como sí le reconoce el art.53.2 CE, por ejemplo, en relación con la tutela judicial a través de un procedimiento preferente y sumario o la propia tutela constitucional y en amparo–. Y sobre todo porque la Ley 15/2022 es una norma muy compleja, con un ámbito de aplicación muy amplio, tanto subjetivo (personas, físicas o jurídicas, públicas o privadas) como objetivo (el trabajo por cuenta ajena y propia, la educación, la sanidad, los medios de comunicación, las redes sociales, la gestión masiva de datos, etc.), que se aplica a aspectos muy distintos, lo que aconsejaba probablemente que se hubiera publicado definitivamente como ley orgánica (no porque ley ordinaria y ley orgánica tengan distinta jerarquía normativa, sino por una cuestión competencial)⁵. Así, como afirmaron Eva Blázquez y Daniel Pérez del Prado: “desde un punto de vista técnico, esta habría sido una fórmula acertada, no solamente porque se unifica el texto normativo al ser su objeto el mismo, sino porque se da le da una especial relevancia en el plano formal, si se prefiere estético. Solo razones de índole política explican esta separación, por más que en el estricto técnico jurídico esté justificado”⁶. Pero reconozcamos que estamos ante un tema controvertido; teniendo

⁵ El Tribunal Constitucional en fecha temprana (STC 5/1981) y posteriormente (entre otras, en la STC 213/1996) se alinea en torno a la idea de que las leyes orgánicas y las ordinarias no se sitúan en distintos planos jerárquicos, por lo que el principio de jerarquía normativa no es fundamento adecuado para enjuiciar la posible inconstitucionalidad de una ley ordinaria por supuesta invasión del ámbito reservado a la ley orgánica, sino que lo es el principio de competencia.

⁶ BLÁZQUEZ AGUDO, E. y PÉREZ DEL PRADO, D., “La Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para

en cuenta, además, que, si la reserva de ley orgánica impide a la ley ordinaria regular las materias reservadas a aquélla, a la inversa también sería disconforme con la Constitución que la ley orgánica invadiera materias reservadas a la ley ordinaria (SSTC 5/1981 y 127/1994, así como STC 184/2012, de 17 de octubre), pues la necesidad de una mayoría cualificada para su ulterior modificación podría producir una petrificación abusiva en el ordenamiento jurídico.

2. Nuevas causas de discriminación

Sobre el ámbito subjetivo de aplicación, el art.2.1 de la Ley 15/2022 comienza reconociendo “el derecho de toda persona a la igualdad de trato y no discriminación con independencia de su nacionalidad, de si son menores o mayores de edad o de si disfrutan o no de residencia legal”. Se trata de una primera declaración algo extraña, con la que parece querer incidir la Ley sobre la vulnerabilidad en la que se encontrarían, por ejemplo, personas extranjeras, inmigrantes –legales o ilegales–, o incluso menores no acompañados en esta materia; aunque en la Disposición Adicional Cuarta, se afirma que lo dispuesto en esta ley no afecta a lo establecido en materia de extranjería. Aquí es donde se empieza a percibir que estamos ante una ley que no pretende en la mayoría de sus postulados introducir nuevas cuestiones o nuevos derechos, sino codificar máximas que ya se encuentran integradas en nuestro ordenamiento de alguna u otra manera (recuérdese, por ejemplo, el reconocimiento de los derechos fundamentales específicamente laborales para los trabajadores extranjeros “ilegales”, primero por el TC y posteriormente por la legislación de extranjería⁷).

Continúa este apartado primero con las causas de discriminación: “Nadie podrá ser discriminado por razón de nacimiento, origen racial o étnico, sexo, religión, convicción u opinión, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, expresión de género, enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos, lengua, situación socioeconómica, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”. El art.2.1 añade, por tanto, en relación con el art. 17 ET: identidad sexual, expresión de género, enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos. En este último caso particular-

la igualdad de trato y la no discriminación: un gran paso de final incierto”. *Revista Femeris*, Vol. 7, No. 3, p. 6. <http://www.uc3m.es/femeris>

⁷ El art.11 de la L.O. 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, reconoció en sus versiones originales el derecho a sindicarse libremente y el derecho de afiliación a organizaciones profesionales, a los trabajadores extranjeros que estuvieran autorizados para trabajar, excluyendo a los trabajadores irregulares de este derecho. Sin embargo, se produjo un cambio radical de la concepción, titularidad y ejercicio de los derechos de los extranjeros, con la reforma elaborada por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, bajo la interpretación constitucional y la adecuación al marco internacional de los mismos, con las SSTC 236/2007, de 7 de noviembre y 259/2007 de 19 de diciembre de 2007, y posteriores; las cuales ponían de manifiesto que el trabajador inmigrante, aún en situación irregular, goza de un estándar mínimo de derechos fundamentales en su condición de persona (y especialmente de persona que trabaja), de manera que, con estas restricciones al derecho a la libertad sindical, se estaba incurriendo en discriminación.

mente, se incorpora así al ordenamiento español de manera general⁸ un factor de discriminación que ha venido siendo reconocido en los textos internacionales⁹. Lengua dentro del Estado español ya se menciona en el ET; como también la condición social, en lugar de la situación socioeconómica a la que se refiere la Ley 15/2022, que puede vincularse igualmente con el ámbito educativo, el sinhogarismo y las situaciones de pobreza o aporofobia.

Algunas de las causas novedosas (identidad sexual, expresión de género, además de características sexuales) han sido incluidas expresamente en el texto del art.17 ET y en el art. 4.c) ET por mor de la Ley 4/2023, pero otras no. Y ello no tiene otra explicación, a mi entender, que el hecho de que la Ley 15/2022 no ha previsto expresamente que se modifique el ET, y la Ley 4/2023, sí (la cual también introduce modificaciones a la Ley de Empresas de Trabajo Temporal en la DF 3ª, a la LISOS en la DF 6ª, al Estatuto del Trabajo Autónomo en la DF 9ª o al Estatuto Básico del Empleado Público en la DF 16ª, en los términos que marca el leitmotiv de esta ley). Luego sí es cierto que la Disposición Final Octava, apartado 2, de la Ley 15/2022, establece que los artículos 9 a 11 (empleo por cuenta ajena, negociación colectiva y empleo por cuenta propia) constituyen legislación laboral, en los cuales se hace referencia en todo momento a (todas) las causas previstas en esta ley. La técnica legislativa nuevamente es algo caótica. Así, por ejemplo, el art. 8.12 LISOS ha sido modificado para que prevea ya expresamente como infracción la discriminación por razón de identidad sexual, expresión de género o características sexuales, pero no por enfermedad o condición de salud, aunque la salud sí se ha añadido como motivo de discriminación en el acceso al empleo al art.16.1.c) LISOS por parte de la DF1ª de la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo y ya sabemos de la importancia del principio de tipicidad en el derecho administrativo sancionador (sobre lo que más adelante nos referiremos).

Las nuevas causas tampoco las define la ley, por lo que deberemos interpretarlas acudiendo a la jurisprudencia, a otros preceptos de la propia ley, o a otras leyes, incluso a normativa autonómica¹⁰. En el caso de la identidad sexual, por ejemplo, la STC 67/2022, de 2 de junio, que prefirió el término identidad de género (menos restrictivo

⁸ El art. 6 de la Ley 14/2007 de 3 de julio, de Investigación Biomédica, ya declaraba que “nadie será objeto de discriminación alguna a causa de sus características genéticas”.

⁹ Así, el art.6 de la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos de la UNESCO (1997), el art.11 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano aplicado a la Biología y a la Medicina (ratificado por España el 4 de abril de 1997), el art.7 de la Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos (2003), o el art. 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2009).

¹⁰ Así, por ejemplo, podemos traer a colación la Ley 19/2020, de 30 de septiembre, de igualdad de trato y no discriminación, de la Comunidad Autónoma de Cataluña, que recoge en su artículo 4 un conjunto bastante completo de definiciones, entre las que se incluyen la discriminación por razón de género: “La situación discriminatoria en que se encuentra una persona que es, ha sido o puede ser tratada, por razón de sexo o de circunstancias directamente relacionadas con su condición biológica, de una forma menos favorable que otra en una situación análoga. No son medidas discriminatorias por razón de sexo las que, aunque planteen un tratamiento diferente para hombres y mujeres, tienen una justificación objetiva y razonable, como las que fomentan la acción positiva para las mujeres, en la necesidad de protección especial por motivos biológicos o en la promoción de la corresponsabilidad entre hombres y mujeres”.

que el legal), la define como “la identificación de una persona con caracteres definitorios del género que pueden coincidir o no hacerlo con el sexo que se le atribuye, en virtud de los caracteres biológicos predominantes que presenta desde su nacimiento”. También define expresión de género como “el modo en que una persona exterioriza su género, en el contexto de las expectativas sociales, en relación con el modo de vestir, el uso de uno u otro nombre o pronombre, el comportamiento, la voz o la estética”. Más allá de esta cuestión, es la Ley 4/2023, la que ha ahondado en estos temas, como es lógico, refiriéndose en su art.3 a la prohibición de discriminación (de todos los tipos) por razón de orientación sexual (definida como atracción física, sexual o afectiva hacia una persona, que puede ser heterosexual, homosexual, o bisexual) e identidad sexual (esto es, vivencia interna e individual del sexo y como cada persona la siente y autodefine, pudiendo o no corresponder con el sexo asignado al nacer), expresión de género (aquí definida como manifestación que cada persona hace de su identidad sexual) o características sexuales (no definidas, pero referidas básicamente, entendemos, a aquellas características que distinguen un sexo de otro).

Asimismo, como hemos mencionado, la Ley 15/2022 introduce la discriminación por enfermedad (y más genéricamente, por condición de salud, y otros estados, predisposición genética y trastornos). Y lo hace de manera diferenciada de la discapacidad (incluso en su concepto amplio, según doctrina comunitaria¹¹); cuestión que ha revolucionado el espectro laboral, particularmente en materia de despidos, y más particularmente de despidos de trabajadores en incapacidad temporal, y que, por la necesidad de un análisis más profundo, no será objeto de este estudio, sino de otro de los trabajos de este número monográfico.

Esta permanente ampliación de los motivos de discriminación también ha sido analizada por el profesor Rodríguez-Piñero, ligándola con la propia transformación del significado de la discriminación de la que hablábamos al principio. Progresivamente se ha ido poniendo el acento, no tanto en la intención discriminatoria en sí, sino más bien en las consecuencias del trato diferenciado para la víctima y sus iguales, por el hecho de ser miembros de un determinado grupo o categoría de personas o por sus elecciones personales, para lo que “ha tenido una importancia relevante la aceptación de la noción de discriminación indirecta, que por su naturaleza tiene siempre una dimensión colectiva”¹².

Es por ello, que ha llamado la atención en esta Ley la omisión de circunstancias como la obesidad y el sobrepeso; que no siempre van relacionadas con la condición de salud o la discapacidad (en el sentido que le reconoció el TJUE¹³), sino que a menudo tienen que ver con el aspecto físico y la propia imagen, o incluso con un rechazo simple-

¹¹ STJUE de 11 de julio de 2006 (Asunto C-13/2005 Chacón Navas) y todas las posteriores.

¹² RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M., “Los contornos de la discriminación”, *op.cit.* p.16.

¹³ La STJUE de 18 de diciembre de 2014 (Asunto C 354/13 Karsten Kaltoft) confirmó que, pese a no existir en el Derecho Comunitario una prohibición de discriminación por obesidad, sí resultaba posible calificar como “discapacidad” el exceso de peso de un trabajador, siempre que le supusiera una serie de dolencias físicas o psíquicas que, a su vez, le limitaran, durante un largo periodo de tiempo, su participación en la vida profesional en igualdad de condiciones que los demás trabajadores.

mente fruto del prejuicio (lo que se ha llegado a denominar “gordofobia”). De hecho, la prohibición de discriminación por este motivo ya se menciona de manera genérica dentro de nuestro ordenamiento, concretamente en el art. 37 de la Ley 17/2011, de 5 de julio, de seguridad alimentaria y nutrición. Es cierto que, siendo así, la obesidad no se ha incorporado, sin embargo, al art.17 ET de forma expresa, y caben dudas de que la Ley 17/2011 pudiera ser directamente aplicable al ámbito laboral¹⁴, pues no se hace ninguna referencia a ello en la norma. De hecho, doctrina judicial posterior, como la STSJ C. Valenciana 1259/2012 de 9 mayo¹⁵ (aunque referida a unos hechos anteriores a 2011), declaró improcedente, y no nulo, un despido por falta de llamamiento de un trabajador cuya obesidad en anteriores campañas no había supuesto un impedimento para la ejecución de los cometidos propios de su puesto de trabajo; pues la obesidad, según se entendió, no es una causa de discriminación, “sin que ni la normativa nacional, ni la comunitaria, haga referencia a esta circunstancia como causa de discriminación en sí prohibida y sin que pueda hablarse de una histórica segregación de las personas aquejadas de obesidad, máxime cuando en las sociedades actuales, es esta una enfermedad que afecta a la mayor parte de la población, y cuando, en el presente caso, no concurren circunstancias para estimar que la obesidad haya sido considerada en dimensión distinta de la alteración de la salud que supone o que puede suponer”. Pero no ha de negarse que al menos como apariencia física puede ser encuadrada como causa de discriminación en la cláusula abierta del art.14 CE, en cuanto pudiese afectar a la dignidad del trabajador como persona, tratándose de una condición indeleble y de un motivo de diferenciación injusto, y hasta odioso¹⁶. Tampoco es cierto que, a efectos de su consideración como móvil discriminatorio, afecte a la mayor parte de la población, sino en todo caso, a un grupo no superior al que constituyen las mujeres. Y no puede decirse que no haya sido tradicionalmente objeto de cierto rechazo o trato diferenciado; aunque no sea un problema histórico de la Humanidad, sino con origen reciente en el siglo XX. Es más, cuando las resoluciones judiciales ponen el acento en que se cumplan los requisitos del puesto de trabajo, nos dan a entender que, si no existiese ese requisito o cualquier otro legítimo interés empresarial, podríamos estar hablando de un motivo de diferenciación ilegítimo.

Finalmente, debemos subrayar la reciente recepción normativa de un nuevo motivo de discriminación o, más bien, de un nuevo subtipo de discriminación por razón de sexo, a través de la reforma exprés operada por el Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio; el cual, entre otros temas heterogéneos (con una técnica legislativa que ya se describe por sí sola), traspone la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de

¹⁴ Como sí defiende en su interesante artículo MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, M.A., “Obesidad y Sobrepeso, ¿Causa de discriminación laboral autónoma o necesaria vinculación con la discapacidad o la propia imagen?”, en la *Revista Trabajo, Persona, Derecho y Mercado*, de 29 de abril de 2022. <https://grupo.us.es/iwpr/2022/04/29/obesidad-y-sobrepeso-causa-de-discriminacion-laboral-autonoma-o-necesaria-vinculacion-con-la-discapacidad-o-la-propia-imagen/>

¹⁵ ECLI:ES:TSJCV:2012:4029.

¹⁶ En GARCÍA SALAS, A.I., *Necesidades empresariales y derechos fundamentales de los trabajadores*, Lex Nova, 2016, p.281.

20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores. Se reforma concretamente el art. 4.2.c ET para incluir el derecho de los trabajadores a no ser discriminados por razón de sexo (que cambia su ubicación), “incluido el trato desfavorable dispensado a mujeres u hombres por el ejercicio de los derechos de conciliación o corresponsabilidad de la vida familiar y laboral”. Se sigue hablando de discriminación por razón de sexo (y no de discriminación por conciliación o por circunstancias familiares) ante la evidencia aún hoy de la mayor carga soportada históricamente por las mujeres en este sentido y en la consideración de que la vulneración de los derechos de conciliación (aún de hombres) a quien termina perjudicando principalmente es a la mujer¹⁷. No se modifica, sin embargo, el art. 17 ET esta vez, ni tampoco el art.8.12 LISOS –reconociendo el derecho expresamente, por tanto, pero no las consecuencias de su vulneración–, aunque se amplían los supuestos de nulidad objetiva del despido de los arts. 53.4 y 55.5 ET para los trabajadores que hayan solicitado o estén disfrutando de las adaptaciones de jornada previstas en el artículo 34.8 ET.

3. Formas de discriminación y otros criterios a tener en cuenta

En cuanto a los tipos de discriminación (definidos en el art.6 de la Ley 15/2022), a las modalidades más clásicas (de discriminación directa e indirecta), se añaden otras más recientemente identificadas; algunas con cierta tradición ya, como la discriminación por asociación, por transferencia o refleja (esto es, cuando una persona o grupo en que se integra, debido a su relación con otra sobre la que concurra alguna de las causas previstas en la ley, es objeto de un trato discriminatorio)¹⁸ o el acoso discriminatorio (cuando, por razón de alguna de las causas de discriminación previstas en la ley, el sujeto se conduce con el objetivo o la consecuencia de atentar contra la dignidad de una persona o grupo en que se integra y de crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo); y otras más novedosas, como la discriminación por error (aquella que se funda en una apreciación incorrecta acerca de las características de la persona o personas discriminadas; cuando, por ejemplo, la empresa cree erróneamente que concurre una determinada circunstancia y actúa de forma discriminatoria, viéndose la víctima igualmente

¹⁷ Baste recordar el caso en el que, ante la existencia por acuerdo conciliatorio de una retribución variable por objetivos durante el permiso de maternidad y no durante el de paternidad (STS 793/2020, 23 de septiembre, ECLI:ES:TS:2020:2983), se advierte por el Alto Tribunal que ello “implica un claro desincentivo para el disfrute, total o parcial, del permiso de paternidad, lo que a la postre perpetúa la posición de la mujer como única responsable de las tareas domésticas y del cuidado y atención de los hijos, lo cual es una clara discriminación por razón de sexo ya que el derecho a la igualdad entre hombres y mujeres comprende, claramente, la consecución de un reparto equilibrado de las responsabilidades familiares en el cuidado de los hijos, lo que, en el supuesto que analizamos queda gravemente comprometido”.

¹⁸ Elaborada por el Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea en su S. de 17 de julio de 2008 (Asunto C-303/06 S. Coleman contra Attridge Law), y que ya ha sido aplicada desde entonces por nuestros tribunales en el ámbito social.

afectada por esa decisión injusta)¹⁹, la discriminación múltiple (cuando una persona es discriminada de manera simultánea o consecutiva por dos o más causas de las previstas en esta ley) y la discriminación interseccional (cuando concurren o interactúan diversas causas de las previstas en esta ley, generando una forma específica de discriminación; la diferencia con la anterior estribaría en que la interseccional enfatiza la interconexión entre las distintas causas discriminatorias, por ejemplo, la situación socioeconómica de personas con un determinado origen racial o étnico). Además de todo esto, se tipifican expresamente comportamientos como la inducción, orden o instrucción de discriminar y las represalias²⁰, así como la inacción y la dejación de funciones, o el incumplimiento de medidas de acción positiva (novedad de esta ley, pero ya denominada en su momento “discriminación por omisión de acción positiva” por la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana)²¹, etc. La valoración que ha de hacerse de esta tipificación no puede ser otra que calificarla de muy válida y provechosa en términos de seguridad jurídica, dada la diversidad de comportamientos discriminatorios que pueden llegar a darse.

Continuando con las novedades introducidas por la Ley 15/2022 dignas de destacar en mi opinión, me detengo en una que ya fue objeto de comentario por mi parte en el Foro de Labos²², referida al art. 4.1, párrafo segundo de la Ley, el cual considera vulneración del derecho a la igualdad y no discriminación “la denegación de ajustes razonables” (derivada de la doctrina de los ajustes razonables o de la acomodación razonable, nacida en EEUU para hacer cumplir las leyes contra discriminaciones en los centros de trabajo por motivos raciales, tradicional también en nuestra Jurisprudencia constitucional²³, y recogida en la Directiva 2000/78/CE²⁴, así como en la doctrina de nuestros

¹⁹ Circunstancia apreciada ya en la STSJ Galicia de 13 de abril de 2021 (ECLI:ES:TSJGAL:2021:975), por vulneración de la prohibición de discriminación por discapacidad ante la “apariencia” objetiva de incapacidad duradera del trabajador tras un atropello, que fue apreciada en un principio por el empresario al acudir al hospital, a la que se debe asociar un elemento subjetivo en la actuación del mismo al constatar la conexión temporal entre el accidente y la consiguiente apariencia de discapacidad, con la baja en la Seguridad Social acaecida ese mismo día. Como señala la sentencia, se aprecia “una conexión temporal tan fuerte que no cabe ninguna otra conclusión más que asociar causalmente la apariencia de discapacidad con el despido”. Se calificó como discriminación directa subsumible en el art. 2.2.a) de la Directiva 2000/78/CE.

²⁰ Que ya se encontraban previstas de algún modo en el art.17.1 párrafo segundo del ET: “Serán igualmente nulas las órdenes de discriminar y las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación”.

²¹ STSJ Comunidad Valenciana, 134/2021, de 24 de febrero (ECLI:ES:TSJCV:2021:66).

²² GARCÍA SALAS, A.I., “La obligación empresarial de realizar ajustes razonables. Un criterio que se consolida en la tutela de los derechos fundamentales”, Blog El Foro de Labos, 2022. <https://www.elforodelabos.es/2022/10/la-obligacion-empresarial-de-realizar-ajustes-razonables-un-criterio-que-se-consolida-en-la-tutela-de-los-derechos-fundamentales/>

²³ Desde la STC 19/1985, de 13 de febrero, evolucionando hasta la más reciente STC 51/2021, de 15 de marzo.

²⁴ Del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, siempre que no constituya una carga excesiva para el empleador (art. 5).

tribunales nacionales²⁵). Decía en mi entrada que, en un contexto general de conductas discriminatorias, nos sorprendió en un primer momento (para bien) su genérica mención por la Ley 15/2022. Aunque más adelante, equiparando tal denegación en el art. 6.1 a) a la discriminación directa, se definen los ajustes razonables como “las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas del ambiente físico, social y actitudinal que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular de manera eficaz y práctica, para facilitar la accesibilidad y la participación y garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos”, en una transcripción literal del art. 2 m) de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. Pero lo cierto es que hay más normas que han venido recogiendo esta idea de ajustes razonables para otros colectivos: el art. 4.3 de la Ley 10/2021, de 9 de julio, de Trabajo a Distancia, que obliga a realizar los ajustes razonables que garanticen la igualdad de estos colectivos, o el art. 34.8. ET, dando derecho a adaptaciones de la duración y distribución de la jornada de trabajo, en la ordenación del tiempo de trabajo y en la forma de prestación, para hacer efectivo el derecho a la conciliación personal y familiar (adaptación que deberá ser razonable y proporcionada en relación con las necesidades de la persona trabajadora y con las necesidades organizativas o productivas de la empresa²⁶).

Yo he afirmado que es un criterio cuya tendencia es consolidarse en la tutela de los derechos fundamentales en general: es una buena técnica para solventar, por ejemplo, el conflicto entre la libertad organizativa empresarial y derechos de los trabajadores a cambiar de turno de trabajo por necesidades de formación y promoción profesional; y, por supuesto, respecto del derecho de conciliación de la vida familiar y laboral, cuya inobservancia, lo mismo que viene ocurriendo con la denegación de ajustes razonables en los supuestos de discapacidad, podría entenderse ahora ya como una discriminación legalmente reconocida por RD Ley 5/2023²⁷, aunque la jurisprudencia viene jugando con

²⁵ Por ejemplo, las SSTSJ Galicia, de 28 de marzo de 2018 (ECLI:ES:TSJGAL:2018:2169), de 22 de julio de 2019 (ECLI:ES:TSJGAL:2019:4684) y de 13 de mayo de 2020 (ECLI:ES:TSJGAL:2020:2034).

²⁶ Según la reforma operada por el Real Decreto-ley 5/2023, “a partir de ahora la empresa deberá justificar su decisión siempre que no sea estimatoria de la petición de la persona trabajadora. Hasta ahora esta obligación solo estaba prevista cuando se denegaba la petición, pero no si se proponían alternativas” (como señala GORDO GONZÁLEZ, L., “Novedades laborales del RDL 5/2023, de 28 de junio, publicado en el BOE el 29 de junio”, Blog El Foro de Labos, 2023, <https://www.elforodelabos.es/2023/06/novedades-laborales-del-rdl-5-2023-de-28-de-junio-publicado-en-el-boe-el-29-de-junio/>). Como se sistematiza en esta entrada, la norma que se comenta incluye modificaciones en la regulación de los derechos de las personas trabajadoras a las adaptaciones de la duración y distribución de la jornada de trabajo (art. 34.8 ET), así como ampliación de permisos de conciliación de la vida personal, laboral y familiar, entre otras novedades.

²⁷ Aclara la STS 379/2023, de 25 de mayo (ECLI:ES:TS:2023:2433) que: “La mera denegación de la concreción horaria que interesa la persona trabajadora, con indicación de las causas que lo impiden no implica, por sí sólo, que se esté vulnerando el derecho de no discriminación por razón de sexo ni siquiera por discriminación indirecta. (...) La empresa alegó y así se quedó declarado probado, que la concreción horaria interesada por la trabajadora implicaba el sobredimensionamiento que ya presentaba el turno al que pretendía acceder (...) Estas razones no están conectadas con un factor discriminatorio sino ligadas a exigencias organizativas y una atención adecuada del servicio en los respectivos turnos que, suficientes o no en

esta idea desde hace tiempo²⁸. El deber de acomodación razonable es efectivamente un clásico en este tipo de derechos de *agere licere* (como los denominaba la STC 120/1990, de 27 de junio), en los que se pueden ver implicados también derechos de los trabajadores como la libertad de culto, la objeción de conciencia, el derecho a la apariencia estética, etc. Hablaríamos de que, en la medida en que el empresario tenga la posibilidad de adaptar la organización del trabajo al ejercicio del derecho fundamental del trabajador, no debería denegar ajustes razonables, sacrificando tales derechos de manera gratuita, bajo argumentos sin un fundamento empresarial sólido y suficiente, simplemente como manifestación de su deber de buena fe. Y ello debería ser aplicable para evitar conductas discriminatorias, no solo en los casos de discapacidad (que son indiscutiblemente los más evidentes), sino también frente a otros motivos de discriminación que hemos mencionado, como la religión, convicción u opinión, edad, enfermedad no discapacitante, lengua, etc. Quizás, desde el art.4.1 de la Ley 15/2022, podría sugerirse esta interpretación extensiva.

Otras máximas que se destacan en esta ley se relacionan con la extensión a todos los supuestos previstos en esta norma del denominado principio general de transversalidad (contenido en el art. 4.3), en la medida que, considerando el derecho a la igualdad de trato y la no discriminación como “un principio informador del ordenamiento jurídico”, “como tal, se integrará y observará con carácter transversal en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas”²⁹. De manera más concreta, el art. 7 recoge el mandato de interpretar el contenido de esta ley siempre del modo “que proteja con mayor eficacia a las personas o a los grupos que sean afectados por conductas discriminatorias o intolerantes”; permitiendo “las disposiciones más favorables establecidas en otras normas”. Este pasador de seguridad de que se aplicará la norma más favorable, también frente a posibles lapsus de la ley, puede originar no pocas controversias, dado que favorece la discrecionalidad sobre la favorabilidad o no de lo recogido en las distintas disposiciones, no siempre tan fácil de apreciar.

el marco de la legalidad ordinaria, evidencian una necesidad de tener que reorganizar la plantilla para que la trabajadora ejercite su derecho, pero sin que esa denegación esté conectada con un móvil discriminatorio por razón de sexo”.

²⁸ La STSJ Madrid 1070/2021, de 15 de diciembre (ECLI:ES:TSJM:2021:14897), entre otras anteriores de este mismo tribunal, condenó por discriminación por razón de sexo la negativa injustificada de la empresa a aceptar la concreción horaria propuesta por la trabajadora, no habiendo contestado a su solicitud, ni acreditado problemas de funcionamiento empresarial o de organización de servicios que justificasen la denegación del derecho solicitado. Asimismo, la emblemática STC 26/2011, de 14 de marzo, entendió que se producía una discriminación por razón de circunstancias personales o familiares y otorgó el amparo a un trabajador al que se le había negado el horario nocturno que había solicitado para cuidar a sus hijos pequeños, lo que se convirtió en exigencia a la empresa de acomodación razonable del ejercicio de un derecho fundamental por el trabajador.

²⁹ El art.4 de la LO 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, ya recoge esto mismo, que denomina Integración del principio de igualdad en la interpretación y aplicación de las normas, para el ámbito concreto al que se refiere la norma.

4. Particularidades sustantivas en el ámbito laboral

En relación con nuestra disciplina laboral y de seguridad social, de manera resumida, la Ley 15/2022 se aplicará en el ámbito del empleo por cuenta ajena y por cuenta propia, que comprende el acceso, las condiciones de trabajo, incluidas las retributivas y las de despido, la promoción profesional y la promoción para el empleo; el acceso, promoción, condiciones de trabajo y formación en el empleo público; cuestiones colectivas en materia de la afiliación y participación en organizaciones políticas, sindicales, empresariales, profesionales y de interés social o económico; y la protección social, las prestaciones y los servicios sociales (art. 3.1 a, b, c y j).

Más concretamente, en materia de empleo por cuenta ajena (art.9), “no podrán establecerse limitaciones, segregaciones o exclusiones para el acceso al empleo por cuenta ajena, incluidos los criterios de selección, en la formación para el empleo, en la promoción profesional, en la retribución, en la jornada y demás condiciones de trabajo, así como la suspensión, el despido u otras causas de extinción del contrato de trabajo”. En particular, “se entenderán discriminatorios los criterios y sistemas de acceso al empleo, público o privado, o en las condiciones de trabajo que produzcan situaciones de discriminación indirecta por razón de las causas previstas en esta ley”. Lo más importante que podemos decir al respecto es que, habida cuenta de que esta ley no modifica expresamente el ET, las causas en ella previstas que no puedan deducirse de lo ya recogido en el ET (y a salvo las que sí se han añadido por la Ley Trans) no cabe duda de que deben ser observadas igualmente como causas de discriminación en el ámbito laboral. Y lo mismo podría decirse de lo previsto de manera idéntica en el art.11 para el acceso al ejercicio y en el desarrollo de una actividad por cuenta propia o en los pactos establecidos individualmente entre la persona trabajadora autónoma y el/la cliente/a para quien desarrolle su actividad profesional, en relación con lo ya recogido en el Estatuto del Trabajo Autónomo.

Y de manera específica, siguiendo la estela de lo incorporado en el art.28.3 ET por Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, para empresas con al menos 50 trabajadores –que deberán incluir en el registro salarial una justificación de que el promedio de las retribuciones a los trabajadores de un sexo sea superior a los del otro en un veinticinco por ciento o más, tomando el conjunto de la masa salarial o la media de las percepciones satisfechas, no responde a motivos relacionados con el sexo de las personas trabajadoras–, también el art.9.6 de la Ley 15/2022 emplaza a que por vía reglamentaria se pueda exigir a las empresas que tengan más de 250 personas trabajadoras (umbral considerablemente superior al anterior, aunque sin requerir, en principio, ningún indicio de discriminación previo) que publiquen la información salarial necesaria para analizar los factores de las diferencias salariales, teniendo en cuenta las condiciones o circunstancias de discriminación prohibidas en esta ley (no solo el sexo) –y sin que nuevamente esta novedad haya sido incorporada expresamente al ET–. Dicho análisis, aunque no se señala, es de suponer que será consecuencia también de la aplicación del principio de igualdad de retribución por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor. Asimismo, a la espera de su concreción reglamentaria, podemos entender que, si la finalidad es la transparencia retributiva, ello

podría requerir información completa, sin mutilación de datos con carácter unilateral por parte de las empresas, en la medida en que aquellos pudieran resultar necesarios para dicho análisis³⁰. Y cabe que los datos que podrían requerirse, y quién podría requerirlos, estén en la línea de todo el desarrollo normativo que se está llevando a cabo precisamente para reforzar los mecanismos para la efectiva igualdad de retribución entre hombres y mujeres³¹. Es evidente que, a su vez, la empresa puede exigir el carácter reservado de esta información, tanto por lo que tiene de datos propios cuya difusión pudiera perjudicarle, como por tratarse de datos personales de sus trabajadores; particularmente para que sea de aplicación el deber de sigilo de los representantes, no se utilice la información recibida con fines distintos a la protección del derecho que se quiere garantizar, y en general se observen los límites y principios recogidos en la normativa de protección de datos³².

4.1. Algunas cuestiones relativas al acceso al empleo

Para velar por el cumplimiento de lo recogido principalmente en el art.9.1 de la Ley 15/2022, se hace alusión, en primer lugar, en el art. 9.3, a los servicios públicos de empleo, sus entidades colaboradoras y a las agencias de colocación, apuntando que deberán asimismo favorecer la aplicación de medidas para que se respete el derecho a la igualdad de trato y no discriminación indirecta, “como el currículo de vida anónimo”. Según se indica en la web del Instituto de las Mujeres³³, con el objetivo de evitar posibles sesgos discriminatorios (con mayor frecuencia a mujeres y a determinados colectivos de personas de distinta nacionalidad y origen étnico, de determinada edad, etc.), la Secretaría de Estado de Igualdad ya puso en marcha un proyecto para promover la implantación del currículum anónimo o ciego en los procesos de selección de personal, consistente en que “se suprimen referencias personales tales como: nombre, apellidos, sexo, edad, fotografía u otras circunstancias específicas con el fin de centrarlos en las capacidades de la persona candidata al puesto de trabajo a cubrir”. Otra cuestión es que la empresa los solicitara porque fueran imprescindibles. Pero muchos de estos datos, para cumplir con obligacio-

³⁰ Recomendamos, por analogía, para su consulta, la entrada de GIMENO DÍAZ DE ATAURI, P., “Registro retributivo y protección de datos. Análisis de la SAN de 23 de febrero de 2023”, en el Foro de Labos, 2023. <https://www.elforodelabos.es/2023/03/registro-retributivo-y-proteccion-de-datos-analisis-de-la-san-de-23-de-febrero-de-2023/>.

³¹ Así, por ejemplo, ver el Real Decreto 902/2020, de 13 de octubre, de igualdad retributiva entre mujeres y hombres, y 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 cumplimiento.

³² La SAN 23/2023 de 23 de febrero respalda la interpretación que de manera generalizada se estaba dando por parte de la doctrina al art. 6.1 c) RGPD, en relación con el registro y la auditoría retributiva para garantizar el principio de igualdad de trato y no discriminación por razón de sexo entre los trabajadores de una misma empresa; dicho precepto establece como base válida para el tratamiento de datos que éste sea necesario para el cumplimiento de una obligación legal.

³³ <https://www.inmujeres.gob.es/areasTematicas/PromProfesional/CurriculumVitaeAnonimo.htm>

nes empresariales, para conceder ayudas o para incluir a los trabajadores en determinados programas, pueden solicitarse perfectamente con posterioridad a la contratación (y buena parte de ellos serían voluntarios además para el trabajador).

Lo que llama poderosamente la atención, sin embargo, es la mención recogida en el art.9.5, según el cual “el empleador no podrá preguntar sobre las condiciones de salud del aspirante al puesto”. Este es un tema del que ya me he hecho eco³⁴, pues se trata de una prohibición genérica que no puede impedir, por ejemplo, que no se cumpla con la LPRL, del mismo rango normativo; la cual, para proteger también derechos fundamentales como la intimidad y la dignidad del trabajador, ordena que la vigilancia de la salud sea lo menos invasiva posible y cause las menores molestias al trabajador. Pues bien, habida cuenta de la posibilidad de que determinados reconocimientos médicos puedan realizarse legalmente antes de la contratación, un cuestionario de salud, por ejemplo, cumpliría con el juicio de proporcionalidad frente a pruebas médicas más invasivas y dolorosas, que habrían de realizarse necesariamente si todo cuestionario estuviera prohibido. Es evidente que debe tratarse de preguntas imprescindibles y necesarias³⁵; lo contrario incurriría en la prohibición de la Ley 15/2022. Aunque puede afirmarse que estas preguntas siempre han estado prohibidas, en cuanto suponen, de entrada, una vulneración del derecho a la intimidad del trabajador en el acceso al empleo, así como contrarias a la normativa de protección de datos (art.9.1 RGPD). Se trata de información sensible que, sin concurrir interés legítimo alguno, el trabajador estaría legitimado además para no contestar o mentir en su respuesta.

Por su parte, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social también deberá velar –y particularmente ella– por el respeto de todos estos derechos. Para ello, en el ejercicio de su función de vigilancia y exigencia del cumplimiento de las normas del orden social deberá incluir en su plan anual integrado de actuación el desarrollo de planes específicos sobre igualdad de trato y no discriminación en el acceso al empleo y en las condiciones de trabajo (art.9.4 Ley 15/2022). Entendemos que dicha obligación deberá ponerse en relación con los objetivos 5 y 6 del Plan Estratégico de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social 2021, 2022 y 2023³⁶.

4.2. *Novedades en materia de Derecho Colectivo*

El art. 10 de la Ley 15/2022 refiere que las limitaciones, segregaciones o exclusiones por las causas previstas en la ley también están prohibidas en materia de negociación

³⁴ GARCÍA SALAS, A.I., *La Vigilancia Inicial de la Salud laboral*, Tirant lo Blanch, 2023.

³⁵ De hecho, la Equality Act de 2010 en Reino Unido (parágrafo 60) prohíbe también expresamente que se pregunte sobre discapacidad o salud a una persona aspirante a un trabajo. Pero, a diferencia de nuestra ley, recoge la salvedad de que se trate de una pregunta necesaria con el fin de establecer si el aspirante será idóneo, si se deberá imponer a la empleadora la obligación de realizar ajustes razonables, o si el aspirante podrá llevar a cabo en definitiva toda función intrínseca al trabajo en cuestión.

³⁶ https://www.mites.gob.es/ficheros/ministerio/plan_estrategico/plan_estrategico_ITSS_2021_2023.pdf

colectiva (ya el art. 85.1 ET recoge que el contenido del convenio se encuentra sujeto al respeto a las leyes). Se insiste asimismo en que, mediante la negociación colectiva se podrán establecer medidas de acción positiva, según lo dispuesto en esta ley (se definen en el art.7 en términos similares a como las venimos conociendo) y en la legislación laboral en general, para prevenir, eliminar y corregir toda forma de discriminación en el ámbito del empleo y las condiciones de trabajo, incluidos objetivos y mecanismos de información y evaluación periódica. Puede apuntarse en esta línea que el art. 33.2 emplaza a las empresas a que realicen acciones de responsabilidad social consistentes en medidas económicas, comerciales, laborales, asistenciales o de otra naturaleza, destinadas a promover condiciones de igualdad de trato y no discriminación en el seno de las propias empresas o en su entorno social; de lo que en todo caso informarán a los representantes de los trabajadores, con los que incluso podrían concertarlas –o bien con las organizaciones cuyo fin primordial sea la defensa y promoción de la igualdad de trato y no discriminación y los organismos de igualdad de trato–.

Se hace finalmente un llamamiento en el art.10.3 de la Ley a que la representación legal de los trabajadores y la propia empresa velen por el cumplimiento de todas estas medidas. Este deber de vigilancia se extiende a las organizaciones empresariales y sindicales más representativas, las cuales deberán elaborar un informe con carácter anual sobre el cumplimiento de las disposiciones dedicadas al trabajo por cuenta ajena, la negociación colectiva y las personas trabajadoras autónomas (Disposición adicional quinta).

4.3. Aportaciones destacadas de la Ley Trans

Las medidas en el ámbito laboral recogidas en la Ley 4/2023 se limitan a un par de cuestiones –habida cuenta de que por DA Cuarta de esta Ley se establece la aplicación supletoria de la Ley 15/2022–, cuya referencia son los arts. 14 y 15. Estos preceptos están dirigidos respectivamente a las Administraciones públicas, para que promuevan, fomenten y garanticen la igualdad de trato y oportunidades de estos colectivos, y a las empresas de más de 50 trabajadores, para que, en el plazo de doce meses desde la entrada en vigor de la ley, adopten medidas particulares y protocolos frente al acoso contra personas LGTBI, a través de la negociación colectiva, cuyo contenido y alcance se desarrollará reglamentariamente (materia que es analizada en otro estudio de este mismo número).

Luego, es cierto que por Disposicional Final Decimocuarta se introducen expresamente modificaciones en el Estatuto de los Trabajadores, como ya hemos adelantado. Pero, además de añadir las nuevas causas de discriminación por cuestiones sexuales o de género en los arts. 4 y 17, nos encontramos con que algunas de las modificaciones introducidas por la norma resultan verdaderamente llamativas; como la relativa al art.11.4 y art.14.3 ET, en la que solo una coma diferencia esta versión de la anterior³⁷. Pero la

³⁷ Así, por ejemplo, el art.11.4 b) ET versión 2023 se dispone del siguiente modo: “Las situaciones de incapacidad temporal, nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia, violencia de género, interrumpirán el cómputo de la duración del

principal tiene que ver con la supresión del término “violencias sexuales” del art.37.8 ET, así como del 40.4, 40.5, 45.1.n), 49.1.m), 53.4.b) y 55.5.b) ET, que vuelven a la redacción que tenían antes de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual (“Ley del sólo sí es sí”), la cual había buscado la equiparación de las “víctimas de violencia sexual” a las víctimas del terrorismo y de la violencia de género. El porqué de este repentino cambio se lo pregunta el profesor Goerlich en una reciente entrada de El Foro de Labos³⁸, analizando la tramitación parlamentaria, la cual podría explicar lo que ha pasado: “el uso del corta-pega y la aparente separación estanca de los debates entre las dos leyes”. Sin embargo, y a pesar de la acertada propuesta que hacía el profesor, no se ha aprovechado la oportunidad de la reciente contrarreforma del Código Penal en materia de libertad sexual para subsanarlo.

Finalmente, hay una cuestión que me gustaría introducir para el debate jurídico sobre la aplicación de esta norma en la esfera laboral³⁹, y es el hecho de que la rectificación registral de la mención relativa al sexo recogida en la actual Ley Trans (artículos 43 y siguientes) sin necesidad de previa modificación de la apariencia o función corporal, que permite a la persona ejercer todos los derechos inherentes a su nueva condición, ponga en serio peligro la esencia de las medidas positivas de igualdad por razón de sexo, las cuales podrían dejar de tener sentido o exponerse a un uso fraudulento; por no hablar de que el registro del sexo llegue a ser irrelevante, o directamente se prohíba preguntarlo con el argumento de salvaguardarlo de una posible discriminación. Si esto llegara a ser así, lo pertinente jurídicamente hablando sería que al sexo o género de la persona se le terminara aplicando un tratamiento similar al de otros factores de discriminación prácticamente irrelevantes a efectos laborales –como la ideología del sujeto, por ejemplo–, sobre los que obviamente no pueden promulgarse medidas de acción positiva.

5. Novedades en materia de tutela del derecho a la igualdad de trato y no discriminación

5.1. Responsabilidades

La protección frente a las conductas que atenten contra este derecho se plantea en el art. 25.1 de la Ley 15/2022, obligando a la adopción de métodos, protocolos o medidas adecuadas para la prevención, detección y cese de situaciones discriminatorias. En caso

contrato”; y en la versión anterior: “Las situaciones de incapacidad temporal, nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia y violencia de género interrumpirán el cómputo de la duración del contrato”.

³⁸ GOERLICH PESET, J.M., “Qué ha pasado con los derechos laborales de las víctimas de violencia sexual”, Blog El Foro de Labos, 2023. <https://www.elforodelabos.es/2023/03/que-ha-pasado-con-los-derechos-laborales-de-las-victimas-de-violencia-sexual/>

³⁹ Que sigue a algunas normas autonómicas, pero es novedad a nivel estatal. Véanse, por ejemplo, los artículos 4, 5 y 7 de la Ley 2/2016, de 29 de marzo, de Identidad y Expresión de Género e Igualdad Social y no Discriminación de la Comunidad de Madrid.

de que se incumplan dichas obligaciones, ello podría dar lugar a distintos tipos de responsabilidad, según el art.25.2.

En primer lugar, se hace referencia a posibles responsabilidades administrativas; pero en el orden social no serían las tipificadas en la Ley 15/2022, sino que el régimen aplicable será el de la LISOS (según dispone el propio art. 46.2 de la Ley 15/2022). Ahora bien, mientras que los arts. 8.12 y 8.13 bis LISOS sí han sufrido algunas modificaciones por la Disposición Final 6.1 y 2 de la Ley 4/2023, ha quedado sin tipificar lo que solo es contenido de la Ley 15/2022. Nos podemos preguntar entonces, con dudas razonables, si sería infracción administrativa la discriminación por enfermedad –habida cuenta del principio de tipicidad de las infracciones, antes mencionado, pues los respectivos apartados del art. 8 LISOS no recogen ninguna cláusula genérica o coetilla final que permitiera incluir otros motivos legales diferentes a los tasados en la propia norma⁴⁰–. Tampoco podremos castigar una discriminación múltiple (o interseccional) más gravemente, como sería de esperar. Se trata de un tipo de discriminación que, de manera novedosa y estelar, la Ley 15/2022 incorpora como infracción muy grave junto al acoso discriminatorio, siendo graves los restantes. Y es que, aunque la infracción por simple discriminación del artículo 8.12 LISOS ya se califique en esta de muy grave, la norma laboral no recoge algo similar a una discriminación múltiple entre sus criterios de graduación de su art.39.2, por lo que es un elemento que quedaría absorbido sin mayor trascendencia en el procedimiento administrativo laboral (a salvo que se interpretaran como infracciones separadas, contra el mismo sujeto, por el mismo hecho, pero con distinto fundamento, alejando la aplicación del principio *non bis in idem*). Con esta remisión en bloque a la LISOS, en fin, parece que tampoco se aplicará al ámbito laboral la prohibición de conceder subvenciones, bonificaciones y ayudas públicas, a la que se refiere el art. 37.3 de la Ley 15/2022, para quienes sean sancionados en firme por infracciones muy graves según lo previsto en esta ley, ni que pueda extenderse, por tanto, a los que infrinjan el art.8.12 o el 8.13 bis LISOS –aunque el art. 37.3 quede fuera del régimen sancionador, en otro Título, y esta sea una ley general, lo cierto y verdad es que las tipificaciones de ambas normas no coinciden y la prohibición está limitada expresamente a las infracciones de la Ley 15/2022–.

En segundo lugar, los incumplimientos también podrán dar lugar a responsabilidades penales, en su caso; como podría ser, entendemos, a través del delito de discriminación grave contra los trabajadores del art.314 CP (discriminación grave en el empleo), o por el gravemente penado delito de odio del art. 510 CP, o incluso por las lesiones imprudentes recogidas en el art.152 CP, etc.

Y, en tercer lugar, se podrán exigir responsabilidades civiles por los daños que puedan derivarse; presumiéndose en todo caso el daño moral. Dice el art.27.1 Ley 15/2022

⁴⁰ Como señalaba VELÁZQUEZ, M., “La Inspección de Trabajo ante la igualdad de trato en el ámbito de las relaciones laborales”, *IUSLabor* 4/2006, p. 4, “Las discriminaciones no previstas en esta relación de causas no pueden ser objeto de sanción administrativa y por tanto tampoco de la acción administrativa de control y vigilancia sin perjuicio de la posibilidad de entablar acciones civiles de reconocimiento de derechos fundamentales o laborales en los que sí cabe una interpretación ejemplificativa y no exhaustiva de dichas causas”. (<https://www.upf.edu/documents/3885005/3889706/Administracion.pdf/ef874f38-47ff-43af-86de-1130325bc7f2>).

que este se valorará atendiendo a las circunstancias del caso, a la concurrencia o interacción de varias causas de discriminación y a la gravedad de la lesión efectivamente producida; teniendo en cuenta en su caso también la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido –el cual es un factor de ponderación que viene siendo habitual cuando se trata de extralimitaciones de la libertad de expresión–.

Obsérvese que, además de la indemnización, la reparación del daño incluirá la restitución, hasta lograr la reparación plena y efectiva de la víctima. ¿Ello puede inducir a pensar que se avalaría una protección más intensa de la tutela antidiscriminatoria en fases como el acceso al empleo? Aclara el art. 27 que la reparación se llevará a cabo “restituyendo a la víctima a la situación anterior al incidente discriminatorio, cuando sea posible”; por lo que no parece que incite a nada más de lo que se viene haciendo hasta el momento. El principal hándicap en este tema, como es sabido, es que, en ocasiones, la contratación como resultas de una discriminación en el acceso al empleo no es una opción para llevar a cabo la restitución (ya sea porque se ha contratado a otro candidato igualmente merecedor del puesto y perfectamente apto para el trabajo, ya sea porque haya desaparecido el puesto al que se aspiraba). Pero, en la medida de lo posible, la jurisprudencia transita por el restablecimiento de la víctima de la discriminación en su derecho⁴¹, o incluso condena a repetir el proceso de selección sin el estigma discriminatorio, y así se ha fallado en distintas resoluciones⁴².

Por otro lado, en el caso de que la discriminación o el acoso se produjeran en el ámbito de organización o dirección de un empresario, aun cuando no sea este el autor directo de dichas conductas también podrá ser responsable de la reparación del daño causado cuando no haya cumplido con sus obligaciones de prevención, detección y cese de situaciones discriminatorias. Una actitud empresarial tolerante, permisiva o poco diligente frente a conductas prohibidas ya traía como consecuencia la responsabilidad de la empresa por los actos dañosos llevados a cabo por sus dependientes, sin perjuicio de que posteriormente los sancione o incluso se pueda dirigir contra ellos en acciones de regreso (con base en el propio art. 1.903.4 y 1.904 del Código Civil); a lo que habría que sumar la propia responsabilidad empresarial por sus propios incumplimientos. En el terreno sancionador, no obstante, la remisión a una LISOS que no recoge esta particularidad para los casos de discriminación –aunque sí, ya de antes, para los de acoso en los apartados 13 y 13 bis del art.8–, impide extender en puridad la sanción administrativa a los casos en que no sea la empresa la autora directa de las conductas discriminatorias. No obstante ello, dada la posible disociación de autor y responsable administrativo cuando el autor directo de la discriminación hubiese actuado bajo las órdenes o simplemente por delegación del empresario, podemos estar ante una conducta típica del art. 8.12 LISOS con responsabilidad para la empresa, particularmente si concurre la inobservancia de las mencionadas obligaciones de prevención y protección frente a la discriminación por parte de aquella.

⁴¹ Véase el caso de la aspirante a una plaza en el INE que había quedado en primer lugar y que no pudo incorporarse inmediatamente por haber dado a luz a su hija, en la STC 108/2019, de 30 de septiembre.

⁴² Entre otras, por ejemplo, puede observarse en la STS (Contencioso-Administrativo) 4/2020, de 14 de enero (ECLI:ES:TS:2020:91).

Por último, ante la previsión realizada en la Ley 15/2022 de que se cree una Autoridad Independiente para la Igualdad de Trato y la No Discriminación (que tendría que estar ya funcionando, como han denunciado algunas asociaciones, pues había un plazo de seis meses, superado con creces, para constituirla), ha de puntualizarse que, a falta de toda referencia, su función no será sancionar (lo que corresponderá a las Autoridades que habitualmente asumen esta función), sino en concreto proteger y promover la igualdad de trato y no discriminación tanto en el sector público como privado, así como prestar servicios especializados de asistencia y orientación a aquellas personas que hayan podido sufrir discriminación por las causas establecidas en la Ley. Pero podrá también, entre otras funciones, investigar la existencia de posibles situaciones de discriminación que revistan una especial gravedad, ejercitar acciones judiciales en defensa de los derechos derivados de la igualdad de trato –excepto las que tengan implicaciones penales–, poner en conocimiento del Ministerio Fiscal y de la Administración del Estado los hechos que puedan ser constitutivos de infracción penal o administrativa respectivamente, y actuar como órgano de mediación o conciliación –excepto en los procesos que tengan implicaciones penales– (art. 40 Ley 15/2022).

5.2. Cuestiones procesales

El principal efecto jurídico de las conductas que se prohíben en la Ley 15/2022 es la conocida nulidad de pleno derecho de las disposiciones, actos o cláusulas de los negocios jurídicos que constituyan o causen discriminación por razón de alguno de los motivos previstos en el apartado primero del art. 2 (tal y como se reproduce en el art. 26 de dicha Ley). Esta afirmación no tendría mayor trascendencia, pues es un efecto conocido y general, si no fuera porque afecta a la aplicación del art. 55.5 ET, en tanto en cuanto este dice que “será nulo el despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la ley”, planteándose su extensión a las nuevas causas, como las relacionadas con la enfermedad o condición de salud (que hemos remitido a su estudio monográfico).

Las consecuencias de la nulidad, la solicitud de medidas cautelares y la inversión de la carga de la prueba para el demandado a las que se refiere esta ley ya están reguladas también en el procedimiento laboral de tutela de derechos fundamentales (arts. 77 y siguientes LRJS). En coherencia con esto, el art.28 Ley 15/2022 ordena la adopción de todas las medidas necesarias para que se produzca el cese inmediato de la discriminación, pudiendo acordarse la adopción de medidas cautelares dirigidas a la prevención de violaciones inminentes o ulteriores; y en relación a la carga de la prueba (justificación objetiva y razonable) de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad, aquella recaerá sobre la empresa (parte demandada) para poder destruir cualquier prueba indiciaria que presente el trabajador (parte actora o interesada), según confirma el art. 30.1 Ley 15/2022 (aunque ello no será de aplicación a los procesos penales ni a los procedimientos administrativos sancionadores). El órgano judicial o administrativo, de oficio o a

instancia de parte, podrá recabar informe de los organismos públicos competentes en materia de igualdad.

Una de las principales novedades en materia procesal laboral, a mi juicio, reside en que, sin perjuicio de la legitimación individual de las personas afectadas, los sindicatos y las asociaciones profesionales de personas trabajadoras autónomas estarán legitimados para defender los derechos e intereses de las personas afiliadas en materia de igualdad y no discriminación en procesos judiciales (también en el orden social, se dice), siempre que cuenten con su autorización expresa. Recuérdese que, según el art. 20 LRJS, a los sindicatos se les reconoce el derecho de representación en el proceso de los trabajadores afiliados para la defensa de sus derechos individuales, bastando para presumir concedida la autorización la mera comunicación previa al afectado, “salvo declaración en contrario del propio afiliado”. Sin embargo, sucede que, por ley especial y posterior, como es la Ley 15/2022, se recrudece este requisito en esta materia. Por otro lado, si se trata de una persona acosada, según la Ley Trans esta será la única legitimada en los litigios sobre acoso discriminatorio por razón de orientación e identidad sexual, expresión de género o características sexuales.

Añadir que los sindicatos también podrán actuar como interesados en los procedimientos administrativos sobre igualdad y no discriminación, siempre que cuenten con la autorización de la persona o personas afectadas (art.31.2 Ley 15/2022); salvo cuando las personas afectadas sean una pluralidad indeterminada o de difícil determinación, para lo que no será necesaria la autorización. Esta salvedad solo se recoge, sin embargo, en la Ley 15/2022 para los procedimientos administrativos. Aunque también se ha introducido en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social por la Ley 4/2023 para demandar en juicio, pero solo en defensa de los derechos e intereses de las personas víctimas de discriminación por orientación e identidad sexual, expresión de género o características sexuales. Desde luego, ha de emplazarse al legislador para que solucione todas estas incoherencias legislativas fruto de la cohabitación de la Ley 15/2022 y la Ley 4/2023.