

Acciones públicas y privadas para lograr la igualdad en la empresa

Directora

Patricia Nieto Rojas

Prólogo

Eva María Blázquez Agudo

Autores

Patricia Nieto Rojas

Juana María Serrano García

Pablo Gimeno Díaz de Auri

Cristina Aragón Gómez

Amanda Moreno Solana



**ACCIONES PÚBLICAS Y PRIVADAS PARA LOGRAR
LA IGUALDAD EN LA EMPRESA**

Directora

Patricia Nieto Rojas

Prólogo

Eva María Blázquez Agudo

Autores

Patricia Nieto Rojas
Juana María Serrano García
Pablo Gimeno Díaz de Atauri
Cristina Aragón Gómez
Amanda Moreno Solana

DYKINSON
2021

Acciones públicas y privadas para lograr la igualdad en la empresa

© 2021 Autores

Editorial Dykinson
c/ Meléndez Valdés, 61- 28015 Madrid
Tlf. (+34) 91 544 28 46
E-mail: info@dykinson.com
<http://www.dykinson.com>

ISBN: 978-84-1377-637-8

Versión electrónica disponible en e-Archivo
<http://hdl.handle.net/10016/32923>



Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivadas 3.0 España

ÍNDICE

Prólogo

EVA MARÍA BLÁZQUEZ AGUDO..... 9

Capítulo I. Nulidad del despido y ejercicio de derechos de conciliación ¿es idéntica protección para padres y madres corresponsables?

PATRICIA NIETO ROJAS..... 13

1. De la conciliación a políticas de corresponsabilidad.
La implicación del hombre en las tareas de cuidado como
punto de partida 13
2. La nulidad de la decisión extintiva vinculada al ejercicio
de derechos de conciliación: ¿una garantía suficiente?..... 16
 - 2.1. El alcance material de la nulidad del despido vinculado
al ejercicio de derechos de conciliación de la vida laboral
y familiar 19
3. A modo de conclusión 40
4. Bibliografía 42

Capítulo II. La nueva regulación de los planes de igualdad

JUANA MARÍA SERRANO GARCÍA..... 47

1. Introducción 47
2. Ámbito subjetivo del RD 901/2020 48
3. Reglas procedimentales para la elaboración del plan de igualdad..... 53
 - 3.1. La comisión negociadora: formación y competencias..... 53
 - 3.2. El desarrollo del procedimiento negociador del plan..... 55
4. Contenido del plan de igualdad..... 59
 - 4.1. La importancia de elaborar un buen diagnóstico 59
 - 4.2. Contenido mínimo de los planes de igualdad. La ocasión
perdida del legislador de exigir medidas concretas..... 61
 - 4.3. El plan un instrumento vivo para la igualdad..... 77
5. Conclusiones 78

Capítulo III. Valoración del trabajo desde una perspectiva de género en la empresa y la negociación colectiva.

PABLO GIMENO DÍAZ DE ATAURI.....	79
1. El trabajo de igual valor	79
1.1. Igual remuneración por igual trabajo y por trabajo de igual valor en perspectiva histórica.....	79
1.2. El trabajo de igual valor en el ordenamiento jurídico español...	85
1.3. Parámetros determinantes del valor del trabajo	88
2. La valoración de puestos de trabajo en la empresa	110
2.1. Obligatoriedad de la valoración	110
2.2. Metodología de valoración	111
3. Negociación colectiva y puestos de trabajo de igual valor.....	115
4. Bibliografía citada.....	119

Capítulo IV. El Registro Retributivo y la Auditoría Salarial. Una apuesta por la transparencia en el RD Ley 6/2019 y el RD 902/2020

CRISTINA ARAGÓN GÓMEZ.....	121
1. Criterios de determinación de la cuantía salarial	121
2. La brecha salarial por razón de sexo y sus causas	124
3. La tutela del principio de igualdad salarial por razón de sexo	128
3.1. La prohibición de discriminación salarial por razón de sexo...	128
3.2. De la tutela antidiscriminatoria a la apuesta por la transparencia.....	131
4. Las concretas manifestaciones del principio de transparencia retributiva en el real decreto 902/2020	135
4.1. 1. Un sistema neutro de valoración de puestos de trabajo	136
4.2. 2. El registro retributivo	136
4.3. 3. La auditoría retributiva:	153
4.4. El derecho de información	158
5. Consecuencias del incumplimiento de las obligaciones de registro salarial y auditoría retributiva	167
5.1. Por la falta de registro retributivo.....	167
5.2. Por la ausencia de auditoría salarial	168
5.3. Por la existencia de discriminación retributiva por razón de sexo	168

Capítulo V. Acoso Sexual, Acoso por Razón de Género y Acoso Moral.

Los refuerzos legislativos para un tema que no pasa de moda

AMANDA MORENO SOLANA	175
1. Introducción	175
2. La regulación actual del acoso sexual, el acoso por razón de sexo y el acoso laboral	178
2.1. Normativa Europea e Internacional: el Convenio 190 de la OIT sobre la violencia y el acoso (2019)	178
2.2. Normativa Nacional: La Ley Orgánica 3/2007 de Igualdad entre Mujeres y Hombres (LOIMH) y el RD 901/2020, por el que se regulan los planes de igualdad y su registro	185
3. Negociación colectiva y protocolos antiacoso	196
3.1. Negociación y Registro de los Protocolos de Acoso	197
3.2. Contenido de los Protocolos	198
4. Valoración general y propuestas de futuro	207

PRÓLOGO

EVA MARÍA BLÁZQUEZ AGUDO

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad Carlos III (en Servicios Especiales)

Fue en un lejano 1 de abril de 2019, donde todavía era posible la celebración de eventos presenciales, cuando se desarrolló la jornada “*Acciones Públicas y privadas para la Igualdad de Género en la empresa a la luz del RD-L 6/2019*”, dirigida por la profesora Nieto, experta en la materia, en la cual tuve el placer de participar. Dicho evento es el germen del libro que ahora se prologa.

La escritura de un prólogo siempre es un gran honor, puesto que quienes detentan la autoría del estudio te reservan a ti este espacio para presentarlo. Y desde luego, este es el caso para la que ahora prologa. No solo porque las autoras son especialistas reconocidas en la materia que en este libro se aborda, sino también porque tengo la suerte de compartir hace años trabajo e ilusiones con ellas, tanto en mi faceta universitaria, como en alguna otra más allá de sus puertas. Nos une a todas ser convencidas defensoras, como no podría de ser de otra manera, de la igualdad de oportunidades en el mercado de trabajo, no solo en el ámbito del género, sino en cualquier otro, y así lo hemos puesto de manifiesto en nuestros respectivos análisis individuales, pero también en aquellos que hemos abordado de forma conjunta.

Si bien es verdad que desde la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres, se ha avanzado normativamente en el camino de la igualdad de oportunidades, sin embargo, subsisten todavía desigualdades estructurales por razón de género en las relaciones laborales, en especial en el ámbito retributivo.

Un paso importante en este camino fue también el Real Decreto- ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación. Su contenido ha sido completado recientemente por el Real Decreto 901/2020, de 13 de octubre, por el que se regulan los planes de igualdad y su registro; y el Real Decreto 902/2020, de 13 de octubre, de igualdad retributiva entre mujeres y hombres.

En el primero de estos Reales Decretos se busca ahondar en el contenido necesario y mínimo de los planes de igualdad y en la necesidad de su registro en la misma línea que los convenios colectivos. En el segundo, se regula la nueva obligación de las empresas de desarrollar un registro salarial en aras a garantizar que hombres y mujeres sean remunerados de la misma forma por trabajos de igual valor. Asimismo, se recoge el deber de auditoría salarial para aquellas empresas obligadas a tener un plan de igualdad, todas las que tienen, al menos, cincuenta personas trabajadoras, cuando finalice la transitoria, que tiene como idéntico objeto detectar el incumplimiento de esta desigualdad en el salario.

Seguramente las normas mencionadas colaboren en la consecución de la igualdad, sobre todo en el ámbito de la remuneración, donde es obligatorio que por trabajos de igual valor se reciba idéntico salario. Pero, seguirá siendo preciso seguir avanzando en este camino, puesto que la posición actual de la mujer en el mercado laboral presenta muchos condicionantes que impiden que se pueda afirmar que existe la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres.

La presencia excesiva en sectores con baja remuneración y la escasa en los que tienen mayor empleabilidad; la alta tasa de parcialidad, muchas veces elegida con el fin de dedicarse al cuidado familiar; las mayores dificultades de promoción; entre otras, son algunas de las situaciones que definen la posición de las mujeres en el mercado laboral y que dificultan la igualdad mencionada.

Y en este contexto, de nuevas normas y antiguas situaciones, siempre es necesario el análisis pausado de las causas y de las soluciones ya utilizadas, pero también son precisas nuevas sugerencias para su resolución que hagan avanzar a las trabajadoras en la igualdad de oportunidades. Y este es el objetivo de esta monografía que examina tanto las acciones públicas como las privadas que se ponen en marcha (o, en su caso, deberían ponerse) con el objeto mencionado de concluir sobre sus efectos presentes y futuros en el tema analizado.

El Capítulo primero de este estudio tiene como objeto el examen del contexto de la conciliación de la vida familiar y laboral como una de las respuestas a las necesidades de cuidado de los/as hijos/as, que asumen las mujeres mayoritariamente, lo cual afecta a sus carreras profesionales. La profesora Nieto inicia este estudio con la necesaria reivindicación de la mayor implicación de los hombres en las tareas de cuidado. En esta ocasión, de forma acertada, en vez de asumir un análisis generalista sobre esta cuestión, se plantea el estudio de la garantía de la nulidad de los despidos que se vinculen a los ejercicios de derechos de conciliación de la vida familiar y laboral, desde el

interrogante de si esta protección es idéntica para los padres y las madres. En sus conclusiones, nos pone de manifiesto que en ningún caso las responsabilidades familiares pueden determinar diferencias de trato entre las personas trabajadoras. Además, destaca como los permisos parentales, configurados con derecho individuales, sin destinarse a hombres o mujeres, deben evitar el fomento de la dedicación exclusiva o prioritaria de la mujer a las tareas domésticas y la exclusión del hombre de las mismas.

La profesora Serrano hace un análisis sobre la nueva regulación de los planes de igualdad a propósito de la publicación del RD 901/2020. Aborda el escabroso problema de la formación de la comisión negociadora y el desarrollo de la negociación. Examina el contenido esencial y mínimo de los planes de igualdad, tasación que califica de adecuada en cuanto a que elimina la arbitrariedad en las medidas a incluir en su configuración. Destaca, además, como mayor mérito de la nueva regulación de los planes su conversión en una figura viva, susceptible de modificaciones, evaluaciones o revisiones.

La profesora Aragón, por su parte, se acerca al estudio de los nuevos Reales Decretos de 2020, abordando en concreto el ámbito del registro retributivo y la auditoría salarial como apuesta por la transparencia. Dos son las aportaciones más importantes que se analizan en este capítulo. Por una parte, la autora analiza las manifestaciones del principio de transparencia retributiva (un sistema neutro de valoración de puestos de trabajo, el registro retributivo, la auditoría retributiva y el derecho de información) y, por otra, se adentra en el estudio de las consecuencias del incumplimiento de las empresas de sus obligaciones de registro y la auditoría salarial.

El profesor Gimeno completa este estudio de la nueva normativa con el análisis del concepto de “*trabajo de igual valor*” que debe ser remunerado de idéntica manera. Se aborda el examen de los criterios generales aplicables al término “valor”, tanto en la norma legal como en el más reciente desarrollo reglamentario, así como sus implicaciones en la negociación colectiva, aportando ciertas pautas para llevar a cabo dicha valoración en la empresa.

El capítulo final se dedica al acoso sexual, acoso por razón de género y acoso moral, y se encuentra a cargo de la profesora Moreno, un tema que, como ella misma califica, no pasa de moda. Parte del análisis del Convenio 190 de la OIT, un antes y un después en la regulación de estas figuras, que lleva a la necesaria adaptación de toda la normativa; pasando por la normativa nacional, para terminar, poniendo de manifiesto el papel de la negociación colectiva y los protocolos antiacoso. Estos últimos se configuran como instrumentos regulatorios idóneos para la prevención de cualquier tipo de violencia

en el trabajo, y para la solución de los conflictos surgidos una vez producidas las conductas de acoso. La autora termina declarando que hay que evitar que se conviertan en meras declaraciones de intenciones y que deben adaptarse a las nuevas tecnologías.

Con este interesante contenido, la lectura de este análisis propone un camino por las cuestiones más actuales en materia de igualdad de género en el mercado laboral, que debe ser seguido por quien desee comprender las últimas aportaciones normativas y los pasos que aún hay que dar para conseguir la absoluta igualdad de oportunidades de mujeres y hombres en el ámbito de las relaciones laborales.

Madrid, 4 de mayo de 2021

CAPÍTULO I

NULIDAD DEL DESPIDO Y EJERCICIO DE DERECHOS DE CONCILIACIÓN ¿ES IDÉNTICA PROTECCIÓN PARA PADRES Y MADRES CORRESPONSABLES?

PATRICIA NIETO ROJAS¹

Universidad Carlos III de Madrid

patricia.nieto@uc3m.es

<https://orcid.org/0000-0003-3734-3392>

1. De la conciliación a políticas de corresponsabilidad. La implicación del hombre en las tareas de cuidado como punto de partida

Son varias las herramientas legales que tratan de impedir que la asunción de responsabilidades familiares sea motivo de preterición profesional o, peor aún, que conlleve la extinción del contrato de trabajo de las personas encargadas de estos cuidados, históricamente las mujeres, pero, cada vez más, también los hombres son interpelados a la asunción de estas labores de cuidado y, en consecuencia, han de estar protegidos contra cualquier efecto negativo derivado de esta función.

La Exposición de Motivos de la Ley 39/1999², de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, ya anunciaba que su objetivo era avanzar en la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres facilitando que “los hombres puedan ser copartícipes del cuidado de sus hijos desde el mismo momento del nacimiento

¹ Este trabajo es el resultado del proyecto de investigación financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, “Cambio Tecnológico y Transformación en las Fuentes Laborales. Ley y Convenio colectivo ante la disrupción digital” dirigido por el profesor Mercader Uguina (RTI2018-094547-B-C21), y del proyecto dirigido por la profesora Molero Marañón, “Ser mujer en el mercado de trabajo”, (RTI2018-095398-B-I00).

² Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (BOE 6.11.1999).

o de su incorporación a la familia”, pero hubo que esperar al RD Ley 6/2019³, 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, para que, por primera vez, el legislador incorporase “medidas correctoras que persiguen fomentar su utilización por los hombres”⁴. Para ello, elimina la atribución preferente de derechos de conciliación de titularidad exclusiva o preferentemente femenina a favor de regulación de derechos de titularidad individual para cada progenitor, sin posibilidades de transferencia o con cuotas de reserva no intercambiables. Incluso “puede afirmarse que se va un paso más allá, al establecer acciones positivas para el ejercicio del trabajador masculino de los derechos de conciliación”⁵, tendencia que se ha mantenido en el plan MECUIDA al circunscribir los derechos de conciliación extraordinarias reconocidos en el art. 6 RD Ley 8/2020⁶, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, a los familiares por consanguinidad, no así por afinidad.

La apuesta por la corresponsabilidad se observa también en el ámbito europeo, debiendo destacar el “cambio de tono”⁷ que se observa en el discurso comunitario con la aprobación del Pilar Europeo de Derechos Sociales en 2017⁸ al reconocer como uno de los principios basilares de la UE el relativo al equilibrio entre vida profesional y vida privada, precisando que “los padres y las personas con responsabilidades asistenciales tienen derecho a permisos adecuados, a unas condiciones de trabajo flexibles y a servicios de asistencia” al tiempo que recuerda la importancia de que mujeres y hombres tengan igualdad de acceso a estos permisos, debiendo incentivarse que se usen de manera

3 Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación (BOE 8.3.2019).

4 DE LA PUEBLA PINILLA, A., “Preguntas y respuestas sobre conciliación”, *Vlex*, vol. En prensa, 2021, p. 2 del original.

5 RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E., “De la conciliación a la corresponsabilidad en el tiempo de trabajo: un cambio de paradigma imprescindible para conseguir el trabajo decente”, *Lex Social: Revista de derechos sociales*, vol. 11, 1, 2021, p. 46.

6 Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19 (BOE 18.3.2020).

7 LÓPEZ ÁLVAREZ, M. J., “Conciliación y corresponsabilidad en el ordenamiento jurídico comunitario”, *Revista Galega de Dereito Social*, vol. 9, 2019, p. 158.

8 El texto puede consultarse en https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/social-summit-european-pillar-social-rights-booklet_es.pdf

equilibrada, de forma que los instrumentos laborales de conciliación se utilicen de forma indistinta por trabajadores y trabajadoras.

Esta apuesta por la corresponsabilidad en los cuidados supone una mayor concreción que la previsión contenida en el art. 33.2 de la Carta de Derechos Fundamentales⁹, precepto que sitúa la protección de la familia dentro del Título IV, dedicado a la solidaridad, y su contenido material, a los efectos analizados en ese artículo, se conecta con los principios fundamentales de equidad y justicia social, actuando ambos como presupuestos para la consecución de la igualdad real, objetivo mucho más ambicioso que la igualdad formal¹⁰. O, dicho de otro modo, aunque las medidas analizadas están llamadas a favorecer a un grupo de personas: los trabajadores con responsabilidades familiares, la eficacia de esta respuesta tendrá un alcance mayor¹¹ sobre las mujeres, máxime cuando su trayectoria laboral se ve mucho más condicionada por la realización de este cuidado¹². Como certeramente señaló el TC¹³, “el riesgo de pérdida del empleo como consecuencia de la maternidad de las mujeres trabajadoras constituye probablemente el problema más importante –junto con la desigualdad retributiva– con el que se enfrenta la efectividad del principio de no discriminación por razón de sexo en el ámbito de las relaciones laborales”.

El presente artículo analizará cuál es la eficacia de las decisiones legales que tratan de evitar la preterición profesional de personas con responsabilidades familiares, y se planteará si es idéntica la protección si ejerce el derecho de conciliación la madre o si lo efectúa el padre, pues “cualquier obstáculo a tal ejercicio puede suponer un freno a la corresponsabilidad. Esta noción sirve por tanto a la finalidad de ampliar la protección de los derechos de conciliación, incluyendo en el ámbito subjetivo de su tutela a los propios trabajadores varones”¹⁴.

9 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM%3A133501>

10 USKAHOVA, T., “Los componentes subjetivo y objetivo en la protección de la trabajadora embarazada contra el despido en el derecho de la UE.”, en Mella Méndez, L. (ed.) *Conciliación de la vida laboral y familiar y crisis económica: estudios desde el derecho internacional y comparado*, Delta Publicaciones Universitarias, Madrid, 2015, p. 471.

11 RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, S., “Conciliación y corresponsabilidad entre la vida laboral y familiar: aspectos relevantes de su regulación y análisis de la Directiva 2010/18/UE”, *Anales de la Facultad de Derecho*, vol. 28, 2011, p. 230.

12 NIETO ROJAS, P., “Responsabilidades familiares, contrato de trabajo y trayectoria laboral de las mujeres. Algunos puntos críticos”, *Adapt*, vol. 4, 2018.

13 FJ 8º de la STC 92/2008, de 21 de julio.

14 DE LA PUEBLA PINILLA, A., “Preguntas y respuestas sobre conciliación”, cit., p. 2.

2. La nulidad de la decisión extintiva vinculada al ejercicio de derechos de conciliación: ¿una garantía suficiente?

Desde casi su creación, el interés comunitario en orden a la consecución de la igualdad de hombres y mujeres en el mercado de trabajo ha tenido en la protección contra el despido discriminatorio su manifestación más palmaria¹⁵; protección que ha transitado desde un primigenio reconocimiento respecto a la mujer embarazada hasta la vigente regulación que extiende, como no podía ser de otro modo, idéntica tutela a los padres. El ya referido art. 33 de la Carta¹⁶ “garantiza la protección de la familia en los planos jurídico, económico y social. Con el fin de poder conciliar vida familiar y vida profesional, toda persona tiene derecho a ser protegida contra cualquier despido por una causa relacionada con la maternidad, así como el derecho a un permiso pagado por maternidad y a un permiso parental con motivo del nacimiento o de la adopción de un niño”.

Que se explicita la protección contra el despido injustificado en una disposición distinta de la prevista en el art. 30 de la Carta pretende dotar de una singular protección a las personas con responsabilidades familiares¹⁷.

Esta protección contra el despido injustificado también está recogida en varios los convenios de la OIT. Ya desde el año 1919, el artículo cuarto del Convenio de la OIT número 3¹⁸, relativo al empleo de las mujeres antes y después del parto, señalaba que el despido tanto durante el período de descanso voluntario previo como durante el período de descanso obligatorio posterior al parto, e incluso durante un período posterior de ausencia al trabajo por enfermedad consecuencia del embarazo o parto, “será ilegal”. Unos años después, el Convenio número 103, de 28 junio 1952¹⁹, relativo a la protección de la maternidad, señalaba en su artículo sexto, que cuando una mujer se encuentre ausente de su trabajo como consecuencia del disfrute del descanso por maternidad, del descanso prenatal suplementario o del descanso puerpe-

15 Sobre los contornos definitorios de esta tutela, de obligada consulta, FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., “Protección antidiscriminatoria y prevención de riesgos laborales: La protección de la mujer embarazada”, *Temas Laborales*, vol. 79, 2005, pp. 11-69.

16 DOUE 26.10.2012.

17 USKAHOVA, T., “Los componentes subjetivo y objetivo en la protección de la trabajadora embarazada contra el despido en el derecho de la UE.”, cit., p. 457.

18 https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:Co03

19 https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C103

ral, será ilegal que su empleador le comunique su despido, o que la comunicación llegue a su conocimiento en fecha tal que el plazo de preaviso expire durante la mencionada ausencia.

Con un alcance mayor, el artículo octavo del Convenio número 156, de 23 de junio de 1981²⁰, sobre la igualdad de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras con responsabilidades familiares, dispone que “la responsabilidad familiar no debe constituir de por sí una causa justificada para poner fin a la relación de trabajo”. Esta protección será reforzada en el artículo 5 del Convenio número 158, de 22 de junio de 1982 sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador, en concreto en la letra e) que expresamente incluye “la ausencia del trabajo durante la licencia de maternidad” entre los motivos que no constituyen causa justa para la terminación de la relación de trabajo. Y finalmente el Convenio núm. 183 OIT, de 30 de mayo de 2000, sobre la protección de la maternidad, que prohíbe a la empresa que despidiera a una mujer que esté embarazada, durante la licencia por maternidad, o después de haberse reintegrado al trabajo durante un periodo que ha de determinarse en la legislación nacional. Como es de sobra conocido, esta protección no implica, en ningún caso, una prohibición absoluta, pues, lógicamente, la extinción del contrato podrá justificarse por motivos que no estén relacionados con el embarazo, el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia.

En la legislación comunitaria fue la Directiva 92/85/CEE del Consejo, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada²¹, que haya dado a luz o en período de lactancia, la que incorporó la prohibición del despido de las madres desde el comienzo del embarazo hasta la finalización del permiso por maternidad (art. 10)²².

20 https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C156

21 DOCE núm. 348, de 28-11-1992.

22 Como garantía para las trabajadoras, a que se refiere el artículo 2, del ejercicio de los derechos de protección de su seguridad y salud reconocidos en el presente artículo, se establece lo siguiente:

- 1) Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para prohibir el despido de las trabajadoras, a que se refiere el artículo 2, durante el período comprendido entre el comienzo de su embarazo y el final del permiso de maternidad a que se refiere el apartado 1 del artículo 8, salvo en los casos excepcionales no inherentes a su estado admitidos por las legislaciones y/o prácticas nacionales y, en su caso, siempre que la autoridad competente haya dado su acuerdo.

Estas previsiones se completan con lo dispuesto por la Directiva 2006/54²³, que reconoce el derecho de la mujer en permiso de maternidad, a reincorporarse a su puesto de trabajo o a uno equivalente en términos y condiciones que no le resulten menos favorables, y a beneficiarse de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a que hubiera podido tener derecho durante su ausencia (art. 15), extendiendo la protección que se dispensa a la maternidad a los posibles permisos por paternidad²⁴ que puedan articularse en los Estados Miembros (art. 16), habiendo calificado esta previsión como especialmente “interesante por cuanto, en ese momento, el permiso por paternidad no se encontraba expresamente regulado en las normas comunitarias”²⁵.

Con el objetivo de incrementar la corresponsabilidad en las laborales de cuidado, hace dos años se aprobó la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo, en lo sucesivo Directiva 2019/1158²⁶, cuyos considerandos 11 y 12 recuerdan que “el marco jurídico vigente de la Unión proporciona pocos incentivos a los hombres para que asuman la misma cantidad de responsabilidades en el cuidado de familiares. La ausencia de permisos parentales remunerados en muchos Estados miembros contribuye a la baja frecuencia con la que los padres se acogen a estos permisos”. Y prosigue señalando que “el desequilibrio en el diseño de las políticas sobre conciliación de la vida familiar y la vida profesional entre

2) Cuando se despidan a una trabajadora, a que se refiere el artículo 2, durante el período contemplado en el punto 1, el empresario deberá dar motivos justificados de despido por escrito.

3) Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para proteger a las trabajadoras, a que se refiere el artículo 2, contra las consecuencias de un despido que sería ilegal en virtud del punto 1.

23 DO L 204, 26-7-2006.

24 La presente Directiva no afectará al derecho de los Estados miembros a reconocer derechos específicos al permiso de paternidad y/o de adopción. Los Estados miembros que reconozcan tales derechos tomarán las medidas necesarias para proteger a los trabajadores—hombres y mujeres—del despido motivado por el ejercicio de dichos derechos y garantizarán que, al término de dicho permiso, tengan derecho a reintegrarse a su puesto de trabajo o a uno equivalente, en condiciones que no les resulten menos favorables, y a beneficiarse de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a las que hubieran podido tener derecho durante su ausencia.

25 LÓPEZ ÁLVAREZ, M. J., “Conciliación y corresponsabilidad en el ordenamiento jurídico comunitario”, cit., p. 181.

26 DOUE núm. 188, 12-7-2019.

hombres y mujeres incrementa los estereotipos y las diferencias de género en materia laboral y familiar”.

Para revertir esta situación, insta a los Estados Miembros a incentivar que los hombres y las mujeres se acojan por igual a permisos relacionados con la familia al tiempo que requiere el impulso de otras medidas de manera simultánea, significadamente la oferta de servicios de guardería y de cuidados de larga duración accesibles y asequibles, teniendo en cuenta que la existencia de estas estructuras es un factor decisivo para el mantenimiento en el mercado de trabajo de personas con responsabilidades de cuidado.

2.1. El alcance material de la nulidad del despido vinculado al ejercicio de derechos de conciliación de la vida laboral y familiar

Como se ha referido, en el seno de la UE, no solo se establece una tutela enérgica en relación a la protección de la maternidad sino en relación al ejercicio de los derechos de conciliación, toda vez que las Directivas de permisos parentales señalan que los trabajadores que ejercen su derecho a acogerse a un permiso o a fórmulas de trabajo flexible según lo previsto en esta normativa “deben estar protegidos contra la discriminación o contra cualquier trato menos favorable por este motivo”; más concretamente, “deben estar protegidos contra el despido por haber solicitado tales permisos o haberse acogido a ellos, o por haber ejercido su derecho a solicitar tales fórmulas de trabajo flexible”.

Para garantizar esta protección, señala la Directiva que “los trabajadores que consideren que han sido despedidos por ejercitar esos derechos, deben poder pedir al empleador que justifique debidamente la causa del despido”. Esta regulación ha permitido que los derechos de conciliación “se beneficien de una protección similar a la dispensada a la maternidad”, con independencia de que ejerciten este derecho hombres o mujeres. Ejemplifica esta afirmación la STJUE 22 de octubre de 2009, asunto Meerts²⁷, la cual consideró que, conforme a la previsión contenida en la Directiva 2010/18 que garantiza al trabajador los derechos adquiridos o en curso de adquisición en la fecha de inicio del permiso parental, la indemnización por despido de un padre que ha tomado ese permiso no puede calcularse con el salario reducido, y, en conse-

²⁷ Cuyo texto puede consultarse en: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=72644&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&id=1803550>

cuencia, no puede ser objeto de interpretación restrictiva, puesto que expresa un principio de Derecho social comunitario que reviste especial importancia²⁸.

Respecto a la transposición efectuada en el ordenamiento jurídico español, conviene partir de una consideración: la regulación legal del despido por hacer uso de los derechos de conciliación tiene una evidente conexión con el derecho a la no discriminación por razón de sexo²⁹, pero no es una protección exclusivamente dirigida a las mujeres, sino que se extiende también a los hombres que ejercen estos derechos, pues, como veremos, su finalidad última es proporcionar a los trabajadores con responsabilidades familiares una tutela más enérgica que la ordinaria, dispensándolos de la carga de acreditar indicio alguno sobre la conculcación del derecho.

La decisión de tutelar el bien jurídico protegido que justifica el recurso a las instituciones de conciliación se refuerza con la regulación jurídica del despido, toda vez que el ordenamiento jurídico español solo ofrece una doble alternativa: bien la procedencia, posible solamente cuando se acrediten motivos bastantes para justificar plenamente la decisión extintiva, obviamente ajenos a las situaciones y disfrute de derechos previstos en la norma, bien la nulidad.

Que la tutela se extienda a buena parte de los derechos familiares reconocidos a la persona trabajadora representa una primera ventaja, por cuanto adopta un tono de neutralidad en la regulación de estos derechos que presupone y, a la vez, favorece la corresponsabilidad en el reparto de las cargas familiares³⁰.

De esta forma, dentro del periodo protegido, la presunción de nulidad del despido opera automáticamente, por lo que la única posibilidad de destruir dicha presunción es acreditar suficientemente la procedencia de la decisión extintiva, esto es, la concurrencia de alguna de las causas legalmente previstas para ello³¹.

Con esta decisión se produce “un auténtico blindaje”³² en la medida que ofrece una protección cualificada y diferenciada del despido discriminatorio

28 LÓPEZ ÁLVAREZ, M. J., “Conciliación y corresponsabilidad en el ordenamiento jurídico comunitario”, cit., p. 183.

29 RIDAURA LÓPEZ, M. M., “La eficacia de los derechos de conciliación que afectan a la jornada de trabajo”, 2015, Universidad de Córdoba. ETEA, p. 88.

30 LÓPEZ ÁLVAREZ, M. J., “La protección frente al despido de los trabajadores con responsabilidades familiares”, en Borrajo Dacruz, E. (ed.) *Nueva sociedad y derecho del trabajo*, Wolters Kluwer, Madrid, 2004, p. 618.

31 Sobre el alcance de esta presunción, HERRÁIZ MARTÍN, M. S., *El despido nulo: causas y efectos*, Aranzadi, Navarra, 2008, pp. 52-55.

32 LÓPEZ ÁLVAREZ, M. J., “La protección frente al despido de los trabajadores con responsabilidades familiares”, cit., p. 619.

al otorgar un nivel máximo de protección frente al despido a la mayor parte de derechos conciliatorios reconocidos al trabajador³³.

2.1.1. El ejercicio del derecho por la madre

En cumplimiento del mandato comunitario, la primera referencia normativa expresa al despido nulo por embarazo y maternidad de la trabajadora fue introducida en la Ley 39/1999 que, como es de sobra conocido, adaptó las normas internas a las ya citadas normas internacionales y comunitarias preocupadas por fomentar un reparto equilibrado de tareas entre hombres y mujeres. Para ello, recordaba el Preámbulo de la Ley 39/1999 que “como consecuencia de la constatación de una evidente realidad social y de la valoración global de los cambios sociales efectivamente constatados a raíz de la incorporación masiva de la mujer al trabajo se toma conciencia de la necesidad de configurar un nuevo sistema de relaciones de trabajo que atienda, no solo a las necesidades nacidas como consecuencia de las nuevas relaciones sociales surgidas, sino también a un nuevo modo de cooperación y compromiso entre mujeres y hombres que permita un reparto equilibrado de responsabilidad en la vida profesional y familiar”. Hasta el año 1999, la legislación española resultaba especialmente criticable³⁴, especialmente porque no configuraban un estatuto protector suficiente.

Esta situación se ve corregida con las modificaciones efectuadas en el art. 55 ET con ocasión de la aprobación de la Ley 39/1999, la LO 3/2007 y finalmente el RD Ley 6/2019 que modifica el término de “trabajadores” por el de “personas trabajadoras”, en una apuesta decidida y pertinente por un lenguaje inclusivo en la técnica legislativa, hasta configurar el actual marco normativo que, como es sabido, sanciona con la nulidad, salvo que sean precedentes, los despidos.

“De las personas trabajadoras durante los periodos de suspensión del contrato de trabajo por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento, riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural a que se refiere el artículo 45.1.d) y e), o por enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia natural, o la notificada en una fecha tal que el plazo de prea-

33 STS 14.1.2015 (Rº 14 104/2014).

34 BADIOLA SÁNCHEZ, A. M., “Art. 55”, en AAVV. (ed.) *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, 3ª, Lex Nova, Valladolid, 2014, p. 674.

viso concedido finalice dentro de dichos periodos. El de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del periodo de suspensión a que se refiere la letra a); el de las personas trabajadoras que hayan solicitado uno de los permisos a los que se refieren los artículos 37.4, 5 y 6, o estén disfrutando de ellos, o hayan solicitado o estén disfrutando la excedencia prevista en el artículo 46.3; y el de las trabajadoras víctimas de violencia de género por el ejercicio de su derecho a la tutela judicial efectiva o de los derechos reconocidos en esta ley para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral. Y también el de las personas trabajadoras después de haberse reintegrado al trabajo al finalizar los periodos de suspensión del contrato por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, a que se refiere el artículo 45.1.d), siempre que no hubieran transcurrido más de doce meses³⁵ desde la fecha del nacimiento, la adopción, la guarda con fines de adopción o el acogimiento. Lo establecido será de aplicación, salvo que, en esos casos, se declare la procedencia del despido por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencia señalados”.

Con esta regulación, el legislador español establece una protección “especializada y más adecuada a los trabajadores con responsabilidades familiares”³⁶, debiendo tener en cuenta que la efectividad de esta tutela se obtiene actuando sobre dos circunstancias del régimen de despido, estrechamente relacionadas entre sí:

En primer lugar, mediante la exclusión de la calificación de improcedencia, de modo que el despido solo podrá ser nulo o procedente y, en segundo lugar, incidiendo en la actuación procesal y, en concreto, en la configuración de la actividad probatoria mediante la supresión de la carga de la prueba indiciaria sobre el demandante. De este modo, el art. 55.5 ET configura una protección dirigida no tanto a evitar la discriminación de los trabajadores por responsabilidades familiares, sino principalmente a asegurar la permanencia de quienes ejercen estos derechos, activándose una suerte de “inmunidad” frente a la extinción del contrato en estos momentos.

Refuerza esta protección el sistema de distribución de la carga de la prueba legalmente prevista, pues no será preciso acreditar ya indicios, sino que bastaría con demostrar la condición de gestante o de haber solicitado o

35 Hasta la aprobación del RD Ley 6/2019 eran nueve los meses en los que se extendía esta protección.

36 LÓPEZ ÁLVAREZ, M. J.; NUÑEZ CONTRERAS, P., “La incidencia de las responsabilidades familiares en el contrato de trabajo”, en Adrover Biosca, S., Nuñez Partido, J. L. (eds.) *Familia y trabajo*, Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2003, p. 103.

disfrutar de cualquiera de los derechos especialmente protegidos (en tal caso, tanto el padre como la madre)³⁷ para que sea el empresario demandado sea el que tenga que probar la concurrencia de la causa de extinción alegada³⁸.

Ahora bien, la configuración normativa de esta protección en los términos expuestos circunscribe su alcance temporal a determinados periodos legalmente establecidos y, sin embargo, las responsabilidades familiares se asumen con un carácter cuasi-permanente lo que está planteando numerosos problemas en relación a la legalidad de decisiones empresariales que culminan con la preterición de los trabajadores con responsabilidades familiares en su promoción profesional³⁹. En tales casos, y siempre que esta conducta no pueda subsumirse en el ejercicio de los derechos conciliatorios contenidos en el art. 55.5 ET, el trabajador (más frecuentemente, la trabajadora) que alegue que una decisión empresarial encubre en realidad una conducta lesiva de cualquier derecho fundamental⁴⁰, habrá de aportar un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona sus derechos fundamentales, es decir, no es suficiente la mera alegación de la vulneración del derecho sino que al demandante le corresponde aportar un indicio razonable de que tal lesión se ha producido, debiendo ser este suficiente⁴¹.

Alcanzado el anterior resultado probatorio, sobre el empresario recae la carga de probar la existencia de causas reales, suficientes y serias para proceder a la extinción del contrato. No se trata, no obstante, “de situar al empresario ante la prueba diabólica de un hecho negativo”⁴², sino de que el empleador acredite que las causas alegadas explican objetiva, razonable y proporcionalmente su decisión.

37 HERRÁIZ MARTÍN, M. S., *El despido nulo: causas y efectos*, cit., p. 124.

38 JUANES FRAGA, E., “Art. 55”, en De la Villa Gil, L.E. (ed.) *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Iustel, Madrid, 2011, p. 959.

39 RODRÍGUEZ RUIZ, B., “Discapacidad y la interseccionalidad de la discriminación por razón de sexo en el ámbito laboral”, en Carmona Contreras, A. M. (ed.) *Construyendo un estándar europeo de Derechos Fundamentales. Un recorrido por la jurisprudencia TJUE tras la entrada en vigor de la Carta*, Thomson Aranzadi, Madrid, 2018, p. 154.

40 VALLE MUÑOZ, F. A., “La prohibición de discriminación del trabajador por ejercitar acciones judiciales contra el empresario: la garantía de indemnidad”, en AA.VV. (ed.) *La igualdad ante la ley y la no discriminación en las relaciones laborales. XV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, p. 1239.

41 SSTC 29/2002, 326/2005, 125/2008 y 92/2009, entre otras muchas.

42 VALLE MUÑOZ, F. A., “La prohibición de discriminación del trabajador por ejercitar acciones judiciales contra el empresario: la garantía de indemnidad”, cit., p. 1240.

Esta protección también se extiende al despido objetivo, pues el RD Ley 6/2019, en su artículo 2.13, reformó el antepenúltimo párrafo del art. 53.4 ET, introduciendo una importante modificación en lo que conocemos como la tutela “objetiva” frente al despido al disponer –en relación a la posible calificación judicial de la procedencia de las extinciones individuales por causas objetivas de trabajadores/as en las situaciones “protegidas– lo siguiente (en cursiva, la novedad introducida): “*Lo establecido en las letras anteriores será de aplicación, salvo que, en esos casos, se declare la procedencia de la decisión extintiva por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencia señalados. Para considerarse procedente deberá acreditarse suficientemente que la causa objetiva que sustenta el despido requiere concretamente la extinción del contrato de la persona referida*”. Con esta decisión, se incorpora en el texto estatutario la doctrina sentada en la célebre STJUE de 22 de febrero de 2018, C-103/2016, dictada en el asunto *Porras Guisado*. Como certeramente ha señalado la profesora Ballester⁴³ “el ordenamiento español (o al menos la interpretación que del mismo había hecho el TS) requería de una reforma urgente para acomodarse al ordenamiento de la UE”. Como se sabe, en aquel pronunciamiento se estableció que, ante el despido de una mujer embarazada, debe constar la razón por la que el concreto puesto de trabajo de esta es el que debe ser objeto de amortización en un despido colectivo, pues, de no hacerlo, se vulnera la prohibición de despido sin causa de la trabajadora embarazada establecido en el art. 10 de la Directiva 92/85.

La reforma operada por el RDL es de gran trascendencia en este punto al establecer la necesidad de que en todos los despidos individuales se especifique la causa de la amortización concreta del puesto ocupado por la persona afectada. Esta nueva redacción corrige la práctica⁴⁴, legitimada por la doctrina del Tribunal Supremo desde 2016, que consideró innecesaria, en el ámbito del despido colectivo, “*la justificación individualizada del cese que se comunica, con detallada referencia a la singular aplicación de los criterios de selección utilizados en el proceso de despido colectivo del que se trate*”.

43 BALLESTER PASTOR, A., “El RDL 6/2019 para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación: Dios y el diablo en la tierra del sol”, *Femeris*, vol. 4, 2, 2019, p. 37.

44 PASTOR MARTÍNEZ, A., “Las medidas laborales del Real Decreto-Ley 6/2019, de 1º de marzo de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación: Un paso hacia la efectividad de la igualdad de trato y oportunidades desde la corresponsabilidad”, *Ius Labor*, vol. 2, 2019, p. 197.

Esta regulación genera a la empresa una “obligación acreditativa en el acto del juicio, ciertamente más exigente y que, en todo caso, integra necesariamente –como obligación previa– la estrictamente informativa. Ello puede suponer, a juicio del magistrado Agustí Maragall⁴⁵, *“en la práctica y tanto en el contexto de despidos objetivos individuales como colectivos, el reconocimiento de una casi prioridad de permanencia en favor de los/las trabajadores/as en las situaciones protegidas, que se impondrá al tradicional margen de discrecionalidad empresarial que la jurisprudencia ha venido reconociendo sin otro límite –hasta ahora– que la prohibición de discriminación. Tal conclusión me parece especialmente evidente a la luz de la “tutela prohibitiva” de la Directiva que transpone, en el que la posibilidad de despido es –ex art. 10.1 de la misma– una excepción a la regla general de prohibición”*, en los términos ya analizados.

La última novedad relevante respecto a la tutela de la mujer embarazada se produce en relación al periodo de prueba, pues se modifica el art. 14 ET, para incorporar al texto normativo el criterio sostenido por la STC 173/2013, que abordó el alcance del derecho a la no discriminación por razón de sexo en supuestos de desistimiento empresarial durante el periodo de prueba con trabajadoras embarazadas. De este modo, *“la resolución a instancia empresarial será nula en el caso de las trabajadoras por razón de embarazo, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del período de suspensión a que se refiere el artículo 48.4, o maternidad, salvo que concurran motivos no relacionados con el embarazo o maternidad”*.

Aunque la fórmula legal para identificar el colectivo beneficiario de la nueva garantía “no sea la más idónea, resulta claro que se proyecta sobre las trabajadoras embarazadas mientras se mantenga tal estado, esto es, desde la fecha de inicio del embarazo –como expresamente indica la norma– hasta su final, indirectamente identificado con la referencia a la suspensión del artículo 48.4 del TRLET. No quedan cubiertas, en consecuencia, las extinciones acordadas durante el período de prueba de trabajadoras que se hallan en alguna de las restantes situaciones a las que se extiende la garantía en las hipótesis de despido, donde la tutela deberá instrumentarse a través de la vía ordinaria en supuestos de vulneración de derechos fundamentales, esto es,

45 AGUSTÍ MARAGALL, J., “La mayor exigencia informativa en la comunicación de despido por causas objetivas y en la justificación de la concreta afectación individual (ex art. 53.4 ET)”, <http://www.juecesdemocracia.es/wp-content/uploads/2020/02/Revista-Social-enero-2020-26-35.pdf>, 2020, p. 27.

la aportación de un panorama indiciario que fuerce a la parte empresarial a acreditar la razonabilidad de la extinción”⁴⁶.

Teniendo en cuenta la nueva redacción del precepto, no parece tratarse de una nulidad automática, pues admite prueba en contrario (“*salvo que concurren motivos no relacionados con el embarazo o maternidad*”) y tampoco parece tratarse de una nulidad objetiva, pues la resolución será nula cuando tenga “*por razón*” el embarazo o la maternidad.

En palabras de la STSJ Madrid 21-1-2020⁴⁷, la trabajadora no puede ver resuelto su contrato de trabajo, durante el período de prueba, por razón de su embarazo, porque tal extinción supondría una discriminación por razón de sexo constitucionalmente prohibida⁴⁸, pero ello no “*implica que toda resolución del contrato de una trabajadora durante dicho período de prueba haya de calificarse como nula si no existen indicios de discriminación o si, existiendo, la empresa acredita que el cese se produjo por causas razonables y justificadas*”.

En consecuencia, el desistimiento de la empresa ya no puede ser acausal, sino que deberá fundarse en una razón que justifique la decisión extintiva; ahora bien, con el obsoleto término “maternidad” utilizado en el art. 14 ET (...), “el legislador ha querido explicitar con toda claridad que la tutela alcanza sólo a la madre biológica durante el permiso de 16 semanas, y que, por consiguiente, no alcanzaría al progenitor/a no biológico (como tampoco a las situaciones de adopción o acogimiento)”⁴⁹.

2.1.2. El ejercicio del derecho por el padre

Como ya se ha anticipado, la protección a los padres se ha construido por el TJUE “en espejo con respecto a la dispensada para la licencia por maternidad”⁵⁰,

46 XOLA MONELLS, X., “La extinción de la relación laboral de las trabajadoras embarazadas durante el periodo de prueba tras el Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo”, *IusLabor*, vol. 1, 2020, p. 25.

47 Recurso 475/2019.

48 Alguna sentencia de instancia ha extendido la protección legal al entender que “es indiferente si la empresa tenía o no conocimiento del embarazo de la trabajadora”, SJS Valladolid de 13-3-2020, proc. 799/2019.

49 Compartimos la argumentación del magistrado Agustí Maragall citada en XOLA MONELLS, X., “La extinción de la relación laboral de las trabajadoras embarazadas durante el periodo de prueba tras el Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo”, cit., p. 26.

50 LÓPEZ ÁLVAREZ, M. J., “Conciliación y corresponsabilidad en el ordenamiento jurídico comunitario”, cit., p. 186.

y a este respecto señalaba el Alto Tribunal, en el asunto *Marc Betriu*⁵¹, que aunque “una medida como la controvertida en el litigio principal está destinada, en todo caso, a proteger la condición biológica de la mujer durante su embarazo y con posterioridad a él” (apartado 63), al contemplar también el disfrute de parte del permiso por el padre, la lesión podría producirse sobre estos, debiendo tener la misma tutela⁵²”.

En España, la protección contra el despido de los hombres que ejercen derechos conciliatorios se elevó a rango legal en los términos ya analizados en el art. 53 y 55 ET, pero no alcanza al ejercicio de derechos de conciliación no referenciados en dichos preceptos, debiendo traer a colocación la célebre STC 26/2011, del 14 de marzo, que enjuició la constitucionalidad de una decisión empresarial relativa a la negativa ante una petición de adaptación de jornada al amparo de lo dispuesto en el art. 34.8 ET.

Partiendo de la dimensión constitucional del derecho de conciliación, señala el TC que la prohibición de discriminación por razón de sexo (artículo 14 de la CE) tiene su razón de ser en la voluntad de terminar con la histórica situación de inferioridad, en la vida social y jurídica, de la población femenina, singularmente en el ámbito del empleo y de las condiciones laborales, y, desde esta perspectiva, resultaría difícil apreciar la existencia de discriminación por razón de sexo que alega el recurrente (un hombre) pues, como advierte el Ministerio Fiscal en sus alegaciones, el cuidado de los hijos no ha sido una función históricamente impuesta a los varones. No obstante, para el Tribunal la cuestión puede analizarse desde otro *tertium comparationis* a los que se refiere la cláusula antidiscriminatoria, el referido a las circunstancias personales o sociales. Sobre el particular, entendió que “el hecho de que los órganos judiciales se hayan limitado a decir que la normativa aplicable no reconoce un derecho directo del trabajador a elegir cambio de turno, y no se hayan planteado si la cuestión constituía o no un obstáculo para la compatibilidad de su vida familiar y laboral, en atención a las circunstancias personales, supone no valorar adecuadamente la dimensión constitucional del asunto planteado”⁵³. El Alto Tribunal español asume, con esta decisión, una postura muy respetuosa con los derechos de conciliación de la vida familiar y laboral e impone su prevalencia

51 STJUE 19.9.2013

52 STJUE 27.2.2014, Asunto C-588.

53 Un comentario a esta sentencia puede consultarse en el siguiente enlace: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-919320120001_00012 y también de obligada lectura, el comentario crítico del profesor García Amado en <http://garciamado.blogspot.com/2011/05/la-sentencia-de-la-semana-el-tribunal.html>

en la solución de casos concretos «tanto desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de sexo o por razón de circunstancias personales (art. 14 CE) como desde la del mandato de protección a la familia y a la infancia (art. 39 CE)» (FJ 5º). A juicio del recurrente, «el rechazo de su pretensión implica convertir», no a él, sino «a su esposa, trabajadora y madre de los menores, en víctima de una discriminación indirecta por razón de sexo, al verse obligada a reducir su jornada laboral para atender al cuidado de los hijos» (FJ 4º). Es precisamente el sexo del recurrente lo que, a juicio del Tribunal, otorga al caso especial relevancia constitucional al permitirle «perfilar, como consecuencia del surgimiento de nuevas realidades sociales, la doctrina constitucional sobre el derecho a la no discriminación en el ámbito laboral»⁵⁴. El Tribunal parte de que la prohibición de discriminación contenida en el artículo 14 de la CE representa una explícita interdicción frente al mantenimiento de determinadas diferenciaciones históricamente muy arraigadas, que han situado a sectores de la población en posiciones no sólo desventajosas sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona (STC 17/2003). Lo novedoso de aquel pronunciamiento es que, en su razonamiento, considera la asunción de responsabilidades familiares como motivo de discriminación constitucionalmente proscrito, ubicándolo en la interdicción de discriminación por cualquier «condición o circunstancia personal o social» (art. 14 CE), es decir, “es ahí donde el Tribunal Constitucional sitúa la dimensión constitucional de la efectiva conciliación de la vida familiar y laboral de los varones, en conexión con el mandato del art. 39 CE a los poderes públicos y a madres y padres de proteger, unos la familia y la infancia, otras y otros a sus hijas/os durante su minoría de edad, y es ahí donde el tribunal se apoya para dar rango de derecho fundamental a las pretensiones de los varones de conciliación de su vida familiar y laboral”⁵⁵.

Apreciada la vulneración de los derechos de conciliación del padre considera que no otorgar al amparo implicaría además una discriminación indirecta por razón de sexo sobre la madre como víctima, ya que esta se vería obligada a reducir su jornada de trabajo ante la negativa empresarial a la adaptación horaria del padre⁵⁶. La sentencia cuenta con un voto particular

54 RODRÍGUEZ RUIZ, B., “La dimensión constitucional de la conciliación de la vida familiar y laboral, o de la dimensión doméstica de la ciudadanía”, *Revista española de derecho constitucional*, vol. 35, 103, 2015, p. 368.

55 *Ibid.*, p. 372.

56 RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E., “Empleo y conciliación: la flexibilización del tiempo de trabajo”, en Mora Cabello de Alba, L. (ed.) *Trabajar en femenino. Trabajar en masculino. Un libro a once voces*, Bomarzo, Albacete, 2013, p. 146.

que cuestionaba de manera muy argumentada la construcción efectuada por la Sala. Dicho voto considera que, aunque la decisión empresarial pudiera suponer un menoscabo para la efectiva conciliación de la vida familiar y laboral del recurrente, no comparte que el amparo se otorgue desde la perspectiva del derecho a la no discriminación, pero en relación con las circunstancias familiares. A este respecto, señala que “esta es la primera ocasión en que el Tribunal utiliza como categoría discriminatoria las circunstancias familiares”.

La determinación de una nueva categoría discriminatoria distinta de las expresamente recogidas en el art. 14 CE, tal como ha reiterado el TC, exige que se identifique la existencia del mantenimiento de determinadas diferenciaciones históricamente muy arraigadas que hayan situado, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones no sólo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10.1 CE (por todas, STC 176/2008, de 22 de diciembre, FJ 4). En opinión del magistrado disidente: a) tener dos hijos de corta edad no parece ser un supuesto histórico de diferenciación que haya colocado a un sector de la población, los hombres, en una situación contraria a la dignidad de la persona que permita identificarlo como una categoría discriminatoria; b) tanto en vía administrativa como judicial aparece una justificación suficiente, concretada en que se ha hecho aplicación del contenido de una medida adoptada en ejecución del convenio, y en la que la perspectiva de las cargas familiares y la efectiva posibilidad de conciliación de la vida familiar y laboral fue valorada, aunque no de la manera pretendida por el recurrente; c) el razonamiento de la administración es razonable y respetuoso de las obligaciones familiares, pues intenta conciliar de la mejor forma posible para todos esas obligaciones y la organización del trabajo, y d) la resolución mayoritaria requiere de los órganos judiciales un excesivo intervencionismo, ya que no sólo se les obliga a ponderar si no a intervenir con su voluntad en las previsiones normativas, convencionales o contractuales existentes, tomando decisiones organizativas que nos les corresponden. En realidad, prosigue el Voto Particular, tal y como denunció el recurrente y parece reconocerse implícitamente por la propia posición de la mayoría, que cita en su favor la STJUE, de 30 de septiembre de 2010 (asunto Álvarez Roca), estaríamos ante un supuesto de discriminación indirecta de la mujer, dado que se trata de una medida que contribuiría a perpetuar un reparto tradicional de funciones entre el hombre y la mujer, en el que la función de protección y cuidado de la familia recae principalmente en la mujer. Cuestión distinta es que esta perspectiva tenga que quedar al margen del análisis al no ser un derecho

propio del recurrente sino de su esposa, aunque no quepa descartar tampoco un interés legítimo del recurrente para su defensa [art. 162.1 b) CE]”.

Sin embargo, la situación familiar está íntimamente ligada al género, y esta vinculación es la que “permite al Tribunal Constitucional elevarse por encima de la construcción de esta última que la pone al servicio de atajar las dificultades laborales de las mujeres, con desconocimiento de las que jalonan el ingreso de los varones en el universo familiar del cuidado, así como de la sinergia estructural entre ambas. Ello permite al TC elevarse a su vez por encima de la construcción tradicional de lo que constituye una desventaja en el acceso a la ciudadanía en términos exclusivamente laborales, para aproximarse al cuidado de hijas/os como un fin en sí mismo, y a la postergación injustificada en el mismo como discriminatoria. Le permite, en fin, subrayar la dimensión doméstica de la ciudadanía, avanzando hacia una construcción integradora de esta que supere las dicotomías modernas de género⁵⁷”. Para alcanzar esta conclusión, el TC parte de la dimensión constitucional de los derechos de conciliación de la vida personal, laboral y familiar (reconocida ya en la STC 3/2007, reiterando esta doctrina en las SSTC 24/2011 y en la sentencia ahora comentada), y además recuerda que las normas adoptadas en España en relación a la conciliación (Ley 39/1999 y LO 3/2007) adoptan medidas dirigidas a lograr una efectiva participación del varón en la asunción de las responsabilidades familiares. Partiendo de esta construcción, el TC puede “sortear” el razonamiento del TS que no había reconocido el derecho del trabajador a la adaptación unilateral de la jornada por motivos familiares por razones de estricta configuración legal, habiéndose calificado como un “pronunciamiento acertado y acorde con la Directiva 2010/18/CE que abre la puerta a la corresponsabilidad como fundamento para alcanzar la verdadera conciliación entre la vida personal y familiar”⁵⁸, habida cuenta que “la igualdad y la no discriminación mantienen un estrecho vínculo con las instituciones de los permisos”⁵⁹. Con esta decisión, el principio de no discriminación por razones familiares pasa a ser considerado como el criterio adecuado para otorgar protección a los trabajadores varones que ejercen derechos de conciliación y es, a partir de esta argumentación, cuando el TC aplica su doctrina

57 RODRÍGUEZ RUIZ, B., “La dimensión constitucional de la conciliación de la vida familiar y laboral, o de la dimensión doméstica de la ciudadanía”, cit., p. 373.

58 RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E., “Empleo y conciliación: la flexibilización del tiempo de trabajo”, cit., p. 146.

59 Por todos, véase CABEZA PEREIRO, J., “Conciliación de la vida laboral y familiar”, *Temas Laborales*, vol. 103, 2010, p. 51..

general sobre la ponderación de las necesidades organizativas para decidir si la decisión empresarial respeta el principio de no discriminación por responsabilidades familiares y, en su caso, si sería posible una decisión alternativa que pudiera satisfacer las necesidades organizativas en iguales términos, pero con menor coste para el respeto de los derechos fundamentales en la relación laboral⁶⁰. El reconocimiento de esta dimensión constitucional permite que su protección se articule a través de la modalidad procesal especial de tutela de derechos fundamentales, de modo que la negativa o la obstaculización del ejercicio de los derechos de conciliación se tramita a través del proceso especial regulado en el art. 139 LRJS, pero con la aplicación de las garantías del proceso de tutela de derechos fundamentales. A tales pretensiones se aplicarán, en consecuencia, las garantías específicamente previstas en el proceso especial de tutela de derechos fundamentales, entre las que se encuentra la posibilidad de solicitar las medidas cautelares previstas en el artículo 180 LJRS “para asegurar la tutela judicial que pudiera acordarse en la sentencia”. Otras especialidades son la preferencia absoluta en su tramitación frente a cualquier otra demanda; el carácter urgente de esta modalidad; la posible intervención como coadyuvantes de los sindicatos o de entidades públicas o privadas entre cuyos fines se encuentre la promoción y defensa de los intereses afectados o el triple contenido de la sentencia que se dicte⁶¹.

Certeramente se ha señalado⁶² que “razones de seguridad jurídica exigen la incorporación expresa a los arts. 4 y 17 ET del derecho a no ser discriminado por razones familiares como causa específica de legitimidad de las decisiones empresariales. La vinculación del ejercicio de los derechos de conciliación por hombres y mujeres al principio de no discriminación por razones familiares permitiría resolver los conflictos entre el ejercicio de tales derechos y la adopción de decisiones empresariales organizativas distintas del despido a través de la aplicación de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el juego de los derechos fundamentales en las relaciones laborales, con inde-

60 RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., *Los permisos parentales: avances y retrocesos tras las últimas reformas*, Bomarzo, Albacete, 2013, p. 53.

61 MANEIRO VÁZQUEZ, Y., “Las medidas cautelares como instrumento para la conciliación de la vida personal, laboral y familiar y protección de las víctimas de violencia de género en la jurisdicción social”, en Cabeza Pereiro, J. (ed.) *La tutela de los derechos fundamentales de los trabajadores en tiempos de crisis*, Bomarzo, Albacete, 2014, p. 280.

62 ALONSO BRAVO, M., “La tutela del derecho de los trabajadores a no ser discriminados por razón de sus circunstancias familiares. Un mecanismo coherente para fomentar la corresponsabilidad entre hombres y mujeres en la asunción de responsabilidades”, *Iustel. RGSS*, vol. 28, 2012, p. 152.

pendencia de su ejercicio por hombres o mujeres. Esta práctica, adecuada a los objetivos de las políticas de conciliación desde la década de los 90 en el ámbito internacional y nacional y respetuosa con el contenido esencial del derecho de libertad de empresa, sitúa la evolución del tratamiento jurídico de los instrumentos de conciliación en un estadio coherente con el objetivo de la corresponsabilidad entre hombres y mujeres en la asunción de responsabilidades familiares”. Hasta dicho momento, la doctrina jurisprudencial sentada en la STC 26/2011 supone un necesario tránsito, habida cuenta que lo que ha caracterizado “a la discriminación en su concepción clásica es la naturaleza particularmente odiosa del criterio de diferenciación utilizado, que convierte en elemento de segregación, cuando no de persecución, un rasgo o una condición personal innata o una opción elemental que expresa el ejercicio de las libertades más básicas, resultando así un comportamiento radicalmente contrario a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes”⁶³ o, dicho de otro modo, el criterio de distinción se basa en factores no imputables al individuo, que, o bien son innatos y prácticamente inmodificables, o bien definen esencialmente su identidad. Tiene carácter sistemático, colocando a las personas y grupos contra quienes se ejerce en una situación de marginación socialmente arraigada, y tiene una dimensión colectiva, dado que la marginación es sufrida por la persona por su pertenencia a un grupo; supone una desvalorización de las personas que pertenecen a ese grupo, a quienes se considera inferiores⁶⁴. Sin embargo, la apreciación de un trato discriminatorio por responsabilidades familiares supone una discriminación de segunda generación, pues “mientras las primeras se caracterizan por ser explícitas, individuales y unidimensionales, las segundas manifestaciones son sutiles, relacionales y complejas”⁶⁵, toda vez que su causa última no es una característica personalísima del sujeto discriminado sino una refleja, en este caso, derivada de su condición de cuidador.

63 RODRÍGUEZ-PÍÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “Igualdad y no discriminación en el empleo”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, vol. 13, 1998, p. 64.

64 MARTÍNEZ PUJALTE, L., “No discriminación, igualdad de oportunidades y acción positiva como principios básicos del Derecho de la Discapacidad”, *I Congreso Nacional de Derecho de la Discapacidad*, 2017, p. 2, fecha de consulta en <http://congreso.fderecho-ydiscapacidad.es/materiales-ponencias/>.

65 MUÑOZ RUIZ, A. B., *La discriminación de segunda generación: la discriminación de los trabajadores con responsabilidades familiares*, Comunicación al Congreso Europeo de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, Sevilla, 2011, p. 3.

Las incertidumbres que suscita la aplicación de este tipo discriminatorio se reducirían si esta causa se elevase a rango legal⁶⁶, de forma que se clarifique si podría aplicarse a otros supuestos conexos y en qué términos⁶⁷. Ya el TJUE, en el asunto Coleman⁶⁸, postuló esta interpretación⁶⁹ si bien este pronunciamiento se circunscribe a un supuesto muy concreto: el derecho de un individuo a no sufrir una discriminación o penalización en el trabajo si puede demostrar que esta conducta tiene relación con el cuidado de un sujeto con una característica protegida, en el supuesto de hecho, la discapacidad del hijo, reconociendo, con esta decisión, el innovador concepto de discriminación por asociación⁷⁰. Este limitado alcance subjetivo, aun reconociendo su virtualidad, ha servido para que algunos autores entiendan que la jurisprudencia comunitaria no efectúa “un reconocimiento rotundo del valor de la atención”⁷¹.

No obstante, al sacar a la luz un tema legal que encarna la dificultad de los cuidados, el TJUE abre nuevos caminos y demuestra claramente la forma en que las esferas de producción y reproducción están cada vez más estrechamente entrelazadas. Ahora bien, el ejercicio de los derechos de conciliación no puede analizarse prescindiendo de la perspectiva de género, pues son “todavía las mujeres trabajadoras las que mayoritariamente utilizan las posibilidades que las normas laborales ofrecen para conciliar la vida laboral con las responsabilidades familiares y las que soportan, por tanto, el impacto que ello genera en su trayectoria profesional y en sus condiciones laborales. Pero el ejercicio de estos derechos por los hombres también suscita la cuestión de su protección frente a tales consecuencias negativas. En este sentido, la finalidad de fomentar la corresponsabilidad que caracteriza a las medidas de conciliación incide en la valoración y calificación de las decisiones o prácticas empresariales que, de alguna manera, perjudican a los trabajadores varones que las ejercen. Si el objetivo es evitar que la conciliación suponga una con-

66 Como se propone proposición de ley para la igualdad y la ocupación, BOCG. Congreso de los Diputados, serie B, núm. 146-1, 29.1.2021.

67 MUÑOZ RUIZ, A. B., *La discriminación de segunda generación: la discriminación de los trabajadores con responsabilidades familiares*, cit., p. 17.

68 <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=es&num=C-303/06>

69 CORDERO GORDILLO, V., “Discriminación por asociación con una persona con discapacidad. Comentario de la STJCE de 17 de julio de 2008, Coleman”, *Revisa Derecho Social*, vol. 43, 2008, pp. 159-160.

70 IVANUS, C., “Discrimination by association in the European Law”, *«Perspectives of Business Law» Journal*, vol. 2, 1, 2013, p. 121.

71 A. STEWART; S. NICCOLAI; C. HOSKYNS, “Disability Discrimination by Association: A Case of the Double Yes?”, *Social & Legal Studies*, vol. 20, 2, 2011, p. 186.

solidación del papel de la mujer como cuidadora y principal responsable de las necesidades familiares, es preciso ampliar la tutela para los trabajadores varones que solicitan o ejercen derechos de conciliación, porque cualquier obstáculo a tal ejercicio puede suponer un freno a la corresponsabilidad”⁷².

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia⁷³ acaba de declarar la nulidad del despido de un trabajador que fue dado de baja por ser padre, al entender que estamos ante un despido por “discriminación refleja”, ya que “se vulneró el derecho del recurrente a la igualdad y a no sufrir discriminación por razón de sexo (embarazo), dado que le sería proyectable –indirectamente– la protección otorgada por el artículo 55.5 del Estatuto de los Trabajadores”. Para alcanzar esta conclusión, el TSJ aplica la doctrina del TJUE relativa a la discriminación por asociación, toda vez que al trabajador “*se le trató de manera menos favorable (se despide) por motivo de uno de los rasgos o características protegidos (el parto o nacimiento de un hijo), que, pese a no concurrir en sí mismo (ni ha estado embarazado ni ha dado a luz) el motivo del trato menos favorable, se ha fundamentado en dicha característica, pues –precisamente– su despido se produjo por el hecho del parto de su mujer y de todas las consecuencias que se podrían derivar del mismo (permisos, bajas, etc.)*”. Queda probado en los antecedentes de hecho de la resolución que el empleado comunicó a la empresa el parto de su mujer, producido el 22 de abril de 2020, procediendo a su despido ese mismo día. “*Esto es un indicio, o una fuerte sospecha, de que pudiera existir una conexión entre el parto (y su condición de padre) y la decisión empresarial, al concurrir una inmediatez temporal entre uno y otra; sin que tenga nada que ver con el ejercicio de un permiso de paternidad, sino con la condición de progenitor y de todas las consecuencias legales, que, de ello, pudiese deducir la empleadora que iban a ocurrir*”, indican los magistrados, quienes destacan que, por otra parte, “*no se ha probado por parte de la empresa ningún incumplimiento o causa que haya podido amparar la decisión fuera de aquella vinculación con el parto*”, sin que la empresa haya podido alejar “esta sospecha fundada –el despido como consecuencia de ser padre– con pruebas de la existencia de una causa objetiva, ajena y no espuria de su decisión”.

72 DE LA PUEBLA PINILLA, A., “Últimos pronunciamientos judiciales sobre conciliación y corresponsabilidad”, *Trabajo y Derecho*, vol. En prensa, 2021, p. 2, del original.

73 STSJ Galicia 16.4.2021 (Rº 754/2021).

2.1.3. Otras manifestaciones de la protección del trabajador con responsabilidades familiares

2.1.3.1. Las normas sobre la carga de la prueba

La eficacia del derecho antidiscriminatorio se potencia con la carga de la prueba pues, tanto la jurisprudencia del TJUE como las Directiva 2000/78 y 2019/1158, apuntan a la conveniencia de que esta recaiga en la parte demandada. Corresponde al órgano nacional competente, con arreglo al derecho nacional, la concreción de este derecho⁷⁴, y ya referimos que los supuestos recogidos no solo tienden a proteger no solo el derecho de los trabajadores a conciliar su vida laboral y familiar para mejor cumplir con los deberes inherentes a la patria potestad que enumera el art. 154.1 del Código Civil, sino también el propio interés del menor a recibir la mejor atención posible.

Que los derechos conciliatorios tengan, en el ordenamiento jurídico español, una tutela reforzada garantiza “el mandato constitucional que establece la protección a la familia y a la infancia. Finalidad que ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa”⁷⁵. Esta protección refuerza lo dispuesto en el art. 8 del Convenio 156 OIT, precepto que establece, con un evidente ánimo expansivo, que la responsabilidad familiar no debe constituir de por sí sola una causa justificada para poner fin a la relación de trabajo.

Que el art. 55 ET ofrezca a quienes ejercen derechos de conciliación una “tutela más energética que la tutela antidiscriminatoria”⁷⁶ se materializa en la dispensa de acreditar los indicios de discriminación⁷⁷. Una de las novedades más importantes de la Ley de Igualdad⁷⁸ fue la dirigida a calificar como nulo

74 USKÁHOVA, T., “Los componentes subjetivo y objetivo en la protección de la trabajadora embarazada contra el despido en el derecho de la UE.”, cit., p. 471.

75 STS 20.7.2000, Rº 3799/1999.

76 USKÁHOVA, T., “Los componentes subjetivo y objetivo en la protección de la trabajadora embarazada contra el despido en el derecho de la UE.”, cit., p. 473.

77 Sobre los contornos definitorios de esta protección, MOLINA NAVARRETE, C., “En el «nombre del padre» (corresponsable): permiso parental y retribución, ¿solo discriminación por sexo? (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 10 de enero de 2017, rec. núm. 283/2015)”, *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social*, vol. 408, 2017, pp. 139-140.

78 ALONSO-OLEA GARCÍA, B., “La infancia y la discapacidad en el ordenamiento laboral y en los sistemas de protección social”, en CERMI (ed.) *Los menores con discapacidad en España*, CINCA, Madrid, 2008, p. 87.

el despido de un trabajador que ha ejercido o solicitado derechos de conciliación. Doctrinalmente se ha planteado la extensión de esta nulidad a las excedencias voluntarias, cuya razón fuese la conciliación de la vida personal, familiar y laboral⁷⁹, y también a los supuestos de adaptación de jornada por necesidades de conciliación, regulada en el art. 34.8 ET.

Solo son los supuestos contenidos en el art. 55.5 ET los que gozan de una protección excepcional y así, si el trabajador acredita el mero dato objetivo de la coincidencia en el tiempo entre el despido y el ejercicio del derecho familiar, traslada al empresario la carga de la prueba, es decir, será este el que ha de probar que su decisión resulta ajustada a derecho, y por tanto que su decisión extintiva es procedente. La STC 92/2008 estableció a este respecto que “la nulidad del despido tiene en el art. 55.5 b) ET un carácter automático, vinculado exclusivamente a la acreditación del embarazo de la trabajadora y a la no consideración del despido como procedente por motivos no relacionados con el mismo”.

Esta regulación legal constituye una institución directamente vinculada con el derecho a la no discriminación por razón de sexo proclamado en el art. 14 CE, por más que puedan igualmente hallarse vínculos de esta con otros derechos y bienes constitucionalmente protegidos. Y lo hace, prosigue el pronunciamiento constitucional, sin contemplar requisito específico alguno ni de comunicación previa del embarazo al empresario (a diferencia de lo que contempla la Directiva comunitaria), “ni de conocimiento previo por parte de éste, por cualquier otra vía, del hecho del embarazo”. Se configura entonces una nulidad objetiva, distinta de la nulidad por causa de discriminación contemplada en el párrafo primero, y que actúa en toda situación de embarazo, al margen de que existan o no indicios de tratamiento discriminatorio e, incluso, de que concurra o no un móvil de discriminación, lo que, sin duda, supone “una medida de fortalecimiento de las garantías frente al despido de la trabajadora embarazada, al tiempo que plenamente coherente con el reconocimiento de su derecho a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE). Del mismo modo que, por definición, constituye también un reforzamiento de las restantes finalidades constitucionales a las que sirve la medida no directamente relacionadas con la tutela antidiscriminatoria, ya sean estas las relacionadas con la protección de su salud y seguridad a las que alude la Directiva comunitaria, ya sean

79 CHARRO BAENA, P., “Excedencia por motivos familiares y excedencia voluntaria”, en Sánchez Trigueros, C. (ed.) *El principio de igualdad en la negociación colectiva*, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Madrid, 2016, p. 314.

las referidas a la protección de la familia y de los hijos, amparando la libre determinación de la trabajadora en favor de su maternidad con una «garantía de indemnidad» claramente reforzada. Basta, por tanto, con que la trabajadora alegue su embarazo o su maternidad, para que se produzca una inversión de la carga de la prueba y la empresa se vea obligada a demostrar que tiene motivos justificados para resolver la relación laboral.

La declaración de nulidad repercute sobre cualquier desistimiento empresarial durante el período de prueba que afecte a una trabajadora embarazada, con independencia de si la contraparte empleadora tiene o no conocimiento de tal circunstancia en el momento de la extinción, e incluso del conocimiento de la propia afectada. Los argumentos que en su momento llevaron a la STC 92/2008, de 21 de julio, a alcanzar esa misma conclusión en relación a los artículos 53.4 y 55.5 ET son perfectamente aplicables al artículo 14.2.2º de la misma norma⁸⁰. Sin embargo, en otros supuestos en los que pueda concurrir otro motivo de discriminación, el ordenamiento no sienta esa presunción; obviamente, eso no quiere decir que la decisión empresarial no pueda ser declarada nula. Lo que ocurre es que, en tal caso, se exige que el trabajador siembre un indicio de discriminación. No se trata de demostrar que ha sido discriminado, sino de demostrar que hay un cierto panorama indiciario de discriminación.

Se trata por tanto de un principio de prueba y no de una prueba plena. De esta forma, no basta la mera alegación del carácter lesivo de la conducta empresarial para que se produzca el desplazamiento del onus probandi a la empresa. La persona trabajadora ha de acreditar indicios suficientes de los que se derive “una razonable sospecha, apariencia o presunción a favor de semejante alegato” (STC 48/2002).

2.1.3.2. El cálculo de la indemnización por despido

La conciliación de la vida familiar y laboral se vería claramente desincentivada⁸¹ si la persona trabajadora supiera que un posible despido acarrearía, si no fuera conforme a derecho, la percepción de unos salarios de tramitación en

⁸⁰ XOLA MONELLS, X., “La extinción de la relación laboral de las trabajadoras embarazadas durante el período de prueba tras el Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo”, cit., p. 26.

⁸¹ Véanse las reflexiones efectuadas por el profesor Eduardo Rojo a este respecto en el siguiente enlace (fecha de consulta. 27.5.2020): <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2018/07/salarios-de-tramitacion-en-caso-de.html>

cuantía relacionada con la jornada reducida, temporal, y no la completa prestada antes del inicio de la reducción. A la luz de la feminización de las instituciones de conciliación, esta decisión supondría, además, una discriminación indirecta vedada por el art. 14 CE, el 17.1 de la ET, y también de la normativa comunitaria, tanto de derecho originario como derivado, por cuanto es manifiestamente notorio que la inmensa mayoría de solicitantes de reducción de jornada por cuidado de hijos son mujeres, que verían de esta forma comprometido el ejercicio del derecho a la reducción de jornada ante los potenciales perjuicios que por esta vía pudiere arrojarles.

Para evitar este riesgo, la cláusula segunda, apartado 4, del Acuerdo Marco recuerda que: “con el fin de garantizar que los trabajadores puedan ejercer su derecho al permiso parental, los Estados miembros y/o los interlocutores sociales adoptarán las medidas necesarias para proteger a los trabajadores contra el despido por haber solicitado la solicitud o cogido un permiso parental, conforme a la legislación, a los convenios colectivos y a los usos nacionales” y esta previsión “debe interpretarse en el sentido de que se opone a que la indemnización global de protección debida a un trabajador que disfruta de un permiso parental a tiempo parcial, en caso de resolución unilateral por parte del empresario, sin que concurren razones imperiosas o una justa causa, del contrato de dicho trabajador, que ha sido contratado por tiempo indefinido y en régimen de jornada completa, sea determinada sobre la base de la remuneración reducida que percibe el trabajador en la fecha de su despido”⁸².

Esta interpretación fue confirmada por el TS español⁸³ en relación al salario regulador para el cálculo de la indemnización por despido de los trabajadores con jornada reducida por cuidado de hijos al entender que el disfrute de tal derecho no puede conllevar para el trabajador perjuicio alguno, al estar concebido como una mejora social, cuyos términos están claramente fijados en la ley, con la única contrapartida para el empresario de no remunerar la parte de jornada que no se trabaja, de modo que el criterio neutral consistente en calcular la indemnización en función del salario realmente percibido perjudicaría de forma desproporcionada a las personas que utilizan esta vía legal de compaginación de su trabajo con el cuidado de sus hijos.

Esta misma protección se extiende al hombre que se encuentre disfrutando de un permiso parental y durante este tiempo perciba un salario mino-

82 STJUE 27.2.2014. Asunto C-588/12.

83 STS 25.4.2018 (Rº 2152/2016).

rado. Como recordaba la profesora Álvarez⁸⁴, el TJUE parte de que la previsión de la Directiva 2010/18 –ahora Directiva 2019/1158– que garantiza al trabajador los derechos adquiridos o en curso de adquisición en la fecha de inicio del permiso parental no puede ser objeto de interpretación restrictiva. Como apunta la STJUE Meerts, los derechos de conciliación serían “papel mojado”⁸⁵ si se aceptara que un trabajador contratado a tiempo completo pueda ver reducida la indemnización por despido que le corresponde, al encontrarse en el momento del despido en un período de permiso parental a tiempo parcial, pues, de producirse esta circunstancia, se disuadiría al trabajador de acogerse a tal permiso, y, correlativamente, incitaría al empresario a despedir preferentemente a trabajadores en esas circunstancias.

2.1.3.3. La indemnización por daños como elemento compensatorio

La protección privilegiada de la que son objeto los derechos fundamentales se manifiesta con notable intensidad en la modalidad especial de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas (arts. 177-184 LRJS), dotada de las máximas garantías procesales. Dentro de estas garantías destaca el complejo contenido de la sentencia estimatoria de la pretensión de tutela que no solo declarará (o no) la existencia de la lesión y el derecho o libertad infringidos sino también la nulidad radical de la conducta lesiva, ordenando su cese inmediato o, en su caso, prohibirá la interrupción de una conducta u obligará a realizar una actividad omitida⁸⁶. En suma, un procedimiento especial, dotado en la LRJS no solo de preferencia y sumariedad, sino con otras peculiaridades con las que se refuerza la protección de los derechos fundamentales por encima del mínimo fijado por el constituyente. Y así, el fallo de la sentencia deberá, según las pretensiones concretamente ejercitadas:

a) Declarar la existencia o no de vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas y la nulidad radical de la conducta (tutela declarativa);

⁸⁴ LÓPEZ ÁLVAREZ, M. J., “Conciliación y corresponsabilidad en el ordenamiento jurídico comunitario”, cit., pp. 183-184.

⁸⁵ Accesible en: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=72644&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1803550>

⁸⁶ MANEIRO VÁZQUEZ, Y., “El derecho a la indemnización por daños morales como consecuencia de la lesión de la libertad sindical: sentencia TC 247/2006, de 24 de julio.”, 22, 2013, p. 246.

b) ordenar el cese inmediato de la actuación contraria a los derechos fundamentales (tutela inhibitoria); c) reponer la situación al momento anterior a producirse la lesión del derecho fundamental (tutela restitutoria); y d) reparar las consecuencias derivadas de la acción u omisión del sujeto responsable, incluida la indemnización que procediera (tutela resarcitoria)⁸⁷. El problema se plantea cuando estamos ante un daño moral provocado por la vulneración de un derecho fundamental pues, en muchos casos, puede resultar difícil su estimación detallada⁸⁸, de ahí que el art. 183.2 LRJS establezca que:

«El tribunal se pronunciará sobre la cuantía del daño, determinándolo prudencialmente cuando la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa, para resarcir suficientemente a la víctima y restablecer a ésta, en la medida de lo posible, en la integridad de su situación anterior a la lesión, así como para contribuir a la finalidad del daño».

Una regulación que, según parte de la doctrina⁸⁹, vendría a instaurar el criterio de la presunción de existencia de daño moral ante una violación de un derecho fundamental, activándose la automaticidad de la condena. De hecho, el propio TS parece compartir esta opinión, pues ha sostenido que la finalidad de la indemnización prevista en el art. 183 LRJS es doble: resarcir a la víctima y contribuir a la prevención del daño, de forma que, aunque el daño no pueda ser acreditado, restaría la satisfacción del otro aspecto⁹⁰.

3. A modo de conclusión

Las responsabilidades familiares no pueden determinar diferencias de trato ni en el momento de la contratación ni en el desarrollo de la relación laboral para los trabajadores, de modo que incumbe al empresario la obligación de

⁸⁷ ARAGÓN GÓMEZ, “El impacto de la maternidad en la retribución no consolidable, a propósito de los recientes pronunciamientos del Tribunal Supremo: comentario a la SSTS 10-1-2017, R.º 283/2015 y 24-1-2017, R.º 1902/2015”, *Revista de información laboral*, vol. 6, 2017, p. 124.

⁸⁸ MANEIRO VÁZQUEZ, Y., “El derecho a la indemnización por daños morales como consecuencia de la lesión de la libertad sindical: sentencia TC 247/2006, de 24 de julio.”, cit., p. 248.

⁸⁹ FOLGUERA CRESPO, J. Y OTROS, *Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social*, Lex Nova, Valladolid, 2011, p. 689.

⁹⁰ STS 16.2.2017, R.º 90/2016

adoptar decisiones organizativas no discriminatorias entre trabajadores con y sin responsabilidades familiares.

Para ello no sólo habrá de adoptar un comportamiento que evite diferencias de trato desfavorables debido a la asunción de responsabilidades familiares, sino también a través de la toma de decisiones organizativas razonables y proporcionadas que tiendan a suprimir la desigualdad de oportunidades que, de hecho, existe entre estos colectivos de trabajadores en función de sus obligaciones familiares⁹¹.

Como se ha argumentado en este trabajo, y sin desconocer las evidentes implicaciones de género que tienen todos los derechos de conciliación, la protección para los permisos parentales puede articularse a partir del marco específico diseñado por la propia Directiva 2019/1178 para los mismos, y así se “permite atender a la configuración de los permisos parentales como derechos individuales del trabajador”, con independencia de que lo ejerza un hombre o una mujer, al tiempo que pone “en valor por sí mismo el objetivo de la conciliación de las responsabilidades familiares y profesionales, evitando una instrumentalización absoluta de la conciliación en aras de la igualdad”⁹². Desde esta perspectiva, el TS tuvo que enjuiciar la legalidad de la normativa interna de la empresa sobre una retribución variable, en concreto, la incidencia que tenía en su devengo el tiempo de suspensión del contrato por la paternidad, pues esta ausencia sí que tenía un efecto negativo en la cantidad percibida, no así la suspensión contractual por maternidad o por riesgo por embarazo. La empresa defendía que la finalidad de ambas suspensiones era distinta y, en consecuencia, consideraba adecuado el tratamiento diferenciado en la retribución variable controvertida, tesis que no es compartida por el Tribunal, pues “siendo cierto que las situaciones y las correspondientes prestaciones de maternidad y paternidad no son exactamente iguales ni responden a la protección de los mismos bienes jurídicos en todo caso”, sino que “el *permiso por paternidad y la correlativa prestación de la Seguridad Social que se reconocen en nuestro ordenamiento social a partir de 2007 a los padres....; tiene, como es obvio, una finalidad distinta, que no es otra que la de favorecer la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, fomentando la corres-*

91 ALONSO BRAVO, M., “La tutela del derecho de los trabajadores a no ser discriminados por razón de sus circunstancias familiares. Un mecanismo coherente para fomentar la corresponsabilidad entre hombres y mujeres en la asunción de responsabilidades”, cit., p. 160.

92 LÓPEZ ÁLVAREZ, M. J., “Conciliación y corresponsabilidad en el ordenamiento jurídico comunitario”, cit., p. 185.

ponsabilidad de madres y padres en el cuidado de los hijos”, considera 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 por la existencia de una regulación que, como se ha acreditado, impide a los titulares del permiso de paternidad disfrutar del mismo sin que de ello se desprenda ningún tipo de perjuicio ni de consecuencia retributiva negativa”. Partiendo de esta premisa, el Tribunal advierte que cualquier regulación que fomente “la dedicación exclusiva o prioritaria de la mujer a las tareas domésticas y la exclusión del hombre de las mismas” la convertiría en jurídicamente inadmisibles. Y eso es lo que ocurre con una práctica como la cuestionada: excluir los periodos de paternidad del cómputo de un determinado concepto retributivo puede desincentivar a los hombres que tuvieran intención de disfrutar de dicha suspensión y, en esa medida, perjudicar el objetivo de la efectiva igualdad entre mujeres y hombres⁹³.

Se ha de tener en cuenta que el artículo 16 de la Directiva 2006/54, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, establece que, a la finalización del permiso por paternidad los estados miembros garantizarán que los trabajadores tengan “derecho a reintegrarse a su puesto de trabajo o a uno equivalente, en condiciones que no les resulten menos favorables, y a beneficiarse de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a las que hubieran podido tener derecho durante su ausencia”, aspecto que no cumple la regulación empresarial controvertida, pues la misma no solo “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”, sino que es un obstáculo o desincentivo al ejercicio por los trabajadores varones de los derechos de conciliación, debiendo calificar tal decisión como nula.

Bibliografía

ALONSO BRAVO, M., “La tutela del derecho de los trabajadores a no ser discriminados por razón de sus circunstancias familiares. Un mecanismo

⁹³ DE LA PUEBLA PINILLA, A., “Últimos pronunciamientos judiciales sobre conciliación y corresponsabilidad”, cit., p. 11 del original.

- coherente para fomentar la corresponsabilidad entre hombres y mujeres en la asunción de responsabilidades”, *Iustel. RGSS*, vol. 28, 2012.
- ALONSO-OLEA GARCÍA, B., “La infancia y la discapacidad en el ordenamiento laboral y en los sistemas de protección social”, en CERMI (ed.) *Los menores con discapacidad en España*, CINCA, Madrid, 2008, pp. 63-98.
- ARAGÓN GÓMEZ, “El impacto de la maternidad en la retribución no consolidable, a propósito de los recientes pronunciamientos del Tribunal Supremo: comentario a la SSTS 10-1-2017, R.º 283/2015 y 24-1-2017, R.º 1902/2015”, *Revista de información laboral*, vol. 6, 2017, pp. 119-157.
- BADIOLA SÁNCHEZ, A. M., “Art. 55”, en AAVV. (ed.) *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, 3ª, Lex Nova, Valladolid, 2014.
- BALLESTER PASTOR, A., “El RDL 6/2019 para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación: Dios y el diablo en la tierra del sol”, *Femeris*, vol. 4, n.º 2, 2019.
- CABEZA PEREIRO, J., “Conciliación de la vida laboral y familiar”, *Temas Laborales*, vol. 103, 2010, pp. 45-65.
- CHARRO BAENA, P., “Excedencia por motivos familiares y excedencia voluntaria”, en Sánchez Trigueros, C. (ed.) *El principio de igualdad en la negociación colectiva*, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Madrid, 2016.
- CORDERO GORDILLO, V., “Discriminación por asociación con una persona con discapacidad. Comentario de la STJCE de 17 de julio de 2008, Coleman”, *Revisa Derecho Social*, vol. 43, 2008.
- DE LA PUEBLA PINILLA, A., “Preguntas y respuestas sobre conciliación”, *Vlex*, vol. En prensa, 2021.
- DE LA PUEBLA PINILLA, A., “Últimos pronunciamientos judiciales sobre conciliación y corresponsabilidad”, *Trabajo y Derecho*, vol. En prensa, 2021.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., “Protección antidiscriminatoria y prevención de riesgos laborales: La protección de la mujer embarazada”, *Temas Laborales*, vol. 79, 2005.
- FOLGUERA CRESPO, J.; SEGOVIANO ASTABURUAGA, M. L.; AGUSTÍ JULIÁ, J.; ALARCÓN CARACUEL, M. R.; ARASTEY SAHUN, M. L.; GONZÁLEZ, A.; y otros, *Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social*, Lex Nova, Valladolid, 2011.
- HERRÁIZ MARTÍN, M. S., *El despido nulo: causas y efectos*, Aranzadi, Navarra, 2008.
- IVANUS, C., “Discrimination by association in the European Law”, «*Perspectives of Business Law*» *Journal*, vol. 2, n.º 1, 2013, pp. 116-121.

- JUANES FRAGA, E., “Art. 55”, en De la Villa Gil, L.E. (ed.) *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Iustel, Madrid, 2011.
- LÓPEZ ÁLVAREZ, M. J., “Conciliación y corresponsabilidad en el ordenamiento jurídico comunitario”, *Revista Galega de Dereito Social*, vol. 9, 2019.
- LÓPEZ ÁLVAREZ, M. J., “La protección frente al despido de los trabajadores con responsabilidades familiares”, en Borrajo Dacruz, E. (ed.) *Nueva sociedad y derecho del trabajo*, Wolters Kluwer, Madrid, 2004, pp. 615-628.
- LÓPEZ ÁLVAREZ, M. J.; NUÑEZ CONTRERAS, P., “La incidencia de las responsabilidades familiares en el contrato de trabajo”, en Adrover Biosca, S., Nuñez Partido, J. L. (eds.) *Familia y trabajo*, Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2003, pp. 83-105.
- MANEIRO VÁZQUEZ, Y., “El derecho a la indemnización por daños morales como consecuencia de la lisión de la libertad sindical: sentencia TC 247/2006, de 24 de julio.”, *22*, 2013.
- MANEIRO VÁZQUEZ, Y., “Las medidas cautelares como instrumento para la conciliación de la vida personal, laboral y familiar y protección de las víctimas de violencia de género en la jurisdicción social”, en Cabeza Pereiro, J. (ed.) *La tutela de los derechos fundamentales de los trabajadores en tiempos de crisis*, Bomarzo, Albacete, 2014, pp. 265-282.
- MARTÍNEZ PUJALTE, L., “No discriminación, igualdad de oportunidades y acción positiva como principios básicos del Derecho de la Discapacidad”, *I Congreso Nacional de Derecho de la Discapacidad*, 2017, fecha de consulta en <http://congreso.fderechoydiscapacidad.es/materiales-ponencias/>.
- MOLINA NAVARRETE, C., “En el «nombre del padre» (corresponsable): permiso parental y retribución, ¿solo discriminación por sexo? (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 10 de enero de 2017, rec. núm. 283/2015)”, *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social*, vol. 408, 2017, pp. 135-144.
- MUÑOZ RUIZ, A. B., *La discriminación de segunda generación: la discriminación de los trabajadores con responsabilidades familiares*, Comunicación al Congreso Europeo de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, Sevilla, 2011.
- NIETO ROJAS, P., “Responsabilidades familiares, contrato de trabajo y trayectoria laboral de las mujeres. Algunos puntos críticos”, *Adapt*, vol. 4, 2018.
- PASTOR MARTÍNEZ, A., “Las medidas laborales del Real Decreto-Ley 6/2019, de 1º de marzo de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación:

- Un paso hacia la efectividad de la igualdad de trato y oportunidades desde la corresponsabilidad”, *Ius Labor*, vol. 2, 2019.
- RIDAURA LÓPEZ, M. M., “La eficacia de los derechos de conciliación que afectan a la jornada de trabajo”, 2015, Universidad de Córdoba. ETEA.
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., *Los permisos parentales: avances y retrocesos tras las últimas reformas*, Bomarzo, Albacete, 2013.
- RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, S., “Conciliación y corresponsabilidad entre la vida laboral y familiar: aspectos relevantes de su regulación y análisis de la Directiva 2010/18/UE”, *Anales de la Facultad de Derecho*, vol. 28, 2011, pp. 227-249.
- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E., “De la conciliación a la corresponsabilidad en el tiempo de trabajo: un cambio de paradigma imprescindible para conseguir el trabajo decente”, *Lex Social: Revista de derechos sociales*, vol. 11, n.º 1, 2021.
- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E., “Empleo y conciliación: la flexibilización del tiempo de trabajo”, en Mora Cabello de Alba, L. (ed.) *Trabajar en femenino. Trabajar en masculino. Un libro a once voces*, Bomarzo, Albacete, 2013.
- RODRÍGUEZ RUIZ, B., “Discapacidad y la interseccionalidad de la discriminación por razón de sexo en el ámbito laboral”, en Carmona Contreras, A. M. (ed.) *Construyendo un estándar europeo de Derechos Fundamentales. Un recorrido por la jurisprudencia TJUE tras la entrada en vigor de la Carta*, Thomson Aranzadi, Madrid, 2018.
- RODRÍGUEZ RUIZ, B., “La dimensión constitucional de la conciliación de la vida familiar y laboral, o de la dimensión doméstica de la ciudadanía”, *Revista española de derecho constitucional*, vol. 35, n.º 103, 2015, pp. 355-384.
- RODRÍGUEZ-PÍÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “Igualdad y no discriminación en el empleo”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, vol. 13, 1998.
- STEWART, A.; NICCOLAI, S.; HOSKYNS, C., “Disability Discrimination by Association: A Case of the Double Yes?”, *Social & Legal Studies*, vol. 20, n.º 2, 2011, pp. 173-190.
- USKAHOVA, T., “Los componentes subjetivo y objetivo en la protección de la trabajadora embarazada contra el despido en el derecho de la UE.”, en Mella Méndez, L. (ed.) *Conciliación de la vida laboral y familiar y crisis económica: estudios desde el derecho internacional y comparado*, Delta Publicaciones Universitarias, Madrid, 2015, pp. 5-26.
- VALLE MUÑOZ, F. A., “La prohibición de discriminación del trabajador por ejercitar acciones judiciales contra el empresario: la garantía de indemnidad”,

en AA.VV. (ed.) *La igualdad ante la ley y la no discriminación en las relaciones laborales. XV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid.

XOLA MONELLS, X., “La extinción de la relación laboral de las trabajadoras embarazadas durante el período de prueba tras el Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo”, *IusLabor*, vol. 1, 2020.

CAPÍTULO II

LA NUEVA REGULACIÓN DE LOS PLANES DE IGUALDAD

JUANA MARÍA SERRANO GARCÍA

*Profesora TU de la Facultad de Ciencias Sociales de Talavera de la Reina
Universidad Castilla-La Mancha*

<https://orcid.org/0000-0003-3803-2617>

1. Introducción

Con la entrada en vigor de la Ley 3/2007, de 22 de Marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres (LOIEMH), la igualdad entre hombres y mujeres se convirtió en un principio universal, traspasándose el plano de la igualdad formal ante la ley que resultó ser insuficiente, para iniciarse una acción normativa dirigida a combatir todas las manifestaciones aún subsistentes de discriminación, directa o indirecta. Desde esta Ley se promueve la igualdad real entre mujeres y hombres con la remoción de los obstáculos y de las prácticas empresariales que impidieran alcanzarla.

La mayor novedad de esta Ley radicó en sus acciones para prevenir conductas discriminatorias y en la adopción de políticas activas que hagan efectivo el principio de igualdad. Se trata, además, de una Ley que se proyecta sobre diversos ámbitos del ordenamiento y de la realidad social, cultural y artística en los que pueda generarse la desigualdad, mostrando especial atención en la corrección de la desigualdad en las relaciones laborales, para lo cual se remite a la negociación colectiva, a fin de que sean las partes, libre y responsablemente las que acuerden el contenido de los planes de igualdad.

Precisamente, una de las novedades más destacables de la Ley fue su exigencia de negociar planes de igualdad que garantizaran la igualdad de trato y oportunidades y que evitaran discriminaciones en el centro de trabajo. Los planes empezaron a implementarse en las empresas, pero han transcurrido más de trece años desde su entrada en vigor y continúan sin ser una realidad en el marco de las relaciones laborales.

Tras la LOIEMH, fue el Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo, el que supuso un fortalecimiento de la figura del plan, exigiendo la negociación del diagnóstico, la inclusión de medidas evaluables, el abordaje de materias obligatorias en el diagnóstico, la exigencia de sistemas eficaces de seguimiento y la evaluación de los objetivos o el registro de los planes de igualdad en lo relativo a su constitución, características y condiciones para su inscripción. En definitiva, la citada normativa fue muy aplaudida en su momento por la complementariedad que suponía para la LOIEMH, pero seguía faltando regulación de detalle para resolver toda la problemática de los planes.

El RD 901/2020, de 13 de octubre, ha desarrollado una regulación detallada de la figura negociada de los planes de igualdad, porque en ellos no se detuvo especialmente la LOIEMH (arts. 45 a 49) y una vez que se empezaron a implementar, las cuestiones, dudas y las lagunas legislativas encontradas por los responsables de su efectivo cumplimiento –agentes sociales– impidieron el logro de “auténticos” planes de igualdad. En la primera etapa de la LOIEMH, un porcentaje importante de los planes que se alcanzaban se limitaban a copiar las disposiciones de la citada Ley, incorporaban medidas que eran meras declaraciones de intenciones, recogían en su texto meras medidas de conciliación y algunos planes ni se negociaban, los elaboraba una consultora y, posteriormente, se llevaban a la mesa de negociación para su aprobación.

La reciente normativa se detiene en el ámbito subjetivo y objetivo del plan, en el procedimiento de elaboración –partes legitimadas, contenido de la comunicación en la que se solicita el inicio de la negociación del plan, en el plazo para el inicio de las negociaciones una vez que se conoce su obligado cumplimiento, en el periodo al que se pueden extender las negociaciones, el ritmo de negociación, la periodicidad con la que deberán elaborarse estos planes, las opciones ante una negociación frustrada, las medidas a adoptar en caso de negativa del empresario a negociar–, contenido del plan –número mínimo de acciones adoptar, el régimen jurídico de las medidas planeadas, etc.–, o el control de cumplimiento, por lo que veremos qué la nueva norma reglamentaria de desarrollo consigue dar respuesta a casi todas las cuestiones pendientes relativas a los planes de igualdad.

2. Ámbito subjetivo del RD 901/2020

El art. 2 de esta norma contiene una obligación directa a las empresas, de forma que, sea cual sea el número de personas trabajadoras de su plantilla,

deberán respetar la igualdad de trato y de oportunidades en el ámbito laboral. El legislador dice expresamente “*deberán adoptar, previa negociación*” medidas que eviten la discriminación entre mujeres y hombres y promuevan condiciones de trabajo que eviten el acoso sexual y el acoso por razón de sexo (arbitrando procedimientos específicos para su prevención y para dar cauce a las reclamaciones o denuncias).

En este precepto hemos reconocido al art. 45.1 de la LOIEMH en el que también se exigía a las empresas respetar la igualdad de trato y de oportunidades en el ámbito laboral y para ello “*debían negociar, y en su caso acordar*” medidas dirigidas a evitar cualquier tipo de discriminación. La novedad del art.2 del RD 901/2020, está, primero, en la claridad de su redacción al incidir en que es una obligación de *todas las empresas comprendidas en el 1.2. ET*, con independencia del número de personas trabajadoras de su plantilla, y, segundo, en que ha introducido orden, ya que el legislador ha aprovechado este apartado primero del art. 2º en el que el número de plantilla no se tiene en consideración, para incluir la obligación de todas las empresas de promover condiciones de trabajo que eviten el acoso sexual y el acoso por razón de sexo incluyendo procedimientos para su prevención y cauces para la denuncia, porque hay que tener en cuenta que esta obligación ya se contenía anteriormente pero en el art. 48 LOIEMH.

Este Reglamento deja claro que ninguna empresa, sea cual sea su tamaño, queda fuera de sus exigencias de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres y todas tendrán que eliminar las situaciones de discriminación y de desigualdad que existieran o que pudieran darse. De esta forma, todas las personas trabajadoras estarían bajo el paraguas de esta normativa, sin perjuicio, de que no todas puedan disfrutar de las garantías que supone un plan.

No obstante, cabe la posibilidad de que la empresa, pese a no tener obligación de hacerlo, decida “voluntariamente” adoptar un plan de igualdad, regulado en el art.2.4, éste parte de la iniciativa empresarial, pero no podrá ser unilateral, como mínimo deberá ser consultado o, en su caso, negociado con la representación legal y deberán regirse por lo regulado en el reglamento objeto de este estudio. En la práctica los planes de igualdad que nos encontramos son los obligatorios, ya sea, por superar el número de plantilla, por sanciones conmutadas de la Inspección de Trabajo o porque el convenio aplicable lo exige.

Con la revisión del tamaño de las empresas obligadas a elaborar planes de igualdad se ha conseguido extender la obligación del plan a las pequeñas y me-

dianas empresas¹ de hasta 50 personas trabajadoras, que a lo sumo, estaban obligadas a negociar “medidas de igualdad y no discriminación” para eliminar situaciones discriminatorias y desigualdades. Este era uno de los escollos que nos encontrábamos en Ley 3/2007 y que sólo podía salvarse desde el convenio sectorial que tiene legitimidad para obligar a las empresas, incluidas en su ámbito de aplicación, a elaborar planes de igualdad –independientemente de su número de plantilla–, ahora lo tenemos resuelto en la nueva regulación².

En la medida que las empresas obligadas a implementar un plan son aquellas que superan las cincuenta personas trabajadoras es importante identificar cómo se alcanza dicho umbral. El artículo 3 del Real Decreto 901/2020 identifica qué personas trabajadoras son computables, señalando qué hay que incluir todas, “cualquiera que sea la forma de contratación laboral”, refiriéndose, expresamente, a la obligación de computar a los fijos discontinuos, a los de duración determinada (aunque no esté vigente la relación laboral al hacer el cómputo, siempre que hubiera estado contratado durante los 6 meses anteriores, en cuyo caso, señala el legislador que se computará una persona trabajadora por cada 100 días trabajados o fracción), a los contratados de empresas de trabajo temporal, o a los contratados a tiempo parcial, independientemente del número de horas de trabajo de cada persona³.

Ahora bien, teniendo en consideración lo importante que es comprobar si la empresa cumple o no este requisito (número de personas en la plantilla), se precisaba que la norma identificara ¿en qué momento se debía hacer ese cómputo?, ¿quién tiene capacidad de elección de ese momento, el empresario o los representantes de la plantilla?, ¿durante cuánto tiempo va a ser válido

1 Tras hacer un análisis comparativo de los diferentes ordenamientos en los que se introduce un plan de igualdad atendiendo al volumen de la plantilla hay que decir que el número de trabajadores exigidos en la ley española era más elevado que en otros países de Europa como por ejemplo Suecia, allí es obligatorio a partir de 10 trabajadores; en Finlandia a partir de 30. Datos obtenidos del estudio “Plans pour l’égalité professionnelle entre les femmes et les hommes” publicado en: <http://www.eiro.eurofound.ie/2004/02/study/tn0402103s.html>.

2 Sobre las dificultades que puede plantear la articulación de los planes de igualdad con los convenios vigentes en las empresas obligadas por el plan, véase: C. ARAGÓN GÓMEZ y P. NIETO ROJAS, *Planes de Igualdad en las empresas. Procedimiento de elaboración e implantación*, ed. CISS Wolter Kluwer, 2021, p.72-76.

3 En el magnífico libro *Planes de Igualdad en las empresas. Procedimiento de elaboración e implantación*, elaborado por C. ARAGÓN GÓMEZ C. y P. NIETO ROJAS, se identifican los problemas de computar a los trabajadores temporales por centros de trabajo o en la globalidad de la empresa, p.53, op.cit.

el cómputo realizado?, todo ello regulado, de forma tan exhaustiva, ha sido resuelto por el RD 901/2020.

El legislador ha regulado para que nada quede al arbitrio de la empresa, por ello, ha identificado ese momento para los casos en que la empresa sea reticente a efectuarlo, obligando a que, al menos, el último día de los meses de junio y diciembre de cada año, se realice ese cómputo a fin de comprobar si se alcanza el umbral. Con el señalamiento de esos momentos concretos, entendemos que el legislador está pensando en aquellos casos en los que la empresa se niega al cumplimiento de la obligación del “recuento” que, por otro lado, es determinante para exigir el plan o no; en tanto en cuanto, no exista negativa empresarial a hacerlo, entendemos que, ya sea a iniciativa del empleador o de la representación legal de los trabajadores, ese cálculo se podrá llevar a cabo cuando cualquiera de ambas partes lo decida.

Como hemos dicho, la realización del cómputo es determinante para el nacimiento de la obligación por lo que es importante que nos cuestionemos quien puede solicitárselo al empleador. La respuesta lógica es que lo hagan los sujetos legitimados para negociar, es decir, los representantes legales del personal, pero ¿y si no existe representación legal en esa empresa, quien puede requerir que se realice ese cálculo de plantilla?. ¿Podría exigirlo la Inspección de Trabajo, los sindicatos legitimados para formar parte de la comisión sindical, los trabajadores de forma individual?.

A nuestro juicio, no cabe duda de que los sujetos legitimados para negociar el plan de igualdad podrán solicitar al empresario que efectúe ese cómputo, de forma que tanto los representantes legales, como el sindicato más representativo del sector o los sindicatos más representativos a nivel estatal podrán hacer ese requerimiento, pero además estarán legitimados, la Inspección de Trabajo a través de un aviso o el juez a través de resolución judicial, si hubiera habido denuncia individual o colectiva previa por parte de las personas trabajadoras ante el incumplimiento.

Ahora bien, una vez que se hagan los cálculos de plantilla y se alcance el umbral legalmente exigido para tener un plan de igualdad, ya sea, porque las partes –empresarial o social– lo hayan solicitado, ya sea, porque se ha alcanzado el mes de junio o diciembre, nacerá para las partes la obligación de negociar, elaborar y aplicar ese plan, sin importar que el número de personas trabajadoras descienda por debajo del de los cincuenta a lo largo del proceso negociador. De la misma forma que el plan será de obligado cumplimiento una vez negociado, aunque la plantilla descienda por debajo del umbral durante el periodo de vigencia del plan, o si esta fecha no constara, al menos, durante cuatro años.

El legislador aprovecha este texto legislativo para regular las situaciones de los planes de igualdad en los grupos de empresas (art.2.6 RD 91/2020), que ya se estaban empezando a dar en la práctica. Los planes de grupo podrán abarcar a todas o parte de las empresas de dicho grupo, siempre siguiendo las reglas del artículo 87 del Estatuto de los Trabajadores previstas para este tipo de ámbitos de negociación. El plan de igualdad del grupo deberá tener en cuenta la actividad de cada una de las empresas y también deberá justificar la conveniencia de disponer de un único plan de igualdad para todas o varias empresas.

Es importante destacar, en relación al ámbito subjetivo del plan de igualdad que el art. 10 RD 901/2020 incluye en el paraguas del plan de la empresa usuaria a los trabajadores puestos a disposición por empresas de trabajo temporal. De esta forma, el legislador traslada a la norma la solución que ya ofreció el Tribunal Supremo (Sala Social) en su sentencia núm. 778/2019, de 13 noviembre, en cuyo asunto los trabajadores de una empresa de trabajo temporal solicitaban que se extendiera a ellos el plan de la empresa usuaria para la que prestaban servicios. El Tribunal consideró que la aplicación del art. 11 Ley 14/94 de 1 de Junio, de Empresas de Trabajo Temporal, que señala “los trabajadores contratados para ser cedidos a empresas usuarias tendrán derecho durante los períodos de prestación de servicios en las mismas a la aplicación de las condiciones esenciales de trabajo y empleo que les corresponderían de haber sido contratados directamente por la empresa usuaria para ocupar el mismo puesto”, justifica que en el RD 901/2020 se añada esta exigencia: “asimismo, los trabajadores contratados para ser cedidos tendrán derecho a que se les apliquen las mismas disposiciones que a los trabajadores de la empresa usuaria en materia de protección de las mujeres embarazadas y en período de lactancia, y de los menores, así como, a la igualdad de trato entre hombres y mujeres y a la aplicación de las mismas disposiciones adoptadas con vistas a combatir las discriminaciones basadas en el sexo, la raza o el origen étnico, la religión o las creencias, la discapacidad, la edad o la orientación sexual”.

El Tribunal Supremo consideró que pese a que la igualdad no se recogía expresamente entre las condiciones extensibles a los trabajadores de las ETTs, sí debía aplicarse el principio general contenido en el art. 4 LOIE-MH, según el cual, la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas.

3. Reglas procedimentales para la elaboración del plan de igualdad

3.1. La comisión negociadora: formación y competencias

La comisión negociadora de los planes de igualdad deberá tener una composición equilibrada de hombres y mujeres y tratará que sus miembros tengan conocimientos, formación o experiencia en materia de igualdad en el ámbito laboral (art. 5.4). La norma sólo sugiere que los miembros de esta comisión tengan formación previa en esta materia, sin embargo, atendiendo a las competencias que se le atribuyen a esta Comisión en el art. 6 del RD 901/2020, hubiera sido importante exigir a las empresas que garantizaran que sus miembros acreditaran alguna formación en materia de igualdad, ya que estos conocimientos van a ser indispensables para el desarrollo de sus funciones⁴.

Los sujetos negociadores del plan de igualdad serán el comité de empresa, las delegadas y los delegados de personal o, en su caso, las secciones sindicales si las hubiere, siempre que sumen la mayoría de los miembros del comité, refiriéndose al art. 89 ET, y para los casos de grupos de empresa a las reglas del art. 87 ET.

La mayor novedad en este aspecto la encontramos con aquellas empresas que no tienen representación legal para negociar el plan, porque ya no recurre el legislador a las “comisiones ad hoc” del art. 41.4. a) ET (integrada por tres trabajadores o por tres personas pertenecientes a sindicatos más representativos o representativos en el sector y que estuvieran legitimados para formar parte de la comisión negociadora del convenio). Para los casos de ausencia de representación legal (art.5.3), el reglamento requiere la creación de una comisión negociadora (seis miembros por cada parte) que estará constituida, de un lado, por la representación de la empresa y por otro, estarán los sindicatos más representativos y los sindicatos representativos del sector al que pertenezca la empresa con legitimación para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación, denominada “comisión sindical”. A fin de identificar el número de representantes por cada sindicato se atenderá a la proporción de la representatividad que tenga en el sector, garantizando la participación de todos los sindicatos legitimados (siempre que hayan respondido a la convocatoria de formar parte de esa comisión en un plazo de 10 días).

4 A juicio de C. ARAGÓN GÓMEZ C. y P. NIETO ROJAS, la formación en igualdad podría ir a cargo de la empresa: *Planes de igualdad en las empresas. Procedimiento...*, op. cit.,p.86.

Cuando el plan de igualdad afecte a varios centros de trabajo, unos con representación legal y otros no, la comisión negociadora podrá ampliarse hasta 13 miembros por cada una de las partes y estará integrada por los representantes legales de las personas trabajadoras de los centros que cuenten con representación y por los miembros de la comisión sindical, de acuerdo a lo que se prevé en el apartado tercero del artículo 5, para aquellos centros que no cuenten con representación⁵.

Una vez conformada esta comisión, por primera vez, se enumeran detalladamente sus competencias (art. 6). Antes de esta reforma, la comisión negociadora del plan de igualdad no tenía definidas sus competencias ni funciones porque realmente no estaba regulada, fue con el RD 6/2019 cuando se mencionó a esta comisión y se le atribuyó la obligación de negociar y elaborar el diagnóstico antes de empezar con la negociación del plan, y en el último RD 901/2020 se han sumado otras, tales como: elaborar un informe con los resultados del diagnóstico, identificar medidas prioritarias a implantar en la empresa, señalando su ámbito de aplicación, los medios materiales y humanos necesarios para implementarlas o los órganos o personas responsables de ellas, levantar acta de cada una de las reuniones de la negociación, que deberán ser aprobadas y firmadas con las manifestaciones que las partes estimen oportuno, impulsar la implantación del plan, definir los indicadores de medición para hacer un seguimiento y evaluación del grado de cumplimiento de las medidas, y cuantas otras funciones pudiera atribuirle el convenio o acuerde la comisión negociadora.

Para el desarrollo de esas funciones el legislador está pensando en una comisión negociadora con formación y conocimientos en materia de igualdad, sin embargo, el requisito de la formación no es un requisito *sine qua non* para formar parte de la comisión negociadora, la normativa sólo lo aconseja. De hecho, entendemos que el legislador es consciente de la falta de preparación que, en ocasiones, puede tener esta comisión y recurre a la posibilidad de que asistan expertos externos en la materia, los cuales tendrán voz, pero no voto.

Para el ejercicio de las competencias citadas las personas que intervengan en la negociación tendrán los mismos derechos y obligaciones que las personas que lo hacen en una negociación colectiva. La empresa deberá suministrar la documentación e información que le requieran los miembros de

5 Resolviendo los problemas de negociación del plan que se pueden plantear cuando unos centros de trabajo de la empresa tengan representación y otros no, véase: C. ARAGÓN GÓMEZ C. y P. NIETO ROJAS, *Planes de Igualdad en las empresas. Procedimiento de elaboración e implantación*, p.81-85.

esa comisión para la realización del diagnóstico, podrán estar asesorados por expertos y todos ellos deberán cumplir con el “deber de sigilo” (art.5.8).

El deber de sigilo se extiende a los expertos que les asistan y a toda aquella información de la que hayan tenido conocimiento relacionada con la empresa que les haya sido expresamente comunicada con carácter reservado. El contenido de este deber de sigilo se expone en el art.5.8 que señala expresamente “ningún tipo de documento entregado por la empresa a la comisión podrá ser utilizado fuera del estricto ámbito de aquella ni para fines distintos de los que motivaron su entrega”, contenido similar al art. 65.3 ET. Entendemos que también será aplicable las exigencias del art.65.3 párrafo segundo que considera que el deber de sigilo subsistirá incluso tras la finalización de su pertenencia a la Comisión e independientemente del lugar en que se encuentren.

Además, con respecto a las competencias de la comisión observamos que el cumplimiento de algunas de ellas, como, por ejemplo, el impulso para la implantación del plan en la empresa o el seguimiento y evaluación del grado de cumplimiento de las medidas del plan de igualdad, no serán fáciles de llevar a cabo cuando el plan se haya negociado con una “comisión sindical”, que está conformada por personas ajenas a la plantilla de la empresa. Por este motivo, a efectos de garantizar una implementación adecuada del plan de igualdad hubiera sido interesante que se nombrara a una persona de la plantilla como “enlace” con la comisión sindical, sólo a efectos de informar y garantizar un adecuado seguimiento y evaluación del plan⁶.

3.2. El desarrollo del procedimiento negociador del plan

El procedimiento de negociación del plan de igualdad se deberá iniciar tras realizar el cómputo de la plantilla y haber alcanzado un umbral de plantilla de cincuenta o más personas. Previo al comienzo de las negociaciones se habría constituido la comisión negociadora, a la que ya nos hemos referido, y a fin de evitar demoras innecesarias, el legislador ha fijado, de forma muy acertada, un plazo máximo de tres meses para empezar a negociar (artículo 4 RD 901/2020).

⁶ En este sentido C. ARAGÓN GÓMEZ C. y P. NIETO ROJAS, *Planes de Igualdad en las empresas. Procedimiento de elaboración e implantación* en la página 100 estiman que el órgano de seguimiento del plan debe estar compuesto de trabajadores de la empresa mandados por el sindicato, sin perjuicio de que la revisión del plan no podrá decidirla el órgano de seguimiento si no los negociadores del plan.

Este mismo plazo de tres meses será el que tengan las empresas que no estén obligadas por el número de plantilla, sino por el convenio que les sea aplicable, ello, a menos, que en el convenio se prevea otro plazo.

Ahora bien, si la obligación de elaborar un plan de igualdad fuere requerida por la autoridad laboral tras un procedimiento sancionador, el plazo para iniciar el procedimiento de negociación será el fijado en el acuerdo sancionador.

La norma ha indicado en qué plazo debe iniciarse la negociación del plan y también ha considerado necesario incluir el periodo máximo que pueden durar dichas negociaciones, de forma que, tras finalizar el plazo previsto para iniciar el procedimiento de negociación de tres meses, las partes negociadoras tendrán un año para negociar, aprobar y presentar la solicitud de registro de su plan de igualdad. En definitiva, ha configurado el “deber negociador” de forma similar a como lo hace para los convenios colectivos y para ello el apartado 6 del artículo 5 introduce la exigencia de “buena fe” que antes no se incluía.

Pero dicho lo anterior, nos planteamos la cuestión de si el legislador ha querido introducir en el nuevo reglamento un “deber de negociar reforzado” muy próximo al deber de acordar. El deber de negociar es sólo una obligación de medios que no exige alcanzar ningún resultado, es decir, que no implica un “deber de acordar”, de forma que no siempre los agentes sociales tienen porqué llegar a un acuerdo. Ahora bien, este deber de negociar reforzado se transforma en “obligación de negociar” cuando, tras realizar el diagnóstico previo, se confirma el incumplimiento en la empresa del principio de igualdad de trato y de oportunidades o aparecen situaciones de discriminación porque, en cualquiera de esos casos, el empleador está obligado a eliminar dichas situaciones a través de los planes de igualdad necesariamente acordados.

El objetivo del procedimiento es el logro de un acuerdo que requiere la conformidad de la representación empresarial y la mayoría de la representación de las personas trabajadoras que compongan la comisión. Pero el propio legislador admite en el art. 11, referido al registro de planes, que éste será objeto de inscripción obligatoria en un registro público “hayan sido o no adoptados por acuerdo entre las partes”, de forma que la propia norma admite que no haya sido negociado, porque ante el desacuerdo la Comisión negociadora⁷ haya acudido a algún procedimiento de solución autónoma de conflictos.

7 Atendiendo al art.5.6 RD 901/2020, para el logro de un acuerdo entendemos que deberá seguirse el criterio de las mayorías, se precisará “mayoría absoluta” de los miembros de la comisión negociadora (no de las personas presentes en la reunión). Ahora bien, si la comisión está compuesta por representaciones estables de naturaleza electiva el voto deberá

La norma ofrece soluciones para garantizar la existencia de un plan de igualdad, previendo que ante el desacuerdo la comisión negociadora acuda a los procedimientos de solución autónoma de conflictos, previa intervención de la comisión paritaria del convenio, si así lo hubiera requerido el convenio aplicable a la empresa afectada. A sensu contrario, si tal intervención de la comisión paritaria no fuera necesaria, la comisión negociadora no tendría que solicitar la participación de dicha comisión y podrían acudir directamente a un procedimiento de resolución del conflicto autónomo.

La norma no exige acudir a un procedimiento de solución de conflictos en caso de desacuerdo, porque el ejercicio del deber de negociar no implica un resultado sólo es una “obligación de hacer”; ahora bien, el deber de respeto al principio de igualdad de trato y de oportunidades, el deber de evitar cualquier forma de discriminación laboral entre mujeres y hombres y el deber de promover condiciones de trabajo que eviten el acoso, sí son situaciones que hay que alcanzar y el camino que ha marcado la ley es el plan de igualdad⁸.

El legislador ha optado por la solución⁹ que ya había ofrecido el Tribunal Supremo en la Sentencia núm. 403/2017 de 9 mayo (RJ 2017, 2456)¹⁰, ante

ponderarse de forma proporcional, atendiendo a la mayoría representada en la mesa de negociación y no al número de los componentes de cada uno de los bancos que integran la mesa.

8 El razonamiento del TS en la sentencia 403/2017 de 9 de mayo, explica esta opción legislativa: debe señalarse que el número 3 del artículo 45 de la Ley 3/2007 no establece la opción que dice la empresa recurrente: negociar un “plan de igualdad” o implantarlo unilateralmente si la negociación colectiva fracasa. No sólo porque una interpretación lógico-sistemática del citado precepto nos muestra que es obligatoria la negociación del Plan de Igualdad en el supuesto de empresas de más de 250 trabajadores, sino, también que el citado nº3 lo que viene a establecer es que la elaboración y negociación de ese Plan será, igualmente, obligatoria cuando lo establezca el convenio colectivo de aplicación, aunque la empresa tenga menos de 250 empleados. Por tanto, debe concluirse que la empresa recurrente incumplió con la obligación de negociar que le imponían la ley y el convenio colectivo.

9 Otra opción para resolver la negociación inacabada del plan sería la que se recoge en el sistema francés en su art. L 123.4 del Code du Travail, requiere negociar un plan de igualdad en la empresa conforme a las disposiciones L. 132-18 a L. 132-25, pero en el supuesto de que al término de la negociación no se haya alcanzado ningún acuerdo, “el empleador podrá aplicar este plan, siempre que haya consultado y recibido el asesoramiento del comité de empresa o, en su defecto, de los delegados de personal. El plan se aplica, a menos que el Director Departamental de Trabajo o el funcionario relacionado haya declarado que se opone a él mediante notificación escrita motivada antes de la expiración de un periodo de dos meses a partir de la fecha en que ha sido remitido al departamento”.

10 Ratifica la Sentencia de la Audiencia Nacional de 16 de septiembre de 2015 (JUR 2015, 237057).

el desacuerdo sobre un plan de igualdad, el Tribunal manifiesta la imposibilidad de que la empresa imponga unilateralmente un plan sin antes haberlo negociado con sus representantes legales. De forma que, si las negociaciones se interrumpieran por diferencias y desavenencias con la representación legal de los trabajadores, no es aconsejable que la empresa decida dar por concluida la negociación e implante un plan de forma unilateral. La empresa debe evitar que esto suceda y para ello tendrá que acreditar que ha agotado todos los medios de solución extrajudicial del conflicto.

En el asunto que se resolvió en esta sentencia no se pudo llegar a constituir la comisión negociadora del plan de igualdad ante la negativa de la mayoría de las representaciones sindicales de formar parte de la mesa al considerar que la empresa había incurrido en graves irregularidades. A juicio del Tribunal Supremo, esa negativa de las secciones sindicales no habilita al empleador a imponer unilateralmente el plan de igualdad, ya que, antes de hacerlo, deberá probar que ha agotado otros medios de solución autónoma del conflicto. En el asunto que se resuelve no consta que la empresa acudiera a la mediación del comité paritario del convenio ni tampoco planteó ante los tribunales el oportuno conflicto colectivo exigiendo el cumplimiento del deber de negociar de buena fe que a la representación legal de los trabajadores le impone el artículo 89.1º y 2º ET.

La negociación no será únicamente de las medidas del plan de igualdad, sino también del diagnóstico (art.5.1), este requerimiento ya se incluyó en el RD Ley 6/2019, pero desde que entró en vigor esa norma hasta ahora, han sido pocos los planes publicados con su diagnóstico previo o con un resumen de éste.

En relación a este tema, otra de las dificultades encontradas para su elaboración es el acceso a la documentación necesaria, dadas las reticencias que tiene la empresa, en muchas ocasiones, a ceder información; por ello, la normativa citada incide en este aspecto, y además de reconocer el derecho de la comisión negociadora a acceder a cuanta información resulte necesaria a fin de elaborar el plan de igualdad (art.5.7), prevé que los derechos y obligaciones en relación a la documentación de la empresa de la que disponen las personas que intervienen en la negociación del plan son similares a los que disfrutaban las personas que intervienen en la negociación de convenios y acuerdos colectivos –deber de sigilo y confidencialidad–.

4. Contenido del Plan de Igualdad

Con el Real Decreto Ley 6/2019 ya quedó claro que el plan de igualdad se compone de diagnóstico y de medidas evaluables, por tanto, no es un mero listado de intenciones empresariales o de medidas imprecisas o vagas, sin posibilidad de requerir su efectivo cumplimiento.

Son muchos los planes de igualdad que adolecen de este mal, incluso planes de igualdad elaborados tras la entrada en vigor del RD Ley 6/2019, como el Plan de Igualdad de IDIVAL en el que denominan plan de igualdad a un conjunto de propuestas de futuros estudios o comprobaciones.

El nuevo Real Decreto incide en este doble contenido del plan –diagnóstico y medida–. Por un lado, el artículo 7 y el Anexo de esta normativa se refiere a las materias del diagnóstico; mientras que el art. 8 junto al Anexo 2.V denominado “hoja estadística del plan de igualdad”, recoge las materias que podría incluir el plan de igualdad.

4.1. La importancia de elaborar un buen diagnóstico

La comisión negociadora será la responsable del diagnóstico y podrá contar con otras personas experimentadas o formadas específicamente en materia de igualdad de trato y de oportunidades en el ámbito del empleo y las condiciones de trabajo (art.5.4 RD 901/2020).

El legislador no exige que se incorpore todo el diagnóstico al plan, también sería suficiente con la inclusión de un resumen de las principales conclusiones y propuestas alcanzadas en un informe en el que deberá haberse estudiado, como mínimo, las siguientes materias: a) Proceso de selección y contratación; b) Clasificación profesional; c) Formación; d) Promoción profesional; e) Condiciones de trabajo, incluida la auditoría salarial entre mujeres y hombres de conformidad con lo establecido en el Real Decreto 902/2020, de 13 de octubre, de igualdad retributiva entre mujeres y hombres; f) Ejercicio corresponsable de los derechos de la vida personal, familiar y laboral; g) Infra-representación femenina; h) Retribuciones; i) Prevención del acoso sexual y por razón de sexo.

Nos encontramos ante un precepto necesario que si se cumple de forma rigurosa puede ser premonitorio de un buen plan de igualdad. Sólo desde un análisis detallado de las circunstancias reales de la plantilla, de todos los puestos de trabajo, independientemente, del nivel jerárquico o de su cate-

goría profesional y de todos los centros de trabajo afectados por el plan, se puede hacer un buen estudio de la situación en el diagnóstico.

No obstante, en el precepto se confunden los objetivos generales del diagnóstico con los instrumentos que contribuirán a su logro. Los objetivos generales son: conocer si la igualdad de trato y oportunidades entre hombres y mujeres está integrada o no en el sistema general de gestión de la empresa, saber qué efectos tienen para las mujeres y los hombres las actividades de los procesos técnico y productivo que se llevan a cabo en el centro de trabajo, así como, la organización del trabajo y conocer las condiciones en que se presta, ya sea trabajo presencial o a distancia.

Mientras que los instrumentos que contribuirán a su logro será la relación documental a la que se refiere el Anexo de este Reglamento y que deberá aportar la empresa, consistentes en datos desagregados relativos a como se distribuye la plantilla: por edad, tipo de relación laboral, modalidad contractual, jornada laboral, antigüedad, departamento, nivel jerárquico, grupo profesional, puesto de trabajo y nivel de responsabilidad, grado de formación, evolución de su carrera profesional en los últimos años; así mismo, se deberá informar de la imagen que ofrece la empresa, la publicidad interna y externa, la comunicación corporativa, el tipo de lenguaje con el que se comunica, la información que se ofrece a sus clientes, etc.

En relación a los resultados del diagnóstico, nos encontramos que el art.7.4 de la norma se detiene específicamente en una posible consecuencia del diagnóstico, como es la infrarrepresentación de las personas de un sexo en un determinado puesto o nivel jerárquico, para requerir que si se produce el plan deberá incluir medidas para corregir esa infrarrepresentación, incluso medidas de acción positiva que eliminen la segregación horizontal y vertical. A nuestro juicio, la remisión expresa a este específico resultado del diagnóstico sólo genera confusión en tanto que parece que sólo hay que actuar obligatoriamente si en el diagnóstico encontramos infrarrepresentación, cuando todos sabemos que deberán adoptarse medidas siempre que alguna de las materias que haya sido objeto de estudio en el diagnóstico lo requiera, porque demuestre desigualdad o discriminación en ese campo. De hecho, el artículo 8.3 del RD 901/2020 recoge que el plan tendrá las medidas que resulten necesarias en virtud de los resultados del diagnóstico, incluso podrá contener medidas fuera de las contenidas en el 46.2 LOIEMH, cómo podría ser violencia de género, lenguaje o comunicación no sexista.

4.2. Contenido mínimo de los planes de igualdad. La ocasión perdida del legislador de exigir medidas concretas

La regulación actual debe poner fin a las malas prácticas, porque algunos planes de igualdad se han caracterizado por su limitación, escasez, imprecisión y por ser un “*brindis al sol*” por la igualdad. Un porcentaje elevado de planes han sido una mera lista de medidas vagas e indefinidas, sin contenido exigible, no evaluables y, en ocasiones, una mera declaración de intenciones.

Con el actual RD 901/2020 se trata de poner fin a este tipo de prácticas, exigiendo que los planes sean realmente un instrumento negociado que garantice en la empresa la igualdad de trato y oportunidades y elimine la discriminación que existe en la empresa por razón de sexo (art. 8). Con esta nueva normativa dejamos muy lejos aquellos primeros planes de igualdad que se hicieron en los primeros años tras la aprobación de la LOIEMH, cuando las empresas después de haber encargado a una consultora el diagnóstico y el plan de igualdad, lo presentaban a la representación legal de los trabajadores para que lo aprobaran, sin más discusión. Hay que reconocer que esta práctica se debía a la creencia generalizada de que, puesto que la obligación de negociar no implica la de obtener la aprobación del plan, ante un mínimo gesto de hostilidad por parte de la representación legal, la empresa podía dar por concluida la negociación e implantar de forma unilateral el plan. Ni esos planes ni esas prácticas iniciales tendrían cabida hoy a la vista de la nueva normativa.

Además de los aspectos formales de contenido del plan de igualdad como son: las partes que lo conciertan, el ámbito personal, territorial y temporal, éste deberá contener, así mismo: el resumen del diagnóstico, los resultados de la auditoría retributiva a la que se refiere Real Decreto 902/2020, los objetivos cualitativos y cuantitativos del plan, las medidas concretas con el plazo de ejecución y la prioridad entre ellas, los medios y recursos –materiales y humanos– necesarios para la implantación seguimiento y evaluación de las medidas, el cumplimiento del calendario de actuaciones, el sistema de seguimiento y evaluación del plan y la composición y funcionamiento de la comisión paritaria, asimismo, deberá incluir el procedimiento de modificación y las vías a seguir para solventar las discrepancias que puedan surgir durante su implementación o para su revisión.

En relación a las características que deben tener las medidas contenidas en el plan, debemos resaltar que deberán ser medidas evaluables por cada objetivo fijado (art.8.3 del RD 901/2020 no obstante, esta exigencia ya se

contenía en el RD 6/2019, de hecho, podemos comprobar sus efectos en algunas de las medidas negociadas tras su entrada en vigor).

El Anexo 2.V del RD 901/2020, que se denomina “hoja estadística del plan de igualdad” contiene en su número 5 lo que consideramos que se podría calificar una “guía de medidas” para los negociadores de los planes. En el número 1 del citado Anexo se requiere identificar si el plan corresponde a una empresa pública o privada, el número de empresas afectadas por el plan, la distribución de la plantilla por sexo atendiendo al tipo de relación contractual y a su posición en la escala de clasificación profesional (órgano de dirección, mandos intermedios y resto de plantilla); en el número 2 del citado Anexo se exige señalar si el plan es obligatorio o voluntario, pactado o no o cuál es su plazo de vigencia; en el número 3 del citado Anexo se solicitan datos de la comisión negociadora, tales como, fecha de constitución, fecha de firma del plan, identificación de los representantes de trabajadores/as y de la empresa, si tienen formación o no, quien ha proporcionado la formación, quienes han sido los asesores externos o si han acudido o no al procedimiento autónomo de conflictos; en el número 4 del citado Anexo se pide información simplificada del diagnóstico, porque no olvidemos que el resumen o el diagnóstico completo se debe integrar en el plan, se requieren datos respecto a si se han manejado materias adicionales a las recogidas en la LOIEMH, si se ha contado con auditoría salarial o no, si hubo consenso en el diagnóstico y que materias se han analizado en él, en cuales de ellas se han adoptado medidas y finalmente, en el número 5 de este Anexo está lo que consideramos que podría haberse calificado como “guía de medidas” del plan de igualdad.

El número 5 del Anexo 2.V del Reglamento identifica las materias y las medidas que se pueden incluir en cada una de las áreas abordadas en el diagnóstico para que la comisión negociadora cuando registre el plan identifique cuáles de ellas se han implementado. En este número del Anexo, el legislador hace una recopilación de las medidas más típicas, más adecuadas y más efectivas que se han ido negociando en los planes de igualdad durante los últimos años. Numerosos estudios de los planes de igualdad demuestran que existe una coincidencia en la forma de resolver los problemas particulares de desigualdad o de discriminación en las diferentes empresas.

A nuestro juicio, este número 5 del Anexo 2.V debería ser un guion de obligado seguimiento por la comisión negociadora del plan de igualdad, de forma que atendiendo a los resultados del diagnóstico y a las negociaciones, se seleccionaran qué medidas concretas de las contenidas en cada uno de los

campos de actuación de ese Anexo son susceptibles de aplicar en la empresa para la que se está negociando el plan.

Con esta propuesta, no se trata de restar capacidad negociadora a la comisión que debate el plan, imponiéndoles unas medidas determinadas, sino de “exigirles un guion” en la negociación para que el debate se centre en qué medidas (de las propuestas por el legislador en este Anexo 2.V del Reglamento) son las más adecuadas para resolver situaciones de desigualdad o de discriminación que se hubieran encontrado en el centro de trabajo o en la empresa. Para ello, hubiera sido de interés que el art. 6 del RD 901/2020 incluyera expresamente un mandato a la comisión negociadora exigiéndole tener como “guion de actuación” el número 5 del Anexo 2.V o que el art. 8, referido al contenido mínimo, señalara que el plan deberá contener medidas que aparecen en el Anexo 2.V adaptadas a las circunstancias del centro de trabajo o empresa¹¹.

Por esta razón, a mi juicio, entiendo que se ha perdido la oportunidad de haber aprovechado esta última reforma del plan de igualdad para haber dado un paso más, llegando a normativizar algunas medidas que aparecen en este número 5 del Anexo 2.V.

4.2.1. Medidas de selección y contratación

Este campo de actuación del plan de igualdad ha sido una preocupación constante del legislador porque la igualdad en el acceso al empleo se exige tanto en el Estatuto de los Trabajadores como en la Ley de Igualdad 3/2007. Por lo que se refiere al primero, el art. 4.2 ET precisa que “en la relación de trabajo, los trabajadores tienen derecho: c) A no ser discriminados directa o indirectamente para el empleo, o una vez empleados, por razones de sexo”. Por lo que se refiere a la Ley de Igualdad hay que detenerse en el párrafo segundo de su artículo 5 que exige el respeto del principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el ámbito del empleo privado y en el empleo público, garantizándose tanto en el acceso al empleo, como en la promoción, condiciones de trabajo, etc. Aceptándose que no constituye discriminación en el acceso al empleo una diferencia de trato basada en una

11 Para conocer las medidas que han empezado a incluirse en los planes de igualdad en los últimos dos años, revítese: C. ARAGÓN GÓMEZ C. y P. NIETO ROJAS, *Planes de Igualdad en las empresas. Procedimiento de elaboración e implantación*, op. cit., p.119 y ss.

característica relacionada con el sexo cuando, debido a la naturaleza de las actividades profesionales concretas o al contexto en el que se lleven a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre que el objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado.

Ahora bien, la tutela legal de la prohibición de discriminación y la garantía de igualdad no ha sido suficiente para erradicar estas situaciones en el acceso al empleo y, mucho menos, la segregación ocupacional, por esta razón, la Ley 3/2007 no se queda sólo en el requerimiento legal de la igualdad de trato y de oportunidades en el acceso al empleo (art. 5.2 LOIEM), sino que va más allá e insta a los agentes sociales a abordar estos aspectos en los planes de igualdad –art. 45–.

No en vano, podemos decir que todos los planes revisados para otros estudios anteriores¹² contienen medidas relacionadas con el acceso al empleo, debido a que la mayoría de las empresas a las que corresponden encuentran discriminaciones o desigualdades en este campo.

La discriminación en el acceso al empleo no es fácil de erradicar por diferentes razones: primero, porque estamos en los estadios previos al nacimiento de la relación laboral, en los que la discrecionalidad del empresario es casi absoluta y, salvo pacto en contrario, el empresario será el único legitimado para decidir el perfil de las personas que quiere contratar, que herramientas va a utilizar para la selección o que modalidad contractual efectuar y, segundo, por la dificultad del trabajador para probar que ha sufrido discriminación en un proceso de selección cuando todavía no existe el vínculo laboral.

Por ello, el plan debería abordar detenidamente el análisis de este momento de inicio de la relación laboral. Sería importante que el diagnóstico identificara las razones de fondo por las que existe brecha en el acceso al empleo, yendo más allá de los datos cuantitativos de carácter estadístico (que muestren la desproporción de hombres y mujeres en la plantilla), y más allá de recurrir a argumentos tan peregrinos, como el carácter típicamente masculino del trabajo o del sector. El diagnóstico debería encontrar las razones de fondo que originan la “masculinización” de la plantilla, como puede ser la peculiar organización de la empresa, el tipo de jornada, el sistema de trabajo a turnos, el proceso de selección, etc.

Como hemos señalado, en este campo de actuación siempre se implementan medidas en los planes de igualdad que encontramos nombradas en el número 5 del Anexo 2.V del Reglamento: medidas relacionadas con el len-

12 J.M.SERRANO GARCÍA, *La igualdad en la crisis del empleo*, Bomarzo, 2013.

guaje de las ofertas de empleo, con el procedimiento de participación en la selección y contratación o con las acciones positivas. El legislador se pregunta expresamente si el plan de igualdad ha implantado sistemas objetivos de selección de personal y contratación, si ha previsto la participación colectiva en los procesos de selección o si se han introducido acciones positivas.

Las medidas del primer grupo deberían ser obligatorias en todos los planes de todas las empresas: la revisión del lenguaje y las imágenes en las ofertas y en las solicitudes de empleo, el cuidado en la denominación de los puestos de trabajo para que no contengan denominaciones sexistas, la descripción de los puestos ofrecidos y de sus requisitos con un lenguaje neutro que no responda a estereotipos que tiendan a uno u otro sexo, la eliminación de las preguntas sexistas en las solicitudes de empleo o entrevistas, la exigencia de hacer preguntas estrictamente profesionales en los procesos de selección (estandarizando los guiones de las entrevistas para que contengan únicamente, la información necesaria y relevante para el puesto de trabajo), o requerir *currículums vitae ciegos* que no identifiquen el sexo del candidato o candidata.

En este momento previo al proceso de contratación, juega un papel importante la persona encargada de la selección, por lo que sería interesante exigirle formación y/o sensibilidad en igualdad para que realice las entrevistas desde esa perspectiva. Algunos planes requieren participación femenina en el equipo de selección de personal y, en bastantes casos, se les exige seguir un protocolo de actuación para seleccionar personal desde criterios no sexistas.

En relación con las medidas que puedan incluirse para garantizar la participación de la representación de las personas trabajadoras en el proceso selectivo, como, por ejemplo, la vigilancia del proceso de selección o la elección de las modalidades contractuales a efectuar, garantizando la inexistencia de criterios sexistas, pero en pocas ocasiones se han incluido como medida en el plan. Ahora bien, hay otras formas de participación que también pueden resultar efectivas como intervenir en el diseño de las ofertas de empleo, acordar un guion de entrevista o conocer con que criterios trabaja el algoritmo que se pueda utilizar para la selección.

No obstante, hay que reconocer la dificultad de implementar en el plan de igualdad una participación de los representantes más allá de la estatutariamente reconocida, en la que éstos sólo están legitimados a emitir un informe a posteriori, pronunciándose sobre el carácter discriminatorio o no de la oferta en torno a la persona seleccionada o la modalidad contractual a efectuar. La participación en el proceso de selección no está muy extendida en los planes de igualdad.

El último grupo de medidas son las acciones positivas que pueden incluirse de forma coyuntural y temporal hasta conseguir un equilibrio en la proporción de hombres y mujeres en la plantilla. Este tipo de medidas es bastante frecuente en los planes de igualdad, en ellos se prevé que a igualdad de condiciones y competencias de las personas que optan al puesto de trabajo, se dará preferencia o se priorizará la contratación del candidato del género subrepresentado en la categoría profesional o nivel de que se trate. Estamos ante una medida de interés pero su efectividad va a depender del grado de concreción de la acción positiva respecto de qué condiciones y competencias son evaluables de los candidatos/as, porque, de otra forma, dejamos la identificación de ambos indicadores a la decisión de la empresa y esta acción perdería sus efectos. A estos efectos, la propia oferta de trabajo debe identificar las capacidades que se requieren, la formación necesaria, las condiciones personales precisas porque, si no es así, la elusión de esta medida es sencilla y la eficacia de la acción positiva sería nula. En algún plan de igualdad se favorece directamente la contratación del sexo menos representado, en concreto, el PI de ENDERMAR, de 22 de Mayo 2019, detecta la ausencia de mujeres en la categoría de conductores (100% hombres) y en el plan se comprometen a que las nuevas plazas de personal de conducción que queden vacantes sean cubiertas por mujeres.

En materia de contratación hemos comprobado que la temporalidad y la parcialidad son las notas que caracterizan desgraciadamente a nuestro mercado de trabajo, y aunque lo sufren hombres y mujeres casi por igual, sigue siendo mayor el porcentaje de mujeres. El RD 901/2020 apuesta por las acciones positivas en este ámbito, de forma que, a igualdad de condiciones y capacidades entre personas de diferente sexo se dará preferencia para la transformación de su contrato a tiempo parcial en tiempo completo a las mujeres, cuando sean mayoritarias a tiempo parcial en el puesto a cubrir. La misma forma de actuación se propone con los temporales, favoreciendo la conversión del contrato temporal a indefinido y dando prioridad a los trabajadores con mayor temporalidad.

4.2.2. Medidas de clasificación profesional para evitar la segregación vertical

Las estadísticas demuestran que la desigualdad en el sistema de clasificación profesional la encontramos en el escaso porcentaje de mujeres que ocupan puestos de trabajo en categorías superiores, produciéndose la denominada

“segregación vertical”. Las mujeres encuentran barreras en la promoción interna, casi siempre de carácter invisible, que evitan su promoción profesional e impiden su acceso a categorías profesionales superiores, pese a disfrutar de formación suficiente para ocupar esos puestos.

El diagnóstico deberá identificar la razón del desequilibrio entre ambos sexos en el sistema de clasificación profesional, que puede ser debida a numerosos factores: imposibilidad de conciliación de los altos cargos con las responsabilidades familiares por la mayor disponibilidad que requiere, mayores dificultades de las mujeres para promocionar o para formarse, la existencia de un procedimiento de promoción arbitrario –interno y no transparente–, etc. La promoción es un elemento clave en la eliminación de la segregación vertical, por ello, incidiremos en esta materia cuando hablemos de este campo de actuación del plan.

A nuestro juicio, debería ser un objetivo del plan de igualdad conseguir la presencia equilibrada de mujeres y hombres en todos los niveles de la empresa, sin embargo, el núm. 5.2.1 del Anexo 2.V lo plantea como una pregunta a la que deben dar respuesta los sujetos negociadores cuando registren el plan. Ello significa que el plan puede contener medidas o no para eliminar la segregación vertical y para corregir la valoración de los puestos de trabajo a fin de conseguir un sistema de clasificación neutro y libre de sesgos de género.

El legislador apunta también que puede implantar un sistema objetivo de valoración del puesto de trabajo que permita periódicamente la evaluación del encuadramiento profesional, pero hay que decir, que las medidas relacionadas con la clasificación profesional son muy escasas en los planes, las modificaciones en el sistema de la clasificación profesional son más propias de ser abordadas en el convenio colectivo.

4.2.3. Medidas para la formación

El Reglamento se refiere a dos tipos de formación, por un lado, a la formación en materia de igualdad y, por otro, a las acciones formativas de carácter profesional. Respecto a la primera, hay que hablar de la importancia que adquiere en este último Reglamento, relegada a un segundo plano hasta el momento, el legislador promueve que los miembros de la comisión negociadora tengan formación y conocimientos en materia de igualdad, pero esta preocupación por ampliar la formación en igualdad se extiende al personal directivo y a los mandos intermedios, incluso el reglamento propone que el propio plan de igualdad

contenga módulos específicos que formen a la plantilla de la empresa en igualdad de género. El interés por la formación en igualdad ya se manifestaba en algunos planes, valorando positivamente la tenencia de este tipo de formación para la selección y provisión de puestos en la empresa “Plan para la Igualdad entre mujeres y hombres del Servicio Cántabro de Salud” (BOC 7 Junio 2019).

Con respecto a la formación de carácter profesional insistimos en la importancia de que se hubieran normativizado algunas de las medidas que se contemplan en este número 5 del Anexo 2.V. Estas medidas deberían ser de obligado cumplimiento en los planes en los que se detecten carencias formativas que impiden la carrera profesional, tales como: acciones positivas que den acceso prioritario a las trabajadoras a la formación que favorezca su inserción en áreas de trabajo masculinizadas o, más efectivo aún, reservar un porcentaje de participantes en la formación a las mujeres.

Si en el diagnóstico se detecta que las dificultades derivan del horario en el que se ofrece la formación, se debería debatir la posibilidad de impartir los cursos durante la jornada laboral, facilitar la formación online, compensar por los gastos personales que tiene la formación fuera del horario laboral (fundamentalmente, derivados de la necesidad de conciliar), de igual forma que deberían tener en consideración las peculiaridades de las personas que tienen reducción de jornada. Otras medidas de interés son los programas formativos que atienden a las necesidades de formación de su empresa, repasan el lenguaje de los materiales formativos, garantizan el acceso a la información sobre los cursos que se ofertan, rectifican el contenido de la formación o identifican cómo se seleccionarán los beneficiarios de la formación. La primera medida importante para que toda la plantilla, sea cual sea su categoría profesional, pueda disfrutar de la formación es la publicación de la información sobre cursos que se ofertan y de las promociones previstas.

En este campo, han sido amplias y ambiciosas algunas de las medidas contenidas en los planes, encontramos planes que han tratado de influir en la formación universitaria por la que se opta. La formación que una persona recibe antes de ingresar en el mercado de trabajo condiciona el sector y el puesto de trabajo en el que acaba desarrollándose profesionalmente. La estructura del mercado de trabajo responde a una división de las tareas por sexos, preexistente en la vida social y reflejo en una formación escolar previa, por esta razón, algunas empresas con plantillas muy masculinizadas estudian en sus diagnósticos los requisitos de acceso y encuentran que la causa de la desproporcionalidad de la plantilla está en la formación previa requerida. El PI de CEPSA adopta una medida para aumentar el número de mujeres en la plantilla

relacionada con incrementar los contactos con las escuelas y facultades de estudios técnicos, a fin de hacer llegar las ofertas de empleo al género con menor presentación en el grupo y nivel de que se trate la oferta. Lo mismo en el PI de HC Distribución Eléctrica que prevé que en aquellas profesiones que social y culturalmente estén masculinizadas se llegará a acuerdos con centros docentes o con las autoridades locales, a fin de que: 1) la compañía disponga de información en relación con la evolución de tales profesiones y la incorporación de mujeres a los estudios necesarios para su desarrollo; 2) los centros o autoridades colaboren con el Grupo HC Energía facilitando el currículum vitae de personal preparado y así fomentar la incorporación de mujeres en su plantilla.

4.2.4. Medidas para la promoción profesional

El número 5.4 del Anexo II.V el RD 901/2020 se plantea si el plan de igualdad incluye sistemas objetivos de promoción profesional sin imponer a la empresa que así sean. A nuestro juicio, hubiera sido necesario que esa disposición legal se formulara de otra forma, en el sentido siguiente: “si la empresa no tiene un sistema objetivo de promoción profesional, identifique qué medidas de las siguientes se han negociado en el plan”. Y ahí estaría el listado de posibles medidas que ya está preparado en el núm.5.4 del citado Anexo

Partimos de la premisa de que la carrera o promoción profesional debe seguir un procedimiento objetivo y, si así no fuera, debería promoverlo el plan de igualdad, no puede ser una opción de negociación de los agentes sociales, como parece desprenderse de la redacción del RD 901/2020. Cuando los resultados del diagnóstico indiquen que el sistema de promoción o carrera profesional no es objetivo o imparcial o, directamente, no existe, y encuentren “segregación vertical” en la plantilla, debe negociarse un procedimiento en esta línea.

Por otro lado, el procedimiento de promoción profesional que se incluya en el plan de igualdad de la empresa podrá contener además acciones positivas para cubrir puestos de trabajo en áreas o grupos masculinizados o para favorecer la promoción de mujeres en puestos de mandos intermedios y de dirección, así como, medidas que promuevan candidaturas femeninas en procesos de promoción.

Pero las acciones positivas deben formar parte de un sistema objetivo de promoción, porque las acciones positivas se aplicaran cuando tengamos dos candidatos de diferente sexo optando a un puesto de trabajo de categoría

superior a la que ostentan, y ello requiere que ambos hayan tenido las mismas posibilidades de llegar al final del proceso de promoción.

Algunos planes de igualdad admiten la necesidad de objetivar el procedimiento de promoción y requieren: primero, que el procedimiento sea público, expuesto en los tablones de anuncios, de forma que todo el personal, sea cual sea su categoría, tenga conocimiento de las promociones previstas; segundo, que sea objetivo, eliminando la elección de cargos de libre designación del empresario, donde las mujeres encuentran grandes obstáculos para promocionar, debido tanto a aspectos culturales y sociales, como a otros criterios subjetivos en los que priman otros factores, que nada tienen que ver con la capacidad, ligados coyunturalmente a la mujer; tercero, que exista un control colectivo por parte de los representantes legales de los trabajadores; cuarto, que la decisión esté motivada, que se razone el rechazo de las promociones femeninas para detectar si existen razones encubiertas derivadas de la dificultad de conciliación; quinto, que se realice un proceso anticipado, para que los interesados tengan tiempo de dirigirse a los cursos oportunos y prepararse las pruebas (PI de ENSA) previendo que anualmente y siempre dentro del primer trimestre del año se determinará por la empresa las plazas que corresponde cubrir con ascensos; sexto, que el proceso esté cuantificado, es decir, que se proponga un porcentaje mínimo de mujeres en el proceso de promoción, por ejemplo, en el PI del Grupo VIPS se prevé que en este proceso se incluya un 55% de mujeres en los puestos en los que tengan menos presencia o en el PI del Grupo Rodilla se exige que en los procesos de promoción en los que las mujeres estén infra-representadas haya hasta un 60% de mujeres.

Una vez que esté garantizada la objetividad del proceso, las siguientes medidas que ganan interés son las acciones positivas para la promoción profesional, de forma que a igualdad de condiciones para la cobertura de un puesto de las categorías más elevadas se opte por el sexo menos representado (PI de Primark Tiendas, PI de AKI PI de SEAT, PI Grupo DIA, PI de AKI, PI de CTAG, PI de ENSA, PI de FNAC, PI de Carrefour, en él se prevé que se dará prioridad en la convocatoria a las mujeres hasta cubrir un porcentaje mínimo del 50% de los convocados). Esta enumeración de planes con acciones positivas en la promoción es meramente significativa dada su generalización en el conjunto de los planes revisados.

El recurso continuado a este tipo de medidas no justifica su eficacia porque ¿cuáles son las condiciones valorables de idoneidad y competencia para la ocupación de un cargo si no éstas no se detallan? La identificación de los requisitos –formativos y competenciales– a cumplir por el candidato o can-

didata para el puesto de trabajo ofertado será un requisito previo que deberá darse para garantizar la efectividad de la acción positiva. El plan de igualdad debe exigirle a la empresa una definición clara de las condiciones o competencias precisas para el desarrollo del puesto porque de otra forma la cláusula puede ser “papel mojado”.

4.2.5. Medidas para el ejercicio corresponsable de los derechos de conciliación

En relación a esta materia no vamos a insistir en el hecho de que las cargas familiares son responsabilidad de la mujer y ello redundando negativamente sobre su situación profesional. En una sociedad que considera el trabajo remunerado el eje central de la vida de las personas, subordinando a él los demás ámbitos, quien no está plenamente disponible para la empresa tiene pocas posibilidades de desarrollar una actividad profesional plena. El hecho de que sean, casi en exclusiva, las mujeres quienes se encargan de las responsabilidades familiares, las coloca en una situación de desventaja en el mercado laboral, tanto para el acceso como para desarrollar su carrera profesional. Y por esta razón, la utilización casi en exclusiva por parte de las mujeres de las medidas de conciliación convierte al bloque de medidas relativas a conciliación que se incluye en los planes de igualdad en el principal obstáculo para su plena participación laboral.

El plan de igualdad debe partir de que las responsabilidades familiares son tanto de hombres como de mujeres y entender que la atención de los menores exige, fundamentalmente, flexibilidad en el tiempo de trabajo. La LOIEM llama a los agentes sociales a que regulen la posible adaptación de la duración y distribución de la jornada de trabajo, la sustitución de las horas de lactancia por una reducción de jornada en media hora o su acumulación en jornadas completas, el incremento del periodo de excedencia para cuidado de familiares o la forma de disfrute del permiso por nacimiento o cuidado de menores.

El RD 901/2020 vuelve sobre esas medidas tradicionales relacionadas con el tiempo de trabajo: medidas de flexibilidad horaria en la entrada, salida, tiempo de comida, bolsas de horas o de días personales de libre disposición, la mejora de los permisos retribuidos o medidas específicas para que los hombres sean los que concilien y se corresponsabilicen. Pero la mayor novedad de esta normativa es que identifica el “teletrabajo” como opción para garantizar la corresponsabilidad. En escasos planes de igualdad se introducía esta medi-

da, sólo en algún plan aislado, como el PI del Grupo Repsol o el PI de Senoble se incluía el teletrabajo con esta finalidad, ya que el PI de Lonza Boiologies Porriño admite la fórmula del teletrabajo para situaciones justificadas, como la enfermedad de un menor de 8 años, la situación de enfermedad del trabajador no invalidante para el trabajo o por razones de embarazo de la trabajadora, es decir, no se plantea esta medida como una fórmula de conciliación, sino para solventar situaciones temporales, en tanto en cuanto, declara que será de un mínimo de una semana y máximo de un mes.

La inclusión del teletrabajo en este Reglamento coincide con la nueva regulación que ha recibido esta figura en el Real Decreto-Ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia, que deberá aplicarse a la persona que adopte la medida de “teletrabajar” durante un treinta por ciento de la jornada (art. 1) por un periodo de referencia de tres meses, al menos.

Esta normativa relativa al teletrabajo exige que el teletrabajador/a alcance con la empresa un “acuerdo del trabajo a distancia” para regular las condiciones de su desarrollo. Esta competencia podría ser cumplida por el propio plan de igualdad, dado que el legislador se remite al convenio colectivo aplicable a la empresa o a un acuerdo previo entre las partes. En dicho acuerdo deberá detallarse: cuáles son los medios, equipos y herramientas que exige el desarrollo del trabajo a distancia, incluidos los consumibles y los elementos muebles, así como, cual es la vida útil o el periodo máximo para la renovación de estos; qué gastos podría tener la persona trabajadora por el hecho de prestar servicios a distancia, así como, la forma de cuantificación de la compensación que obligatoriamente debe abonar la empresa, el momento y la forma para realizar la misma; qué horario de trabajo tendrá la persona teletrabajadora y dentro de él, en su caso, reglas de disponibilidad; qué porcentaje y distribución entre trabajo presencial y trabajo a distancia; a qué centro de trabajo de la empresa queda adscrita la persona trabajadora a distancia y donde, en su caso, desarrollará la parte de la jornada de trabajo presencial; cual será el lugar de trabajo a distancia elegido; qué plazos de preaviso se establecen para el ejercicio de las situaciones de reversibilidad; cuáles son los medios de control empresarial de la actividad; qué procedimiento se seguirá en el caso de producirse dificultades técnicas que impidan el normal desarrollo del trabajo a distancia; qué medidas se tomarán en materia de protección de datos, específicamente aplicables en el trabajo a distancia; qué instrucciones tiene la empresa sobre seguridad de la información, específicamente aplicables en el trabajo a distancia; cual es la duración del acuerdo de trabajo a distancia.

4.2.6. Medidas para eliminar la infrarrepresentación femenina

Este campo del plan de igualdad no se ha incluido en lo que hemos considerado debería denominarse “guion de medidas” del número 5 del Anexo 2.V. Si se hace referencia a él en el número 6 del Anexo del RD 901/2020, para señalar los datos que deben estudiarse en el diagnóstico a fin de revisar este ámbito. En realidad, la ausencia de este parámetro en lo que hemos llamado “guion” entendemos que se debe a que la “infrarrepresentación femenina” ya se ha abordado en otros campos del plan, como son “selección y contratación” incluyendo medidas que eviten la “segregación ocupacional u horizontal” y en “clasificación profesional” o “promoción profesional” evitando la “segregación vertical”.

De hecho, el número 6 del Anexo exige que el diagnóstico averigüe si hay segregación vertical, analizando: por un lado, cómo participan las mujeres y los hombres en los distintos niveles jerárquicos, grupos y subgrupos profesionales y su evolución en los cuatro años anteriores a la elaboración del diagnóstico; por otro lado, la correspondencia entre los grupos y subgrupos profesionales y el nivel formativo y experiencia de las trabajadoras y trabajadores y, para finalizar, la presencia de mujeres y hombres en la representación legal de las trabajadoras y trabajadores y en el órgano de seguimiento de los planes de igualdad. Y para investigar la existencia de segregación horizontal se preocupa de averiguar la distribución de la plantilla en la empresa, midiendo el grado de masculinización o feminización que caracteriza a cada departamento o área. A estos efectos, el diagnóstico mostrará el número total de hombres y mujeres en la empresa, así como, en cada grupo profesional, categoría profesional y puestos, con el fin de conocer el grado de infrarrepresentación ocupacional femenina.

Con estos datos, se podrá conocer si existe o no infrarrepresentación, atendiendo al porcentaje que se haya fijado en cada plan, por ejemplo, en el PI de GERYVIDA se fija que se entienda por infrarrepresentación (-30% de representación), en el PI de SACYR no se señala ningún porcentaje.

4.2.7. Medidas para garantizar la no discriminación salarial

Esta es una materia olvidada en los planes de igualdad, fue una novedad que el RD 6/2019 exigiera una auditoría salarial, porque hasta ese momento esta materia no se abordaba, pese a la existencia de la brecha salarial.

El RD 901/2020 apenas dedica tiempo a estas medidas porque de las discriminaciones en este campo se ocupa el Real Decreto 902/2020, de 13

de octubre, de igualdad retributiva entre mujeres y hombres, que dice ser complementario de éste. En esta última norma se incluyen definiciones conceptuales tan importantes como, “trabajos de igual valor” (art.4) que viene definido por 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.

El legislador requiere a las empresas que realicen un “registro retributivo de toda su plantilla” (art.5) que deberá incluir los valores medios de los salarios, los complementos salariales y las percepciones extrasalariales de la plantilla desagregados por sexo y distribuidos conforme a lo establecido en el artículo 28.2 del Estatuto de los Trabajadores.

Además, si la empresa está obligada a negociar un plan de igualdad deberá pasar una “auditoría retributiva” que tiene por objeto obtener la información necesaria para comprobar si el sistema retributivo de la empresa, cumple el principio de igualdad entre mujeres y hombres, y así evitar, corregir y prevenir los obstáculos y dificultades que pudieran producirse en aras a garantizar la igualdad retributiva, y asegurar la transparencia y el seguimiento de dicho sistema retributivo.

Por último, se ordena a la empresa que haga una “valoración de puestos de trabajo en los convenios colectivos” (art.9) a fin de comprobar que la definición de los grupos profesionales se ajusta a criterios y sistemas que garanticen la ausencia de discriminación directa e indirecta entre mujeres y hombres y que aplique el principio de igualdad de retribución por trabajos de igual valor, para ello 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.

El RD 902/2020 no incluye medidas concretas para erradicar las discriminaciones salariales que aparezcan sólo diseña los instrumentos que ayudarán a implementarlas en la mesa de negociación del convenio colectivo o del plan de igualdad. El RD 901/2020 hace referencia en el número 5.6.1 del Anexo 2.V a qué medidas se han adoptado atendiendo a los resultados obtenidos del registro retributivo o de la auditoría retributiva y propone que la empresa revise los complementos salariales, extrasalariales, incentivos o beneficios sociales a fin de que respondan a criterios objetivos y neutros o que incluya medidas de acción positiva para reducir la brecha salarial de género.

4.2.8. Medidas para la prevención del acoso sexual o el acoso por razón de sexo

De los diferentes riesgos que pueden sufrir un trabajador en su lugar de trabajo la LOIEMH ha mostrado especial interés por evitar o prevenir los relacionados con el acoso sexual y el acoso por razón de sexo (art. 48 LOI). Esta Ley obliga al empresario a evitar estas conductas dentro de la empresa promoviendo condiciones de trabajo adecuadas y arbitrando procedimientos específicos de prevención, tales como: códigos de buenas prácticas, campañas informativas o acciones de formación, etc. (art. 48.2 LOI).

Los instrumentos de prevención de estas conductas que se incluyen en los planes son muy variados, desde la información y sensibilización de la plantilla, a través de campañas explicativas que muestran cómo se puede advertir una situación de acoso y que informan de los tipos de acoso, de sus derechos y de los recursos con los que cuenta el trabajador que se sienta víctima del acoso, hasta cursos de formación dirigidos a todas las personas que tengan personal a su cargo, a fin de ayudarles a gestionar las posibles situaciones de acoso o a reaccionar con conocimiento de causa ante estas situaciones o procedimientos de control y vigilancia de los comportamientos de los trabajadores, con especial interés, sobre los mandos y directivos.

El RD 901/2020 en el punto 5.7 del Anexo 2.V pregunta a los sujetos encargados del registro del plan si la empresa ha incluido un protocolo de acoso, cuando realmente debería asegurarse de su existencia porque es de obligado cumplimiento por todas las empresas, sea cual sea su tamaño. Sería más adecuado que el legislador partiera de la premisa de que debe existir un protocolo de acoso en la empresa y, en caso contrario, obligar a su negociación para inscribir el plan en el registro, y a partir de ahí, preguntar si en el procedimiento de denuncia se ha protegido la intimidad, confidencialidad y dignidad de las personas afectadas, si existe o no un órgano paritario para tratar los casos de acoso, si existe o no asesoramiento o apoyo profesional, etc.

El Reglamento no se detiene en el tipo de procedimiento que debería arbitrarse para prevenir y sancionar conductas de acoso en la empresa. No obstante, igual que sucede con las medidas contenidas en la que hemos denominado “guión de medidas” la normativa podría haber dado pautas a los negociadores en relación al procedimiento de denuncia. El legislador sí indica que el procedimiento debe ser ágil y rápido, proteger la intimidad, la confidencialidad y la dignidad de las personas afectadas y desarrollarse respetando el principio de contradicción, de forma que el instructor deberá, salvo causa mayor, dar a conocer a la persona o personas afectadas el

contenido de la reclamación, de forma que pueda alegar o aportar lo que considere necesario.

El procedimiento podría tener las siguientes fases: Primera fase de denuncia: ésta se inicia con la denuncia por la presunta víctima del acoso y suele ir dirigida al director o persona que represente la dirección del centro o al jefe de recursos humanos. La denuncia se presenta por escrito y firmada, al menos, por una persona, y en ella deben constar los hechos. En esta primera fase el trabajador o trabajadora podrá contar con la asistencia de un representante legal de los trabajadores de su centro o persona de su confianza en el centro de trabajo. Segunda fase de información: una vez recibida la denuncia, el Agente de Igualdad (si se hubiera creado esta figura en el plan de igualdad) o la Comisión de Igualdad, en su caso, abrirá un expediente informativo, contando para ello con la asistencia de los miembros de la Comisión del Protocolo de Acoso. Durante este expediente se deberá investigar el asunto, recopilar las pruebas oportunas y, finalmente, elaborar el informe.

4.2.9. Medidas para las víctimas de violencia de género

Las medidas para eliminar la violencia de género se incluyen en un porcentaje reducido de los planes de igualdad. En el art. 8.3 del RD 901/2020 el legislador habla de la posibilidad de que el plan incluya medidas “relativas a materias no enumeradas en el artículo 46.2 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, como violencia de género, lenguaje y comunicación no sexista u otras”, como una opción de los negociadores.

La norma propone al plan de igualdad que aborde esta materia con medidas, pero en las “disposiciones aplicables para la elaboración del diagnóstico” contenidas en el Anexo de esta norma no se incluye esta materia de forma específica. Tampoco en el Anexo dedicado a la enumeración de la documentación que la empresa debe suministrar a la comisión negociadora para elaborar el diagnóstico encontramos ningún documento referido a violencia de género, sin embargo, para adoptar medidas en ese campo alguna información habrán de tener los negociadores.

Atendiendo al tipo de medidas que se contienen en lo que llamamos “guion de medidas” podemos imaginar la documentación que se le podría requerir al respecto al empleador, como por ejemplo, el número de personas que han solicitado la aplicación de las medidas que recoge el Estatuto de los Trabajadores para estas mujeres, tales como, reducciones de jornada,

reordenación del tiempo de trabajo, horario flexible, etc. u otras medidas que hubiera arbitrado el convenio colectivo aplicable.

No obstante, en el RD901/2020 se sugieren medidas genéricas, tales como, medidas de sensibilización sobre violencia de género, formación específica en esta materia para el personal de recursos humanos, asesoramiento o apoyo profesional psicológico y/o médico a las víctimas, o mejora de los derechos laborales que tienen estas mujeres reconocidos en el Estatuto de los Trabajadores.

4.3. El plan un instrumento vivo para la igualdad

Los representantes controlarán, dado el “deber de transparencia” que se le exige al empresario –art. 47 LOIEMH–, la ejecución del plan y la consecución de sus objetivos. Esta garantía de transparencia cobra sentido cuando el RD 901/2020 exige la revisión del plan ante determinadas circunstancias, exigiendo una comisión u órgano de vigilancia y seguimiento del plan (9.5).

La normativa actual no contempla el plan como un instrumento estático, sino dinámico, debiendo revisarse de forma periódica conforme estipule el propio plan o, como mínimo, habrá una evaluación intermedia y otra al final. No obstante, si durante el proceso de seguimiento se observara la necesidad de añadir, reorientar, mejorar, corregir, intensificar o atenuar o incluso, dejar de aplicar cualquier medida, el plan deberá modificarse.

¿Quiénes pueden solicitar la alteración o modificación del plan?. El legislador no señala quien podrá hacerlo, entendemos que la Comisión de Seguimiento, una resolución judicial que condene a la empresa por discriminación –directa o indirecta– por razón de sexo o la Inspección de Trabajo activada por alguna denuncia de parte. Ante estas solicitudes de modificación o tras las evaluaciones de seguimiento se permitirá la alteración del contenido de las medidas, pero habrá que alcanzar de nuevo las mayorías necesarias para el acuerdo.

También podría requerirse su modificación cuando se produjeran cambios en el estatus de la empresa ya sea por su fusión, absorción o transmisión de ésta o ante cualquier situación que de lugar a una modificación de la plantilla, de sus métodos de trabajo, de su organización o de sus sistemas retributivos, inaplicaciones de convenios o modificación sustancial de condiciones de trabajo.

5. Conclusiones

El RD 901/2020 que desarrolla la figura de los planes de igualdad que se empezaron a exigirse en nuestro país con la Ley 3/2007 ha llegado tarde pero acertado. La figura de los planes de igualdad fue muy innovadora pero su desarrollo quedó al arbitrio de la empresa. En aquellas empresas en las que había una representación legal o sindical fuerte, se llegaron a conseguir planes de igualdad cualitativamente buenos, pero también fueron muchas las empresas que sólo cumplieron “formalmente” con la LOIEMH y en ellas se elaboraron planes que no pasaban de ser “declaraciones de intenciones”.

La normativa actual ha desarrollado todo un procedimiento, que no existía, para negociar los planes de igualdad, ha resuelto todas las dificultades que se estaban suscitando en la práctica con respecto a los planes –ausencia de representación legal en la empresa, diagnóstico negociado, contenido mínimo del plan, caracteres de las medidas contenidas en el plan, publicidad del plan, comisión negociadora, etc.– y ha concebido el plan como una figura viva, susceptible de modificaciones, evaluaciones o revisiones.

A nuestro juicio, al legislador le ha faltado un paso más, el relativo al contenido de las negociaciones, porque consideramos que debería haber calificado de “guion de la negociación” al número 5 del Anexo 2.V que se refiere al “contenido del plan de igualdad”. Hubiera sido de interés que los sujetos negociadores tuvieran que atenerse a un guion para evitar que las soluciones a los problemas que se encuentren en el diagnóstico puedan ser poco efectivas. No proponemos imponer medidas concretas en el plan pero sí debatir en torno a la oportunidad o no de ciertas medidas, dejando a las partes que cuantifiquen la medida, que identifiquen su necesidad, etc.

CAPÍTULO III

VALORACIÓN DEL TRABAJO DESDE UNA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LA EMPRESA Y LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

PABLO GIMENO DÍAZ DE ATAURI¹
Universidad Carlos III de Madrid

pablo.gimeno@uc3m.es
<https://orcid.org/0000-0002-3484-3968>

1. El trabajo de igual valor

1.1. Igual remuneración por igual trabajo y por trabajo de igual valor en perspectiva histórica

El debate sobre la igual retribución del trabajo de igual valor entre hombres y mujeres en las relaciones laborales, tal y como lo entendemos hoy, aparece a finales del siglo XIX², si bien en términos académicos y más generales hay que esperar a los inicios del siglo XX, especialmente a los años tras la primera Guerra Mundial, cuando se produce una masiva incorporación de mano de obra femenina por el reclutamiento de los varones. En 1918, la política y activista británica Eleanor F. Rathbone, bajo el ilustrativo título “la remuneración del servicio de las mujeres” ya se preguntaba, literalmente “¿Qué significa igual

¹ Este trabajo es el resultado del proyecto de investigación financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, “Cambio Tecnológico y Transformación en las Fuentes Laborales. Ley y Convenio colectivo ante la disrupción digital” dirigido por el profesor Mercader Uguina (RTI2018-094547-B-C21).

² Así, en revistas norteamericanas, comienzan a reflejarse reivindicaciones específicas en el ámbito educativo. Ver, por ejemplo “HAMPDEN COUNTY TEACHERS’ ASSOCIATION”, *The Massachusetts Teacher (1858-1871)*, vol. 23, 7, 1870, Sage Publications, Inc., p. 257. Experiencias vinculadas a un cierto activismo desde la perspectiva del consumo se reflejan en la Consumer’s League (C. R. LOWELL, “Consumers’ leagues.”, 1898, Christian Social Union, p. 3, fecha de consulta en <https://jstor.org/stable/10.2307/60218635>.)

trabajo?”³, si bien los términos de su argumentación no son posiblemente los que hoy se plantearían⁴; aunque afirma que hay una infrarremuneración de las mujeres, sostiene que incluso con igual calidad y cantidad, existen costes implícitos en las mujeres, como las restricciones legales existentes entonces para el trabajo nocturno femenino, la mayor morbilidad, o en términos que hoy resultan quizá estrambóticos, que el empresario no podrá “maldecirla cómodamente si es estúpida”⁵; al mismo tiempo afirma que existen ventajas como –siempre en opinión de la autora citada– la mayor docilidad, la mayor aceptación de trabajos rutinarios, menor tendencia al consumo de alcohol o a la participación en huelgas... con todo ello se llega a concluir que igual salario por igual trabajo supondría la exclusión de las mujeres, a las que asume explícitamente como menos competitivas que los hombres.

Progresivamente, se empiezan a sentar las bases para la definición del valor del trabajo. Así, en réplica al artículo anterior, se explica cómo el valor de tener un mayordomo es mayor que el de una criada por ser socialmente más atractivo, como una señal de estatus social, y no por las tareas realizadas⁶.

En cualquier caso, en este primer estadio hay quienes –ocupando puestos en el sistema judicial de relaciones industriales⁷– en cierto modo desvinculan el valor del trabajo del importe de los salarios, al sostener argumentos tales como el distinto valor social del cobrado por hombres –que mantienen a la familia– y mujeres –que sólo aportan un ingreso adicional–, o advierten del riesgo de que pagar a las mujeres el mismo salario que a los hombres en sectores como la industria tendría un efecto pernicioso sobre la natalidad y dejaría al país –en este caso Australia– sin servicio doméstico, al atraer a demasiadas mujeres hacia esos sectores; al mismo tiempo, se justifica el menor

3 E. F. RATHBONE, “The Remuneration of Women’s Services”, *The Economic Journal*, vol. 27, 105, 1917, p. 58.

4 Así, señala que “una mujer que produce menos que un hombre puede tener menos valor para su empleador, incluso si se paga por unidad producida, porque su consumo de gastos fijos de la fábrica –espacio físico, luz, calor, maquinaria, superintendencia– es superior en proporción en el caso de la producción de las mujeres respecto a la de los hombres”.

5 E. F. RATHBONE, “The Remuneration of Women’s Services”, cit., p. 59.

6 M. G. FAWCETT, “Equal Pay for Equal Work”, *The Economic Journal*, vol. 28, 109, 1918, [Royal Economic Society, Wiley], p. 5.

7 Todas las ideas de este párrafo, que obviamente no se comparten, proceden del Presidente de la Corte Industrial de Sotuh Australia, y se recogen en W. J. BROWN, “Judicial Regulation of Rates of Wage for Women”, *The Yale Law Journal*, vol. 28, 3, 1919.

valor de la mujer trabajadora en el hecho de ser el empleo “en la mayoría de los casos, transitorio” y no una carrera vital.

En todo caso, desde una perspectiva normativa puede destacarse que ya en la primera década del siglo XX se habían planteado regulaciones al respecto, si bien fueron rechazadas⁸. El primer reconocimiento formal del principio de igual remuneración tendrá que esperar, precisamente, hasta el fin de la Primera Guerra Mundial cuando, en el tratado de Versalles en 1919, en cuya parte XIII se constituye la Organización Internacional del Trabajo. En el último de los preceptos de esta parte del tratado, en la Sección II dedicada a los “principios generales”, se reconoce expresamente el principio de igual salario, sin distinción de sexo, por un trabajo de igual valor (art. 427.7).

Los avances en una construcción de mecanismos para hacer efectivo este “principio”, no obstante, fueron lentos. Es remarcable el esfuerzo –casi tres décadas después– de la *Royal Commission on Equal Pay* que elaboró en Reino Unido un extenso informe sobre esta cuestión⁹, en cuyo inicio se afirma que “equal pay for equal work” es primeramente un grito de guerra, por lo que no puede esperarse que, como tal, sea una indicación precisa. Así, se reconoce ya la dificultad de identificar trabajos similares, por la diversidad de factores que concurren en ellos, tanto en la forma de prestarse el servicio, como por la forma en que el empleador obtiene valor. En el estudio se hace un extenso recorrido comparado sobre los niveles salariales en diferentes países, y posteriormente se analizan efectos de diversa clase de la eventual imposición de esta igualdad.

Resulta destacable el Capítulo VIII de dicho informe, en el que se lleva a cabo un análisis de las causas que explican los diferentes niveles remuneración por sexos, cuando se observan en hombres y mujeres “que hacen el mismo trabajo” (entrecomillado en el texto original). Se parte del reconocimiento de la existencia de un peso de la inercia, que por encima de la racionalidad económica mantiene estos salarios desiguales¹⁰. Al margen de ello, desagrega otros elementos, que ordena en función de si afectan a la oferta de empleo o a la demanda de empleo. Así, entre las primeras recoge las limitaciones legales al empleo femenino, las causas “naturales” relacionadas con las diferencias

8 ES el caso de la propuesta en Nueva York en 1910, también para el caso de la educación, de la que se da noticia en “EQUAL PAY FOR EQUAL WORK”, *The Journal of Education*, vol. 71, 18 (1778), 1910, Trustees of Boston University; C. E. HUGHES, “Equal pay”, *The Journal of Education*, vol. 65, 23 (1633), 1907, Trustees of Boston University.

9 ROYAL COMMISSION ON EQUAL PAY, *Report (1944-46) (Cmd. 6937 of 1946.)*, London, 1946.

10 *Ibid.*, p. 108.

biológicas entre hombres y mujeres¹¹, las “convencionales”, entendidas como aquellas que traen causa del papel asignado o asumido por la mujer en la sociedad, al considerarse ciertas actividades como no femeninas.

Entre las causas relacionadas con la oferta de empleo –la menor exigencia de salarios por parte de las mujeres– incluye el hecho de que con frecuencia la trabajadora –se alega– no espera mantener a su familia con su salario (es decir, tendría, en terminología más actual, un menor salario de reserva), aunque se reconoce la existencia de mujeres que tienen que sostenerse económicamente por sí mismas. Se señala asimismo un menor grado de organización entre las mujeres que en los hombres, lo que deriva en un menor poder de negociación.

Como puede verse, aunque esta investigación presentada al parlamento británico tiene mucho de pionera¹², siendo una primera referencia de gran utilidad, no contiene realmente elementos para valorar si los trabajos son realmente de igual valor, sino que se limita a asumir la existencia de diferencias y a explicarlas –sin que eso implique necesariamente justificarlas–.

En 1948 la Declaración Internacional de los Derechos Humanos –aplicable en España desde el 4 de octubre de 1979¹³– declara en su art. 23.2 que “*Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual*”, sin referirse por tanto al valor del trabajo; poco después, en 1951 la OIT, en desarrollo de ese principio general que sí aparece expresamente declarado en su constitución treinta y dos años antes, aprueba el “Convenio relativo a la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor”, conocido simplemente como Convenio 100 de la OIT o Convenio sobre igualdad de remuneración, 1951 –que posteriormente se incluiría entre los ocho tratados fundamentales–, ratificado hoy por 173 estados (sólo 13 miembros no lo han hecho). En este primer instrumento internacional –que forma parte del ordenamiento jurídico español desde 1968¹⁴– se establecen ya algunos puntos interesantes.

11 Entre las que incluye no sólo la fuerza física, sino también otras como la mayor versatilidad y adaptabilidad del varón, la frecuente menor duración de la carrera de las mujeres –retiradas frecuentemente tras el matrimonio– con el consiguiente menor interés y valor de la formación y adquisición de experiencia (que no podrá rentabilizarse)

12 E. H. PHELPS BROWN, “Equal Pay for Equal Work”, *The Economic Journal*, vol. 59, 235, 1949, [Royal Economic Society, Wiley], p. 398.

13 Instrumento de ratificación de 26 de septiembre de 1979, publicado en el BOE de 10 de octubre de 1979.

14 Ratificado por Instrumento de 26 de octubre de 1967, Publicado en el BOE núm. 291, de 04/12/1968, entró en vigor el 6 de noviembre de 1968.

Así, se hace referencia al concepto de remuneración, que incluye el salario en su sentido más amplio: “*emolumento en dinero o en especie pagados por el empleador, directa o indirectamente, al trabajador, en concepto del empleo de este último*”. Se indica, asimismo, que debe promoverse “*la evaluación objetiva del empleo*” (art.3).

Otros tratados internacionales posteriores va a reiterar estos principios; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966¹⁵ establece el derecho a “*un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie; en particular debe asegurarse a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres, con salario igual por trabajo igual*” (art. 7.a.i), en una fórmula que tras reconocer la igualdad de valor, en su especificación vuelve al trabajo igual. La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, hecha en Nueva York el 18 de diciembre de 1979¹⁶, más específico, reconoce en su art. 11.1.d “*el derecho a igual remuneración, inclusive prestaciones, y a igualdad de trato con respecto a un trabajo de igual valor, así como a igualdad de trato con respecto a la evaluación de la calidad del trabajo*”. Este último inciso, que en cierto modo puede ser redundante, pone de manifiesto un primer elemento que puede resultar de utilidad a la hora de la valoración del trabajo: los procedimientos por los que se determine la calidad del trabajo deben ser, en sí mismos, equitativos.

En el ámbito comunitario, paralelamente, se va construyendo del mismo modo el armazón jurídico para la exigencia de igual salario para trabajos de igual valor; el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (1957) parte de la igualdad de remuneración –en un sentido amplio– por un mismo trabajo (art.119), aunque posteriormente la Carta Social Europea (1961) –cuya versión revisada de 1996¹⁷ mantiene en este punto idéntica redacción– sí que hará referencia expresa a la igualdad de valor. Posteriormente, la primera de las dos directivas que se han dictado en esta materia¹⁸, aun sin estable-

15 Ratificado por España el 13 de abril de 1977, publicado en el BOE de 30 de abril de ese mismo año y vigente desde el 27 de julio.

16 Ratificada por España el 16 de diciembre de 1983 y publicada en el BOE de 21 de marzo de 1984, entró en vigor para este país el 20 de febrero de ese año.

17 Instrumento de ratificación publicado en el BOE de 11 de junio de 2012. Entrada en vigor el día 1 de julio del mismo año.

18 Directiva 75/117/CEE del Consejo, de 10 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros que se refieren a la aplicación del prin-

cer mecanismos concretos de valoración, sí que hace referencia en su art.1 al “el conjunto de los elementos y condiciones de retribución” y atiende a un elemento fundamental: la clasificación profesional. En efecto, el párrafo segundo de este primer precepto impone a los sistemas clasificatorios dos limitaciones: deberán basarse sobre criterios comunes a los trabajadores masculinos y femeninos, y establecerse de forma que excluyan las discriminaciones por razón de sexo.

La aplicación en el tiempo de estos tratados y disposiciones, a los que paralelamente se sumarían otras instituciones internacionales, particularmente en el ámbito europeo, puso de manifiesto en primer lugar, la necesidad de una estrategia integral, por cuanto que, al menos parcialmente “*los factores de desigualdad deben buscarse en el exterior, puesto que la diferencia salarial no es más que el síntoma de una situación cuyas causas hay que buscar en el acceso a la educación, la orientación, etc.*”¹⁹

Al mismo tiempo, en los casos en los que la fuente de la discriminación se pudiera encontrar en el propio sistema retributivo al establecerse diferentes niveles de remuneración para puestos de trabajo de igual valor, se constata la dificultad para establecer esos métodos objetivos. Así, el informe de expertos elaborado sobre la aplicación del Convenio 100 OIT en 1986, tras destacar que el texto no impone ningún método de valoración concreto –ni siquiera una evaluación incondicional de evaluar el trabajo–, sí que señala que debiera basarse en la comparación de tareas.

La dificultad de establecer criterios de valoración objetivos que eviten un resultado discriminatorio es mayor cuanto más amplio sea el ámbito para el que pretendan fijarse. Así, es lógico que en el ámbito del derecho supranacional se limiten a hacer enunciaciones generales, pues difícilmente podrá establecerse un sistema que se adapte y tenga en consideración todas las circunstancias relevantes en todos los sectores de todos los países, con sus diferentes situaciones culturales y estructuras retributivas. Por eso, resulta lógico que, a

cipio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos, publicada inicialmente en el DO L 45 de 19.2.1975, p. 19/20 y posteriormente en el Capítulo 05 Tomo 002 p. 52-53 de la edición especial en español de la normativa comunitaria aplicable en la incorporación de España a las Comunidades Europeas.

19 CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL TRABAJO; ORGANITZACIÓ INTERNACIONAL DEL TREBALL (EDS.), *Igualdad en el empleo y la ocupación: estudio general de las memorias relativas al convenio (núm. 111) y a la recomendación (núm. 111) sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 : informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (artículos 19, 22 y 35 de la Constitución).*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 1988, párr. 119.

lo largo del Siglo XXI, cuando se trata de avanzar en esta materia, sean más los instrumentos de *soft law* o meras recomendaciones que normas en sentido estricto. Así, aparecen guías, recomendaciones y otras herramientas²⁰ en las que se aportan indicaciones tanto para detectar posibles indicios de que se está retribuyendo de forma diferente puestos de similar valor masculinizados que feminizados, como indicaciones para llevar a cabo una correcta (por no discriminatoria) valoración de puestos.

1.2. El trabajo de igual valor en el ordenamiento jurídico español

Se ha indicado anteriormente que en 1968 se ratificó por España el Convenio 100 de la OIT, así como que en los años en los que se estaba produciendo la transición desde el sistema autoritario al democrático y tramitando la vigente Constitución se incorporaron al ordenamiento jurídico español otros tratados en materia de derechos que reconocían la prohibición de discriminación en este concreto ámbito; tras la consagración legislativa de la igualdad (formal) de la mujer al varón en la Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales –“A igualdad de trabajo percibirá las mismas retribuciones”, afirma el art.10– y sobre todo con la constitucionalización en art. 14 CE de la prohibición de discriminación y en el art. 9.2 CE del mandato a

20 En España, el IMIO, junto con la herramienta de valoración de puestos –una compleja aplicación programada sobre Excel– hizo pública la “Guía y recomendaciones de uso de la herramienta sistema de valoración de puestos de trabajo en las empresas con perspectiva de género”. Más recientemente, pueden destacarse algunos esfuerzos como PAIS VASCO; DEPARTAMENTO DE TRABAJO Y JUSTICIA, *El trabajo de igual valor: guía práctica para identificar puestos de trabajo de igual valor sin sesgos de género*, Eusko Jaurlaritzaren Argitalpen Zerbitzu Nagusia = Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, Vitoria-Gasteiz, 2020.

En el ámbito internacional, M.-T. CHICHA, *Promoción de la igualdad salarial por medio de la evaluación no sexista de los empleos : guía detallada*, OIT, Ginebra, 2008. En el ámbito de la Unión Europea, COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Código práctico sobre la aplicación de la igualdad de retribución entre hombres y mujeres para un trabajo de igual valor (Com (96) 336 final)*, Bruselas, 1996; y posteriormente el PARLAMENTO EUROPEO Y CONSEJO, *Informe sobre la aplicación de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición)*, Unión Europea, Bruselas, 2013, fecha de consulta 14 abril 2019, en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52013DC0861&from=ES>.

los poderes públicos para actuar en favor de la igualdad material, no puede extrañar que el primer estatuto de los trabajadores²¹ ya contemplara que “*El empresario está obligado a pagar por la prestación de un trabajo igual el mismo salario, tanto por salario base como por los complementos salariales, sin discriminación alguna por razón de sexo.*”; no sería hasta la última década del Siglo XX cuando se incorporaría la referencia al valor del trabajo, sustituyendo la referencia al “trabajo igual”. La mirada del legislador continuó cogiendo perspectiva, saliendo a comienzos de este siglo²² de la limitada expresión “salario” a la más amplia “retribución, satisfecha directa o indirectamente, y cualquiera que sea la naturaleza de la misma, salarial o extrasalarial” exigida (como se reconoce en la Exposición de Motivos de la ley que reformó el precepto) por el derecho comunitario europeo. No puede olvidarse que ya en 1985 el TJUE había declarado contrario a la Directiva de igualdad de retribución la legislación danesa que sólo exigía que “El empresario que haya contratado a hombres y mujeres para trabajar en el mismo lugar, debe pagar el mismo salario por el mismo trabajo”, y no por un trabajo del mismo valor²³.

Esta redacción es la que llega a nuestros días en el apartado primero del art. 28 ET, cuya redacción vigente es, por tanto:

“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 aquélla.”

Lo que no hizo el legislador hasta el año 2019 es tratar de avanzar en esa idea de la valoración de los puestos de trabajo. La comparación de dos tareas diferentes (v.gr. neurocirugía frente a gestión de fusiones empresariales) implica necesariamente incorporar una pluralidad de elementos de decisión en los que intervienen diferentes condicionantes, y que un operador jurídico por sí sólo difícilmente podrá ponderar adecuadamente. Es cierto, en cualquier

21 Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores, BOE de 14 de marzo

22 Ley 33/2002, de 5 de julio, de modificación del artículo 28 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto legislativo 1/1995, de 24 de marzo, BOE del 26 de marzo.

23 STJCE de 30 de enero de 1985, asunto 143/83, Comisión c. Dinamarca.

caso, que la norma se limita a establecer la obligación de retribuir igual a lo que tenga el mismo valor para el empresario, pero no para el conjunto de la sociedad; con ello, con carácter general, se reducirá la heterogeneidad de las prestaciones de servicios que tienen que evaluarse.

La vigente redacción, introducida por el Real Decreto Ley 6/2019²⁴ añade a este apartado, que pasa de ser único a ser primero²⁵, una primera parametrización del valor del trabajo: “*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.*”

Con ello, como se expondrá a continuación, se opta por un método de valoración basado en factores, que trata de aspirar a la objetividad, a pesar de lo complejo que esto es. El desarrollo reglamentario, junto con la jurisprudencia (sobre todo comunitaria) van a servir para perfilar esta compleja tarea.

Es relevante subrayar, por otra parte, el carácter omnicompreensivo del concepto “retribución”, que no se limita al ya de por sí amplio concepto de salario, sino que incluye –en la línea de la interpretación realizada del art. 157 TFUE (y sus precedentes) por el TJUE²⁶– también partidas extrasalariales, como pueden ser compensaciones por gastos y suplidos, mejoras de la acción protectora de la Seguridad Social o incluso indemnizaciones por la extinción del contrato de trabajo.

24 Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, BOE del 7 de marzo.

25 Los nuevos apartados segundo y tercero se refieren, respectivamente, al registro retributivo y la obligación de justificar formalmente ciertas diferencias retributivas que pueda reflejar el anterior.

26 Así, en los párrafos 12 y 13 de la STJCE de 17 de mayo de 1990, C-262/88, Asunto Barber se sostuvo que las indemnizaciones extintivas “*constituyen una forma de retribución a la que tiene derecho el trabajador en razón de su relación de trabajo, que le es pagada en el momento de cesar su relación de trabajo*” y que por tanto “*de ello se deduce que (...) están comprendidas, en principio, dentro del concepto de retribución en el sentido del artículo 119 del Tratado*”. Doctrina reiterada posteriormente por las sentencias de 9 de febrero de 1999, C-167/97, asunto Seymour-Smith y Pérez y la de 26 de junio de 2001 (apdo 30), C-381/99, Asunto Brunnhofer (apdo. 33).

1.3. *Parámetros determinantes del valor del trabajo*

1.3.1. Elementos normativos de comparación de los trabajos de igual valor

La reforma de 2019²⁷, pese a adoptar la forma de norma de urgencia se basa casi enteramente en un texto anterior presentado como proposición de ley por el grupo parlamentario socialista²⁸. En ella se contienen seis criterios para la valoración de puestos de trabajo, que deben tomarse necesariamente como referencia en el análisis de la legalidad de los sistemas retributivos de las empresas, siempre desde la perspectiva de la igualdad de género. En esta norma se estableció un plazo de seis meses para un desarrollo reglamentario que tardaría en realidad algo más del triple en llegar. Así, el Real Decreto 902/2020²⁹, con una *vacatio legis* de seis meses³⁰ completa en cierto modo lo previsto en la ley para la valoración de puestos a través de su art. 4, si bien vuelve a contemplar un desarrollo, en este caso por Orden Ministerial, que debiera dictarse antes del plazo de seis meses desde la entrada en vigor del reglamento³¹ con un procedimiento (no vinculante para las empresas) de valoración de puestos. Ello implica que, llegue a dictarse o no en plazo dicha orden ministerial, las valoraciones realizadas por las empresas atendiendo a los criterios legales y reglamentarios tendrán pleno validez.

Hechas estas aclaraciones, debe destacarse que mientras que la ley considera seis parámetros, el real decreto hace un tratamiento agrupado de ellos, tratándolos como si fueran únicamente cuatro.

Esta simplificación reglamentaria, sin embargo, no puede entenderse más que como un intento sistematizador, y servirá para completar y en ocasiones ampliar el contenido del precepto legal. Una correcta comprensión de

27 El contenido de este apartado es una revisión y ampliación de lo expuesto en P. GIMENO DÍAZ DE ATAURI, "Igualdad de remuneración por razón de sexo: medidas por la equiparación y contra la brecha salarial", en *Tiempo de reformas: en busca de la competitividad empresarial y de la cohesión social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

28 Proposición de Ley 122/000184, para garantizar la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en materia retributiva, presentada el 20 de febrero de 2018 y publicada en el BOCG, Congreso de los Diputados núm. 214-1, Serie B (proposiciones de ley) de 2 de marzo de 2018.

29 Real Decreto 902/2020, de 13 de octubre, de igualdad retributiva entre mujeres y hombres, BOE de 14 de octubre.

30 Entró en vigor el 14 de abril de 2021

31 Este plazo vence el 14 de octubre de 2021.

Parámetros de valoración	
Art. 28 ET	Art. 4.2 RD 902/2020
1. la naturaleza de las funciones o tareas efectivamente encomendadas,	a) naturaleza de las funciones o tareas b) condiciones educativas c) condiciones profesionales y de formación d) condiciones laborales y por factores estrictamente relacionados con el desempeño
las condiciones exigidas para su ejercicio	
2. educativas,	
3. profesionales o	
4. de formación,	
5. los factores estrictamente relacionados con su desempeño y	
6. las condiciones laborales en las que dichas actividades se llevan a cabo en realidad sean equivalentes	

este precepto requiere, por tanto, un análisis por separado de cada uno de estos conceptos.

1.3.1.1. Naturaleza de las funciones o tareas efectivamente encomendadas

La tarea, según el diccionario de la Real Academia de la Lengua, es el “trabajo que debe hacerse en un determinado”, y la función es, siguiendo la misma fuente, la “tarea que corresponde realizara a una institución o entidad, o sus órganos o personas”. El recurso al análisis puramente semántico, por tanto, es en cierto modo redundante, por cuanto que la función encomendada al trabajador no será otra cosa que la realización de la tarea asignada al mismo.

La búsqueda de un concepto sistemático de ambos términos nos muestra que el legislador utiliza el concepto de tarea en el sentido de carga de trabajo pendiente de realizar cuando define las causas de contratos temporales de obra o servicio determinado –los convenios colectivos podrán identificar que tareas tienen sustantividad propia– y eventual –que puede celebrarse precisamente por acumulación de tareas–. Al margen de eso, el art. 22.2 ET, al establecer sus reglas para la clasificación profesional, permite que en un grupo determinado se incluyan distintas tareas, funciones, especialidades profesionales o responsabilidades asignadas al trabajador, lo que tampoco aporta demasiada luz acerca de qué pretende comparar el legislador.

La noción de función se repite (siempre en plural en el significado que aquí interesa) en muchas más ocasiones; así, es relevante en:

- la retribución del trabajador a distancia con relación a otro de su mismo grupo y funciones (art. 13 ET)
- la nulidad del periodo de prueba cuando el trabajador haya realizado las mismas funciones (art. 14 ET)
- La formación en seguridad y salud cuando se produzca un cambio en las funciones que desempeñe el trabajador (art. 19 ET)
- la definición de la polivalencia y movilidad funcional, al referirse a “funciones” correspondientes a distintos grupos (arts. 22,39 ET) y la aplicación de procedimientos específicos de modificación sustancial de condiciones (art. 41 ET) o inaplicación del convenio (art. 82 ET)
- la sucesión de empresas, pues los trabajadores seguirán ejerciendo sus funciones en los mismos términos y condiciones que regían con anterioridad.

En cierta medida, puede afirmarse que la función o tarea no es otra cosa que el contenido de la relación laboral, concretado en el día a día, la prestación laboral en sí misma, el propio trabajo. La “naturaleza” (*virtud, calidad o propiedad de las cosas*, siguiendo con las definiciones académicas) de esta prestación es un concepto ciertamente ambiguo. Establecer que el valor del trabajo debe establecerse en función de su naturaleza es ciertamente poco esclarecedor. El desarrollo reglamentario, de hecho, trata de definir esta naturaleza señalando que “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”. Pero parece ignorar, quizá de forma deliberada, que valorar un puesto de trabajo es precisamente eso, valorar ese contenido. Se ignora el elemento de “naturaleza”, para centrarse en las obligaciones que asume el trabajador por un determinado encuadramiento.

Por todo ello, en la práctica, puede afirmarse que la interpretación sistemática del precepto conduce a la de intrascendencia de este primer criterio del art. 28 ET a los efectos de comparación de puestos de trabajo. Las tareas o funciones asignadas constituyen una definición del propio trabajo. Si las tareas (que en conjunto constituirán la función o funciones) son idénticas para dos puestos en la empresa, estamos ante trabajos no sólo de igual valor sino iguales. Si no fueran iguales, pero se quiere establecer la relación de “equivalencia de su naturaleza” a la que hace alusión el precepto, sería necesario definir ésta, y eso es precisamente lo que hacen las demás características que se han mencionado y que a continuación se analizarán.

Dicho de otro modo, el art. 28.1 ET nos indica que son trabajos de igual valor aquellos en los que “la naturaleza de las funciones o tareas efectivamente encomendadas (...) sean equivalentes”, pero difícilmente puede escindirse esa naturaleza de “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”, que es el contenido del resto del párrafo analizado. La “naturaleza” de las funciones, que podría entenderse como directiva, operativa, ejecutiva, etc., vendrá marcada por los niveles de exigencia, dedicación y responsabilidad que se tienen que asumir.

De esta forma, este primer elemento puede entenderse como útil a los efectos clasificatorios de los puestos y permitir su comparación, pero tiene un cierto carácter secundario, en el sentido de que aglutina un conjunto de factores que se enuncian en los diferentes aspectos que el art. 28 ET permite valorar.

1.3.1.2. Condiciones exigidas

El nuevo párrafo segundo del art. 28.1 ET considera como segundo parámetro de comparación entre trabajadores y trabajadoras, a la hora de fijar la igualdad en el valor, “las condiciones educativas, profesionales o de formación exigidas para su ejercicio”. Debe subrayarse que la enunciación de este factor de comparación entre trabajos de igual valor en los tres casos se refiere a las exigencias del puesto y no a las características de la persona. De esta forma, lo que la ley permite establecer como elemento diferenciador no son las características individuales de la persona trabajadora, sino únicamente las exigencias que presente el puesto de trabajo, entendido como un conjunto de –utilizando la redundante expresión legal– funciones o tareas.

Así, en la redacción del art. 28.1 ET no se ha incluido la cualificación del trabajador como criterio, apartándose así de la Recomendación de la Comisión Europea de 7 de marzo de 2014 de sobre el refuerzo del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres a través de la transparencia³². En ella, al definirse en el apartado décimo el trabajo de igual valor se distinguen, por una parte, las exigencias del puesto (*requisitos educativos, profesionales y de formación*) y por otra las características de la persona que lo ocupa y su desempeño (*la cualificación, el esfuerzo y la responsabilidad, los trabajos*

32 DOUE L69/112-116, de 8 de marzo de 2014.

realizados). Esta doble referencia, al no recogerse en nuestra normativa, impide la justificación de diferencias salariales entre hombres y mujeres basadas en la sistemática mayor cualificación de uno u otro sexo.

El reglamento, por su parte, incide en esta idea, al subrayar en los tres casos que la condición valorada “tenga conexión” o “guarde relación” con el “desarrollo de la actividad” (apartados b y c del art. 4.2)

El uso de estas expresiones (conexión, relación) en la norma de desarrollo pone de manifiesto que, en el marco de la libertad de empresa que reconoce el art. 38 CE, debe rechazarse de plano una interpretación de estas “exigencias” en un sentido normativo. No se trata (sólo) de que para determinadas profesiones (las llamadas reguladas) la ley establezca un nivel formativo, profesional o educativo mínimos –lo que también podrá tenerse en cuenta, desde luego– ni que para determinados estratos de la clasificación profesional la definición fijada por un convenio colectivo incluya referencias a estas circunstancias –que también podrá considerarse– sino que también podrá justificarse en una mera decisión empresarial. De esta forma, la libertad organizativa alcanza a poder fijar estándares de calidad o exigencia para la propia empresa superiores al mínimo educativo, profesional o formativo material o legalmente necesarios, y en coherencia con ello, establecer retribuciones superiores.

Dicho esto, procede analizar el contenido de cada uno de estos tres tipos de requisitos, así como establecer orientaciones prácticas sobre su aplicación.

i. Educativas

La referencia a las condiciones educativas exigidas para la realización de determinadas tareas y funciones entenderse hecha a la educación formal, toda vez que otro tipo de cualificaciones adquiridas se incardinan mejor en el elemento “condiciones formativas” que el legislador menciona de forma separada. Este nivel educativo es una cuestión relativamente sencilla de objetivizar, pues existen clasificaciones que aglutinan los diferentes niveles educativos. Expresamente el reglamento hace referencia en este punto a las cualificaciones regladas.

Con carácter internacional, puede citarse la clasificación ISCED³³ de la UNESCO, que diferencia diez niveles principales de formación (que a su vez

³³ Siglas de la denominación en inglés: *International Standard Classification of Education* (Clasificación internacional normalizada de educación). Las siglas en castellano CINE, aunque se usan oficialmente por la UNESCO, son menos frecuentes en el uso académ-

se subdividen en clasificaciones de segundo nivel); con carácter nacional, y basada en la anterior, puede citarse la Clasificación Nacional de Programas en Niveles Educativos (CNED-A), elaborada de acuerdo con los Reglamentos Comunitarios de homogeneización estadística por el INE, y que no es sino una adaptación de la anterior a nuestra realidad nacional³⁴.

Aunque cualquier otra clasificación (incluso la creada específicamente para un determinado sistema de retribuciones en una empresa) es potencialmente válida, el uso de clasificaciones normalizadas, en este u otros puntos, genera una mayor seguridad jurídica y aporta un criterio técnico cualificado, externo y objetivo, que facilitarán que las retribuciones efectivamente se ajusten a las circunstancias legalmente impuestas, y de modo reflejo facilitarán la defensa de la empresa frente a una potencial acusación de discriminación.

Así, si se toma en cuenta la clasificación ISCED, será posible establecer distinciones bastante precisas sobre las necesidades educativas de los puestos de trabajo de la empresa. Aunque no resulta necesario recoger aquí cada uno de los subgrupos que se establecen, resulta destacable mencionar la distinción en estudios preuniversitarios de la llamada educación “general” y “vocacional” (que por su naturaleza conlleva una especialización).

Por otra parte, no puede negarse que el mismo nivel educativo puede incluir puestos de trabajo de muy distinto perfil y con diversa situación en el mercado. Son dos las posibles interpretaciones, si bien ambas basadas necesariamente en criterios objetivos. La primera parte de la consideración de que un determinado nivel educativo (p.ej. Formación Profesional de grado superior) siempre deberá valorarse igual, con independencia de la rama a la que se refiera. Esta postura implica una actitud proactiva en favor de la igualdad en la sociedad, pues evita mantener sesgos de género que sobrevaloren determinadas cualificaciones (típicamente masculinas) sobre otras con un mismo nivel formal (femenino).

mico y estadístico. La clasificación completa con las pertinentes explicaciones que la desarrollan puede consultarse en INSTITUTO DE ESTADÍSTICA DE LA UNESCO, *Clasificación Internacional Normalizada de la Educación (CINE) 2011, Revisión 2*, Instituto de Estadística de la UNESCO, 2013, en <http://uis.unesco.org/sites/default/files/documents/international-standard-classification-of-education-isced-2011-sp.pdf>.

34 Toda la información relativa a este sistema puede consultarse en INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, “Clasificación Nacional de Educación. CNED”, en https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736177034&menu=ultiDatos&idp=1254735976614.

Por otra parte, también debe entenderse legítimo relacionar los niveles educativos con áreas sustantivas de la realidad, lo que la propia UNESCO denomina “campos de conocimiento”. Así, se definen ocho campos diferenciados, incluyendo el general. De este modo, en los requisitos educativos exigidos para el puesto nada obsta para que se haga referencia a una “maestría en ciencias de la vida” y ello conlleve una retribución diversa a una “maestría en derecho”. Ahora bien, la mera existencia de un elemento objetivo, cuando el resultado sea manifiestamente lesivo para uno de los dos sexos, no impide que se pueda generar un indicio de discriminación, con los consiguientes efectos sobre la carga probatoria de la adecuación de la medida.

En este sentido, los tribunales deberán pronunciarse sobre si la relativa abundancia o escasez en el mercado de profesionales de una determinada rama y nivel formativo es un argumento suficiente para justificar diferencias salariales entre sexos, o si, por el contrario, ello sólo será señal, en ausencia de otras justificaciones, de una discriminación salarial generalizada y que por tanto no ampara diferencias.

Esta última interpretación, la que parte de la igualdad en la determinación del salario de quienes tienen el mismo nivel de formación con independencia del objeto de esos estudios es sin duda más proactiva en combatir la desigualdad en la sociedad. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que sus efectos se limitan a las empresas que tengan puestos de trabajo que requieran formaciones de las distintas áreas, que al verse obligadas a retribuir por encima del precio de mercado –marcado por las empresas que sólo tengan puestos de la profesión (normalmente feminizada) peor retribuida– resultarán notablemente menos competitivas.

ii. Condiciones profesionales

A diferencia del anterior (y en cierto modo del siguiente), no resulta tan sencillo establecer criterios objetivos y generalizables, pues las “condiciones profesionales” del puesto se referirán a aspectos diversos relacionados con las capacidades adquiridas fuera de los sistemas educativos y formativos, precisamente por la experiencia en la prestación de servicios en el mercado. En este sentido, podrán valorarse los años de experiencia en la realización de determinados tipos de trabajos, o el trato con determinados tipos de interlocutores (consumidores finales, proveedores, entidades públicas o privadas,

personas jurídicas de determinado tamaño...), así como en el uso de determinadas herramientas (físicas o virtuales).

Al margen de esas referencias que, aun cuando en cada caso pueden ser altamente precisas, no resultan sistematizables con carácter general, debe recordarse la existencia de los certificados de profesionalidad que, de conformidad con el art. 8.2 del Real Decreto 34/2008, de 18 de enero, por el que se regulan los certificados de profesionalidad, pueden obtenerse además de por la superación de módulos (lo que encajaría en el siguiente punto, al ser formación) por la evaluación y acreditación de las competencias profesionales adquiridas a través de la experiencia laboral o de vías no formales de formación³⁵. No quiere con ello decirse que la exigencia empresarial deba ser (a los efectos de facilitar una comparación del valor del trabajo) la de la titularidad de dichos certificados, sino de que la referencia a las competencias contenidas en los mismos puede ser utilizada a estos fines.

De esta forma, y siempre con carácter meramente orientativo y que en ningún modo puede interpretarse como un requisito legal, resulta de interés tener en cuenta que el anexo II del Real Decreto 1128/2003, de 5 de septiembre, por el que se regula el Catálogo Nacional de Cualificaciones Profesionales establece y define cinco niveles de cualificación profesional³⁶ y en el Anexo I

35 Esta acreditación se obtendrá a través de los cauces previstos en el Real Decreto 1224/2009, de 17 de julio, de reconocimiento de las competencias profesionales adquiridas por experiencia laboral.

36 Nivel 1: competencia en un conjunto reducido de actividades de trabajo relativamente simples correspondientes a procesos normalizados, siendo los conocimientos teóricos y las capacidades prácticas a aplicar limitados.

Nivel 2: competencia en un conjunto de actividades profesionales bien determinadas con la capacidad de utilizar los instrumentos y técnicas propias, que concierne principalmente a un trabajo de ejecución que puede ser autónomo en el límite de dichas técnicas. Requiere conocimientos de los fundamentos técnicos y científicos de su actividad y capacidades de comprensión y aplicación del proceso.

Nivel 3: competencia en un conjunto de actividades profesionales que requieren el dominio de diversas técnicas y puede ser ejecutado de forma autónoma, comporta responsabilidad de coordinación y supervisión de trabajo técnico y especializado. Exige la comprensión de los fundamentos técnicos y científicos de las actividades y la evaluación de los factores del proceso y de sus repercusiones económicas.

Nivel 4: competencia en un amplio conjunto de actividades profesionales complejas realizadas en una gran variedad de contextos que requieren conjugar variables de tipo técnico, científico, económico u organizativo para planificar acciones, definir o desarrollar proyectos, procesos, productos o servicios.

Nivel 5: competencia en un amplio conjunto de actividades profesionales de gran complejidad realizados en diversos contextos a menudo impredecibles que implica planificar

se hace referencia a 26 “familias” profesionales. En ese marco, en cada uno de los tres primeros niveles (los niveles 4 y 5 corresponden a estudios de nivel universitario) se han definido para cada familia de actividad diferentes cualificaciones profesionales concretas. Para cada una de ellas existe una definición precisa y detallada de las competencias que la caracterizan con las “realizaciones profesionales” que deben desarrollarse en la actividad en cuestión³⁷.

Evidentemente, cada sector y empresa sólo utilizará algunas de ellas, pero como referencia (y unida al resto de elementos), constituye un interesante punto de partida para evaluar de forma objetiva las necesidades profesionales del puesto. Lógicamente, nada obliga a la empresa a ceñirse a estas clasificaciones, y podrá añadir otras distintas o que combinen competencias de diferentes actividades, pero la metodología y sistemática elaboradas en el contexto de este Catálogo Nacional de Cualificaciones tienen un evidente valor práctico.

El reglamento de desarrollo, como se ha avanzado, en cierto modo evita definir esta clase de condiciones más allá de la vaga alusión a la “experiencia”, pues al agruparlas con las relativas a la formación indica que “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”.

Adicionalmente, debe señalarse que puede incluirse en este factor de valoración la existencia de algún tipo de habilitación profesional (licencias, colegiaciones), elemento al que la jurisprudencia comunitaria ha dado un valor notable. Así, se ha afirmado que, a los efectos del principio de igual retribución, “no se está en presencia del mismo trabajo (...) cuando trabajadores con diferentes habilitaciones profesionales desempeñan la misma actividad durante un período prolongado”³⁸. De esta forma, se aceptó que, realizando la misma prestación de servicios en dos categorías diferenciadas, concurrendo requisitos profesionales diversos en el acceso a una y a otra con impacto en la forma de realizar la prestación, las retribuciones fueran distintas, sin

acciones o idear productos, procesos o servicios. Gran autonomía personal. Responsabilidad frecuente en la asignación de recursos, en el análisis, diagnóstico, diseño, planificación, ejecución y evaluación.

³⁷ El catálogo completo con las fichas detalladas para cada una de ellas puede consultarse en <http://incual.mecd.es/bdc>.

³⁸ Sentencia de 11 de mayo de 1999, C-309/97, Asunto Angestelltenbetriebsrat der Wiener Gebietskrankenkasse,

importar el impacto de género de dicha diferenciación. Es decir, el hecho de que la formación recibida determine la prestación de servicios similares, pero con distintas herramientas (materiales o inmateriales) permite asumir que el valor del trabajo es también distinto.

iii. Condiciones de formación

La formación es, de acuerdo con el diccionario de la Real Academia de la Lengua, la adquisición de la preparación intelectual, moral o profesional. En contraposición a la educación, la formación suele utilizarse para atender a la adquisición de competencias generales o específicas fuera del sistema reglado. No obstante, no puede negarse que en el sistema de educación formal también se adquieren competencias. Por ello, en cierto modo, el concepto de formación comprende parte de lo que refleja la educación del sujeto. Así, a título de ejemplo, un puesto que requiera formación en derecho no exigirá ser ocupado por un Licenciado o Graduado en Derecho, pero éstos últimos evidentemente tendrán la formación adecuada.

Al margen de consideraciones teóricas, la formación también ha sido sistematizada en sus niveles desde la UNESCO y consecuentemente desde las instituciones comunitarias y el Instituto Nacional de Estadística, pero no de modo autónomo, sino de forma conjunta con la educación formal, estructurando ambos tipos de mecanismos de capacitación de forma conjunta, dando lugar respectivamente a las clasificaciones ISCED-T y CNED-P.

La importancia práctica de este criterio es la de permitir valorar conocimientos y competencias adquiridas fuera de titulaciones oficiales, de modo que su reconocimiento tenga impacto en la retribución sin que el impacto de que ello ocasione en los distintos sexos pueda estimarse discriminatorio. En cualquier caso, no puede olvidarse que, como se ha señalado, el legislador ha establecido estos parámetros como requisitos exigidos para el ejercicio de las tareas, y no como características de la persona a la que se retribuye, lo que puede plantear algún problema en la práctica, como expondré más adelante.

Como ya se ha indicado, el art. 4 del RD 902/2020 no aporta precisión a este concepto, limitándose a especificar que las condiciones formativas del puesto son las que se refieren a la formación no reglada, y reiterando la necesidad de que los requisitos estén conectados –no se exige por tanto que sean imprescindibles– con el desarrollo de la actividad en la que consista la prestación laboral.

1.3.1.3. Factores estrictamente relacionados con el desempeño

La medición del desempeño se refiere, a diferencia de los anteriores, a aspectos concretos de la prestación de servicios de cada trabajador, y que –si bien serán normalmente determinables– no estarán fijados en cuanto a su cuantía. En este punto podrá incluirse cualquier clase de complemento vinculado a la cantidad o calidad de trabajo tanto individual como agregado. Siguiendo los términos del art. 26 ET y la configuración de la estructura salarial, esta inclusión justifica la diferenciación de valor por “trabajo realizado o a la situación y resultados de la empresa”.

No obstante, debe recordarse que no es la fijación del salario lo que se discute aquí, sino el resultado de esa acción. De esta forma, podrá justificarse que determinados puestos tienen un valor distinto que otros si ese desempeño también es diferente, aun cuando no exista un complemento que específicamente lo retribuya. Así, es una causa de justificación razonable para un mayor salario base para personas de un sexo que las de otro cuando se justifique por una mayor presencia en un departamento, unidad o centro de trabajo que obtenga mejores resultados.

En el caso de que la diferencia venga justificada por complementos explícitos, cabe atender tanto al esfuerzo físico como al mental, cuando no sea inherente al puesto (en cuyo caso sería una condición laboral) sino que se evalúe la intensidad efectivamente aplicada. Lo que no será posible, como causa justificativa, es reconocer sólo determinados tipos de esfuerzo ignorando otros, pues si únicamente se retribuye explícita (mediante complementos) o implícitamente (mediante mayor salario base) el esfuerzo físico o la penosidad, a menudo se generará un agravio injustificado hacia las mujeres, cuya mayor intensidad en el trabajo no suele ser de esa naturaleza. Y, evidentemente, cuando el esfuerzo físico se encuentre igualmente presente en distintos tipos de tareas o funciones que por sus requisitos y condiciones sean similares.

De cualquier modo, el desempeño, ya sea por resultados o por esfuerzo, debe ser objetivamente cuantificable y no una mera apreciación subjetiva del empresario o la persona o unidad comisionada por este. De otro modo, cuando dicha valoración basada en percepciones llevara a diferencias salariales por sexo, se abriría la puerta a que percepciones sesgadas de la realidad en perjuicio de las mujeres se consolidaran bajo una apariencia de menor valor del puesto.

En este sentido, el Real Decreto, en una extraña agrupación con las condiciones laborales, renuncia a definirlos (pues son “*aquellos diferentes de los*

anteriores que sean relevantes en el desempeño de la actividad”) pero establece una ejemplificación que, aunque parece referirse más al último tipo (que es objeto de análisis en el epígrafe inmediatamente posterior a este), es aplicable a este cuando se analice desde la perspectiva del resultado y no de las características de la prestación. Así, en esta lista (no exhaustiva) que se recoge en el tercer apartado de este art. 4 RD 902/2020, se incluyen (entre otros) la destreza o la minuciosidad y habilidades de cuidado o capacidades organizativas o de resolución de conflictos. En la medida en que la diferencia retributiva pueda justificarse en cómo de minucioso ha sido el trabajo de una determinada persona (controles de calidad) o en la satisfacción de clientes, resto de la plantilla o cualquier otra tercera persona que tenga relación con la empresa, podrán incardinarse en este punto. Aunque en el Real Decreto se omita la referencia a variables estrictamente vinculadas con el desempeño (cumplimiento de objetivos de venta o producción, por ejemplo), resulta claro que pueden tenerse en cuenta para justificar diferencias, máxime cuando el propio estatuto de los trabajadores se refiere a esta clase de complementos al definir la estructura salarial.

Es preciso reincidir en este punto, de cualquier modo, que el uso de estos criterios se refiere a la valoración del trabajo, no a las fuentes reguladoras del salario. De esta forma, aun cuando las diferencias procedan de cuantías fijadas discrecionalmente por el empresario y no de un sistema de medición objetiva del desempeño, no podrá entenderse discriminatorio si, alegada la existencia de diferencias entre sexos, pueden aportarse pruebas que acrediten esa diferencia efectiva de desempeño. Dicho de otro modo, no se prohíben las evaluaciones subjetivas si su resultado no tiene un sesgo que favorezca a un sexo frente a otro. Esto implica que, aunque el empresario en su subjetividad no coincida con una medición objetiva del desempeño, ello no será contrario a derecho si las desviaciones son iguales en ambos sexos. No debe olvidarse que en las relaciones entre particulares no rige el principio de igualdad, sino tan sólo la interdicción de discriminación.

1.3.1.4. Condiciones laborales

El último de los criterios contemplados por el legislador es posiblemente el más amplio. Las condiciones laborales son, al fin y al cabo, lo que determina en gran medida el objeto del contrato. De igual modo que en el caso de los “factores estrictamente relacionados con el desempeño”, en algunas ocasio-

nes puede coincidir con complementos salariales explícitos y habituales, vinculados al puesto de trabajo o a las concretas tareas realizadas o su forma de prestación (nocturnidad, turnicidad, penosidad...). Quizá por ello, como se ha indicado, se definen conjuntamente en el art. 4 del RD 902/2020 mediante ese juego de cláusula residual (*aquellos diferentes de los anteriores que sean relevantes en el desempeño de la actividad*) y otra ejemplificativa; en el apartado tercero el gobierno subraya que no es obligatorio tomar en consideración los factores que enumera ni se prohíbe atender a otros diferentes mediante una triple fórmula: “*podrán ser relevantes, entre otros factores y condiciones, con carácter no exhaustivo*”. Esta lista abierta y no imperativa recoge los siguientes:

- la penosidad y dificultad,
- las posturas forzadas,
- los movimientos repetitivos,
- la destreza,
- la minuciosidad,
- el aislamiento,
- la responsabilidad económica
- la responsabilidad 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
- la capacidad de organización

Debe hacerse notar que la alusión a habilidades y capacidades debe entenderse en relación con la definición de la prestación de servicio, no a la persona trabajadora. Esto que es claro en cuanto a algunos elementos (penosidad, aislamiento...), debe entenderse también en cuanto al resto. No es la destreza, polivalencia o habilidades sociales de la persona trabajadora lo que determina por sí misma el valor del trabajo, sino la constatación de su concurrencia en la prestación efectiva de su actividad laboral.

En los casos en los que la adscripción a determinados puestos sea voluntaria y conlleve una retribución mayor, compensando algún tipo de incomodidad o dificultad al trabajador, se plantea un problema evidente desde la perspectiva de la discriminación salarial. Si el acceso a puestos con complementos vinculados a una organización del tiempo no estandarizada (festivos,

noches, turnos, horas extraordinarias) se hace de forma igualitaria, pero las mujeres se postulan, en menor medida a este tipo de puestos, la situación empresarial es comprometida. Es evidente que existirá un problema de igualdad, pero este es ajeno a la empresa y procederá de una asunción no equitativa de responsabilidades personales y familiares. Ante esta situación, que generará de hecho una menor retribución para las mujeres, cabe plantearse si al empresario se le puede exigir que no incentive su realización voluntaria (en cuyo caso es posible que tenga problemas para cubrir esas necesidades empresariales) o que elimine la voluntariedad (lo que perjudicará a todos los trabajadores por igual). En cualquier caso, es un campo abierto para que los planes de igualdad –en caso de constatación del problema en el diagnóstico– planteen respuestas concretas adaptadas a cada empresa.

A mi juicio, la expresa inclusión de las condiciones laborales en la justificación del valor permite al empresario defender la justificación de diferencia de salarios entre sexos que traiga causa de esos elementos, sin perjuicio de que eventualmente se pueda alegar la existencia de discriminación en el acceso a estos puestos. Sin embargo, si puede acreditarse que estos factores, aunque reales, están valorados de forma desproporcionada, no cabe duda de que puede entenderse que existe una discriminación. Es decir, la sobrerremuneración de complementos salariales vinculados a la disponibilidad o la cantidad de trabajo puede generar, al beneficiar mayoritariamente a trabajadores de sexo masculino, una discriminación, pues la parte común de la jornada, con igual valor, estará obteniendo una menor cantidad de dinero. En este sentido, la jurisprudencia comunitaria, al margen de declara que las compensaciones por “horarios incómodos”³⁹ y otras similares están incluidas en la comparación, añade que, en cierto modo, deben separarse para evaluar si los trabajos son de igual valor. Dicho de otro modo, no es posible ignorar que las personas de un determinado sexo realicen estas prestaciones especialmente gravosas a la hora de hacer las comparaciones. De esta forma, aunque la retribución total de un sexo sea superior al del otro, si ello se debe a que realizan estos horarios especiales pero el salario por el horario básico es inferior, podrá concluirse que el sexo con mayor retribución es, de hecho, el discriminado; si los trabajos son de igual valor, el salario base también deberá serlo⁴⁰. Igualmente, el acceso a estos complementos tiene que suponer un esfuerzo similar para ambos sexos, de modo que no puede exigirse como requi-

39 Sentencia de 30 de marzo de 2000, Asunto C-236/98, Jämo, apartado 42.

40 Sentencia de 30 de marzo de 2000, Asunto C-236/98, Jämo.

sito para acceder a su abono, la misma cantidad mínima de horas extraordinarias a quienes tengan jornada parcial –de mayor incidencia femenina– que a quienes tengan jornada completa⁴¹.

En relación con la responsabilidad, debe destacarse que en el desarrollo reglamentario se incorpora la mención a la responsabilidad, que el art. 28 ET no había incluido, más allá de la vaga mención a “condiciones laborales”. Sin embargo, frente a la noción estadísticamente masculina de la responsabilidad (la llamada en el reglamento “económica”) se incluye la responsabilidad relacionada con el bienestar de las personas, obligando así a la valoración de los cuidados.

Asume así el reglamento en esta categoría de “condiciones laborales” una interpretación extensiva⁴², de modo que cuando existan elementos que racionalmente generen un mayor rendimiento a la empresa o hagan de un puesto o función menos atractivos para los trabajadores, la diferencia retributiva tendrá apoyo legal. Es decir, la mención legal no debe entenderse en el estricto sentido de los elementos que configuran los términos en los que se debe realizar la prestación de servicios, sino también el propio contenido de la misma en toda su extensión.

1.3.2. Consideraciones sobre la aplicación conjunta de los criterios de comparación de trabajos de igual valor

1.3.2.1. Naturaleza del análisis

Como punto de partida, no puede olvidarse que los criterios establecidos en el art. 28 no se refieren a la fijación del salario y su estructura, sino a la comparación de la retribución global de diversos puestos de trabajo y la justificación de diferencias que puedan existir entre las percepciones de valor económico entre trabajadores de uno y otro sexo. De este modo, no se alteran las reglas de fijación de los niveles de retribución (a diferencia de los que puede ocurrir con la nueva redacción del art. 22.3 ET y su referencia a la fijación de retribuciones en las categorías profesionales), sino que se impone una obligación de

41 Sentencia de 27 de mayo de 2004, Asunto C-285/02, *Elsner-Lakeberg*

42 Defendida ya en el primer análisis que realicé en P. GIMENO DÍAZ DE ATAURI, “Igualdad de remuneración por razón de sexo...”, cit., p. 146.cit., p. 146.”, plainCitation:”P. Gimeno Díaz de Atauri, “Igualdad de remuneración por razón de sexo...”, cit., p. 146.

valorar el resultado conjunto producido por las reglas que se hayan pactado o establecido.

La redacción literal del precepto (“*el empresario está obligado a pagar por la prestación de un trabajo de igual valor la misma retribución*”) parece establecer un mandato imperativo para que dos personas que ocupan puestos de igual valor (conforme a la definición legal), cualesquiera que sean sus condiciones individuales particulares, deban cobrar lo mismo. Sin embargo, una interpretación sistemática, a mi juicio, lleva a rechazar esa interpretación. En primer lugar, debe destacarse la ausencia de cualquier criterio relacionado con circunstancias personales, lo que choca con la configuración de la estructura del salario que se hace en el art. 26 ET. En segundo término, ha de tenerse en cuenta la ubicación sistemática de esta regla, pues no se incluye en el régimen general del salario, sino en un artículo que específicamente lleva por título “Igualdad de remuneración por razón de sexo”. Y por último, no puede olvidarse que la jurisprudencia, interpretando directamente el art. 14 CE y la redacción previa del art. 28 ET (coincidente con el primer apartado del actual) ha dejado claro que en el caso de relaciones entre particulares no juega el principio de igualdad, sino que la autonomía de la voluntad puede dar lugar a tratamientos distintos a situaciones homogéneas, siempre que la diferencia no suponga un trato discriminatorio por los motivos especialmente tutelados, entre los que se encuentra el sexo.

Así, tempranamente la STC 34/1984, de 9 de marzo afirmó que “en la medida, pues, en que *la diferencia salarial no posea un significado discriminatorio por incidir en alguna de las causas prohibidas por la Constitución o el Estatuto de los Trabajadores, no puede considerarse como vulneradora del principio de igualdad*”, siempre que no se trate de poderes públicos, frente a los que el principio de igualdad sí que se despliega con toda su intensidad (STC 161/1991 de 18 julio). La jurisprudencia social ha acogido esta doctrina sin demasiados problemas, estableciendo, a título de resumen que “la propia ordenación del sistema de fuentes laboral parte del reconocimiento de este papel de la autonomía de la voluntad, pues lo que impone el artículo 3 del Estatuto de los Trabajadores es una articulación de las distintas regulaciones—normativas y contractuales— a partir del principio de norma mínima, de forma que el contrato de trabajo podrá siempre, salvo supuestos excepcionales de reglas de derecho necesario absoluto, mejorar las condiciones mínimas establecidas por la Ley y el convenio colectivo, sin someterse a una exigencia absoluta de trato igual, que establecería una extraordinaria rigidez en la contratación y un control exorbitante de la discrecionalidad de la gestión em-

presarial privada; control que sería además muy difícil de instrumentar en la práctica. Lo que no significa que el trato igual pueda imponerse a través de una norma específica (...)” (STS de 11 de noviembre de 2018, R^o 120/2007).

De este modo, debe entenderse que –a los efectos del art. 28.1 ET– la discrecionalidad empresarial y los pactos individuales podrán incorporar los elementos que a la remuneración que estimen convenientes. Lo que hace este precepto es imponer una comparación de resultados. Así, se pueden tomar en consideración aspectos de naturaleza estrictamente personal –que de hecho permanecen como elemento de la estructura retributiva en el art. 26 ET– pero cuando ese tipo de complementos no reflejen un mayor valor efectivo del trabajo, medido conforme a los criterios anteriormente señalados, serán discriminatorios si (y sólo si) resultan en una mayor o menor retribución media por razón de sexo.

Para hacer este análisis, es necesario que exista una mínima evidencia de que el impacto –que no necesariamente la motivación, que es irrelevante– se produce por razón de sexo, y no por simple coincidencia. Así, es imprescindible que exista un cierto volumen de trabajadores en cada uno de los grupos que se comparen cuando se trate de trabajos de igual valor (aunque se mitiga en el caso de igual trabajo). En este sentido, la jurisprudencia comunitaria ha señalado que “*corresponde al órgano jurisdiccional nacional apreciar si puede tomar en consideración los mencionados datos estadísticos, es decir, si se refieren a un número suficiente de individuos, si no constituyen la expresión de fenómenos meramente fortuitos o coyunturales y si, de manera general, resultan significativos*”⁴³. De esta forma, no es sólo necesario que no se formen grupos arbitrarios para forzar una ausencia de discriminación, sino que se requiere un cierto tamaño en cada uno de ellos, lo que sin duda dificultará la comprobación en empresas muy pequeñas. No obstante, cuanto más explícitos sean los criterios de fijación de retribuciones y mayor sea la transparencia, mayores serán las posibilidades de acreditar las posibles vulneraciones del derecho a igual retribución por trabajo de igual valor, al contrastarlos –sin perjuicio de la dificultad que supone– conforme a los criterios de adecuación, totalidad y objetividad (vid. infra).

Dicho de otra forma, el nuevo art. 28.1 ET no prohíbe al empresario fijar retribuciones discrecionales o incluso arbitrarias, ni otras basadas en circunstancias particulares (mayor formación de la requerida, antigüedad,

43 Apartado 43 de la Sentencia de 28 de febrero de 2013, asunto C-427/11, asunto Kenny et al., con cita de Enderby apartado 17, y Seymour-Smith y Pérez, apartado 62.

conocimientos de idiomas u otras habilidades no requeridas por el puesto), salvo que el resultado agregado sea que dos personas que ocupen puestos de igual valor, por razón de su sexo, obtengan retribuciones distintas. Lo que sí que resulta discutible, sin embargo, es que la mera existencia de esas circunstancias personales y objetivas sea suficiente razón, a la luz de la redacción del párrafo segundo de este apartado, para mantener diferencias salariales entre sexos, salvo que tengan un impacto medible en el desempeño.

Así, a título de ejemplo, el muy frecuente complemento de antigüedad⁴⁴ tiende a sobrevalorar el salario de los hombres, y no sólo por un motivo histórico de la progresiva incorporación de la mujer al trabajo⁴⁵.

Con carácter general, dada la importancia en el enjuiciamiento de esta cuestión, hay dos aspectos cruciales que deben analizarse. En primer lugar, el carácter tasado o abierto de los criterios de valoración contenidos en el precepto. Sobre este punto, debe primar a mi juicio la interpretación literal del precepto: si concurren los elementos de identidad en el señalados –sin perjuicio de su interpretación amplia– dos puestos de trabajo deben considerarse de igual valor, sin que quepa alegar otros motivos diferentes para distinguir el valor del trabajo. Así, cualquier otra circunstancia personal que se tenga en cuenta en la fijación de salarios y no pueda incardinarse en los elementos legalmente establecidos para la consideración, teniendo como resultado una mayor retribución para uno u otro sexo, su mantenimiento sólo será posible si tiene un impacto en el desempeño.

1.3.2.2. Carga de la prueba

El segundo aspecto que debe remarcarse, de cara a la alegación en la práctica de la existencia de discriminación salarial es a quién corresponde probar que dos puestos son de igual valor. La regla general será que “incumbe normalmente a la persona que alega determinados hechos en apoyo de una demanda aportar la prueba de su realidad. En consecuencia, la carga de la prueba de la existencia de una discriminación de retribución por razón de sexo recae, en principio, sobre el trabajador que, considerándose víctima de tal discrimina-

⁴⁴ Concepto retributivo expresamente analizado desde esta óptica, reconociendo la existencia de un sesgo a favor de los varones, sin perjuicio de lo cual se entendió que no tenía carácter discriminatorio, en el asunto Cadman (STJUE de 3 de octubre de 2006, C-17/05)

⁴⁵ Aunque en los últimos años parece reducirse, aun los datos de la EPA muestran diferencias favorables a los hombres en prácticamente todos los grupos de edad.

ción, ejercita una acción judicial contra su empleador para que se ponga fin a la misma⁴⁶.

En este punto, cobran particular importancia las auditorías retributivas; en las empresas en las que estas se lleven a cabo (obligatoriamente en aquellas en las que haya plan de igualdad) existirá una valoración de puestos de trabajo en el marco de estas, con lo que este problema se resuelve. Parece razonable atribuir una presunción de corrección a esa valoración de puestos (que no es unilateral) con lo que eventualmente servirá como indicio suficiente de la existencia de discriminación; Así, ello supondrá que la carga de la prueba corresponderá a quien quiera apartarse de la valoración de la auditoría, ya sea en el sentido de afirmar una discriminación que no resulte de esa auditoría (regla general), ya sea en el de negar que la que resulte de la misma no existe en realidad (pues habrá un sólido indicio). En cualquier caso, la valoración de puestos de trabajo realizada en el marco de la prueba no puede entenderse como una verdad absoluta, y la tutela judicial efectiva requiere que cualquier persona pueda atacarla en juicio, sin perjuicio de la limitación que supone contra el empresario no poder actuar contra sus propios hechos.

Cuando no se haya llevado a cabo esa valoración de puestos de trabajo, caso, dado que el indicio de discriminación siempre tendrá que ser acreditado por quien alegue su existencia, corresponderá a la trabajadora (o eventualmente trabajador, aunque resulte menos frecuente que sea el masculino el sexo infrarremunerado) acreditar que por razón de sexo percibe una cantidad inferior. El problema, es que para que pueda aportarse el indicio de discriminación la parte demandante deberá justificar no sólo que su salario es inferior al de otra persona de diferente sexo, sino que existen retribuciones distintas, en término medio, para ambos conjuntos. En ese punto, jugarán un papel fundamental las medidas de exhibición previa de documentos a las que hace referencia el art. 77 LRJS, pues claramente resulta imprescindible el acceso a los documentos en que consten las retribuciones de los trabajadores que se consideren de igual valor. No obstante, debe tenerse en cuenta el art. 90.4 LRJS, de modo que dicho acceso se haga siempre de la forma menos lesiva, que en este caso será la eliminar los datos que permitan conectar salarios concretos con personas determinadas, no siendo necesario más dato personal que el relativo al sexo.

46 Apartado 52 STJUE de 26 de junio de 2001, C-381/99, Asunto Brunnhofer, citando a su vez la sentencia de 27 de octubre de 1993, Enderby, C-127/92, Rec. p. I-5535, apartado 13. Posteriormente, también la sentencia de 28 de febrero de 2013, Asunto C-427/11, Kenny et al. en su apartado 18.

Debe recordarse, en este sentido, que son únicamente las características del puesto, las condiciones en que se desarrolla y el desempeño lo que justifican diferencias en su valor. Lógicamente, si esta información puede ofrecerse de forma agregada, esto será plenamente acorde a la finalidad de la norma.

La identificación de los términos comparables, de los trabajos de igual valor, será una cuestión que combina elementos fácticos y jurídicos y que eventualmente tendrá que resolverse en el proceso. No obstante, corresponde al demandante identificar qué trabajadores pretende presentar como equivalentes (en el sentido literal de igual valor), y sobre ellos deberá aportar la información el empresario, de ser requerido para ello, y sin perjuicio de que discuta la corrección de la elección de esos y no otros trabajadores.

Por último, en su caso, podrían plantearse problemas para justificar o no el nivel de las diferencias retributivas que, encontrando justificación, se consideren por la parte agraviada como excesivas; igualmente, podría dudarse si es contrario al art. 28.1 ET que no se tengan en cuenta determinados criterios que el trabajador o trabajadora considere “justos”. En principio, la respuesta a ambas cuestiones debe ser negativa, pues la comparación de lo distinto no entrará en el concepto constitucional de discriminación, como tampoco lo hará el pretendido derecho al reconocimiento de la injusticia de un tratamiento igual ante lo distinto⁴⁷. Este supuesto, sin embargo, no debe confundirse con los casos en que una determinada circunstancia (esfuerzo, penosidad, cualificación exigida, etc.) se valore en grupos de trabajadores mayoritariamente masculinos y no en los predominantemente femeninos cuando realicen funciones similares (o viceversa); en este caso el término de comparación no son los trabajadores o trabajadoras del mismo grupo que sin realizar el esfuerzo cobra igual, sino los del otro que, realizándolo, lo ven reconocido.

1.3.2.3. Los criterios de adecuación, totalidad y objetividad

El reglamento aprobado en desarrollo del art. 28 ET no contiene reglas precisas de valoración que permitan asignar un número a cada puesto de trabajo que

⁴⁷ Con carácter general, no cabe reconocer un derecho a un trato distinto al que recibe otro, por lo que la valoración del grado de “diversidad” en el tratamiento de dos colectivos que se reconocen distintos, no será nunca una cuestión constitucional. En este sentido, considero de interés mi trabajo P. GIMENO DÍAZ DE ATAURI, “¿Puede el legislador tratar igual a lo distinto?: igualdad y no discriminación en la indiferenciación”, *Justicia Laboral*, 36, 2008.

permita la comparación –remite a una futura orden ministerial⁴⁸– pero sí que aporta, en comparación de la ley, un conjunto de criterios que permitirán comprobar la legalidad de los métodos que se empleen. Señala así el apartado cuarto del art. 4 RD 902/2020 que “*Una correcta valoración de los puestos de trabajo requiere que se apliquen los criterios de adecuación, totalidad y objetividad*”.

Las dos primeras ideas, en cierto modo, están implícitas en la jurisprudencia comunitaria cuando señala⁴⁹ que “para apreciar si unos trabajadores realizan un mismo trabajo o un trabajo al que se puede atribuir un mismo valor, debe comprobarse si, habida cuenta de un conjunto de factores, como la naturaleza del trabajo, las condiciones de formación y las condiciones laborales, puede considerarse que dichos trabajadores se encuentran en una situación comparable (véanse las sentencias de 31 de mayo de 1995, Royal Copenhagen, C-400/93, Rec. p. I-1275, apartados 32 y 33, y *Angestelltenbetriebsrat der Wiener Gebietskrankenkasse*, antes citada, apartado 17)”. A esto añade el Tribunal que “procede comprobar si habida cuenta de un conjunto de elementos fácticos, como la naturaleza de las actividades efectivamente encomendadas a cada uno de los trabajadores de que se trata en el litigio principal, las condiciones de formación exigidas para su ejercicio y las condiciones laborales en las que dichas actividades se llevan a cabo en realidad, los trabajadores desempeñan de hecho un mismo trabajo o un trabajo comparable”. De esta forma, los criterios empleados para valora deben tomar en consideración las circunstancias que, en su conjunto, concurren efectivamente en la prestación concreta de servicios de las personas comparadas.

La inclusión de la primea de estas notas, la adecuación, ya podía inferirse, en cualquier caso, de la redacción del art. 28 ET, pues se señala que “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”. Esta vinculación de los factores con la concreta prestación de servicios viene subrayándose a lo largo de todo el análisis que se presenta en estas páginas. Es irrelevante que las personas trabajadoras evaluadas hayan superado avanzados niveles de formación, o tengan una amplísima experiencia o unas habilidades fuera de lo común, que si no guardan relación

48 Debe dictarse en el plazo de seis meses computados desde la entrada en vigor del reglamento, por lo que vencerán el 14 de octubre de 2021, nada menos que dos años y siete meses después de que entrara en vigor la exigencia de aplicar estos criterios en la valoración de puestos. Como es habitual, no existe sanción para el caso de incumplimiento de este mandato, por lo que no resultará sorprendente que se retrase su publicación.

49 STJUE de 26 de junio de 2001, C-381/99, Asunto *Brunnhofner*

efectiva con la calidad o cantidad de trabajo que se saca adelante o con las exigencias del puesto.

La nota de totalidad, puesta en relación con las circunstancias relacionadas en materia de “condiciones laborales y factores estrictamente relacionados con el desempeño”, sí que tiene que atenderse con especial celo. El Real Decreto prohíbe expresamente *invisibilizar* –no tomar en consideración– o infravalorar circunstancias que efectivamente se den; ello implica que si no se tienen en cuenta elementos todas las circunstancias concurrentes en cada caso la valoración de puestos será incorrecta. Si esos elementos concurren mayoritariamente en personas de uno u otro sexo, adicionalmente, podrá constituir un indicio de discriminación salarial. Menos claro es valorar con certeza cuando existirá una “infravaloración” de estas condiciones laborales, pues de nuevo carece la norma de criterios específicos para cuantificar cada una de ellas. En general, habrá que atender a la naturaleza de la actividad económica desarrollada para poder determinar si determinadas habilidades son o no relevantes.

La última “regla” que debe seguirse en la valoración de puestos de trabajo es la “objetividad”. Esta se traduce, conforme a la interpretación del reglamento en *“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”*. No cabe duda de que la objetividad es una característica deseable de cualquier sistema de valoración, pero al mismo tiempo supone una dificultad adicional, pues la importancia relativa de cada circunstancia en cada empresa no deja de estar relacionada con la visión de la misma que se tenga; el peso que se asigne a las habilidades sociales frente a las estrictamente productivas, la responsabilidad económica frente a la humana... difícilmente escapan de un cierto grado de subjetividad. De cualquier manera, en la jurisprudencia comunitaria aparece también esta idea⁵⁰

Es pronto para conocer cómo se aplican los criterios de valoración (que pueden ser, no se olvide, los mencionados por el reglamento u otros distintos), pero la exigencia de objetividad está llamada a trasladar una especial exigencia de motivación y razonabilidad a la empresa cuando aparezcan diferencias retributivas.

50 Así, se señaló que “la diferencia de retribución entre una trabajadora y un trabajador que ocupan un mismo puesto de trabajo no puede justificarse más que por razones objetivas, ajenas a toda discriminación por razón de sexo.” (Apdo. 79 de la STJUE de 26 de junio de 2001, C-381/99, Asunto Brunnhofer)

2. La valoración de puestos de trabajo en la empresa

2.1. Obligatoriedad de la valoración

La obligación contenida en el art. 28 ET de retribuir igual puestos de igual valor parecería indicar que el empresario, a la hora de fijar cada uno de los elementos retributivos, debiera atender a la aportación del puesto y la prestación de servicios de cada una de las personas asalariadas de su organización. Sin embargo, una lectura completa y sistemática de los diferentes preceptos que regulan las retribuciones en nuestro sistema conducen a rechazar esta interpretación. El art. 28 ET es únicamente una obligación de resultado, una manifestación concreta del principio de no discriminación. Las fuentes reguladoras del salario (sean legales, convencionales o contractuales) siguen teniendo plena vigencia; las retribuciones y demás pagos extrasalariales se determinarán, en cuanto a su existencia y cuantía, por las normas correspondientes.

Aunque en la redacción legal pudiera generarse alguna duda, la elaboración del registro retributivo no implica la valoración de puestos de trabajo; la referencia al “igual valor” como elemento estructurador se plantea como alternativo, y el RD 902/2020 lo configura como adicional en el caso de las empresas que tengan auditoría retributiva.

De esta forma, puede concluirse que la valoración de puestos se vincula en nuestro sistema de forma casi inseparable a dicha auditoría retributiva –nada impide al empresario valorar los puestos sin llevar a cabo ese proceso, pero sería estrictamente voluntario– con lo que, una vez que finalice el periodo de transición previsto en marzo de 2022, todas las empresas de más de 50 trabajadores, así como aquellas que tengan plan de igualdad por mandato convencional, acuerdo en la empresa, decisión unilateral o imposición por la autoridad laboral (art. 46 bis LISOS) deberán valorar la totalidad de puestos de trabajo de la empresa.

El establecimiento de criterios legales de valoración, con su interpretación doctrinal y jurisprudencial, sirve de marco teórico para la puesta en práctica de un sistema que permita comparar puestos de trabajo heterogéneos, pero requiere de un paso más. La comparación de lo distinto requiere una parametrización, la asignación de un determinado valor numérico a cada uno de los elementos o factores tomados en consideración. El Reglamento, como se ha señalado, ya apunta la necesidad de que los criterios de evaluación sean adecuados, inclusivos y completos, y objetivos, poniendo de manifiesto que, como tempranamente dijera el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en-

tonces de las Comunidades Europeas), debe evitarse “toda discriminación en materia de retribución entre trabajadores masculinos y femeninos, cualquiera que sea el mecanismo que determine esta desigualdad”⁵¹.

La obligación de retribuir sin discriminación por razón de sexo los puestos de igual valor tiene una naturaleza permanente y continua. Es decir, en todo momento debe cumplirse, de modo que si cambian los factores o condicionantes que determinan el valor del puesto (con impacto de género) las retribuciones también deben actualizarse.

Sin embargo, no puede confundirse esta afirmación con la relativa al proceso de evaluación; la obligación legal se vincula a la auditoría retributiva, que de conformidad con el art. 46 LOIMH forma parte del diagnóstico inicial de los planes de igualdad. Así, el art. 7 del RD establece con claridad que la vigencia de la auditoría (que es más amplia que la valoración de puestos, lógicamente) “tendrá la vigencia del plan de igualdad del que forma parte, salvo que se determine otra inferior en el mismo”. En consecuencia, con cada plan de igualdad (salvo que en el mismo se establezca la obligatoriedad de realizar nuevas auditorías o valoraciones durante su vigencia), deberá realizarse una valoración de puestos de trabajo. Desde una perspectiva práctica, sin embargo, debe señalarse que la carga de trabajo que esto supone será, con carácter general, sustancialmente mayor en la primera ocasión que se lleve a cabo. Aunque formalmente debe ser una nueva valoración, nada impide tomar como punto de partida la anterior, de modo que el ejercicio de “valoración” se limite a comprobar si se han producido cambios que justifiquen tomar en consideración nuevos factores o ponderarlos de forma distinta. Aunque materialmente sea una mera actualización, deberá adoptar la forma de nueva valoración.

2.2. Metodología de valoración

2.2.1. Conceptualización

El método de valoración, entendido como el conjunto de criterios que permiten transformar las aptitudes, requisitos, capacidades y desempeño en un valor numérico, cobra una importancia radical. Según se diseñe, si no tiene en

⁵¹ Apartado 30 de la STJUE de 26 de junio de 2001, C-381/99, Asunto Brunnhofer, con cita de otras: sentencia de 17 de mayo de 1990, Barber, C-262/88, f 32; sentencia de 31 de mayo de 1995, Royal Copenhagen, asunto C-400/93, f.13

consideración la perspectiva de género, podrá ser una fuente de vulneración del derecho a la igualdad.

De hecho, el diseño de un sistema de atribución de valor a las tareas desempeñadas en la empresa como mecanismo de gestión óptima de los recursos humanos aparece ya en la obra fundacional del pensamiento del “*management científico*”⁵²; cuando Taylor en 1911 hablaba de medir las tareas y abonar un salario suficiente para motivar y retener el talento, en su diseño de la retribución óptima ya está introduciendo la noción de valoración de puestos (frente a visiones del salario como mero precio de mercado, tendente a valorar el trabajo por el coste de la supervivencia del trabajador y las personas a su cargo).

En todo caso, los distintos trabajos que abordan esta cuestión tienen presente la idea de que la asignación de los niveles retributivos basada únicamente en la intuición y experiencia del gestor o empresario conllevan injusticias e ineficiencias⁵³ aunque la óptica más común está centrada en la mejora de la eficiencia. Pero es que incluso desde esta perspectiva se destaca la importancia de los salarios relativos o comparativos, es decir, la valoración que las propias personas hacen de su puesto en relación con los del resto de miembros de la organización y la comparación de salarios es a menudo tan relevante como el propio nivel retributivo⁵⁴.

La metodología para llevar a cabo la evaluación es sumamente compleja y excede con mucho de lo que es posible abordar en este punto. Como punto de partida, en cualquier caso, debe partirse de una distinción fundamental: una cosa son los puestos de trabajo, entendidos como cada una de las posiciones que deben cubrirse en el seno de la organización, y otra son las personas concretas que lo ocupan y su específico rendimiento. De este modo, puede aceptarse la afirmación de que el puesto de trabajo es el vínculo entre la organización y las personas que la integran⁵⁵.

52 Traducido al castellano, en F. W. TAYLOR, *Management científico*, 1ª ed. en lengua castellana., Oikos-tau, : Oikos-Tau, Barcelona, 1970.

53 Por ejemplo se afirma que “el recurso a un sistema de valoración de puestos de trabajo, siempre que se funde sobre formas racionales, permite enderezar las injusticias eventuales, conscientes o no y rectificar los errores de apreciación” (C. LAPIERRE, *Valoración de puestos de trabajo*, Deusto, Bilbao, 1961, p. 14.

54 M. FERNÁNDEZ-RÍOS, *Valoración de puestos de trabajo: fundamentos, métodos y ejercicios*, Díaz de Santos, Madrid, 1997, p. 6.

55 F. BERROCAL BERROCAL, “Análisis comparativo de tres métodos de valoración de puestos de trabajo”, 2016, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, p. 7, fecha de consulta en <https://eprints.ucm.es/id/eprint/38833/1/T37653.pdf>.

La valoración propuesta normativamente en el sistema español mezcla en cierta medida ambos análisis, al mezclar la valoración de puestos de trabajo con la valoración del trabajo. No obstante, la separación aparece también implícita en la norma al señalar el art. 8 RD 902/2020 que debe llevarse a cabo “*con independencia, en todo caso, de la modalidad de contrato de trabajo con el que vayan a cubrirse los puestos*”.

Esto implica que la totalidad de posiciones que deban cubrirse en la organización –excluyendo por tanto actividades externalizadas mediante contratos pero incluyendo las que se presten por medio de trabajadores puestos a disposición por medio de Empresas de Trabajo Temporal– deben ser objeto de valoración. Sin embargo, en el proceso de auditoría debe llevarse a cabo el doble análisis, puesto que también deberán tenerse en cuenta elementos ajenos al puesto de trabajo para poder analizar la realidad concreta de cada trabajador. Elementos como el desempeño o ciertas condiciones de trabajo concretas (como pueden ser la disponibilidad horaria, las horas extraordinarias, etc) no serán inherentes al puesto de trabajo, sino circunstanciales o vinculadas a la concreta persona que lo ocupa.

De forma muy resumida, cuando se aborde la evaluación de puestos de trabajo basada en factores –que es lo que exige el legislador, frente a otras opciones como las que consideran competencias– es preciso llevar a cabo, en primer lugar, un análisis de los puestos de trabajo, para posteriormente valorarlos, como dos fases claramente diferenciadas.

2.2.2. Análisis descriptivo de los puestos de trabajo

El punto de partida es, lógicamente, conocer qué es lo que hay que evaluar. Esta primera fase, de análisis y descripción, consistirá en la identificación de cada uno de ellos estableciendo con claridad cuales son sus circunstancias básicas, su función o misión en la organización, las responsabilidades propias del mismo, las concretas tareas que se le asignan y los requerimientos para cubrirlos⁵⁶. La técnica óptima para ello sería la de analizar uno a uno todos los puestos de trabajo, y a posteriori decidir cuáles son puestos diferentes; sin embargo, en la práctica, lo habitual es hacer un análisis agrupado, asumiendo como punto de partida que en cada departamento o unidad productiva hay

56 M. FERNÁNDEZ-RÍOS, *Valoración de puestos de trabajo*, cit., pp. 38-39.

una serie de puestos similares para los que el análisis de cualquiera de ellos sirve de referencia para todos los demás⁵⁷.

A su vez, no pueden descuidarse aspectos como la temporalización del análisis: no será lo mismo evaluar las tareas y responsabilidades en un momento de máxima actividad que en un periodo relativamente tranquilo; igualmente, debe evitarse que situaciones particulares (bajas, huelgas, asambleas, fenómenos meteorológicos extraordinarios...) puedan afectar a la valoración.

La idea básica será, para cada puesto de trabajo, determinar las tareas concretas que efectivamente se han desarrollado en el periodo de referencia. Debe rechazarse el análisis simplemente teórico de las funciones atribuidas, pues se corre el riesgo de perder la referencia fundamental en el reglamento de desarrollo del art. 28 ET: la vinculación del valor del trabajo con lo que efectivamente ocurre en la empresa. La metodología de recogida de información dependerá de las empresas, pero la encuesta de las personas que ocupan los puestos así como su superiores y dependientes jerárquicos puede ser un buen punto de partida. Para cada tarea, conviene identificar no sólo qué hace sino cómo lo hace, pues ello permitirá posteriormente asociar la tarea a los criterios de valoración. Para cada tarea deberá indicarse:

- Qué hace.
- Cómo lo hace.
- Para qué lo hace.
- Frecuencia.
- Porcentaje de su jornada que le dedica.
- Puestos de la organización vinculados (jerárquica u horizontalmente).

Estos elementos permitirán, a su vez, realizar una descripción objetiva del puesto, al que habrá que añadir los requisitos previos para cubrirlo, así como condicionantes que puedan ser relevantes para la valoración, que se derivarán de las anteriores cuestiones (penosidad, responsabilidad... etc).

2.2.3. Valoración de puestos de trabajo en sentido estricto

Partiendo del análisis anterior, es preciso, señala el art. 8 RD 902/2020, lograr para cada puesto *“la asignación de una puntuación o valor numérico al*

⁵⁷ F. BERROCAL BERROCAL, “Análisis comparativo de tres métodos de valoración de puestos de trabajo”, cit., p. 48.

mismo". En este punto, el proceso será tremendamente técnico, por lo que es recomendable acudir a sistemas estandarizados. Para ello, puede partirse de la Guía elaborada desde la Organización Internacional de Trabajo⁵⁸, que señala algunas de las líneas fundamentales que deben atenderse, que en cierto modo se recogen en la máxima de "adecuación, totalidad y objetividad" a la que se hace referencia en nuestra norma.

Básicamente, se trata de definir los factores relevantes para la organización –que se pueden deducir del análisis sistemático de las descripciones de puestos de la organización– y atribuirles un "peso" o ponderación. Existen para esto diversas técnicas, sin que exista una respuesta unívoca. En todo caso, de cara a un mejor cumplimiento normativo, resulta conveniente partir de los factores establecidos por la ley (vid. supra) y a partir de los mismos generar subfactores.

Para llevar a cabo este trabajo, puede servir como referencia el "Sistema de valoración de puestos de trabajo con perspectiva de género" elaborado por el Instituto de las mujeres (antes Instituto de la Mujer y para la Igualdad de Oportunidades), que ofrece una herramienta⁵⁹ en la que se agrupan los factores en cuatro grandes categorías⁶⁰, con recomendaciones sobre cómo ponderarlas.

En todo caso, debe recordarse que el RD 902/2020 prevé la aprobación, mediante orden ministerial, de un procedimiento de valoración de puestos de trabajo que, sin ser obligatorio, puede ser una referencia muy valiosa.

3. Negociación colectiva y puestos de trabajo de igual valor

La regulación del régimen retributivo puede tener diversas fuentes, pero no puede olvidarse que, de conformidad con la Encuesta Anual de Coste Salarial, prácticamente el 90% de las personas asalariadas ven regulados sus ingresos de esta naturaleza por convenios colectivos de trabajo.

El Convenio Colectivo, en nuestro sistema, tiene naturaleza normativa, lo que supone una mayor capacidad de incidencia en las relaciones laborales, pero al mismo tiempo una limitación en cuanto a sus posibilidades de actuación. Se ha señalado más arriba que el empresario, en cuanto que es un

58 M.-T. CHICHA, *Promoción de la igualdad*, cit.

59 Accesible en <https://www.igualdadenlaempresa.es/asesoramiento/herramientas-igualdad/home.htm>

60 "Conocimiento y aptitudes" "responsabilidad", "esfuerzo" y "condiciones de trabajo".

particular, no viene obligado por el principio de igualdad (que implicaría, en este contexto, abonar exactamente el mismo salario a cualesquiera dos personas de su organización que realizaran trabajos de igual valor) sino tan sólo limitado por la interdicción de discriminación (por razón de sexo, en lo que aquí interesa, aunque obviamente también por otros motivos).

La posición de los representantes de empresarios y trabajadores, cuando actúan en el marco de la negociación colectiva estatutaria, resulta enormemente compleja, pues al mismo tiempo que actúan en defensa de los intereses sociales y económicos que les son propios, aprueban normas de carácter general. Esta peculiar posición explica que el Tribunal Constitucional haya matizado el alcance de la obligación de respetar el derecho de igualdad. En este sentido, se ha afirmado que *“en la negociación colectiva los representantes de los trabajadores defienden los intereses globales de éstos, observando la realidad en la que intervienen, las implicaciones presentes y futuras de sus pactos y las consecuencias que una estrategia negociadora desviada podría llegar a provocar en perjuicio de sus representados (STC 119/2002, de 20 de mayo, F. 6). En consecuencia, ni la autonomía colectiva puede, a través del producto normativo que de ella resulta, establecer un régimen diferenciado en las condiciones de trabajo sin justificación objetiva y sin la proporcionalidad que la medida diversificadora debe poseer para resultar conforme al art. 14 CE, ni en ese juicio pueden marginarse las circunstancias concurrentes a las que hayan atendido los negociadores, siempre que resulten constitucionalmente admisibles (STC 27/2004, de 4 de marzo, F. 4)”*⁶¹. Por ello, la atención a la situación concreta del ámbito funcional y territorial para el que se negocie, incluyendo la abundancia relativa de personas disponibles para trabajar en cada grupo, categoría o nivel, podrán justificar legítimamente diferencias salariales. En el mismo sentido, el TJUE ha afirmado que *“el interés por mantener unas buenas relaciones laborales puede ser tomado en consideración por el órgano jurisdiccional nacional entre otros elementos para apreciar si las diferencias entre las retribuciones de dos grupos de trabajadores se deben a factores objetivos y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo y son conformes con el principio de proporcionalidad”*⁶².

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que (desde la reforma laboral de 1994) la ley exige a los convenios que su clasificación profesional se encuen-

61 STC 36/2011, que a su vez cita otras muchas resoluciones previas del mismo tribunal.

62 STJUE de 28 de febrero de 2013, Margaret Kenny y otras contra Minister for Justice, Equality and Law Reform y otros, Asunto C-427/11

tre adaptada a “*criterios y sistemas que (...) tengan como objeto garantizar la ausencia de discriminación, tanto directa como indirecta, entre mujeres y hombres*”, imponiendo por tanto una posición proactiva a los negociadores. Adicionalmente, la más reciente reforma de 2019 añadió, por una parte, la obligación de basar la clasificación “*en un análisis correlacional entre sesgos de género, puestos de trabajo, criterios de encuadramiento y retribuciones*”; por otra, el mandato de ajustarse “en todo caso” a los criterios de valoración del art. 28.1 ET.

Al margen de algunos problemas prácticos sobre esta última cuestión, no resulta sencillo entender qué es exactamente lo que pretende el legislador con ese “análisis correlacional”, y el desarrollo reglamentario tampoco lo aclara. En el art. 9 RD 902/2020 se limita a señalar que “*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*”, sin mención alguna al análisis correlacional.

La interpretación de este mandato lleva a entender que lo que se exige a los negociadores es que, tras un análisis de las distintas funciones y tareas que se desempeñan en el ámbito de aplicación al que se refiera el convenio, 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. De esta forma, debe evitarse que los grupos, categorías o niveles con mayor proporción de mujeres tengan un salario sustancialmente diferente de las agrupaciones con mayor proporción de hombres sin justificación suficiente.

El problema, como se puso de manifiesto en los primeros análisis⁶³, es que el legislador parece plantear un proceso en el que las clasificaciones profesionales se construyan de cero, tomando en consideración la totalidad de factores relevantes (sin “invisibilizar ni infravalorar ninguno”, en la terminología utilizada en el reglamento), evaluando en cada caso se cómo se incrementa la retribución con el incremento de intensidad de cada elemento valorado, comprobando si lo hace en igual medida en los factores predominantes en cada sexo. Sin embargo, resulta altamente improbable (y posiblemente ineficiente) que sistemas clasificatorios altamente consolidados y que encuadran a miles de trabajadores se desechen para establecer otros totalmente nuevos, ajusta-

63 P. GIMENO DÍAZ DE ATAURI, “Igualdad de remuneración por razón de sexo...”, cit.

dos a este “análisis correlacional”. Pero es que, incluso en nuevas unidades de negociación, el volumen de información necesario sería ingente y a menudo inaccesible para los negociadores. A pesar del tenor literal de la norma, parece que lo más adecuado es utilizar ese análisis correlacional a posteriori, o, dicho de otro modo, si el diseño de las estructuras de clasificación y retribución produce efectos discriminatorios. Lo que sí que resulta imprescindible en cualquier caso es suprimir las divisiones artificiales de categorías o grupos que en la práctica se limitan a separar la denominación femenina y masculina de puestos con contenido muy similar, generalmente con inferior retribución para las primeras⁶⁴.

Por otro lado, debe recordarse que el art. 4 del RD 902/2020 al que se remite el art.9, de la misma forma que el art. 28 ET, contemplan la valoración de trabajos de igual valor, que implica no sólo el puesto sin la efectiva prestación de servicios por quien lo ocupa. En consecuencia, se atenderá aquí sólo a los requisitos y condiciones que configuran el puesto, prescindiendo de elementos relacionados con la prestación concreta de servicios. En cualquier caso, parece razonable aquí destacar que posiblemente son las “lagunas funcionales”⁶⁵, los espacios no cubiertos por la valoración en la determinación de estructuras de clasificación, las que en mayor medida pueden generar esos espacios en los que las empresas pueden tener problemas de discriminación salarial.

En todo caso, no puede olvidarse que un diseño correcto de la negociación colectiva facilita enormemente la reducción de las diferencias salariales discriminatorias, pero no garantiza el resultado. En cada caso concreto habrá de analizarse si, atendiendo a los factores efectivamente concurrentes, existe o no justificación para la diferencia salarial, de modo que puede ser que dos puestos de trabajo de diferente categoría sean de igual valor, pero también que dos puestos de la misma categoría tengan un valor diverso⁶⁶.

64 C. MARTÍNEZ MORENO, “Brecha Salarial y discriminación laboral por razón de sexo”, en *Brecha de género y universidad: dos realidades que se retroalimentan*, Bomarzo, Albacete, 2020, p. 32.

65 F. A. ALEMÁN PAEZ, “Consideraciones teóricas sobre los elementos de la clasificación y los sistemas de encuadramiento: hacia una comprensión poítico-estructural de los sesgos discriminatorios por razón de sesgo y género”, en Amparo Garrigues Giménez (ed.) *Clasificación profesional y discriminación por razón de sexo en la negociación colectiva: un análisis multi e intersectorial*, Reus, Madrid, 2017, p. 27.

66 Apartado 44 de la STJUE de 26 de junio de 2001, C-381/99, Asunto Brunnhofer); igualmente se vincula la valoración de puestos de trabajo conseguir en la organización “los valores sociolaborales tradicionales como la justicia, la equidad y la paz” en M. FERNÁNDEZ-RÍOS, *Valoración de puestos de trabajo*, cit.

4. Bibliografía citada

- ALEMÁN PAEZ, F. A., “Consideraciones teóricas sobre los elementos de la clasificación y los sistemas de encuadramiento: hacia una comprensión poítico-estructural de los sesgos discriminatorios por razón de sesgo y género”, en Amparo Garrigues Giménez (ed.) *Clasificación profesional y discriminación por razón de sexo en la negociación colectiva: un análisis multi e intersectorial*, Reus, Madrid, 2017.
- BERROCAL BERROCAL, F., “Análisis comparativo de tres métodos de valoración de puestos de trabajo”, 2016, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, fecha de consulta en <https://eprints.ucm.es/id/eprint/38833/1/T37653.pdf>.
- BROWN, W. J., “Judicial Regulation of Rates of Wage for Women”, *The Yale Law Journal*, vol. 28, n.º 3, 1919, pp. 236-254.
- CHICHA, M.-T., *Promoción de la igualdad salarial por medido de la evaluación no sexista de los empleos : guía detallada*, OIT, Ginebra, 2008.
- COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Código práctico sobre la aplicación de la igualdad de retribución entre hombres y mujeres para un trabajo de igual valor (Com (96) 336 final)*, Bruselas, 1996.
- CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL TRABAJO; ORGANITZACIÓ INTERNACIONAL DEL TREBALL (eds.), *Igualdad en el empleo y la ocupación: estudio general de las memorias relativas al convenio (núm. 111) y a la recomendación (núm. 111) sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 : informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (artículos 19, 22 y 35 de la Constitución)*., Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 1988.
- E. H. PHELPS BROWN, “Equal Pay for Equal Work”, *The Economic Journal*, vol. 59, n.º 235, 1949, [Royal Economic Society, Wiley], pp. 384-398.
- “Equal pay for equal work”, *The Journal of Education*, vol. 71, n.º 18 (1778), 1910, Trustees of Boston University, pp. 489-489.
- FAWCETT, M. G., “Equal Pay for Equal Work”, *The Economic Journal*, vol. 28, n.º 109, 1918, [Royal Economic Society, Wiley], pp. 1-6.
- FERNÁNDEZ-RÍOS, M., *Valoración de puestos de trabajo: fundamentos, métodos y ejercicios*, Díaz de Santos, Madrid, 1997.
- GIMENO DÍAZ DE ATAURI, P., “Igualdad de remuneración por razón de sexo: medidas por la equiparación y contra la brecha salarial”, en *Tiempo de reformas: en busca de la competitividad empresarial y de la cohesión social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 117-176.

- GIMENO DÍAZ DE ATAURI, P., “¿Puede el legislador tratar igual a lo distinto?: igualdad y no discriminación en la indiferenciación”, *Justicia Laboral*, n.º 36, 2008, p. 85.
- “Hampden County Teachers’ Association”, *The Massachusetts Teacher (1858-1871)*, vol. 23, n.º 7, 1870, Sage Publications, Inc., pp. 254-259.
- HUGHES, C. E., “Equal pay”, *The Journal of Education*, vol. 65, n.º 23 (1633), 1907, Trustees of Boston University, pp. 622-623.
- INSTITUTO DE ESTADÍSTICA DE LA UNESCO, *Clasificación Internacional Normalizada de la Educación (CINE) 2011, Revisión 2*, Instituto de Estadística de la UNESCO, 2013, fecha de consulta 21 abril 2019, en <http://uis.unesco.org/sites/default/files/documents/international-standard-classification-of-education-isced-2011-sp.pdf>.
- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, “Clasificación Nacional de Educación. CNED”, fecha de consulta 21 abril 2019, en https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736177034&menu=ultiDatos&idp=1254735976614.
- LAPIERRE, C., *Valoración de puestos de trabajo*, Deusto, Bilbao, 1961.
- LOWELL, C. R., “Consumers’ leagues.”, 1898, Christian Social Union, fecha de consulta en <https://jstor.org/stable/10.2307/60218635>.
- MARTÍNEZ MORENO, C., “Brecha Salarial y discriminación laboral por razón de sexo”, en *Brecha de género y universidad: dos realidades que se retroalimentan*, Bomarzo, Albacete, 2020.
- PAIS VASCO; DEPARTAMENTO DE TRABAJO Y JUSTICIA, *El trabajo de igual valor: guía práctica para identificar puestos de trabajo de igual valor sin sesgos de género*, Eusko Jaurlaritzaren Argitalpen Zerbitzu Nagusia = Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, Vitoria-Gasteiz, 2020.
- PARLAMENTO EUROPEO Y CONSEJO, *Informe sobre la aplicación de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición)*, Unión Europea, Bruselas, 2013, fecha de consulta 14 abril 2019, en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52013DC0861&from=ES>.
- RATHBONE, E. F., “The Remuneration of Women’s Services”, *The Economic Journal*, vol. 27, n.º 105, 1917, p. 55.
- ROYAL COMMISSION ON EQUAL PAY, *Report (1944-46) (Cmd. 6937 of 1946.)*, London, 1946.
- TAYLOR, F. W., *Management científico*, 1ª ed. en lengua castellana, Oikos-Tau, Barcelona, 1970.

CAPÍTULO IV

EL REGISTRO RETRIBUTIVO Y LA AUDITORÍA SALARIAL. UNA APUESTA POR LA TRANSPARENCIA EN EL RD LEY 6/2019 Y EL RD 902/2020

CRISTINA ARAGÓN GÓMEZ

Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED)

<https://orcid.org/0000-0003-0849-8299>

1. Criterios de determinación de la cuantía salarial

Para determinar la cuantía del salario, debemos partir de una premisa: La legislación laboral no impone la igualdad de trato en sentido absoluto, pues el principio de autonomía de la voluntad deja un margen en el que el acuerdo privado o la decisión unilateral del empresario en ejercicio de sus poderes de organización de la empresa, puede disponer la retribución del trabajador¹. Sería admisible, por tanto, que la empresa abonara una retribución diferente a personas trabajadoras que realizaran unas mismas funciones. Ahora bien, conviene aclarar que esta doctrina no resulta de aplicación cuando el empresario es la Administración pública pues ésta, en sus relaciones jurídicas, no se rige por el principio de la autonomía de la voluntad, sino que debe actuar con sometimiento pleno a la ley y al derecho. Por lo tanto, ante situaciones iguales, el trato retributivo debe ser necesariamente idéntico².

Pero volviendo a las relaciones entre sujetos privados, es evidente que la libertad empresarial no es plena, sino que existen dos importantes límites al respecto: En primer lugar, esta desigualdad salarial no puede conllevar que una persona trabajadora cobre por debajo de los mínimos establecidos en la ley o en el convenio colectivo. Y en segundo lugar, esta divergencia

1 STC 34/1984, STC 197/2000, SSTS 4-2-1994, Rº 4009/1992 y 18-9-2000, Rº 1263/2000.

2 STC 161/1991, STC 2/1998 y STC 34/2004.

retributiva no puede tener un móvil discriminatorio, tomando como criterio de diferenciación alguna de las causas relacionadas en el art. 14 CE o en el art. 17 ET³.

En efecto, de conformidad con el art. 14 CE, «los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social». Este precepto comprende dos prescripciones que deben ser claramente diferenciadas: Una es la contenida en el primer inciso del artículo, que se refiere al principio de igualdad ante la ley y en la aplicación de la ley por los poderes públicos. La otra se concreta en la prohibición de discriminación y tiende a la eliminación de ésta en cuanto implica una violación más cualificada de la igualdad en función del carácter particularmente rechazable del criterio de diferenciación aplicado. Por tanto, no cabe identificar el principio constitucional de igualdad con la proscripción de la discriminación, aunque uno y otra tengan su sede en el art. 14 CE.

De esta forma, partimos de la base de que no toda diferencia salarial es necesariamente discriminatoria. El legislador no impone un principio de igualdad absoluta en materia salarial, siendo lícito que los trabajadores tengan diferentes remuneraciones, aunque realicen funciones similares. Lo que hace el ordenamiento jurídico es prohibir la diferenciación salarial que obedezca a determinadas causas. En efecto, lo que caracteriza la prohibición de discriminación es que en ella se utiliza un factor de diferenciación que merece un especial rechazo por el ordenamiento jurídico y provoca una reacción más amplia, pues para establecer la diferencia de trato se toman en consideración condiciones que han estado ligadas históricamente a formas de opresión o de segregación de determinados grupos de personas para asegurar la plena eficacia de los valores constitucionales en que se funda la convivencia en una sociedad democrática y pluralista.

De ahí el distinto alcance de estos principios, porque mientras que el principio de igualdad —en la ley y en la aplicación de la ley— vincula a los poderes públicos, no sucede lo mismo con la tutela antidiscriminatoria que, por la especial intensidad de su protección, se proyecta en el ámbito de las relaciones privadas. Esto es así porque, en las relaciones privadas, la exigencia de igualdad debe armonizarse con el principio de libertad de empresa (art.

3 Que añade expresamente la edad, la discapacidad, el estado civil, la orientación o condición sexual, la afiliación sindical, los vínculos de parentesco con personas pertenecientes o relacionadas con la empresa y la lengua dentro del Estado Español.

38 CE). En resumidas cuentas, la exclusión de un principio absoluto de igualdad de trato en el marco de las relaciones laborales no es otra cosa que el resultado de la eficacia del principio de la autonomía de la voluntad que, si bien aparece fuertemente limitado en el Derecho del Trabajo, no desaparece. El principio de igualdad deja un margen al acuerdo privado o a la decisión unilateral del empresario, de forma que se puede disponer la retribución del trabajador siempre y cuando se respeten los mínimos legales y convencionales y la diferencia salarial no posea un significado discriminatorio por incidir en alguna de las causas prohibidas en la Constitución o en el Estatuto de los Trabajadores. Pero salvo en estas dos excepciones, el contrato de trabajo no queda sometido a una exigencia absoluta de trato igual, pues ello establecería una extraordinaria rigidez en la contratación y un control exorbitante de la discrecionalidad de la gestión empresarial privada; control que sería además muy difícil de instrumentar en la práctica⁴.

Ahora bien, el convenio colectivo, en la medida en que tiene una eficacia normativa que trasciende el marco normal de una regulación privada, sí está obligado a respetar el principio de igualdad⁵. De esta forma, un convenio no puede establecer diferencias en materia salarial, salvo que exista una justificación suficiente. Es más, esta diferencia de trato no sólo debe estar objetivamente justificada, sino que además debe ser proporcionada. Dicho en otros términos, debe superar un juicio de proporcionalidad sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida. De esta forma, el carácter temporal de la relación laboral o la fecha de ingreso en la empresa no constituyen factores de discriminación en el sentido anteriormente precisado, pues no se encuentran enumerados en la relación del art. 14 CE, ni en las ampliaciones de los art. 4.1c) y 17.1 ET. No obstante, si este trato diferenciado está previsto en un convenio colectivo estatutario y carece de justificación, estaría igualmente prohibido por la norma estatal.

4 STS 28-4-2005, R^o 72/2004.

5 El principio de igualdad no se aplica, sin embargo, a los convenios colectivos extraestatutarios (STS 17-5-2000, R^o 4500/1999) que deberán respetar, eso sí, el principio de no discriminación y las normas imperativas (BALLESTER PASTOR, MARÍA AMPARO. “Desigualdades y discriminaciones retributivas. Ultraactividad contractual, comparador hipotético, transparencia salarial y otros fenómenos”. *Trabajo y Derecho*, 2015, núm. 6, p. 4 de la edición digital).

2. La brecha salarial por razón de sexo y sus causas

Ya hemos apuntado que un tratamiento desigual no supone siempre y sin más un trato discriminatorio. Y de ahí que debamos diferenciar la discriminación retributiva propiamente dicha de la brecha salarial. La brecha salarial de género es un indicador de desigualdad que mide la diferencia entre los ingresos medios de los hombres y los ingresos medios de las mujeres ocupadas, como un porcentaje respecto de los ingresos medios de los hombres. Así, si el salario de las mujeres representa el 75% del salario de los hombres, se dice que la brecha salarial es del 25%.

Cuando hablamos de brecha en contextos distintos al laboral, hacemos referencia a una rotura, a una herida, a un resquicio por donde algo empieza a perder su seguridad o su fortaleza, como una pérdida de la cohesión o de la unidad. Es verdad que estas acepciones no nos explican el significado exacto de la expresión brecha salarial de género, pero sí nos aproximan a las implicaciones que, para una sociedad avanzada, supone perpetuar esta desigualdad entre hombres y mujeres sin hacer nada para evitarlo⁶.



Evolución de la brecha salarial en España en los últimos 10 años.

Pues bien, según la encuesta anual de estructura salarial correspondiente al año 2018⁷, la ganancia media anual de los hombres fue de 26.738,19 € y la de las mujeres 21.011,89 €, por lo que la brecha salarial se situó en un 21,42%⁸. Y lo más preocupante es que la evolución de esta diferencia retribu-

⁶ Instituto de la Mujer y para la Igualdad de oportunidades. Subdirección General para la Igualdad en la empresa y la negociación colectiva. “Herramienta de autodiagnóstico de brecha salarial de género. Guía de uso”

⁷ Datos correspondientes al año 2018 (último publicado).

⁸ Fruto de restar, al promedio de la remuneración de los hombres, el promedio de la remuneración de las mujeres y dividir el resultado entre el promedio de la remuneración de los hombres

tiva, en los últimos diez años, ha sido prácticamente nula, lo que evidencia la necesidad de reforzar las medidas para acabar con ella.

Pues bien, como ya hemos dicho en otro lugar⁹, esta diferencia retributiva encuentra su origen en múltiples causas. Una de ellas es, sin duda, la realización por parte de las mujeres de menos horas de trabajo que los hombres: De conformidad con la EPA, las mujeres realizan, de media, una jornada semanal inferior en cinco horas a la jornada semanal de los hombres¹⁰. Y de esta misma encuesta se desprende que, del 100% de ocupados a tiempo parcial, un 74,37% son mujeres¹¹. Además, del total de horas extraordinarias realizadas por todos los asalariados durante una semana, un 58% es asumido en la práctica por los hombres¹². No obstante, es obvio que este no es el único motivo, pues la brecha se mantiene en un 13,08% cuando medimos la diferencia salarial sobre la ganancia por hora de trabajo, corrigiendo con ello la incidencia de una jornada de trabajo inferior¹³.

Otra de las razones que pueden explicar, en parte, la brecha salarial es que las mujeres cobran menos en concepto de complementos salariales. Según la encuesta cuatrienal de estructura salarial, la brecha salarial entre mujeres y hombres se concreta en un 16% si computamos exclusivamente el salario base¹⁴. Pero si nos centramos en los complementos salariales, esta diferencia se incrementa hasta el 26%, alcanzando incluso el 73% con respecto a los pagos por la realización de horas extraordinarias. La propia Encuesta Nacional de Condiciones de Trabajo advierte que es más frecuente que los hombres trabajen por la noche, en sábados o que desarrollen jornadas laborales más lar-

9 ARAGÓN GÓMEZ, CRISTINA y NIETO ROJAS, PATRICIA. *Planes de igualdad en las empresas. Procedimiento de elaboración e implantación*. Madrid: Wolters Kluwer, 2021, pp. 150 a 154.

10 INE. Encuesta de Población Activa. Ocupados. Número medio de horas efectivas semanales trabajadas por los ocupados que han trabajado por situación profesional, sexo y rama de actividad (empleo principal). Datos correspondientes al 4T 2020.

11 INE. Encuesta de Población Activa. Ocupados. Ocupados a tiempo parcial por motivo de la jornada parcial, sexo y grupo de edad. Datos correspondientes al 4T 2020.

12 INE. Encuesta de Población Activa. Ocupados. Número total de horas extraordinarias realizadas en la semana por todos los asalariados por sexo y rama de actividad. Datos correspondientes a los cuatro trimestres del año 2020.

13 INE. Encuesta anual de estructura salarial. Ganancia por hora normal de trabajo. Datos correspondientes al año 2018 (últimos publicados).

14 INE. Encuesta cuatrienal de estructura salarial. Composición del salario bruto mensual. Datos correspondientes al año 2018 (últimos publicados).

gas que las mujeres¹⁵. Y, siguiendo esta misma encuesta, los hombres estarían más expuestos a riesgos físicos y ergonómicos que las mujeres¹⁶. Unos datos que podrían explicar la percepción de complementos vinculados a las concretas condiciones del puesto de trabajo (nocturnidad, peligrosidad, penosidad, etc.). Y a ello se añaden tres datos adicionales: De un lado, el concepto mismo de “peligrosidad” utilizado por la normativa laboral se ha forjado sin perspectiva de género (en palabras de la STSJ Canarias 2-7-2019, R^o 369/2019, de la que es ponente la magistrada Gloria Poyatos Matas)¹⁷. De otro lado, la concesión discrecional de complementos perjudica en la práctica a las trabajadoras, pues suele vincularse a la capacidad de negociación y, por ende, a puestos de responsabilidad¹⁸. Y, finalmente, no cabe duda de que el tiempo pasado fuera del mercado laboral puede percibirse como una depreciación del capital humano que suele ser penalizado en forma de menores salarios. En la medida en que la permanencia de las mujeres en el mercado de trabajo es discontinua, acumulan menos experiencia laboral que los hombres, lo que puede incidir negativamente en complementos salariales vinculados a la permanencia en la empresa o a la productividad.

Ahondando en las causas de la brecha salarial, otro de los posibles motivos es la existencia de una segregación ocupacional horizontal y vertical por razón de sexo. En efecto, de un lado, se constata una concentración de mujeres en determinadas ramas de actividad¹⁹ que se caracterizan, en general, por

15 Instituto de Seguridad e Higiene en el Trabajo. Encuesta Nacional de Condiciones de Trabajo. Año 2015, p. 73.

16 Instituto de Seguridad e Higiene en el Trabajo. Encuesta Nacional de Condiciones de Trabajo. Año 2015, p. 34.

17 A tal efecto, resulta especialmente significativo que el RD 1299/2006, de 10 de noviembre, por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la Seguridad Social y se establecen criterios para su notificación y registro (BOE 19-12-2006, núm. 302) prevea, entre los trabajos que pueden causar enfermedades profesionales vinculadas a la realización de movimientos repetitivos, el de los soldadores, carpinteros, pulidores o pintores. Y, sin embargo, no haga a día de hoy ninguna alusión al trabajo realizado por el personal de limpieza o por las camareras de piso. Una disfunción que ha sido corregida por el propio Tribunal Supremo (SSTS 5-11-2014, R^o 1515/2013, 18-5-2015, R^o 1643/2014 y 11-2-2020, R^o 3395/2017) y que parece que va a ser corregida en breve, pues se ha alcanzado un acuerdo para incluir estos trabajos en el cuadro de enfermedades profesionales.

18 Gobierno de España. Ministerio de Igualdad. *Boletín Igualdad en la Empresa*, 2020, núm. 58, p. 15.

19 Concretamente, cerca del 60% de las mujeres ocupadas prestan servicios en tan solo seis sectores productivos: un 13,6% en el sector del comercio al por menor, un 8,8% en la hostelería, un 6,1% en actividades administrativas, un 9% en educación, un 16,1% en activi-

requerir bajos niveles de cualificación y por estar peor remuneradas, dada la peor valoración social y, en consecuencia, económica de los trabajos tradicionalmente feminizados. Un dato que no se corresponde con el nivel de estudios alcanzado por las mujeres y que justifica el que se haya alertado de este problema de sobrecualificación (salvo en los ámbitos de salud y educación)²⁰.

A lo anterior se añade que las mujeres ocupan en menor medida puestos directivos y de responsabilidad y se enfrentan a un suelo pegajoso o techo de cristal que dificulta su promoción en el trabajo por la existencia de estereotipos (creencias que asocian las dotes de mando a los hombres, falta de reconocimiento a la autoridad de las mujeres), criterios de ascenso sexistas, redes formales e informales que facilitan la promoción de los hombres, penalización laboral por la maternidad y por la mayor dedicación a las tareas de cuidado.

Para concluir, debemos tener en cuenta que esta relación se retroalimenta: la misma existencia de brecha salarial alienta a las mujeres a participar en menor medida en el mercado de trabajo. *“El coste de oportunidad de salir o permanecer fuera del mercado de trabajo es menor para las mujeres de manera que –desde luego en el contexto de una desigual atribución de valor a los trabajos más feminizados y de un desigual reparto y asunción de tareas de cuidados por género y en el marco de un sistema de valores y actitudes que impulsa la asunción de estos roles por el género femenino– resulta más eficiente para las unidades decisorias, en general, las familias que, en caso de necesidad o dificultad para conciliar tiempos, sean las mujeres quienes salgan del mercado”²¹.*

dades sanitarias y servicios sociales y un 5,3% en actividades de los hogares (INE. Encuesta de población activa. Ocupados por sexo y rama de actividad. Valores absolutos y porcentajes respecto del total de cada sexo. Datos 3T 2020). De otro lado, el 52,10% de las mujeres se concentran en tan solo diez ocupaciones de las casi setenta ocupaciones que recoge la Encuesta de Población Activa: un 7% trabaja como dependiente en tiendas y almacenes, un 6,7% son profesionales de la salud, un 6,4% prestan servicios como personal de limpieza, un 6,1% son profesionales de la enseñanza infantil, primaria, secundaria y postsecundaria, un 5,4% realizan trabajos administrativos con tareas de atención al público, un 4,5% asumen el cuidado a las personas en servicios de salud, un 4,3% son empleadas domésticas, un 4,3% trabajan en servicios de restauración, un 4,1% son empleadas administrativas sin tareas de atención al público y un 3,3% son empleadas en servicios contables, financieros, y de servicios de apoyo a la producción y al transporte (INE. Encuesta de población activa. Ocupados por sexo y ocupación. Valores absolutos y porcentajes respecto del total de cada sexo. Datos 3T 2020).

²⁰ Consejo Económico y Social. *La participación Laboral de las mujeres en España*. Colección informes. Número 5/2016, p. 60.

²¹ Consejo Económico y Social. *La participación Laboral de las mujeres en España*. Colección informes. Número 5/2016, p. 57.

Como se aprecia de todo lo anteriormente expuesto, la menor retribución de la mujer en comparación con el hombre encuentra parte de su explicación en factores que se sitúan extramuros del ámbito propio de decisión de la empresa²². Por ello, la brecha salarial no siempre evidencia la existencia de discriminación por razón de sexo. La discriminación salarial sería “*la parte de esa diferencia que no queda justificada por una distinta aportación de valor en el desempeño de un trabajo igual o de igual valor y que solo puede ser explicada en función del sexo de la persona que lo realiza*”²³.

Pues bien, cuando la diferencia retributiva encuentra su causa en la discriminación, las víctimas pueden instar su tutela en vía tutela judicial o en vía administrativa²⁴. Pero cuando la brecha se funda en otros factores ajenos, su erradicación solo se puede articular a través de medidas dirigidas a promover la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el ámbito laboral o, en su caso, a través de los planes de igualdad (art. 85.1 ET).

3. La tutela del principio de igualdad salarial por razón de sexo

3.1. La prohibición de discriminación salarial por razón de sexo

El convenio 100 de la OIT del año 1951²⁵ ya imponía a los Estados la obligación de garantizar el principio de igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor. Y aclaraba que, a efectos del convenio, el término remuneración no sólo comprendía el sueldo ordinario, sino “*cualquier otro emolumento en dinero o en*

²² GOÑI SEIN, JOSÉ LUIS. “La reducción de la brecha salarial de género a través de la transparencia y el registro salarial”. En: RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, BEATRIZ. *La discriminación de la mujer en el trabajo y las nuevas medidas legales para garantizar la igualdad de trato en el empleo*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2020, p. 83.

²³ Plan estratégico de igualdad de oportunidades (años 2014-2016).

²⁴ Accionando con ello, las medidas tradicionales de tutela antidiscriminatoria: a) la prohibición de discriminación (art. 14 CE y art. 17 ET), b) la nulidad de la conducta lesiva del derecho a la igualdad y la reposición de la persona afectada al momento anterior (arts. 9.3 y 17 ET y art. 182.1 LJS); c) la facilitación de la carga probatoria (arts. 96 y 181.2 LJS); d) el apoyo al justiciable mediante la sustitución procesal o la legitimación de terceros no directamente afectados (arts. 11 bis LEC, 7.3 LOPJ y 177 LJS); e) la reparación del daño causado (arts. 27.4, 182 y 183 LJS); y e) la sanción administrativa (arts. 8.12 LISOS).

²⁵ Ratificado por España el 6-11-1967.

especie pagados por el empleador, directa o indirectamente, al trabajador, en concepto del empleo de este último”.

Más recientemente, varios jefes de Estado y de Gobierno de distintos países que forman parte de Naciones Unidas, se reunieron en la Cumbre de Desarrollo Sostenible y elaboraron la Agenda 2030 que contiene los diecisiete Objetivos de Desarrollo Sostenible. Entre ellos, el ODS 5 pretende lograr la igualdad entre los géneros y empoderar a todas las mujeres y las niñas y el ODS 8.5 persigue la igualdad de remuneración por un trabajo de igual valor.

A nivel europeo, la igualdad de trato entre hombres y mujeres es uno de los principios fundamentales de la Unión. Y, de hecho, uno de sus objetivos es precisamente eliminar las desigualdades y luchar contra toda discriminación por razón de sexo (arts. 8 y 10 TFUE). Concretamente, el principio de igualdad retributiva figuraba ya en el art. 119 del Tratado de Roma de 1957 y se ha recogido en el art. 157 TFUE. En el origen, el principio tenía una función principalmente económica, ya que el objetivo era evitar distorsiones de la competencia entre empresas establecidas en distintos Estados miembros. Sin embargo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea aclaró que este objetivo económico debía considerarse secundario al objetivo social perseguido por la misma disposición y que constituye la expresión de un derecho fundamental (STJUE 10-2-2000, asunto Deutsche Telekom).

Por su parte, la Directiva 75/117/CEE del Consejo²⁶, partiendo de la existencia de desigualdades en los Estados Miembros, reconoció el principio de igualdad retributiva por razón de sexo, que definió como la eliminación de cualquier discriminación en la remuneración de un mismo trabajo o de un trabajo al que se atribuye un mismo valor. Además, abrió la posibilidad de impugnar en vía jurisdiccional cualquier trato diferencial injustificado que se produjese. Varios años después, la Directiva 2006/54/CE²⁷ derogó la Directiva 75/117/CEE y dedicó un capítulo por entero a la igualdad retributiva entre hombres y mujeres (arts. 4 a 13), añadiendo la necesidad de eliminar las discriminaciones tanto directas, como indirectas, por razón de sexo.

Por lo que respecta a nuestro ordenamiento jurídico, la Constitución reconoce expresamente el derecho a la no discriminación por razón de sexo

²⁶ Directiva 75/117/CEE del Consejo, de 10 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos (DOCE 19-2-1975).

²⁷ Directiva 2006/54, de 5 de julio, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (DOCE 26-7-2006).

(art. 14) y la interdicción específica del sexo como categoría sospechosa de discriminación en el terrero retributivo (art. 35)²⁸. Y, en concreción de lo expuesto, el art. 28 ET impone al empresario la obligación de pagar por la prestación de un trabajo de igual valor la misma retribución “*sin que pueda producirse discriminación alguna por razón de sexo en ninguno de los elementos o condiciones de aquélla*”. Ahora bien, debemos tener en cuenta que el art. 28 ET ha sido un precepto permanentemente desfasado²⁹. En efecto, en un primer momento, el art. 28 ET 1980 recogía el principio de igualdad retributiva en los siguientes términos: “*El empresario está obligado a pagar, por la prestación de un trabajo igual, el mismo salario, tanto por salario base como por los complementos salariales, sin discriminación alguna por razón de sexo*”. Y ello a pesar de que España ya había ratificado trece años antes el Convenio 100 OIT que, como hemos visto, imponía la obligación de pagar un salario igual por un trabajo “*de igual valor*”.

Hubo que esperar hasta el año 1994 para que, con la Ley 11/1994³⁰, se confiriera una nueva redacción al precepto con el objeto de que la igualdad retributiva no solo alcanzase a los trabajos iguales, sino también a los trabajos a los que se atribuía un mismo valor³¹. Y aunque esta redacción se trasladó al Estatuto de los Trabajadores del año 1995, para entonces el precepto volvía a estar desfasado, porque reconocía exclusivamente la igualdad salarial cuando la jurisprudencia del TJUE la había ampliado a cualquier concepto retributivo³². Precisamente por ello, la Ley 33/2002³³ aclaró que este principio de

28 GARCÍA CAMPÁ, SANTIAGO. “El registro salarial o retributivo”. *CEF. Revista de Trabajo y Seguridad Social*, 2021, núm. 455, p. 83.

29 BALLESTER PASTOR, MARÍA AMPARO. “Desigualdades y discriminaciones retributivas. Ultraactividad contractual, comparador hipotético, transparencia salarial y otros fenómenos”. *Trabajo y Derecho*, 2015, núm. 6, p. 14 de la edición digital.

30 Ley 11/1994, de 19 de mayo, por la que se modifican determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores, y del texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral y de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (BOE 23-5-1994, núm. 122).

31 Pues, como advirtió la doctrina, existía un claro desajuste con el ordenamiento internacional y de la Unión Europea. QUINTANILLA NAVARRO, BEATRIZ. *Discriminación retributiva. Diferencias salariales por razón de sexo*. Madrid: Marcial Pons, 1996, pp. 179 a 186.

32 BALLESTER PASTOR, MARÍA AMPARO. “Desigualdades y discriminaciones retributivas. Ultraactividad contractual, comparador hipotético, transparencia salarial y otros fenómenos”. *Trabajo y Derecho*, 2015, núm. 6, p. 14 de la edición digital.

33 Ley 33/2002, de 5 de julio, de modificación del artículo 28 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto legislativo 1/1995, de 24 de marzo (BOE 6-7-2002, núm. 161).

igualdad debía proyectarse sobre todos los elementos de la retribución, con independencia de la naturaleza salarial o extrasalarial de las diferentes partidas.

3.2. De la tutela antidiscriminatoria a la apuesta por la transparencia

Durante los años 2009-2016, los informes anuales de la ITSS reflejaron los resultados de las inspecciones correspondientes a una campaña específica, dirigida a comprobar la existencia de discriminación salarial en determinados sectores de actividad.

Año	Actuaciones	Infracciones		Requerimientos	Actas de infracción	Sanciones	
		En número	En porcentaje			Cuantía total	Cuantía media
2009	241	12	5,0%	7	5	66.752,00 €	13.350,40 €
2010	362	7	1,9%	6	1	10.000,00 €	10.000,00 €
2011	445	3	0,7%	2	1	6.251,00 €	6.251,00 €
2012	411	21	5,1%	19	2	12.502,00 €	6.251,00 €
2013	565	2	0,4%	1	1	187.515,00 €	187.515,00 €
2014	446	4	0,9%	3		6.251,00 €	6.251,00 €
2015	414	4	1,0%	1	3	37.502,00 €	12.500,67 €
2016	408	3	0,7%	1	2	20.000,00 €	10.000,00 €
Total	3.292	56	1,7%	40	16	346.773,00 €	21.673,31 €

De los resultados de esta campaña de la ITSS llaman la atención dos cosas: De un lado, el reducidísimo porcentaje de empresas en las que se detectó la existencia de discriminación salarial. De otro lado, el mayor número de requerimientos que de sanciones. De hecho, con apoyo en estos datos, algunos autores han llegado a negar la existencia de discriminación por razón de sexo en materia salarial³⁴. Y es que, sin duda es cierto que la brecha salarial obedece a muchas causas y no todas ellas son fruto de prácticas discriminatorias directas o indirectas en sentido estricto.

Ahora bien, en nuestra opinión, no creemos que pueda sostenerse la inexistencia de discriminación con base en los datos de los informes de la ITSS. En primer lugar, se trataba de una actuación inspectora planificada, en la que las empresas inspeccionadas se seleccionan en base a criterios abstractos, sin que existiese en realidad sospecha o indicio alguno de que se pudiera

³⁴ PALACIOS GÓMEZ, JOSÉ LUIS. “Cuando los números hablan. Análisis y valoración de la estadística oficial de discriminación salarial por razón de sexo en España (2005-2016)”, *Sociología del Trabajo*, 2018, núm. 93, p. 230.

estar produciendo una práctica discriminatoria³⁵. En segundo lugar, el hecho de que la actuación haya sido planificada obedece a la inexistencia de denuncias por parte de los trabajadores o de los sindicatos. Y esta falta de denuncias, lejos de preconstituir una prueba de ausencia de discriminaciones salariales, reviste más bien la condición de síntoma de la existencia de deficiencias en la estructura misma del ordenamiento jurídico-laboral que impiden la consecución efectiva de la igualdad salarial entre los sexos, por la dificultad objetiva de acreditar la existencia de puestos de idéntico valor y de distinta remuneración.

La propia Unión Europea, en sus recomendaciones de fecha 7-3-2014³⁶, ya advierte que es poco probable que la discriminación retributiva sea objeto de reclamaciones, fundamentalmente por dos motivos: De un lado, *“porque las posibles víctimas probablemente no son conscientes de ello”*. Y es que es cierto que cuando estamos ante una discriminación de carácter social que ha adquirido una dimensión colectiva y que hace referencia a una situación generalizada, producto de prejuicios o de estereotipos, tristemente se interioriza, se normaliza y las mismas personas discriminadas no perciben que lo están siendo. De otro lado, esa falta de denuncias también encuentra su causa en la falta de información, pues los trabajadores no pueden llegar a la convicción de que existe discriminación si no pueden acceder a los datos salariales de quienes ocupan puestos de trabajo análogos³⁷. Además, para la víctima resulta difícil lograr la aplicación efectiva del principio de igualdad de remuneración, en la medida en que tiene que demostrar los hechos que dan lugar a la presunción de discriminación con el fin de trasladar la carga de la prueba al empleador. En palabras de la propia Comisión: *“Unas estructuras salariales opacas y la falta de información disponible sobre los niveles salariales de los trabajadores que realizan el mismo trabajo o un trabajo de igual valor son los principales factores que han contribuido a estas dificultades”*.

Finalmente, esa ausencia de sanciones por parte de la ITSS puede encontrar su explicación en la ausencia de responsabilidad. Como sabemos, el

35 GARCÍA LOMBARDÍA, SANDRA. “El papel de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social ante la discriminación retributiva por razón de sexo: un análisis a la luz del principio de transparencia”. *Revista de Derecho de la UNED*, 2015, núm. 16, p. 932.

36 DOCE 8-3-2014.

37 En este sentido, BALLESTER PASTOR, AMPARO. *Retos y perspectivas de la discriminación laboral por razón de género*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, p. 84 advierte que “la falta de transparencia dificulta no solo las eventuales reclamaciones colectivas por parte de los representantes de los trabajadores en la empresa, sino también las reclamaciones individuales”.

art. 28 Ley 40/2015³⁸ únicamente permite sancionar por hechos constitutivos de infracción administrativa a quienes resulten responsables a título de dolo o culpa, “*lo que dificulta (si no impide) la inclusión en esta estadística de los casos en los que el tratamiento discriminatorio se deriva de la aplicación del convenio colectivo*”³⁹. Y, de hecho, el art. 8.12 LISOS únicamente tipifica como infracción administrativa la decisión unilateral de la empresa que implique una discriminación directa o indirecta por razón de sexo.

Además, es posible que la discriminación retributiva derive de una incorrecta valoración de puestos de trabajo contenida en el propio convenio colectivo⁴⁰. Y a este respecto, resulta oportuno señalar, en primer lugar, que todo precepto convencional contenido en un convenio colectivo estatutario que ha superado el control de legalidad por parte de la Autoridad Laboral que regula el art. 90.5 ET, se presume ajustado a Derecho. De esta forma, quien sostiene la ilegalidad del precepto convencional soporta la carga de acreditarla. En segundo lugar, no podemos olvidar que la impugnación de un convenio requiere legitimación colectiva, de conformidad con el art 154 LJS. Y los sujetos legitimados para impugnarlo coinciden con los sujetos legitimados para negociarlo. A mayor abundamiento, aunque nuestro ordenamiento jurídico reconoce a un sujeto público (la Autoridad Laboral) la tutela de un interés privado [art. 148.c) LJS], no constan supuestos de procedimiento de oficio por discriminación retributiva contenida en convenio colectivo y tampoco por discriminación retributiva derivada de la práctica empresarial⁴¹.

Lo anteriormente expuesto evidencia las disfunciones de la tradicional tutela antidiscriminatoria y pone de manifiesto la necesidad de adoptar una política distinta para erradicar la brecha salarial. Precisamente por ello, el 7-3-2014, la Comisión de la Unión Europea dictó una serie de recomendaciones sobre el refuerzo del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres a través de la transparencia. Con el fin de facilitar a los Estados miembros orientaciones para aplicar mejor y de forma más eficaz el principio

38 Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (BOE 2-10-2015, núm. 236).

39 GIMENO DÍAZ DE ATAURI, PABLO. “Igualdad de remuneración por razón de sexo: medidas por la equiparación y contra la brecha salarial”. En: PUEBLA PINILLA, Ana de la y MERCADER UGUINA, JESÚS R. (dirs). *Tiempo de reformas. En busca de la competitividad empresarial y la cohesión social*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, p. 121.

40 BALLESTER PASTOR, AMPARO. *Retos y perspectivas de la discriminación laboral por razón de género*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, p. 84.

41 BALLESTER PASTOR, AMPARO. *Retos y perspectivas de la discriminación laboral por razón de género*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, p. 89.

de igualdad de retribución, la Comisión propone las siguientes medidas: alentar a los empleadores y a los interlocutores sociales a que adopten políticas de transparencia sobre la composición y la estructura del salario, garantizar el derecho de los empleados a obtener información sobre los niveles salariales, asegurar que se realicen auditorías salariales en las organizaciones que empleen al menos a 250 trabajadores, precisar en la legislación el concepto “trabajo de igual valor”, promover el uso de métodos de valoración de puestos de trabajo sin sesgos de género, permitir que los organismos de fomento de la igualdad representen a las personas físicas ante los tribunales y sensibilizar a las empresas y a los interlocutores sociales.

Y de ahí que el actual propósito de la Comisión Europea sea adoptar medidas vinculantes de transparencia salarial. Un compromiso que se reafirma en la estrategia de igualdad de género 2020-2025 y que se ha materializado, en este momento, en un borrador de Directiva⁴². En esta propuesta, la transparencia retributiva se garantiza desde un estadio previo a la contratación. Así, la empresa deberá informar al candidato de un proceso de selección la cuantía de la retribución o su rango y no podrá realizarle preguntas sobre cuál ha sido su historial salarial en las relaciones laborales anteriores, con el objetivo de evitar que situaciones de desigualdad retributiva previa se consoliden⁴³. Igualmente se prohíben las cláusulas de confidencialidad en materia salarial.

Además, la propuesta de Directiva reconoce a los trabajadores el derecho a solicitar información sobre su nivel salarial individual y sobre los niveles salariales medios, desglosados por sexo, para categorías de trabajadores que realizan un mismo trabajo o un trabajo de igual valor. Impone a las empresas con, al menos, 250 profesionales en plantilla la obligación de publicar la brecha salarial entre trabajadores y trabajadoras en su organización. Y si la información salarial evidenciara una diferencia no justificada de, al menos, un 5% en trabajos iguales o de igual valor, la empresa estaría obligada a realizar una evaluación salarial en cooperación con los representantes, con el objetivo de examinar la política salarial e identificar posibles sesgos de género que vulneren el principio de igualdad de remuneración. Por último, para facilitar el acceso a la

42 Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo para fortalecer la aplicación del principio de igual remuneración por igual trabajo o trabajo de igual valor entre hombres y mujeres a través de la transparencia. Bruselas 4-3-2021.

43 GIMENO DÍAZ DE ATAURI, PABLO. “La propuesta de directiva de igualdad de retribuciones por razón de sexo y su potencial efecto sobre el ordenamiento español”. 8-3-2021. Recuperado de: <https://forodelabos.blogspot.com/2021/03/la-propuesta-de-directiva-de-igualdad.html>

justicia (que no podría verse obstaculizado por procedimientos administrativos intermedios obligatorios), se reconoce legitimación activa a los representantes de los trabajadores, así como a organizaciones que persiguen lograr la igualdad.

Pues bien, acogiendo las recomendaciones de 7-3-2014 de la Comisión de la Unión Europea, y teniendo en cuenta que la brecha salarial en España no se ha visto reducida en los últimos años, el RD Ley 6/2019⁴⁴ incorpora en nuestro ordenamiento jurídico modificaciones legislativas de suma importancia a estos concretos efectos: En primer lugar, define qué ha de entenderse por trabajos de igual valor. En segundo lugar, impone a todas las empresas la obligación de llevar un registro salarial y reconoce el derecho de acceso a esa información a través de la representación legal. En tercer lugar, impone la obligación de justificar las diferencias retributivas que superen un determinado porcentaje, a todas las empresas con al menos cincuenta trabajadores. Y, por último, incluye –dentro del contenido mínimo de los planes de igualdad– la necesidad de realizar una auditoría salarial, advirtiendo que, para la elaboración del diagnóstico en el seno de la comisión negociadora, la empresa debe facilitar los datos del registro salarial (art. 46.1 LOIMH).

Pues bien, un año y medio después, en ejercicio de la habilitación conferida al Gobierno en la DF 1ª RD Ley 6/2019, se dicta el correspondiente desarrollo reglamentario mediante el RD 902/2020⁴⁵. Una norma que, según advierte su DF 4ª, entra en vigor a los seis meses de su publicación en el BOE, por lo tanto, el día 14-4-2021.

4. Las concretas manifestaciones del principio de transparencia retributiva en el real decreto 902/2020

El principio de transparencia retributiva supone una garantía del principio de igualdad entre mujeres y hombres en materia salarial, en la medida en que permite conocer con profundidad cuál es la política retributiva de la empresa y, por tanto, contribuye a que se visibilicen las prácticas discriminatorias. En palabras de la comisión europea, la transparencia salarial puede fomentar un cambio en las actitudes hacia la remuneración de las mujeres, al crear con-

44 Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación (BOE 7-3-2019, núm. 57).

45 Real Decreto 902/2020, de 13 de octubre, de igualdad retributiva entre mujeres y hombres (BOE 14-10-2020, núm. 272).

ciencia y estimular el debate sobre las razones de las diferencias estructurales de remuneración entre hombres y mujeres. Más allá del simple cumplimiento del principio de igualdad de remuneración, también puede constituir un detonante para revisar las políticas de igualdad de género de manera más general a nivel de empresa y promover una cooperación más estrecha entre empleadores y representantes de los trabajadores⁴⁶.

Pues bien, según el art. 3.3. RD 902/2020, en nuestro ordenamiento jurídico, el principio de transparencia retributiva se materializa, en la práctica, en cuatro concretos instrumentos: a) un sistema neutro de valoración de puestos de trabajo; b) el registro retributivo; c) la auditoría salarial; y d) el derecho de información de las personas trabajadoras. Vamos a analizar a continuación cada uno de estos instrumentos con detenimiento.

4.1. 1. Un sistema neutro de valoración de puestos de trabajo

El principal instrumento de transparencia salarial se concreta en un sistema neutro de valoración de puestos de trabajo, cuyo análisis fue profundamente abordado en el capítulo anterior, al cual nos remitimos.

4.2. 2. El registro retributivo

El segundo instrumento que contribuye a garantizar el principio de transparencia salarial es el registro retributivo, cuyo régimen jurídico vamos a analizar en las siguientes líneas.

4.2.1. El alcance del registro

La obligación de realizar un registro retributivo vincula a todas las empresas que den ocupación a trabajadores asalariados y ello con independencia del número de empleados que tengan en plantilla e incluso en el supuesto de que solo den ocupación a trabajadores de un solo sexo⁴⁷. Además, en la medida en

⁴⁶ Memorando explicativo de la propuesta de Directiva para fortalecer la aplicación del principio de igual remuneración por igual trabajo o trabajo de igual valor entre hombres y mujeres a través de la transparencia.

⁴⁷ GOÑI SEIN, JOSÉ LUIS. "La reducción de la brecha salarial de género a través de la transparencia y el registro salarial". En: RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, Beatriz. *La*

que el legislador no establece ninguna matización, debemos entender que el registro debe contener la información retributiva correspondiente a todos los centros de trabajo.

De otro lado, esta obligación se predica con respecto a todas las personas trabajadoras, por lo que debe incorporar los datos relativos al personal directivo y a los altos cargos (art. 5.1 RD 902/2020). No cabe duda de que esta previsión resulta controvertida, pues, como sabemos, a los altos directivos no se les aplica la legislación laboral común (dentro de la que se incluye el Estatuto de los Trabajadores), salvo en el supuesto de que se produzca una remisión expresa en el RD 1383/1985⁴⁸ o así se haga constar específicamente en el contrato de trabajo. Y, de hecho, el art. 3 RD 1383/1985 aclara que, en lo no regulado por este real decreto o en el acuerdo entre las partes, “*se estará a lo dispuesto en la legislación civil o mercantil y a sus principios generales*”. Además, el propio Estatuto impone a la empresa la obligación de entregar a la representación legal de las personas trabajadoras una copia básica de todos los contratos que se celebren por escrito, a excepción de los contratos de relación laboral especial de alta dirección (art. 8.4 ET). Sin embargo, el art. 5.1 RD 902/2020 es claro al respecto, por lo que parece evidente que el ejecutivo está tratando de cerrar las brechas salariales de género a cualquier nivel⁴⁹.

Por último y por lo que respecta a los trabajadores de las ETTs, conviene aclarar que la obligación de registro recae sobre la empresa de trabajo temporal y no sobre la empresa usuaria, pues es aquella la que asume la obligación de pago de salarios y de Seguridad Social con respecto a los trabajadores puestos a disposición.

4.2.2. Los caracteres del registro

El registro salarial debe reflejar las retribuciones de manera fiel, actualizada y accesible (art. 5.1 RD 902/2020).

discriminación de la mujer en el trabajo y las nuevas medidas legales para garantizar la igualdad de trato en el empleo. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2020, p. 102.

48 Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección (BOE 12-8-1985, núm. 192).

49 GOÑI SEIN, JOSÉ LUIS. “La reducción de la brecha salarial de género a través de la transparencia y el registro salarial”. En: RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, BEATRIZ. *La discriminación de la mujer en el trabajo y las nuevas medidas legales para garantizar la igualdad de trato en el empleo.* Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2020, p. 103.

Fiel.— Por lo que respecta a la primera característica, el art. 28.3 ET hace alusión expresa a la media de las “*percepciones satisfechas*” y el art. 5.2 RD 902/2020 indica que el legislador debe reflejar la media aritmética y la mediana de lo “*realmente percibido*”. Es más, el anexo del RD 901/2020 (que recoge las disposiciones aplicables para la elaboración del diagnóstico en materia de planes de igualdad), advierte que, para analizar la política salarial, la empresa debe facilitar todos los datos “*coincidentes con la realidad*”. No parece admisible, por tanto, que informemos en el registro “*el importe anual estimado*” de los conceptos retributivos de devengo superior al mensual (tal y como nos exige la Orden de cotización a efectos de determinar la base de cotización) o las retribuciones “*variables previsibles*” (como sí debemos contabilizar a efectos de concretar la base para calcular el tipo de retención por IRPF)⁵⁰.

De otro lado, ¿cómo computamos, entonces, la retribución de las personas trabajadoras que se incorporan a la empresa una vez iniciado el ejercicio o que se encuentran parte del año de baja médica? ¿Deberíamos introducir algún tipo de correctivo? En la herramienta de autodiagnóstico de la brecha salarial elaborada por el Instituto de la Mujer en el año 2015, se proponía que el análisis se realizara tomando como referencia la retribución normalizada. Y, según se definía en la guía de uso, la retribución normalizada sería aquella que la persona trabajadora obtendría si cumpliera todas las condiciones siguientes durante todo el período de referencia: a) que hubiera estado contratada de principio a fin; b) que prestara servicios a tiempo completo; c) que no hubiera estado ningún día de baja en situación de incapacidad temporal; y d) que no hubiese reducido su jornada laboral⁵¹. Por lo expuesto, la retribución normalizada se calcularía de la siguiente manera:

$$\frac{\text{Retribución}}{\text{Horas trabajadas}} \times \text{Horas del período}$$

50 Art. 83.2 Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y se modifica el Reglamento de Planes y Fondos de Pensiones, aprobado por Real Decreto 304/2004, de 20 de febrero (BOE 31-3-2007, núm. 78).

51 Instituto de la Mujer y para la Igualdad de oportunidades. Subdirección General para la Igualdad en la empresa y la negociación colectiva. “*Herramienta de autodiagnóstico de brecha salarial de género. Guía de uso*”. 1ª edición. Año 2015, p. 13.

Teniendo en cuenta que las horas del período se corresponderían con las horas de un trabajador a jornada completa que ha prestado servicios durante todos los días del período de referencia.

Y, siguiendo esta misma lógica, algún autor aconseja utilizar la retribución fija anual totalizada al 100% para eliminar las diferencias retributivas que encuentran su justificación en una reducción de jornada o en un trabajo a tiempo parcial, cuando la retribución por hora realmente es la misma⁵².

No obstante, es importante advertir que, en la actual guía de uso de la herramienta de registro retributivo, acordada con las organizaciones sindicales y patronales y elaborada de manera conjunta por el Ministerio de Trabajo y Economía Social y el Instituto de las Mujeres del Ministerio de Igualdad, esta normalización o anualización únicamente se incorpora como dato adicional de comparabilidad, que en ningún caso podría suplir “*la información fidedigna de las retribuciones efectivamente satisfechas y correspondientes a las diferentes situaciones contractuales*”. Y, desde luego, con la nueva redacción del art. 28 ET y con el contenido de su desarrollo reglamentario, resulta difícil sostener en la actualidad, la posibilidad de partir de una retribución teórica (*la que se obtendría si...*) en vez de la retribución efectivamente satisfecha. Y es que no cabe duda de que la comparación por parámetros reales, sin correcciones, puede arrojar información muy valiosa sobre el impacto que tiene en la práctica trabajar a tiempo parcial o con una reducción de jornada o, dicho en otros términos, cuál es la consecuencia de asumir las tareas de cuidado y tener una menor disponibilidad horaria. Y esa información puede llevar a la comisión negociadora del plan de igualdad a apostar por medidas de corresponsabilidad, por medidas de flexibilidad en el tiempo de trabajo, o por medidas de conciliación que favorezcan la presencia de la persona trabajadora en la empresa y no su ausencia.

De igual forma, entiendo que tampoco se debería introducir ningún correctivo para neutralizar el impacto de una baja médica en la retribución bruta anual de una persona trabajadora. No olvidemos que la doble jornada de las mujeres, que responde a la asimetría en la distribución de roles de género, redundante en la práctica en una desigual calidad de vida en hombres y mujeres⁵³, lo que puede encontrar reflejo en un mayor número de bajas médicas. Y el registro retributivo podría contribuir a visibilizar este problema.

52 LÓPEZ PALOMO, JOSÉ ÁNGEL. Aclaraciones y dudas sobre la aplicación práctica del RD 902/2020, de igualdad retributiva entre mujeres y hombres. <https://blogs.udima.es/ciencias-trabajo-recursos-humanos/author/joseangel-lopez/>

53 CES. *La participación laboral de las mujeres en España*. Madrid: Consejo Económico y Social, 2016, Informe 05/2016, p. 26.

Actualizada.— De otro lado, el legislador advierte que el registro se debe revisar con una periodicidad anual “sin perjuicio de las modificaciones que fuesen necesarias en caso de alteración de cualquiera de los elementos que integran el registro” (art. 5.4 RD 902/2020). Lo que ocurre es que, en el supuesto de que se produzca esta alteración, la norma no concreta cuál es el plazo para llevar a cabo la revisión del registro, y ello a pesar de la expresa recomendación que realizó el propio Consejo de Estado al respecto⁵⁴. En consecuencia, ante esta falta de previsión expresa, parece lógico pensar que la revisión debe ser inmediata. En la guía de uso de la herramienta de registro retributivo, elaborada de manera conjunta por el Ministerio de Trabajo y Economía Social y el Instituto de las Mujeres del Ministerio de Igualdad, se aclara que, a la hora de determinar qué alteraciones tienen carácter sustancial, se puede atender a aspectos cuantitativos y cualitativos de la alteración: a) desde el punto de vista cuantitativo, una alteración tendrá carácter sustancial cuando afecte a toda la plantilla o tenga carácter colectivo; b) desde un punto de vista cualitativo, una alteración tendrá carácter sustancial cuando afecte a la política retributiva de la empresa. Y a título ejemplificativo añade: “En este sentido, se considera que las siguientes alteraciones podrían tener carácter sustancial:

- *Alteraciones sustanciales de las retribuciones: revisión salarial convencional, activación de la cláusula de garantía salarial, nuevo texto convencional, inaplicación o descuelgue del salario convencional, modificación sustancial de condiciones de trabajo colectivas.*
- *Alteraciones sustanciales de la plantilla: subrogación empresarial, reestructuraciones y sucesiones.*
- *Alteraciones sustanciales que afecten a la clasificación profesional: modificación del convenio colectivo u otros cambios sustanciales de la clasificación profesional, incluidas las modificaciones derivadas de una valoración de los puestos de trabajo”.*

Accesible.— Por último, el registro debe ser accesible y estar a disposición no solo de un juez o de un Inspector de Trabajo, sino también de la representación legal y de los propios empleados. Con posterioridad, volveremos nuevamente sobre este extremo.

⁵⁴ Dictamen del Consejo de Estado núm. 515/2020, de 17-9-2020.

4.2.3. El contenido del registro

Con respecto al contenido del registro, conviene realizar una aclaración previa, pues su denominación como “registro salarial” puede llevarnos a equívocos⁵⁵. A pesar de su nombre, el registro debe incluir todas las percepciones que reciban los empleados, ya tengan carácter salarial o extrasalarial, por lo que su contenido no se limita a las partidas que supongan una contraprestación del trabajo. Despejada esta cuestión, la obligación de tener un registro conlleva, en la práctica, un deber documental (no analítico) consistente en recopilar los datos relativos a la retribución de las personas trabajadoras, así como el tratamiento de esos datos de acuerdo a tres criterios de sistematización: el sexo, la clasificación profesional y la composición del salario.

En efecto, los datos deben aparecer desglosados por sexo y, además, desagregados en función de los diferentes conceptos que integran la estructura retributiva. El propio art. 28 ET indica que el registro debe reflejar la cuantía de los salarios, los complementos salariales y las percepciones extrasalariales de su plantilla. Una advertencia que reitera el art. 4.2 RD 902/2020 que, además, aclara que el registro debe especificar “*de modo diferenciado cada percepción*”. Por lo tanto, a la luz del reglamento, no parece admisible que los datos se puedan presentar aglutinándolos por conjuntos o por bloques (“salario base”, “complementos” y “percepciones extrasalariales”)⁵⁶. Y es que no cabe duda que cuanto mayor detalle se ofrezca, más sencillo resultará establecer comparacio-

55 Como ya advirtió SÁEZ LARA, CARMEN. “Registro salarial e igualdad retributiva entre mujeres y hombres tras el RDL 6/2019: una primera aproximación”. *Revista Derecho Social y Empresa*, 2020, núm. 12, p. 12.

56 Con base en el tenor literal del art. 28 ET y antes de la entrada en vigor del desarrollo reglamentario, la doctrina académica entendió que sí cabía esa agrupación. Así, según GIMENO DÍAZ DE ATAURI, PABLO. “Igualdad de remuneración por razón de sexo: medidas por la equiparación y contra la brecha salarial”. En: PUEBLA PINILLA, ANA DE LA Y MERCADER UGUINA, JESÚS (dirs). *Tiempo de reformas*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, p. 155, “*desde la perspectiva de estricto cumplimiento de la normativa, debe entenderse que se cumple con ella estableciendo para cada uno de los estratos en que se divida la plantilla el salario base, la totalidad de las percepciones por complementos y la totalidad de percepciones extrasalariales*”. Y en el mismo sentido, se había pronunciado GOÑI SEIN, JOSÉ LUIS. “La reducción de la brecha salarial de género a través de la transparencia y el registro salarial”. En: RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, BEATRIZ. *La discriminación de la mujer en el trabajo y las nuevas medidas legales para garantizar la igualdad de trato en el empleo*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2020, p. 105, para quien el cumplimiento de la obligación de registro requeriría la distribución del salario en tres conceptos: salarios, complementos y percepciones extrasalariales.

nes, identificar las causas de la brecha y poder proponer medidas correctivas que la solucionen. De hecho, según la STJCE 17-5-1990, asunto Barber, una verdadera transparencia solo se garantiza si dicho principio se aplica a cada uno de los elementos de la retribución, con excepción de una apreciación global⁵⁷.

Y confirma esta interpretación el siguiente hecho: En la herramienta de autodiagnóstico de la brecha salarial que el Ministerio de Igualdad elaboró en el año 2015, las retribuciones figuraban agrupadas en tres conceptos: salario base, complementos salariales y complementos no salariales. Sin embargo, en la edición del año 2021, puesta a disposición a través de la web www.igualdadnlaempresa.es⁵⁸, expresamente se advierte que el registro *“deberá proporcionar información sobre todos y cada uno de los conceptos retributivos que abonen las empresas, sin agruparlos”*.

En el proyecto de Real Decreto de fecha 8-6-2020, se preveía un registro simplificado para las pequeñas empresas de menos de diez trabajadores, en el que bastaba con indicar la media aritmética de la retribución salarial y extrasalarial global, sin desagregar más conceptos retributivos. Pero, esta posibilidad ha desaparecido de la redacción final, por lo que todas las empresas están obligadas a llevar un registro retributivo con el mismo nivel de detalle.

De otro lado, con base en el art. 28.2 ET el registro debe mostrar los datos retributivos *“distribuidos por grupos profesionales, categorías profesionales o puestos de trabajo iguales o de igual valor”*. El uso de la conjunción disyuntiva “o” podría llevarnos a entender que existe una libertad de elección por parte del empresario a la hora de sistematizar la información⁵⁹. Sin embargo, el art. 5.2 RD 902/2020 aclara que el registro salarial debe mostrar la retribución realmente percibida *“en cada grupo profesional, categoría profesional, nivel, puesto o cualquier otro sistema de clasificación aplicable”*. Por lo que no parece que la empresa tenga finalmente la capacidad de elegir cómo quiere

57 Un argumento que reitera la STJCE 30-3-2000.

58 <https://www.igualdadnlaempresa.es/asesoramiento/herramientas-igualdad/home.htm>

59 Y así lo entendieron GIMENO DÍAZ DE ATAURI, PABLO. “Igualdad de remuneración por razón de sexo: medidas por la equiparación y contra la brecha salarial”. En: PUEBLA PINILLA, ANA DE LA y MERCADER UGUINA, JESÚS (dirs). *Tiempo de reformas*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, p. 156, y GOÑI SEIN, JOSÉ LUIS. “La reducción de la brecha salarial de género a través de la transparencia y el registro salarial”. En: RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, BEATRIZ. *La discriminación de la mujer en el trabajo y las nuevas medidas legales para garantizar la igualdad de trato en el empleo*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2020, p. 106, interpretando el art. 28 ET antes de la entrada en vigor del desarrollo reglamentario.

mostrar los datos. Y esta misma interpretación se desprende de la guía de uso de la herramienta de registro retributivo, elaborada por el Ministerio de Trabajo y Economía Social y el Instituto de las Mujeres del Ministerio de Igualdad.

Pues bien, partiendo de este desglose, la información del registro debe reflejar los valores medios de las diferentes percepciones (art. 28.2 ET). Concretamente, el art. 5.2 RD 902/2020 exige que el registro refleje la media aritmética y la mediana de lo realmente percibido. Como sabemos, la media es el promedio de todos los valores y se obtiene sumando todos los salarios y dividiendo el resultado entre el número total de trabajadores. Precisamente por ello, la media es un valor especialmente sensible a valores extremos y puede ofrecer un resultado distorsionado. Y de ahí que se exija incorporar una información adicional: la mediana, que refleja el valor ubicado en el centro de la distribución.

Según el art. 5.4 RD 902/2020, el periodo temporal de referencia será con carácter general el año natural. Y es que tal criterio: a) visibiliza más las diferencias que, en su caso, existan en la empresa; b) se ajusta al lenguaje y concepto comúnmente reconocible sobre retribuciones; y c) coincide con la medida en la que se negocian y/o se asignan las condiciones salariales⁶⁰.

d) Las particularidades en el contenido del registro en empresas con auditoría retributiva

De conformidad con el art. 6 RD 902/2020, las empresas que lleven a cabo auditorías retributivas, en los términos que veremos en el siguiente epígrafe, deberán elaborar un registro retributivo que incluya las siguientes particularidades:

En primer lugar, el registro debe reflejar las medias aritméticas y las medianas de las agrupaciones de los trabajos de igual valor en la empresa conforme a los resultados de la valoración de puestos de trabajo. Y aunque se trata de una medida adecuada, es evidente que la discriminación retributiva va a persistir si no se sana el problema desde la raíz y no se logra una valoración de puestos de trabajo conforme a criterios neutros⁶¹. Pues bien, sorprende, al respecto, que el art. 6.a) RD 902/2020 imponga esta concreta obligación a las empresas “que

⁶⁰ Instituto de la Mujer y para la Igualdad de oportunidades. Subdirección General para la Igualdad en la empresa y la negociación colectiva. “Herramienta de autodiagnóstico de brecha salarial de género. Guía de uso”. 1ª edición. Año 2015, p. 13.

⁶¹ MARTÍNEZ MORENO, CAROLINA. Brecha salarial de género y discriminación retributiva: causas y vías para combatirlas. Albacete: Bomarzo, 2019, p. 105.

lleven a cabo auditorías retributivas”, cuando el art. 28.2 ET ya incluye los puestos de trabajo de igual valor, como uno de los criterios que se deben utilizar para sistematizar y desagregar la información contenida en todo registro (con independencia de si la empresa cuenta o no con auditoría retributiva⁶²).

En segundo lugar, el registro retributivo debe incluir la justificación de las diferencias salariales, cuando la media aritmética o la mediana de las retribuciones totales en la empresa de las personas trabajadoras de un sexo sea superior a las del otro en, al menos, un 25%; porcentaje que podría ser objeto de reducción en la negociación colectiva o en los planes de igualdad. Pues bien, a este respecto, es necesario realizar algunas aclaraciones previas:

De un lado, según el art. 28.3 ET, la obligación de justificar las diferencias se impone únicamente a las empresas con, al menos, cincuenta trabajadores en plantilla. Sin embargo, el art. 6.b) RD 902/2020 indica que el registro debe incluir la justificación a que se refiere el art. 28.3 ET cuando la empresa lleve a cabo una auditoría retributiva y, como veremos en el apartado siguiente, la obligación de realizar la auditoría no se ha vinculado finalmente al tamaño de la empresa, sino a la elaboración de un plan de igualdad (incluso de forma voluntaria). Por lo tanto, toda empresa que deba tener un plan de igualdad (por tener cincuenta o más personas trabajadoras en plantilla) o toda empresa que haya elaborado un plan de igualdad, aun sin estar obligada a ello, deberá incluir en el registro retributivo una justificación de las diferencias.

De otro lado, es necesario explicar cómo se calcula esta diferencia porcentual. En primer lugar, la comparación se realiza tomando como referencia la media aritmética o la mediana de las retribuciones totales de las personas de uno y otro sexo, sin desgloses en función de los conceptos retributivos o en función de la clasificación profesional. En segundo lugar, la comparación se realiza tomando como referencia el salario del colectivo infra remunerado. Al inicio de este capítulo, definíamos la brecha salarial como la diferencia entre los ingresos medios de los hombres y de los ingresos medios de las mujeres, como porcentaje respecto de los ingresos medios de los hombres. Por lo tanto, la brecha salarial se obtiene identificando lo que cobran de menos las mujeres con respecto a lo que cobran los hombres. En consecuencia, si un hombre cobra 1.500 € y una mujer 1.200 €, la brecha salarial se concreta en un 20% ($1.500 - 1.200 = 300$ €; $300 \text{ €} \times 100 / 1.500 = 20\%$). Lo que ocurre es que el art. 28 ET impone la obligación de incorporar una justificación

62 GARCÍA CAMPÁ, SANTIAGO. “El registro salarial o retributivo”. *CEF. Revista de Trabajo y Seguridad Social*, 2021, núm. 455, p. 100.

cuando “*el promedio de las retribuciones a los trabajadores de un sexo sea superior a los del otro en un veinticinco por ciento o más*”. De esta forma, debemos calcular el porcentaje no identificando lo que sexo infra remunerado cobra de menos, sino lo que el otro sexo cobra de más. La referencia cambia y por lo tanto el porcentaje también. De esta forma, y volviendo a nuestro ejemplo anterior, si los hombres cobran de media 1.500 € y las mujeres 1.200 €, el porcentaje que aquéllos cobran de más con respecto a éstas es del 25% ($1.500 - 1.200 = 300 \text{ €}$; $300 \text{ €} \times 100 / 1.200 = 25\%$). Y así, una vez superado el umbral legalmente establecido, la empresa tendrá la obligación de justificar las diferencias.

Sin embargo, a pesar de la literalidad de la norma, la guía de uso de la herramienta de registro retributivo, del Ministerio de Trabajo y del Instituto de las mujeres de 2021, indica que la diferencia porcentual entre mujeres y hombres se calcula de la siguiente manera:

$$\frac{\text{Cantidad correspondiente a los hombres} - \text{Cantidad correspondiente a las mujeres}}{\text{Cantidad correspondiente a los hombres}} \quad \%$$

Finalmente, conviene aclarar que el hecho de que el porcentaje no supere el umbral del 25% no exonera de responsabilidad a la empresa cuando el motivo de la diferencia radica en una discriminación por razón de sexo. En tal caso, la cuantía de la diferencia podrá determinar el grado de la sanción, con base en el art. 39.2 LISOS⁶³, pero no la imputabilidad de la infracción.

Realizadas estas aclaraciones previas, podemos adentrarnos en la obligación de justificar las diferencias. Ya hemos visto que no toda desigualdad de trato supone necesariamente una infracción del mandato contenido en el art. 14 CE, sino tan solo las que introduzcan una diferencia entre situaciones que pueda considerarse iguales, sin que se ofrezca una justificación objetiva y razonable. Además, para que la diferencia de trato sea constitucionalmente lícita es necesario que las consecuencias jurídicas que se deriven de tal distinción sean proporcionadas a la finalidad perseguida, de suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos (STC 149/2017). Pues bien, con apoyo en las resoluciones judiciales que han abordado esta problemática, la diferencia retributiva debería fundarse en alguno de los siguientes argumentos:

⁶³ Pues toma en consideración el perjuicio causado como uno de los criterios que puede agravar o atenuar la graduación a aplicar a la infracción cometida.

- a) Que no estamos ante trabajos comparables, pues no son iguales o no tienen el mismo valor (teniendo en cuenta, la concreta naturaleza del trabajo prestado).
- b) Que estando ante trabajos comparables, existe una razón objetiva que explica la diferencia de trato y las consecuencias de la diferenciación superan el juicio de proporcionalidad.

Pues bien, concretamente, se han admitido como justificación:

- La situación del mercado de trabajo, que puede llevar a un empresario a aumentar la retribución de un determinado perfil profesional para atraer candidatos dada la escasez de los mismos (STJCE 27-10-1993, asunto Enderby).
- La antigüedad en la empresa. En efecto, de conformidad con la STJUE 3-10-2006, asunto Cadman, la utilización del criterio de la antigüedad, con carácter general, es idónea para alcanzar la finalidad legítima de recompensar la experiencia adquirida que coloca al trabajador en condiciones de cumplir mejor sus tareas. De esta forma, el empresario no está obligado a justificar de un modo especial que la utilización de dicho criterio sea idónea para alcanzar la citada finalidad en lo que atañe a un puesto de trabajo determinado, a no ser que el trabajador facilite datos que puedan hacer nacer dudas fundadas a este respecto. En tal caso, incumbiría al empresario acreditar que aquello que es cierto por regla general, lo es también en lo que atañe al puesto de trabajo de que se trata.
- La formación profesional también puede constituir uno de los factores que podría justificar objetivamente una diferencia en las retribuciones asignadas a trabajadores que efectúen un mismo trabajo. Así lo entendió el Tribunal de Justicia de la Unión Europea pues admitió, en la STJCE 11-5-1999, asunto Wiener, que el personal perteneciente al equipo de psicólogos (mayoritariamente femenino) y el personal perteneciente al equipo de psicoterapeutas (mayoritariamente masculino) cobrase de forma diferente, aunque unos y otros ejerciesen una actividad aparentemente idéntica, pues utilizaban, para tratar a sus pacientes, conocimientos y capacidades adquiridas en disciplinas muy distintas, unas fundadas en estudios de psicología y otras en estudios de medicina. Además, los psicoterapeutas estaban habilitados para ejercer actividades que se encontraban vedadas a los psicólogos.

- La flexibilidad también puede justificar una diferencia retributiva. Ahora bien, si la flexibilidad se entiende referida a la adaptabilidad de los empleados a horarios y lugares de trabajo variables, el criterio puede ir en perjuicio de las mujeres, quienes, por razón de las tareas domésticas y familiares de las que a menudo se responsabilizan, tienen menos facilidades para organizar su tiempo de trabajo de modo flexible. Por lo tanto, la diferencia retributiva resulta admisible, pero debe justificarse, demostrando que la adaptabilidad reviste importancia para la ejecución de las tareas específicas que se confían a la persona trabajadora (STJCE 17-10-1989, asunto Danfoss).
- La fuerza física también puede representar un factor de diferenciación, pero siempre y cuando concurren las siguientes circunstancias: a) que dicho factor sea efectivamente necesario para el desarrollo de esa concreta actividad; y b) que los factores concurrentes en puestos feminizados hayan sido valorados de forma adecuada (STJCE 1-7-1986, asunto Rummler). Y con base en este criterio, la STC 250/2000 admitió el esfuerzo físico como elemento de diferenciación, pues se demostró la relevancia que tenía en el caso de los cargadores, descargadores y apiladores (exclusivamente hombres) que debían manipular cargas de más de 20 kilos de peso. Además, se demostró que los puestos de trabajo se habían valorado tomando en consideración diferentes factores (responsabilidad, concentración, cualificación técnica, etc), por lo que el esfuerzo físico no había operado como el único elemento de valoración⁶⁴. Y este mismo razonamiento fue precisamente el que llevó al Tribunal Constitucional, en su STC 145/1991, a entender que sí se había producido una discriminación retributiva por razón de sexo entre las «limpiadoras» y los «peones» del hospital Gregorio Marañón, dependiente de la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid. Y es que, en este concreto supuesto, la fuerza física se había utilizado de forma exclusiva como criterio de valoración, dando así más valor a una cualidad predominantemente masculina y obviando, al mismo tiempo, otras características del trabajo (atención, cuidado, asiduidad, responsabilidad, etc) más neutras en cuanto a su impacto en cada uno de los sexos. En palabras del propio Tribunal Constitucional, el esfuerzo físico, en cuanto rasgo de la actividad humana que puede proyectarse sobre una determinada tarea, puede ser tomado en

64 En sentido similar, STSJ Canarias 25-2-2014, Rº 1304/2013.

consideración, pero su clara falta de neutralidad, por el diverso impacto que produce en ambos sexos, requiere de los órganos judiciales un especial rigor al estimar las alegaciones y pruebas en este sentido por parte de quien pretenda defender su virtualidad para justificar una diferencia retributiva. En virtud de este rigor, sólo sería posible la admisión de criterios de esta naturaleza si se acreditase de forma indubitada que el esfuerzo físico constituye un elemento determinante absoluto de la aptitud para el desarrollo de la tarea, o bien que se trate de un elemento esencial de ésta, siendo preciso, aun en estos casos, que se combine con otros rasgos tipificadores neutros (STC 58/1994, asunto Antonio Puig).

- La productividad, pues en un sistema de retribución por unidad de obra o a destajo, el principio de igualdad de retribución no prohíbe que los trabajadores perciban retribuciones diferentes, cuando estas sean consecuencia de diferentes resultados de trabajo individual, pero siempre y cuando el salario se haya fijado sobre una misma unidad de medida (STJCE 31-5-1995, asunto Royal Copenhagen).

Y, con apoyo en las resoluciones judiciales, no serían, sin embargo, justificaciones suficientes:

- Que estamos ante categorías profesionales diferentes, pues lo determinante es el valor del trabajo prestado con independencia de su denominación. *“La diferencia por sexo de categorías profesionales entre quienes realizan un mismo trabajo no puede considerarse como justificación, sino antes bien, como el origen o instrumento mismo a través del cual se formaliza esa discriminación vedada”* (STC 145/1991).
- Que los trabajadores realizan diferentes funciones, pues el parámetro de igualdad no es la identidad de tareas, sino la igualdad de valor del trabajo, único elemento que es relevante a estos efectos para captar la razonabilidad o no de una diferencia retributiva (STC 58/1994). Por lo tanto, no es suficiente con constatar que se realizan tareas desiguales, sino que es preciso comprobar que dicha desigualdad no enmascara una infravaloración de trabajos de igual valor.
- Que los trabajadores prestan servicios en diferentes departamentos (STS 14-5-2014, Rº 2328/2013).
- Que la desigualdad proviene de lo previsto en el convenio colectivo, pues la negociación colectiva ha de ceder, necesariamente, ante el de-

recho fundamental consagrado en el art. 14 de la Constitución (STC 145/1991 y STC 147/1995). En palabras de la doctrina más solvente, cuando la justificación de la diferencia retributiva se encuentra en el propio convenio colectivo, *“el correspondiente precepto del convenio resultaría inaplicable al caso concreto por ilegal”*⁶⁵.

- Que la discriminación provenga de una situación heredada que encuentra su origen en la concesión de un empresario anterior, pues *“el art. 44 ET no es un mecanismo que justifique diferencias discriminatorias”* (STSJ Canarias 21-12-2006, R^o 485/2006).
- Que la diferencia retributiva tenga su fundamento en una valoración de puestos de trabajo: a) que esté basada en criterios puramente subjetivos (STSJ Cataluña 14-9-1992, AS 1992\4340), b) que se funde en criterios sexistas que se corresponden única y exclusivamente con el estándar del trabajador varón, sin incorporar la valoración de otros rasgos tipificadores neutros; o c) que tome en consideración factores que no sean verdaderamente determinantes para el desarrollo de la tarea.
- Que no se han cumplido los objetivos que determinan el devengo de un bonus o de una retribución variable, por el hecho de que el contrato de trabajo se encontraba en suspenso por nacimiento y cuidado, riesgo durante el embarazo o durante la lactancia natural o interrumpido durante el permiso por cuidado del lactante (SSTS 9-12-2009, R^o 8/2008, 27-5-2015, R^o 103/2014, 10-1-2017, R^o 283/2015 y 23-9-2020, R^o 70/2019).
- Que hombres y mujeres realicen diferentes funciones, cuando se demuestre que es la empresa la que impide a las trabajadoras realizar determinadas tareas sin una causa justificada. En este sentido, se pronunció la STSJ Navarra 9-6-1997, R^o 31/1997, en un supuesto en el que los hombres que trabajaban en el almacén asumían el manejo de las carretillas y las máquinas elevadoras, mientras que las mujeres que ostentaban idéntica categoría profesional, realizaban funciones consistentes en el empaquetamiento de pedidos y en el barrido de la fábrica y se les impedía el manejo de las carretillas y de las elevadoras por decisión empresarial. La empresa entendía que la diferencia retributiva entre hombres y mujeres estaba justificada por las distintas y

65 BALLESTER PASTOR, AMPARO. Retos y perspectivas de la discriminación laboral por razón de género. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, p. 86.

diferentes funciones laborales que realizaban unos y otros empleados. Sin embargo, para el Tribunal, existe una clara discriminación salarial por razón de sexo, al no haberse acreditado racionalmente la diferencia retributiva que perciben los varones respecto de las trabajadoras que, ostentando la misma categoría, prestan servicios en las mismas dependencias de la empresa (el almacén) y al no haberse justificado los motivos impositivos para que las mujeres puedan manejar las carretillas y las máquinas elevadoras.

- Que 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”* (STJCE 27-10-1993, asunto Enderby).

Pero ¿qué pasa cuando no existe término de comparación (por ejemplo, porque todas las empleadas son mujeres y no hay ningún empleado varón)? En respuesta a esta cuestión, debemos tener en cuenta que el actual art. 2.1.a Directiva 2006/54 define la discriminación directa por razón de sexo del siguiente modo: *“La situación en que una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada por razón de sexo de manera menos favorable que otra en situación comparable”*. El subrayado sintetiza el concepto de lo que se ha llamado «comparador hipotético». El comparador hipotético permite que, a la hora de aportar indicios de discriminación directa, no sea necesario para la demandante buscar un comparador masculino idéntico o siquiera similar. En consecuencia, a la hora de aportar indicios de discriminación directa no sería necesario aportar un término de comparación masculino. Bastaría una evidencia, conforme al comportamiento habitual de la empresa, referido a que su actuación hubiera sido diferente en el caso de que el reclamante hubiera sido hombre en lugar de mujer⁶⁶.

66 BALLESTER PASTOR, MARÍA AMPARO. “Desigualdades y discriminaciones retributivas. Ultraactividad contractual, comparador hipotético, transparencia salarial y otros fenómenos”. *Trabajo y Derecho*, 2015, núm. 6, p. 12 de la versión digital y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, SUSANA. “La discriminación retributiva por causa del sexo y del género: factores desencadenantes y pautas de solución”. *Documentación Laboral*, 2018, núm. 113, p. 13.

E) La exigibilidad del registro

La obligación de realizar el registro, como ya hemos apuntado, es fruto de la reforma legislativa operada por el RD Ley 6/2019, en vigor desde el día 8-3-2019. Esta norma no estableció plazo de transitoriedad alguno; si bien, este plazo podía deducirse de la obligación de informar de ese registro, al menos anualmente, a la representación legal de los trabajadores (art. 64.3 ET)⁶⁷. Por lo tanto, las empresas debían tener el registro implantado un año después de la entrada en vigor (esto es, el 8-3-2020). No obstante, el RD 902/2020 ha incorporado algunas particularidades con respecto al régimen jurídico del registro retributivo, como hemos ido viendo a lo largo de estas líneas. Y estas novedades, como es obvio, sólo resultan exigibles a partir de su concreta entrada en vigor el 14-4-2021 (de acuerdo con lo expuesto en la DF 4ª RD 902/2020). Así, el ejecutivo ha previsto una *vacatio legis* de seis meses, con el objeto de conceder a las empresas un plazo suficiente para adaptar sus registros a las disposiciones contenidas en este real decreto.

F) La elaboración, formato y conservación del registro

El registro salarial debe ser elaborado y actualizado por la empresa. No obstante, la representación legal de las personas trabajadoras deberá ser consultada con una antelación de, al menos, diez días, tanto en los supuestos de elaboración inicial, como en los supuestos de actualización o de revisión.

Por lo que respecta a la forma, en el proyecto de Real Decreto de 8-6-2020, se recogía la necesidad de que el registro salarial respetara el formato establecido en las webs oficiales del Ministerio de Trabajo y del Ministerio de Igualdad. Sin embargo, la redacción final recogida en el art. 5.5 RD 902/2020 parte de la posibilidad –que no de la obligación– de seguir el modelo propuesto por el Gobierno. No hay, por tanto, un formato obligatorio. De hecho, en la guía de uso de la herramienta de registro retributivo, elaborada por el Ministerio de Trabajo y el Ministerio de Igualdad⁶⁸, expresamente se advierte estamos ante un “*modelo voluntario de registro retributivo*”.

67 PASTOR MARTÍNEZ, ALBERT. “Las medidas laborales del Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación: un paso hacia la efectividad de la igualdad de trabajo y de oportunidades desde la corresponsabilidad”. *Iuslabor*, 2019, núm. 1, p. 194.

68 https://www.igualdadenaempresa.es/asesoramiento/herramientas-igualdad/docs/Guia_Uso_Herramienta_Registro_Retributivo.pdf

Además, debemos tener en cuenta que tampoco existe la obligación de publicar el registro, ni de remitirlo a ningún organismo⁶⁹. Es cierto que el art. 46.1 LOIMH incluye –dentro del contenido mínimo de los planes de igualdad– la necesidad de realizar una auditoría salarial, advirtiendo que, para la elaboración del diagnóstico en el seno de la comisión negociadora, la empresa debe facilitar los datos del registro salarial. Y es cierto que todo plan de igualdad debe registrarse y que esta inscripción en el registro permitirá el acceso público a su contenido (art. 11 RD 901/2020). Ahora bien, conviene aclarar que será la propia comisión negociadora la que decidirá si quiere incorporar al plan de igualdad el diagnóstico completo (que, como hemos visto, incluiría el registro salarial) o un mero informe de conclusiones (art. 7.1 RD 901/2020 y anexo 2.V RD 713/2010⁷⁰).

Por último, nada dice el art. 28 ET, ni el reglamento de desarrollo sobre la obligación de conservar la información. Teniendo en cuenta que el derecho a la igual remuneración es declarado y no constituido por el juez, el trabajador o los representantes pueden solicitar el reconocimiento del derecho, así como la condena al pago de las diferencias salariales no prescritas (esto es, las correspondientes al último año de conformidad con el art. 59 ET), por lo que habría que conservar los datos del registro al menos durante un año. Al margen de ello, el registro salarial puede suponer un elemento de prueba determinante en un procedimiento sancionador, por lo que deberá mantenerse a disposición de la Inspección mientras no prescriba la infracción (tres años en materia de relaciones laborales individuales y colectivas, de acuerdo con el art. 4.1 LISOS). A mayor abundamiento, aun cuando la acción para exigir la deuda salarial prescriba al año, la acción para exigir el pago de las deudas por cuotas de la Seguridad Social y conceptos de recaudación conjunta prescribe a los cuatro años [art. 24.1.b) LGSS]. En consecuencia, entendemos que el registro debería conservarse, al menos, durante este tiempo⁷¹.

69 BENAVIDES VICO, ANTONIO. “Obligaciones empresariales en materia de igualdad. El registro de salarios”. *Actum Social*, 2020, núm. 160, p. 39.

70 Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo (BOE 12-6-2010, núm. 143).

71 Y este es precisamente el plazo durante el cual GOÑI SEIN, JOSÉ LUIS. “La reducción de la brecha salarial de género a través de la transparencia y el registro salarial”. En: RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, BEATRIZ. *La discriminación de la mujer en el trabajo y las nuevas medidas legales para garantizar la igualdad de trato en el empleo*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2020, p. 112 entiende que deben conservarse los datos del registro.

4.3. 3. La auditoría retributiva:

El tercer instrumento que prevé el legislador para garantizar, en la práctica, la aplicación del principio de transparencia salarial es la obligación de realizar auditorías retributivas, como contenido necesario de los planes de igualdad (arts. 46.2 y 46.6 LOIMH).

4.3.1. El alcance de la auditoría retributiva

Desde un punto de vista subjetivo, debemos aclarar que, aunque la recomendación de la Comisión de la Unión Europea de 7-3-2014, sugería que las auditorías salariales no se exigieran a las empresas con menos de 250 trabajadores (pues ello podía suponer una carga desproporcionada para las mismas), el art. 7.1 RD 902/2020 impone esta obligación a todas las empresas “*que elaboren un plan de igualdad*”. Teniendo en cuenta la literalidad del precepto, toda empresa que realice un plan de igualdad, aun sin estar obligado a ello, deberá realizar igualmente una auditoría salarial⁷².

En el proyecto de reglamento para la igualdad retributiva, de fecha 8-6-2020, se indicaba lo siguiente: “*las empresas obligadas a elaborar un plan de igualdad deberán incluir en el mismo una auditoría retributiva*” (art. 8.1). Y, por su parte, en el proyecto de reglamento de planes de igualdad, de idéntica fecha, se había previsto que la obligación de realizar la auditoría retributiva no se hiciera extensiva a las empresas que elaboraban el plan de igualdad de forma voluntaria. Sin embargo, esta salvedad ha desaparecido de la regulación definitiva y, de conformidad con el art. 7.1 RD 902/2020, las empresas “*que elaboren*” un plan de igualdad deben incluir en el mismo una auditoría retributiva. Es más, según el art. 8 RD 901/2020, todo plan de igualdad –sea obligatorio o voluntario– debe respetar un contenido mínimo entre el que se incluye de forma expresa el resultado de la auditoría.

De otro lado, desde un punto de vista temporal, el alcance de la auditoría retributiva se equipara a la vigencia del plan de igualdad del que forma parte, salvo que se determine expresamente otra duración inferior.

⁷² En sentido contrario, SÁNCHEZ PÉREZ, JOSÉ. “Retos pendientes en igualdad de género: temas emergentes en la nueva normativa y la tutela frente a la discriminación”. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 2020, núm. 453, p. 112. para quien la condición previa viene dada porque la empresa alcance el número de personas trabajadoras que determine la obligación de realizar planes de igualdad.

4.3.2. Concepto

Según la RAE, una auditoría es una revisión sistemática de una actividad o de una situación para evaluar el cumplimiento de las reglas o criterios objetivos a que aquellas deben someterse. De esta definición se desprende que toda auditoría salarial exige un trabajo de análisis al objeto de verificar la adecuación de la política retributiva de la empresa al principio de no discriminación por razón de sexo. No obstante, no parece que la auditoría retributiva concebida por el RD 902/2020 se agote con un mero trabajo analítico en el que se concluya, sin más, con el cumplimiento o incumplimiento de la ley, pues su contenido, como veremos a continuación, no sólo incluye un trabajo de diagnóstico, sino que también exige la adopción de un plan de actuación para corregir las desigualdades retributivas identificadas.

4.3.3. El contenido de la auditoría

Con base en el art. 8 RD 902/2020, una auditoría retributiva debe respetar el siguiente contenido:

De un lado, la auditoría conlleva la obligación de realizar un diagnóstico de la situación retributiva de la empresa. Este diagnóstico requiere, en primer lugar, la evaluación de los puestos de trabajo con base a los criterios de adecuación, totalidad y objetividad y, en segundo lugar, el análisis de los restantes factores que pueden desencadenar una diferencia retributiva (deficiencias en el diseño o en el uso de las medidas de conciliación o corresponsabilidad, dificultades de promoción profesional, etc). Por lo expuesto, la auditoría retributiva exige la realización de un trabajo analítico, que implica necesariamente una interpretación de los datos que arroja el registro retributivo con el objeto de identificar los orígenes de las posibles diferencias salariales.

Es más, aunque la auditoría retributiva tenga una cierta autonomía dentro del plan de igualdad, en esta fase de diagnóstico conviene cruzar los datos del registro con las restantes variables. De hecho, el anexo del RD 901/2020, que recoge las disposiciones aplicables para la elaboración del diagnóstico dice de forma expresa: *“Para realizar el diagnóstico en materia salarial la empresa facilitará todos los datos desagregados por sexo coincidentes con la realidad, relativos tanto al salario base, como complementos, así como a todos y cada uno de los restantes conceptos salariales y extrasalariales, diferenciando las percepciones salariales de las extrasalariales, así como su*

naturaleza y origen, cruzados a su vez por grupos, categorías profesionales, puesto, tipo de jornada, tipo de contrato y duración, así como cualquier otro indicador que se considere oportuno para el análisis retributivo” (como podría ser, por ejemplo, la existencia de responsabilidades familiares, la forma de trabajo presencial o a distancia, etc.).

Pero, como ya hemos adelantado, la obligación de la empresa no concluye con esa tarea analítica, pues toda auditoría debe incluir un plan de corrección de las desigualdades retributivas detectadas, *“con determinación de objetivos, actuaciones concretas, cronograma y persona o personas responsables de su implantación y seguimiento”*. Precisamente por ello, la auditoría retributiva representa un plan específico dentro del plan de igualdad, con autonomía y propia entidad.

4.3.4. Finalidad

Según el art. 7.1 RD 902/2020, la auditoría retributiva *“deberá permitir definir las necesidades para evitar, corregir y prevenir los obstáculos y dificultades existentes o que pudieran producirse en aras a garantizar la igualdad retributiva, y asegurar la transparencia y el seguimiento de dicho sistema retributivo”*. Partiendo de lo expuesto, la auditoría retributiva debe incluir igualmente acciones y medidas concretas, aun cuando de la previa fase de diagnóstico no se evidencie diferencia alguna, pues el objetivo no es solo correctivo, sino también preventivo.

Además, partiendo de los términos empleados por el legislador en el art. 8.1.b) RD 902/2020 (*“establecimiento de un plan de actuación para la corrección de las desigualdades retributivas”*), podemos concluir que el hecho de que la diferencia salarial esté justificada y, por ende, no exista una discriminación imputable a la empresa, no significa que ésta quede eximida de introducir medidas correctivas en su plan de igualdad. Es evidente que, como no hay discriminación, la práctica empresarial no es nula, los trabajadores no pueden reclamar esas diferencias salariales y no cabe imponer a la empresa una sanción administrativa. Pero sí cabe esperar que el plan de igualdad incorpore alguna medida correctiva al respecto. Si la diferencia retributiva reside, por ejemplo, en que las mujeres han solicitado en mayor medida que los hombres reducciones de jornada por cuidado de hijos, es evidente que la práctica empresarial no puede reputarse discriminatoria. No obstante, es de esperar que el plan de igualdad incorpore alguna acción para corregir este

efecto, fomentando, por ejemplo, la corresponsabilidad o los derechos de conciliación que primen la presencia frente a la ausencia.

4.3.5. Elaboración

De conformidad con el art. 7.1 RD 902/2020, las empresas que implanten un plan de igualdad deberán incluir en el mismo una auditoría retributiva. De la redacción de este precepto, pudiera deducirse que la elaboración de la auditoría compete a la empresa. No obstante, teniendo en cuenta que esta forma parte de la relación de materias objeto de diagnóstico en un plan de igualdad [art. 46.2.e) LOIMH], entiendo que su elaboración debe corresponder a la comisión negociadora [art. 6.1.a) RD 901/2020], por lo que no cabría que la empresa llevara a cabo esta tarea de forma unilateral.

A tal efecto, conviene tener presente que el Instituto de la Mujer y para la Igualdad de Oportunidades, en colaboración con las organizaciones sindicales y empresariales más representativas, debe redactar una guía técnica con indicaciones para la realización de auditorías retributivas con perspectiva de género; si bien, no se ha establecido un plazo para ello (DA 3ª RD 902/2020).

De otro lado, es necesario aclarar que, en el proyecto de Real Decreto de 8-6-2020, se indicaba que la auditoría retributiva debía ser objeto, a su vez, de una auditoría externa que tenía que llevarse a cabo cada tres años y que debía ser realizada por entidades independientes y acreditadas, así como por personal con formación y/o experiencia específica en igualdad entre mujeres y hombres. Pero esta obligación adicional no se ha recogido finalmente en el texto del RD 902/2020.

4.3.6. Exigibilidad

De conformidad con la DF 4ª RD 902/2020, este desarrollo reglamentario entra en vigor a los seis meses de su publicación en el BOE (por lo tanto, el 14-4-2021). Ahora bien, *“la aplicación de lo establecido en el presente real decreto para las auditorías retributivas seguirá la misma aplicación paulatina que para la aplicación de los planes de igualdad se configura en la disposición transitoria décima segunda de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo”* (DT única RD 902/2020). Para parte de la doctrina, de este precepto

se desprende que la obligación de realizar auditorías salariales es exigible en los siguientes plazos: a) en tres años para las empresas de 50 a 100 trabajadores; b) en dos años para las empresas de más de 100 y hasta 150 trabajadores; y c) en un año y para las empresas de más de 150 trabajadores y hasta 200 trabajadores. Unos plazos que, según esta corriente, deberían contarse “*a partir del 14 de abril de 2021*”⁷³.

No podemos, sin embargo, compartir este criterio. En nuestra opinión, creemos que la exigibilidad de la auditoría salarial debería ser la siguiente:

- a) Empresas que ya cuenten con un plan de igualdad a día 14-4-2021: entiendo que la auditoría retributiva debería adaptarse a las disposiciones del RD 902/2020 en el plazo establecido para la revisión del concreto plan de igualdad y, en todo caso, antes del 14-1-2022, previo proceso negociador (DT única RD 901/2020).
- b) Empresas que no cuenten con un plan de igualdad a día 14-4-2021:
 - Empresas de entre 150 y 250 trabajadores y empresas de entre 100 y 150 trabajadores: deberían haber tenido un plan de igualdad antes del 7-3-2020 y 7-3-2021, respectivamente; pero, como es obvio, la obligación de que dicho plan contara con una auditoría retributiva en los términos establecidos en el RD 902/2020 no habría nacido sino desde la entrada en vigor de este desarrollo reglamentario, esto es el 14-4-2021. Pues bien, con respecto a las empresas de entre 100 y 150 trabajadores, y pese a que la LOIMH advertía que debían tenerlo aprobado antes del 7-3-2021, el Instituto de la Mujer entiende que “*con el fin de garantizar el cumplimiento del objetivo de los planes, su solidez, su oportunidad y la naturaleza negociada de los mismos, podrían ser de aplicación los plazos previstos en el artículo 4 del Real Decreto 901/2020 para llevar a cabo la negociación y tener negociado, aprobado y presentada la solicitud del registro del plan de igualdad*”⁷⁴.
 - Empresas de entre 50 y 100 trabajadores: la auditoría retributiva debería ser exigible a partir del 7-3-2022.

73 NAVASQUILLO CALLEJA, ALEJANDRO SALVADOR. “El plan de igualdad y la igualdad retributiva entre mujeres y hombres en la actualidad tras la nueva regulación”. *Trabajo y Derecho*, 2021, núm. 73, p. 6 (de la versión digital).

74 <https://www.igualdadenaempresa.es/faq/respuestas.htm#q39>

4.4. El derecho de información

4.4.1. El contenido del derecho de información

La cuarta y última manifestación del principio de transparencia es el derecho de las personas trabajadoras a la información salarial (art. 3.3 RD 902/2020). Este derecho presenta, en la práctica, el siguiente contenido:

Si en la empresa hay representación legal de las personas trabajadoras.— Si en la empresa hay representantes, los delegados de personal y los miembros del comité de empresa tienen derecho a recibir información, al menos anualmente, relativa a aplicación en la empresa del derecho de igualdad de trabajo y de oportunidades entre mujeres y hombres, “*en la que deberá incluirse el registro previsto en el art. 28.2 ET*” (art. 64.3 ET). Y, de hecho, los representantes pueden conocer su contenido íntegro, tal y como aclara el art. 5.3 RD 902/2020. Con ello se refuerza el derecho de información de los representantes y se facilita su tarea de velar por el cumplimiento de la normativa laboral en el seno de la empresa [art. 64.1.8.a) ET], pues no olvidemos su capacidad para ejercer acciones administrativas y judiciales en todo lo relativo al ámbito de sus competencias (art. 65.1 ET).

Pues bien, ¿a qué representantes se debe permitir el acceso al contenido íntegro del registro retributivo? No cabe duda de que a los representantes unitarios. No obstante, conviene recordar que los delegados sindicales tienen derecho a acceder a la misma documentación e información que la empresa ha de poner a disposición del comité de empresa (art. 10.3 LOLS en relación con el art. 64.1 ET). Además, es necesario aclarar que los delegados de personal o los miembros del comité que sean representantes de las personas trabajadoras de un concreto centro de trabajo, igualmente tiene acceso a la información retributiva de toda la empresa. No olvidemos que los datos del registro retributivo se refieren al conjunto de la entidad y no se desglosan por centros de trabajo⁷⁵, y ello aun cuando puedan resultar de aplicación diferentes convenios colectivos⁷⁶.

75 GIMENO DÍAZ DE ATAURI, PABLO. “Igualdad de remuneración por razón de sexo: medidas por la equiparación y contra la brecha salarial”. En: PUEBLA PINILLA, ANA DE LA y MERCADER UGUINA, JESÚS R. (dirs). *Tiempo de reformas. En busca de la competitividad empresarial y la cohesión social*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, p. 158.

76 GARCÍA CAMPÁ, SANTIAGO. “El registro salarial o retributivo”. *CEF. Revista de Trabajo y Seguridad Social*, 2021, núm. 455, p. 111.

De otro lado, el derecho de acceso al registro del trabajador individualmente considerado se ha configurado por el legislador como un derecho derivado. En efecto, con base en lo previsto en el art. 28.2 ET, *“las personas trabajadoras tienen derecho a acceder, a través de la representación legal de los trabajadores en la empresa, al registro salarial”*. No se reconoce, por tanto, un acceso directo al registro, sino un acceso indirecto a través de sus representantes. Una solución, en mi opinión, acertada, pues con ello se evita que las personas trabajadoras obvien la solicitud de información ante el temor a una posible represalia por parte del empleador.

Si en la empresa no hay representación legal de las personas trabajadoras.— ¿Pero qué ocurre si en la empresa no hay representantes de los trabajadores? Ya hemos visto que, según la literalidad del art. 28.2 ET, el acceso al registro se puede producir a través de la representación legal. Y de ello parece desprenderse que los trabajadores no pueden acceder directamente a dicho registro, sino solo a través de sus representantes⁷⁷. De hecho, analizando la tramitación parlamentaria, no parece que estemos ni mucho menos ante un olvido legislativo. En la “Proposición de Ley de igualdad retributiva entre mujeres y hombres” presentada por el Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea⁷⁸, se proponía añadir un nuevo apartado en el artículo 28 ET, con el siguiente contenido: *“Los trabajadores tendrán derecho a que el empresario les facilite la información retributiva de la empresa, actualizada conforme a los datos más recientes de que dispusiera, desglosada por género en los mismos términos establecidos en el artículo 64.3 ET respecto a la información debida a los representantes de los trabajadores”*. Por su parte, en la “Proposición de Ley integral de igualdad y transparencia retributiva entre mujeres y hombres” presentada por el Grupo Parlamentario Popular⁷⁹ también se preveía una solución al respecto, sugiriendo que, cuando no existiese representación de los trabajadores, *“estos podrán solicitar por escrito información, desglosa-*

⁷⁷ Así lo entendieron también, BALLESTER PASTOR, MARÍA AMPARO. “El RDL 6/2019 para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación: Dios y el diablo en la tierra del sol”. *Temas Laborales*, 2019, núm. 146 p. 24 y GOÑI SEIN, JOSÉ LUIS. “La reducción de la brecha salarial de género a través de la transparencia y el registro salarial”. En: RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, BEATRIZ. *La discriminación de la mujer en el trabajo y las nuevas medidas legales para garantizar la igualdad de trato en el empleo*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2020, p. 111.

⁷⁸ BOCG 10-11-2017, núm. 171-1.

⁷⁹ BOCG 19-10-2018, núm. 326-1.

da por sexos, sobre la retribución media y mediana correspondiente a su mismo grupo y categoría profesional, debiendo ser facilitada la información en un plazo de diez días”. E igualmente, en la “Proposición de Ley para garantizar la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en materia retributiva” presentada por el Grupo Parlamentario Socialista⁸⁰, se planteaba que los trabajadores tuvieran derecho a acceder directamente al registro salarial de su empresa.

Como se aprecia de lo anteriormente expuesto, estamos ante un extremo sobre el que se debatió en el Congreso y, sin embargo, la redacción quedó en el sentido que ya conocemos: “*Las personas trabajadoras tienen derecho a acceder, a través de la representación legal de los trabajadores en la empresa, al registro salarial de su empresa*”. El problema es que esta redacción provocaba que el principio de transparencia retributiva se desvaneciese en las empresas sin representantes y, en consecuencia, en todas las que tienen menos de diez trabajadores en plantilla (que son las que mayoritariamente dan empleo en nuestro país)⁸¹.

Y aunque es cierto que, con base en el art. 77.1 LJS, todo trabajador tiene un acceso indirecto al registro por la vía de la inspección de documentos previa a la demanda (siempre que resulte imprescindible para fundamentarla), ya hemos visto que la misma falta de transparencia disuade, en la práctica, de la interposición de demandas ante la Jurisdicción Social o de la presentación de denuncias ante la Inspección de Trabajo. Y de ahí que la propia Comisión Europea recomendara la adopción de las siguientes medidas: De un lado, garantizar que las empresas con, al menos, 50 trabajadores en plantilla informen periódicamente a los representantes de los trabajadores de la remuneración media por categoría profesional o puesto, desglosada por sexos. Y de otro lado, garantizar que los empleados puedan solicitar información sobre los niveles salariales desglosados por sexo, para las categorías de trabajadores que realizan el mismo trabajo o un trabajo de igual valor. Y aun cuando se trataba de una recomendación sin carácter vinculante, los autores criticaron con acierto la limitación establecida por nuestro legislador⁸² e incluso otros

80 BOCG 2-3-2018, núm. 214-1.

81 BALLESTER PASTOR, MARÍA AMPARO. “El RDL 6/2019 para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación: Dios y el diablo en la tierra del sol”. *Temas Laborales*, 2019, núm. 146 p. 24.

82 GOÑI SEIN, JOSÉ LUIS. “La reducción de la brecha salarial de género a través de la transparencia y el registro salarial”. En: RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, BEATRIZ. *La discriminación de la mujer en el trabajo y las nuevas medidas legales para garantizar la*

llegaron a afirmar que la redacción del art. 28 ET no debería impedir a los trabajadores el acceso directo al registro, en aquellos centros de trabajo en los que no hubiera representantes⁸³.

Pues bien, a pesar del tenor literal del art. 28 ET, el art. 5.3 RD 902/2020 reconoce expresamente a los trabajadores un acceso directo al registro, cuando no exista representación legal en la empresa. Pero el Consejo de Estado no ha considerado que el desarrollo reglamentario haya incurrido en un defecto ultra vires⁸⁴. En su opinión: “*si bien el art. 28.2 ET solo contempla la posibilidad de acceder al registro a través de la representación legal de los trabajadores, es compatible con dicha regulación que el ejercicio del derecho de acceso al registro retributivo pueda ejercitarse por el propio trabajador en caso de carecer de representación legal. De lo contrario, se privaría a los trabajadores que careciesen de representación legal del derecho de acceso al registro retributivo*”.

Lo que ocurre es que, si en la empresa no hay representación legal, la información que se facilitará por parte del empresario a las personas trabajadoras no serán los datos promediados, sino “*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*”. Con respecto a esta concreta regulación, es necesario llamar la atención sobre dos extremos:

De un lado, el desarrollo reglamentario habla de diferencias porcentuales en las retribuciones promediadas, pero no aclara si se refiere a las diferencias en la retribución media o en la mediana, tal y como el Consejo de Estado le había recomendado que hiciera. Por tanto, ante la falta de pronunciamiento expreso, debemos entender que se refiere a ambas.

igualdad de trato en el empleo. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2020, p. 111 y PASTOR MARTÍNEZ, ALBERT. “Las medidas laborales del Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación: un paso hacia la efectividad de la igualdad de trabajo y de oportunidades desde la corresponsabilidad”. *Iuslabor*, 2019, núm. 1, p. 194.

83 SÁEZ LARA, CARMEN. “Registro salarial e igualdad retributiva entre mujeres y hombres tras el RDL 6/2019: una primera aproximación”. *Revista Derecho Social y Empresa*, 2020, núm. 12, p. 15, nota al pie 21, para quien sería absurdo que los trabajadores no tuvieran acceso, existiendo esta información registrada, al establecerse la obligación de transparencia en cualquier empresa.

84 Dictamen del Consejo de Estado 515/2020, de 17-9-2020, sobre el Proyecto de Real Decreto, por el que se regula el Reglamento para la igualdad retributiva entre mujeres y hombres.

De otro lado, la regulación tampoco explica si los trabajadores individualmente considerados pueden conocer las diferencias porcentuales existentes en toda la empresa o únicamente las referidas a aquellos trabajadores que realizan un mismo trabajo o un trabajo de igual valor, en los términos de la recomendación de la Unión Europea. Sin duda, el objetivo de la transparencia es facilitar al trabajador la información necesaria para poder interponer una demanda ante la Jurisdicción Social o para cursar una denuncia ante la Inspección de Trabajo. Por lo tanto, en la medida en que el trabajador carece de legitimación activa para interponer una demanda en favor de terceros, podría carecer de un interés legítimo en aquella información que no se relacione con su puesto de trabajo o con puestos de igual valor⁸⁵. No obstante lo anterior, creemos que es perfectamente defendible que la información no se limite a este concreto ámbito, pues la empresa podría haber realizado una incorrecta valoración de los puestos de trabajo.

Ya hemos visto que si en la empresa no hay representación legal, las personas trabajadoras únicamente pueden conocer las diferencias porcentuales que existieran en las retribuciones promediadas de hombres y mujeres, desagregadas en atención a la naturaleza de la retribución y al sistema de clasificación aplicable. Pero si en la empresa hay representantes, ¿qué información deben trasladar estos al resto de empleados en plantilla? La lógica nos llevaría a pensar que la misma información a la que tienen derecho los trabajadores en aquellas empresas donde no hay representantes, esto es, a la mera diferencia porcentual. Sin embargo, no parece que sea ésta la voluntad del legislador, pues el art. 5.3 RD 902/2020 indica lo siguiente: *“En las empresas que cuenten con representación legal de las personas trabajadoras, el acceso al registro se facilitará a las personas trabajadoras a través de la citada representación, teniendo derecho aquellas al contenido íntegro del mismo”*. Teniendo en cuenta el sujeto de esta última oración (aquellas), parece evidente que los titulares del derecho a acceder al contenido íntegro del registro son las personas trabajadoras a través de sus representantes, pues de otra forma no existiría correspondencia entre el sujeto y el predicado.

85 GARCÍA CAMPÁ, SANTIAGO. “El registro salarial o retributivo”. *CEF. Revista de Trabajo y Seguridad Social*, 2021, núm. 455, p. 111, se cuestiona qué sentido tiene facilitar a cualquier persona trabajadora de la empresa el acceso al contenido íntegro del registro si su interés subjetivo debería alcanzar como máximo el conocimiento de la diferencia retributiva concerniente a su grupo, categoría o puesto de trabajo, siempre con la finalidad de facilitar la formulación de una demanda por discriminación salarial.

4.4.2. Información retributiva, derecho a la intimidad y derecho a la protección de datos

El acceso al registro por parte de los representantes de los trabajadores o de los propios empleados plantea igualmente interrogantes con respecto al derecho a la intimidad y al derecho a la protección de datos.

Registro salarial y derecho a la intimidad. El derecho a recibir información salarial, ¿podría lesionar el derecho a la intimidad? En respuesta a esta cuestión, no es ocioso recordar que, antes de la entrada en vigor del RD-Ley 6/2019, la información retributiva era ya accesible al conocimiento de los representantes. En efecto, los arts. 8.4 y 64.4 ET imponen a las empresas la obligación de entregar a los representantes de los trabajadores una copia básica de todos los contratos de trabajo que deben formalizarse por escrito. Y dicha copia debe contener todos los datos del contrato a excepción de aquellos que pueden afectar a la intimidad personal y familiar, como puede ser el domicilio o el estado civil. Y en interpretación de la Ley 2/1991⁸⁶ (que fue la que incorporó en nuestro ordenamiento jurídico esta obligación legal), la STC 142/1993 ya aclaró que *“el acceso a la información relativa a la retribución no permite en modo alguno la reconstrucción de los datos del trabajador incluidos en la esfera de su intimidad”*. Y en esa misma línea se ha pronunciado el Tribunal Supremo en la STS 19-2-2009, R^o 6/2008, en la que afirma: *“La retribución o salario no es un dato de carácter personal ni íntimo susceptible de reserva para salvaguardar el respeto a la intimidad. Se trata de un elemento esencial del contrato de trabajo, de naturaleza contractual, laboral y profesional, no siendo necesario recabar el consentimiento previo del trabajador individual para que los representantes sindicales puedan acceder, en su caso, a dicho dato”*⁸⁷.

Podría alegarse que tales sentencias no pueden aplicarse al registro salarial en la medida en que, del acceso a la copia básica, se obtiene una información sobre el salario estática y mucho más limitada: la copia básica da acceso a la información del salario en un momento muy concreto (el momento de la contratación) y no se exige su puesta al día o su actualización. Y además, los tribunales han admitido que en la copia básica figure la expresión *“salario según convenio”*, cuando la retribución no figura desglosada en el contrato

⁸⁶ Ley 2/1991, de 7 de enero, sobre derechos de información de los representantes de los trabajadores en materia de contratación (BOE 8-1-1991, núm. 7).

⁸⁷ Seguida por la STS 3-5-2011, R^o 168/2010.

original⁸⁸. Pero no podemos perder de vista que, además del derecho a la copia básica, los representantes de los trabajadores también pueden conocer y comprobar los documentos de cotización a la Seguridad Social, incluida la relación nominal de trabajadores. Y esta relación incluye, como sabemos, la cuantía de la base de cotización correspondiente a cada uno de los empleados (art. 25.4 RD 1415/2004⁸⁹). Pues bien, si tenemos en cuenta que la base de cotización a la Seguridad Social está constituida por la remuneración total que, con carácter mensual, tiene derecho a percibir el trabajador (art. 147.1 LGSS), la información que los representantes obtienen por esta vía se aproxima mucho a la retribución real, salvo en lo que respecta a los trabajadores de retribución elevada que se encuentran en bases máximas de cotización.

Por todo lo anteriormente expuesto, entendemos que las sentencias citadas son perfectamente aplicables al registro salarial y que, en consecuencia, el acceso al registro no supone la lesión del derecho a la intimidad. De poco sirve, por tanto, que un trabajador se niegue a que su retribución figure en el registro. En palabras del propio Tribunal Constitucional, el principio de autonomía de la voluntad aparece fuertemente limitado en el Derecho del Trabajo, por virtud, entre otros factores, precisamente del principio de igualdad, y por ello es constitucionalmente justificable el sacrificio de la esfera de lo individual en función de los intereses colectivos tutelados por la representación del personal, lo cual no sólo no es incompatible con ámbitos de libertad personal, sino que los asegura actuando como garantía básica de situaciones jurídicas individualizadas y contribuyendo decisivamente tanto a la mejora de las condiciones de trabajo y de vida de los trabajadores como al bienestar social general (STC 142/1993).

Registro salarial y derecho a la protección de datos. – El hecho de que el salario no sea un dato íntimo no quiere decir que no sea un dato personal en aquellos supuestos en los que la información facilitada por la empresa permita la identificación del concreto empleado o empleada (cuando, por ejemplo, un determinado grupo, categoría o puesto de trabajo esté integrado por una única persona o por dos personas, un hombre y una mujer).

Pues bien, como sabemos, el almacenamiento y el tratamiento de los datos personales se ha de fundamentar en el consentimiento de su titular. Lo que ocurre es que este consentimiento no es necesario cuando el tratamiento

88 STS 26-5-2021, Rº 189/2019.

89 RD 1415/2004, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social (BOE 25-06-2004, núm. 153).

deriva del cumplimiento de una obligación legal exigible al responsable [art. 6.1.c) Reglamento de la Unión Europea 1016/679⁹⁰ y art. 8 LO 3/2018⁹¹]. Por lo expuesto, el registro salarial quedaría incluido en las excepciones a dicha aquiescencia, en la medida en que el tratamiento de la información salarial es necesario, para cumplir con la obligación establecida en el art. 28 ET. Ahora bien, únicamente se pueden ceder aquellos datos que resulten estrictamente necesarios para cumplir con los deberes que el legislador impone a la empresa. En caso contrario, sería necesario el consentimiento del interesado para proceder a la comunicación de sus datos.

Los derechos de información de los representantes de los trabajadores implican una evidente limitación del poder de dirección del empresario y de ahí que deban ser tratados como derechos no susceptibles de interpretación extensiva⁹². Precisamente por ello, el derecho de información de la representación legal sobre el registro retributivo no puede amparar, en ningún caso, la solicitud a la empresa de los importes individualizados percibidos por cada uno de los empleados. Es más, la comunicación personal de los salarios de cada trabajador desglosados por conceptos puede violar los derechos de los trabajadores afectados si no hay razón legal que la justifique⁹³. De hecho, debemos tener en cuenta que la misma AEPD inició procedimiento sancionador contra una empresa, proponiendo una sanción de 15.000 €, por entregar a los miembros de la comisión negociadora, en el marco de un expediente de regulación temporal de empleo, datos de los trabajadores que no eran necesarios para la negociación del ERTE; entre ellos, el salario anual de cada uno de los empleados⁹⁴.

De otro lado, el responsable del fichero y quienes intervengan en cualquier fase del tratamiento de los datos de carácter personal están obligados al secreto profesional respecto de los mismos. Y este deber comporta que los datos tratados no pueden ser conocidos por ninguna persona o entidad ajena fuera de los casos autorizados por la ley.

90 Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (DOUE 4-5-2016, núm. 119).

91 Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (BOE 6-12-2018, núm. 294).

92 SSAN 19-10-2009, R^o 162/2009 y 2-11-2010, R^o 162/2009.

93 STSJ Cataluña 22-6-2020, R^o 677/2020.

94 Resolución de la AEPD R/00597/2018.

La utilización de los datos por parte de los representantes debe limitarse a la finalidad de control que el Estatuto de los Trabajadores les atribuye⁹⁵. Ningún documento puede ser utilizado fuera del estricto ámbito de la empresa ni para fines distintos de los que motivaron su entrega (art. 65.3 ET). Y, de hecho, este deber subsistirá tras la expiración del mandato e independientemente del lugar en que se encuentren.

Por último, conviene advertir que, conforme a la propuesta de Directiva de transparencia retributiva, si la divulgación de información retributiva condujera a que se pudiera identificar el salario de un compañero de trabajo, los Estados miembros podrían decidir que, en tal caso, la accesibilidad de la información se limitase a los representantes o al organismo de igualdad.

4.4.3. El derecho de información salarial y trabajadores en misión de empresas de trabajo temporal

Para concluir este apartado relativo al derecho de información, como manifestación del principio de transparencia retributiva, solo resta advertir que, en el caso de los trabajadores en misión, contratados para ser cedidos a empresas usuarias, la obligación de información recae sobre la ETT, en la medida en que es quien asume la obligación del pago de salarios y de Seguridad Social. Por lo tanto, con respecto a estos empleados, la garantía de transparencia retributiva se debilita, pues no tienen acceso a la información salarial de sus concretos compañeros de trabajo, directamente contratados por la empresa usuaria, sino que tendrán acceso a la información relativa a los trabajadores de estructura de la ETT y de los trabajadores en misión cedidos a empresas distintas⁹⁶.

95 Informe 0247/2009 de la AEPD.

96 GOÑI SEIN, JOSÉ LUIS. “La reducción de la brecha salarial de género a través de la transparencia y el registro salarial”. En: RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, BEATRIZ. *La discriminación de la mujer en el trabajo y las nuevas medidas legales para garantizar la igualdad de trato en el empleo*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2020, p. 104. GARCÍA CAMPÁ, SANTIAGO. “El registro salarial o retributivo”. *CEF. Revista de Trabajo y Seguridad Social*, 2021, núm. 455, p. 90.

5. Consecuencias del incumplimiento de las obligaciones de registro salarial y auditoría retributiva

5.1. Por la falta de registro retributivo

A diferencia de lo que ocurre en el ámbito de los planes de igualdad, el legislador no ha adaptado la LISOS en materia de registro salarial. No obstante, ello no impide que los incumplimientos en materia de transparencia sean igualmente sancionados. En principio, el incumplimiento del deber de registro salarial constituiría una infracción administrativa de carácter grave, tipificada en el art. 7.13 LISOS (“no cumplir las obligaciones que en materia de planes y medidas de igualdad establecen la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, el Estatuto de los Trabajadores o el convenio colectivo que sea de aplicación”)⁹⁷, de la que se derivaría una sanción administrativa cuya cuantía oscila entre los 626 y los 6.250 €.

Además, la falta de registro retributivo y, en consecuencia, la ausencia de información en materia salarial puede ser utilizada para emprender acciones administrativas o judiciales, individuales o colectivas (art. 10.1 RD 902/2020.). Y a este respecto debemos tener en cuenta que, según la *STJCE* 17-10-1989, asunto *Danfoss*, cuando una empresa sigue una política de sala-

97 Considerando, sin embargo, que estamos ante una infracción administrativa leve, se pronuncian BALLESTER PASTOR, MARÍA AMPARO. “El RDL 6/2019 para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación: Dios y el diablo en la tierra del sol”. *Temas Laborales*, 2019, núm. 146 p. 24. BLAZQUEZ AGUDO, EVA. “El registro salarial: una simple obligación con una gran implicación”. *Femeris: Revista multidisciplinar de estudios de género*. 2019, vol. 4, núm. 3, p. 10. GIMENO DÍAZ DE ATAURI, PABLO. “Igualdad de remuneración por razón de sexo: medidas por la equiparación y contra la brecha salarial”. En: PUEBLA PINILLA, ANA DE LA Y MERCADER UGUINA, JESÚS R. (dirs). *Tiempo de reformas. En busca de la competitividad empresarial y la cohesión social*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, p. 163. En sentido contrario se pronuncian GOÑI SEIN, José Luis. “La reducción de la brecha salarial de género a través de la transparencia y el registro salarial”. En: RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, BEATRIZ. *La discriminación de la mujer en el trabajo y las nuevas medidas legales para garantizar la igualdad de trato en el empleo*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2020, p. 112 y SÁEZ LARA, CARMEN. “Registro salarial e igualdad retributiva entre mujeres y hombres tras el RDL 6/2019: una primera aproximación”. *Revista Derecho Social y Empresa*, 2020, núm. 12, p. 12, y GARCÍA CAMPÁ, SANTIAGO. “El registro salarial o retributivo”. *CEF. Revista de Trabajo y Seguridad Social*, 2021, núm. 455, p. 112, para quienes la no llevanza de registro constituye una infracción grave, pues supone el incumplimiento de las obligaciones en materia de planes de igualdad.

rios caracterizada por una falta total de transparencia recae sobre el empresario la carga de probar que su política no es discriminatoria, una vez que los demandantes hayan demostrado, a partir de un número relativamente importante de trabajadores por cuenta ajena, que la retribución media de las mujeres es inferior a la de los hombres⁹⁸. Y ante la ausencia de justificación que desvirtúe el indicio acreditado de discriminación retributiva por razón de sexo, los tribunales vienen estimando su existencia⁹⁹.

5.2. Por la ausencia de auditoría salarial

Ya hemos visto que la auditoría salarial entre mujeres y hombres forma parte del contenido del plan de igualdad [art. 46.2.e) LOIMH]. Y sabemos también que el art. 7.13 LISOS tipifica como infracción administrativa grave el incumplimiento de las obligaciones que, en materia de igualdad, establece la LOIMH, el ET y el convenio. Por lo tanto, de la ausencia de auditoría salarial, se podría derivar para la empresa una multa económica cuyo importe oscilaría entre los 626 € (grado mínimo) y los 6.250 € (grado máximo).

5.3. Por la existencia de discriminación retributiva por razón de sexo

Al margen de lo anteriormente expuesto, si se constata la existencia de una discriminación salarial por razón de sexo, las posibles consecuencias serían las siguientes:

Imposición de una sanción.— La primera consecuencia posible sería la imposición de una sanción por parte de la Inspección de Trabajo. En efecto, la LISOS tipifica como infracción administrativa muy grave la decisión de la empresa que implique una discriminación directa o indirecta, en materia de retribuciones, por razón de sexo (art. 8.12) y prevé una sanción económica cuya cuantía se mueve entre un mínimo de 6.251 € y un máximo de 187.515 € [art. 40.1.c) LISOS]. Pues bien, en la práctica, de los informes anuales de la ITSS, entre los años 2009 y 2016, se desprende que la sanción media que se ha impuesto, ante supuestos de discriminación salarial, se ha concretado en 21.673,31 €. Además, debemos recordar que esta multa económica lleva

⁹⁸ Y, en el mismo sentido, se pronuncia la STJCE 31-5-1995, asunto Royal Copenhagen.

⁹⁹ STS 14-5-2014, R^o 2328/2013, STSJ Castilla y León 19-6-2013, R^o 909/2013, Canarias 2-11-2017, R^o 461/2017 y Andalucía 14-2-2018, R^o 2089/2017, entre otras.

aneja una sanción accesoria. Concretamente, el empresario que haya cometido la infracción tipificada en el art. 8.12 LISOS perderá automáticamente, y de forma proporcional al número de trabajadores afectados, los beneficios derivados de la aplicación de los programas de empleo. Igualmente podrá ser excluido del acceso a tales beneficios por un período de seis meses a dos años (art. 46 bis LISOS).

Nulidad de pleno derecho.— El art. 10 LOIMH advierte que “los actos y las cláusulas de los negocios jurídicos que constituyan o causen discriminación por razón de sexo se considerarán nulos y sin efecto”. Y esa misma consecuencia es la establecida en el art. 17.1 ET con respecto a los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que den lugar a discriminaciones por razón de sexo en contexto del contrato de trabajo.

Reconocimiento del derecho a un salario superior.— El art. 9.3 ET advierte que, “*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. A pesar de que la redacción del precepto es sin duda mejorable, parece que la intención del legislador es eliminar la diferencia retributiva mediante una igualación por arriba¹⁰⁰, equiparando en favor de quien sufría la discriminación y no en contra del que gozaba el privilegio¹⁰¹. Esta interpretación resulta la más acorde con la doctrina del Tribunal Constitucional, que afirmó, en relación con un supuesto en el que apreció la discriminación de un varón, que “*no debe restablecerse la igualdad privando al personal femenino de los beneficios que en el pasado hubiera adquirido, sino otorgando los mismos al personal masculino que realiza idénticos trabajos y actividad profesional*” (STC 81/1982, de 21 de diciembre).

100 SÁEZ LARA, CARMEN. “Registro salarial e igualdad retributiva entre mujeres y hombres tras el RDL 6/2019: una primera aproximación”. *Revista Derecho Social y Empresa*, 2020, núm. 12, p. 5.

101 GIMENO DÍAZ DE ATAURI, PABLO. “Igualdad de remuneración por razón de sexo: medidas por la equiparación y contra la brecha salarial”. En: PUEBLA PINILLA, ANA DE LA y MERCADER UGUINA, JESÚS R. (dirs). *Tiempo de reformas. En busca de la competitividad empresarial y la cohesión social*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, p. 161. Sin embargo, para BALLESTER PASTOR, MARÍA AMPARO. “El RDL 6/2019 para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación: Dios y el diablo en la tierra del sol”. *Temas Laborales*, 2019, núm. 146, p. 25, con la formulación utilizada no se consigue necesariamente ese efecto porque parece legitimarse también la posibilidad de condenas a la equiparación a la baja.

El problema se suscita cuando la retribución “*correspondiente al trabajo igual o de igual valor*” no es única, en la medida en que los compañeros que prestan estos servicios perciben, en la práctica, retribuciones diversas. Pues bien, a este respecto, resulta de interés traer a colación la STSJ Castilla y León 19-6-2013, R^o 909/2013, que concretó la subida salarial en la diferencia que resulta de restar al complemento percibido de promedio por parte de los hombres, el complemento personal percibido por cada una de las trabajadoras demandantes.

Por lo tanto, si se constata la existencia de discriminación salarial, la consecuencia lógica e inevitable de esa declaración es el reconocimiento de un salario superior y la condena al abono de las diferencias salariales no prescritas. Estamos, sin duda, ante la solución más razonable desde un punto de vista jurídico, pues logra la igualación pura, sin detrimento alguno para quienes tenían adquirido el derecho. Lo que ocurre es que esta solución puede resultar inviable desde un punto de vista económico. Y precisamente por ello, la doctrina judicial ha considerado ajustada a derecho aquella modificación sustancial de condiciones de trabajo de acuerdo a la cual se corrige la diferencia salarial repartiendo el importe global del complemento que se ha considerado discriminatorio, entre todos los trabajadores sin distinción de sexo¹⁰². El problema de esta interpretación es que coloca a la persona infra remunerada en una situación de presión inaceptable, que dificulta enormemente el acceso efectivo a los tribunales de justicia¹⁰³. Y precisamente por ello, la equiparación salarial vía art. 41 ET, únicamente debería admitirse en el supuesto de que el aumento de gastos derivado de una sentencia judicial o de un acta de infracción pusiera en peligro la viabilidad de la empresa y, por ende, el mantenimiento del empleo.

Obligación de abonar las diferencias salariales no prescritas.— Como consecuencia del reconocimiento del derecho a un salario superior, la empresa podría ser condenada al abono de las diferencias salariales no prescritas que se remontan, de acuerdo con el art. 59.1 ET, con las correspondientes al último año. Y, a este respecto, conviene recordar que la propuesta de Directi-

102 SSTSJ Galicia 13-12-2012, R^o 4166/2012, 17-12-2013, R^o 4762/2012 y 21-12-2013, R^o 4167/2012.

103 Como, con acierto, ha apreciado GIMENO DÍAZ DE ATAURI, PABLO. “Igualdad de remuneración por razón de sexo: medidas por la equiparación y contra la brecha salarial”. En: PUEBLA PINILLA, ANA DE LA Y MERCADER UGUINA, JESÚS R. (dirs). *Tiempo de reformas. En busca de la competitividad empresarial y la cohesión social*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, p. 162.

va sobre transparencia salarial establece que el período para reclamar ha de ser de al menos tres años, lo que ampliaría notablemente el plazo previsto en nuestro ordenamiento jurídico¹⁰⁴.

Obligación de abonar una indemnización por daños.— Si la víctima de discriminación salarial presenta ante el juzgado una demanda por vulneración de derechos fundamentales y su pretensión es estimada, el juez debe pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización que, en su caso, corresponda a la parte demandante por haber sufrido discriminación (art. 183.1 LJS). Pues bien, a tal efecto, conviene traer a colación la STS 24-1-2017, R^o 1902/2015, que nos recuerda dos cosas: a) que la doctrina más reciente de la Sala 4^a se aleja del objetivo propiamente resarcitorio de la indemnización por daño moral, para situarse en un plano más preventivo¹⁰⁵; y b) que es válido y razonable tomar como referencia las sanciones de la LISOS para cuantificar la indemnización debida¹⁰⁶.

Y por lo que respecta a la cuantificación de la indemnización, también resulta de especial interés la STJS Andalucía 14-2-2018, R^o 2089/2017, que tomó en consideración, como criterio orientativo para fijar la cuantía de la indemnización en un supuesto de discriminación salarial, la diferencia entre las retribuciones percibidas por la trabajadora y las que venían percibiendo sus compañeros varones.

Obligación de ingresar las cuotas de Seguridad Social adeudadas.— Del reconocimiento del derecho a un salario superior, surge una obligación adicional: la de abonar las cotizaciones con carácter retroactivo por el tiempo durante el cual que se haya mantenido la discriminación, si bien con un límite de cuatro años. En efecto, aun cuando la acción para exigir la deuda salarial prescriba al año, la acción para exigir el pago de deudas por cuotas de Seguridad Social y conceptos de recaudación conjunta prescribe a los cuatro años [art. 24.1.b) LGSS]. En efecto, no podemos olvidar que la deuda de cotización no nace del salario efectivamente abonado, sino del salario que se debería haber pagado. El propio art. 147 LGSS advierte que la base de cotización está

104 GIMENO DÍAZ DE ATAURI, PABLO. “La propuesta de directiva de igualdad de retribuciones por razón de sexo y su potencial efecto sobre el ordenamiento español”. 8-3-2021. Recuperado de: <https://forodelabos.blogspot.com/2021/03/la-propuesta-de-directiva-de-igualdad.html>

105 SSTS 5-2-2015, R^o 77/2014, 13-7-2015, R^o 221/2014, 18-5-2016, R^o 37/2015 y 2-11-2016, R^o 262/2015.

106 SSTS 15-2-2012, R^o 67/2011, 5-2-2013, R^o 89/2012, 8-7-2014, R^o 282/2013, 11-2-2015, R^o 95/2014, entre otras muchas.

constituirá por la remuneración total “*que tenga derecho a percibir el trabajador*”, o la que efectivamente perciba de ser esta superior, por razón del trabajo que realice por cuenta ajena.

Imputación de responsabilidad en orden a las prestaciones.— Por último, el empresario puede resultar parcialmente responsable del pago de las prestaciones de Seguridad Social que se pudieran causar. De conformidad con el art. 168 LGSS, el incumplimiento de la obligación en materia de cotización provoca la traslación de la responsabilidad a la empresa incumplidora. Y no cabe duda que esa infracotización puede repercutir en un futuro en la acción protectora que dispensa nuestro sistema de Seguridad Social, en la medida en que puede incidir sobre la cuantía de la prestación, al condicionar el importe de la base reguladora. Pues bien, si el incumplimiento de la empresa afectara a la cuantía de una prestación futura, se imputaría a ésta la responsabilidad por la diferencia.

Y a este respecto, debemos tener en cuenta que la acción no prescribe, por lo que cabe imputar al empresario la responsabilidad por una prestación en razón del impago de unas cotizaciones que ya no son exigibles. En palabras del propio Tribunal Supremo, hay que distinguir entre la obligación de cotizar y la obligación de abono de la prestación por parte del empresario, no pudiendo admitirse que la extinción de la primera obligación por prescripción determine la extinción de la segunda (STS 20-7-1995, Rº 3795/1994).

6. Bibliografía

- ARAGÓN GÓMEZ, CRISTINA y NIETO ROJAS, PATRICIA. *Planes de igualdad en las empresas. Procedimiento de elaboración e implantación*. Madrid: Wolters Kluwer, 2021, 359 p.
- BALLESTER PASTOR, MARÍA AMPARO. “El RDL 6/2019 para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación: Dios y el diablo en la tierra del sol”. *Temas Laborales*, 2019, núm. 146, pp. 13 a 40.
- BALLESTER PASTOR, MARÍA AMPARO. “Desigualdades y discriminaciones retributivas. Ultraactividad contractual, comparador hipotético, transparencia salarial y otros fenómenos”. *Trabajo y Derecho*, 2015, núm. 6, pp. 19 a 42.

- BALLESTER PASTOR, MARÍA AMPARO. *Retos y perspectivas de la discriminación laboral por razón de género*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, pp. 63 a 93.
- BENAVIDES VICO, ANTONIO. “Obligaciones empresariales en materia de igualdad. El registro de salarios”. *Actum Social*, 2020, núm. 160, pp. 37 a 44.
- BLAZQUEZ AGUDO, EVA. “El registro salarial: una simple obligación con una gran implicación”. *Femeris: Revista multidisciplinar de estudios de género*. 2019, vol. 4, núm. 3, pp. 5 a 10.
- CABEZA PEREIRO, JAIME. “La discriminación retributiva por razón de sexo como paradigma de discriminación sistémica”. *Lan Harremanak*, 2012, núm. 25, pp. 79 a 98.
- GARCÍA CAMPÁ, SANTIAGO. “El registro salarial o retributivo”. *CEF. Revista de Trabajo y Seguridad Social*, 2021, núm. 455, pp. 79 a 115.
- GARCÍA LOMBARDÍA, SANDRA. “El papel de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social ante la discriminación retributiva por razón de sexo: un análisis a la luz del principio de transparencia”. *Revista de Derecho de la UNED*, 2015, núm. 16, pp. 925 a 961.
- GIMENO DÍAZ DE ATAURI, PABLO. “Igualdad de remuneración por razón de sexo: medidas por la equiparación y contra la brecha salarial”. En: PUEBLA PINILLA, Ana de la y MERCADER UGUINA, Jesús (dirs). *Tiempo de reformas*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 117-176.
- GOÑI SEIN, JOSÉ LUIS. “La reducción de la brecha salarial de género a través de la transparencia y el registro salarial”. En: RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, Beatriz. *La discriminación de la mujer en el trabajo y las nuevas medidas legales para garantizar la igualdad de trato en el empleo*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2020, pp. 81 a 115.
- LOUSADA AROCHENA, JOSÉ FERNANDO. *Jurisprudencia española sobre igualdad retributiva entre mujeres y hombres. Nueva revista española de derecho del trabajo*, 2015, núm. 181, pp. 49 a 68.
- MARTÍNEZ MIRANDA, MACARENA. “La desigualdad retributiva entre mujeres y hombres. Una visión jurisprudencial”. Conferencia impartida en las segundas jornadas jurídicas de derecho laboral y sindical” *La precariedad laboral: desigualdad y discriminación*. Barcelona: 9-11-2018. Disponible en internet: http://www.ccoo.cat/ceres/documents/informes/Ponencia_Martinez_Miranda_Macarena_Desigualdad_Retributiva_entre_Mujeres_y_Hombres.pdf
- MARTÍNEZ MORENO, CAROLINA. *Brecha salarial de género y discriminación retributiva: causas y vías para combatirlas*. Albacete: Bomarzo, 2019, 126 p.

- NAVASQUILLO CALLEJA, ALEJANDRO SALVADOR. “El plan de igualdad y la igualdad retributiva entre mujeres y hombres en la actualidad tras la nueva regulación”. *Trabajo y Derecho*, 2021, núm. 73.
- PALACIOS GÓMEZ, JOSÉ LUIS. “Cuando los números hablan. Análisis y valoración de la estadística oficial de discriminación salarial por razón de sexo en España (2005-2016)”, *Sociología del Trabajo*, 2018, núm. 93, pp. 221 a 242.
- PASTOR MARTÍNEZ, ALBERT. “Las medidas laborales del Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación: un paso hacia la efectividad de la igualdad de trabajo y de oportunidades desde la corresponsabilidad”. *Iuslabor*, 2019, núm. 1, pp. 187 a 209.
- QUINTANILLA NAVARRO, BEATRIZ. *Discriminación retributiva. Diferencias salariales por razón de sexo*. Madrid: Marcial Pons, 1996, 335 p.
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, SUSANA. “La discriminación retributiva por causa del sexo y del género: factores desencadenantes y pautas de solución”. *Documentación Laboral*, 2018, núm. 113, pp. 7 a 30.
- SÁEZ LARA, CARMEN. “Registro salarial e igualdad retributiva entre mujeres y hombres tras el RDL 6/2019: una primera aproximación”. *Revista Derecho Social y Empresa*, 2020, núm. 12, pp. 3 a 26.
- SÁNCHEZ PÉREZ, JOSÉ. “Retos pendientes en igualdad de género: temas emergentes en la nueva normativa y la tutela frente a la discriminación”. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 2020, núm. 453, pp. 103 a 134.

CAPÍTULO V

ACOSO SEXUAL, ACOSO POR RAZÓN DE GÉNERO Y ACOSO MORAL. LOS REFUERZOS LEGISLATIVOS PARA UN TEMA QUE NO PASA DE MODA¹

AMANDA MORENO SOLANA

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

1. Introducción

En nuestro Derecho Laboral hay temáticas que, por desgracia, nunca pasan de moda. Esto es lo que ocurre con el acoso sexual, el acoso por razón de sexo y el acoso laboral. Doctrina y jurisprudencia analizan estas cuestiones desde hace tiempo, y aunque los avances han sido, y son, importantes, la realidad es que siguen produciéndose estas situaciones, incluso adquiriendo nuevos contornos y perfiles con los que antes no contábamos como podemos observar con el llamado “ciberacoso”.

Resulta especialmente llamativa la complejidad para encontrar datos actuales sobre estos conflictos cuando se dan en los entornos laborales; y de los que tenemos, en muchas ocasiones quedan referidos a estudios europeos o internacionales. Por lo que se refiere al acoso sexual, la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (FRA) en el estudio que lleva por título “Violencia de género contra las mujeres: una encuesta a escala de la UE” analiza las conclusiones que se obtuvieron de una encuesta realizada a 42.000 mujeres de los 28 países en 2014, concluyendo entre otras muchas cuestiones, que una de cada dos mujeres (el 55%) en la UE ha sido víctima de acoso sexual al menos en una ocasión desde los 15 años de edad. Y de estas, un 32% señaló que el autor pertenecía al entorno laboral. Este estudio

¹ Trabajo realizado en el marco del Proyecto I+D+I Cambio tecnológico y transformación en las fuentes laborales: Ley y Convenio Colectivo ante la disrupción digital (Referencia: RTI2018-094547-B-C21).

también resalta que alrededor del 75% “de las mujeres con capacitación profesional o que ocupan un puesto directivo, han sido objeto de acoso sexual a lo largo de su vida”, además de recordar que el 90% de las personas que sufren acoso sexual en el trabajo son mujeres². Si circunscribimos el análisis al estado español, no contamos con datos recientes sobre acoso sexual³, pero sí que podemos afirmar que solo 4 de cada 10 trabajadores indican que su empresa dispone de un protocolo para poder hacer frente a los distintos tipos de hostigamiento o acoso⁴.

Si nos centramos en los datos sobre acoso laboral, según un estudio realizado por el Workplace Bullying Institute, las víctimas del acoso laboral o mobbing suelen ser mujeres, de entre 32 y 55 años, aunque también pueden convertirse en objetivo de esta clase de acosadores los empleados parte de un grupo minoritario o de una etnia diferente a la mayoritaria. Una encuesta realizada en 2017 y en 2020 muestra que el 67% de los autores de este tipo de conductas abusivas son hombres, mientras que el 66% de todas las víctimas de acoso laboral o mobbing son mujeres⁵. Por lo que se refiere al ámbito nacional, según el Informe “La violencia y el acoso laboral en Europa: alcance, repercusiones y políticas” de la Fundación Eurofound (Fundación Europea para la Mejora de las Condiciones de vida y el Trabajo), en España se denuncian sólo la mitad de los casos de mobbing respecto a la media europea (un

2 Puede consultarse el Informe, especialmente página 13, en https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra-2014-vaw-survey-at-a-glance-oct14_es.pdf

3 En el año 1994 el Instituto de la Mujer de la Comunidad Valenciana llevó a cabo un estudio en el que identificó en el ámbito laboral un 12% de acoso sexual declarado y un 20% de acoso sexual técnico, del que solo un 1% llega a ser denunciado. En ese mismo año el Centro de Investigaciones Sociológicas (1994) impulsó una encuesta a nivel nacional en la que se incluyó una pregunta alusiva al incidente de acoso sexual; un 8,3% de las personas encuestadas se reconocieron víctimas de acoso sexual. En el año 2000 se publica un informe de la Secretaría de la Mujer de la Conferencia Sindical de Comisiones Obreras (CCOO) financiado dentro del marco del proyecto europeo Daphne. En el estudio se identifica que un 14,5% de las personas que trabajan han experimentado alguna situación de acoso sexual durante su vida laboral, pero ese porcentaje es muy superior entre las mujeres trabajadoras (18,3%), mientras que en el caso de los hombres desciende al 8,8%. También cabe destacar que más de la mitad de los casos reconocidos (56,5%) hacen alusión a situaciones de invasión del espacio físico por parte de compañeros o jefes y un 19,7% aluden a situaciones de roces y tocamientos no deseados.

4 Encuesta Nacional de Gestión de Riesgos Laborales en las Empresas ESENER-2-España accesible en <https://www.insst.es/documentacion/catalogo-de-publicaciones/encuesta-nacional-de-gestion-de-riesgos-laborales-en-las-empresas-esener2-espana>

5 <https://workplacebullying.org/wp-content/uploads/2021/03/2021-Full-Report.pdf>

8% en España frente al 14,9% en Europa)⁶. Según la VII Encuesta Nacional de Condiciones de trabajo (2011), las mujeres señalan ser objeto de agresiones verbales, rumores o aislamiento social en un 8% frente al 6,7% de los hombres. Además, estas también afirman ser objeto de discriminación sexual o discriminación por razón de género en un 1,2% frente al 0,1% indicado por los hombres. Por otra parte, hay que destacar que los trabajadores de nacionalidad distinta a la española manifiestan ser objeto de discriminación por la nacionalidad en un 5,9% (0,3% de los de nacionalidad española) y de discriminación por la raza, origen étnico o color de su piel en un 2,1% (0,2% de los trabajadores españoles).

Todos estos datos nos llevan a una conclusión importante, y es la necesidad de analizar si la regulación con la que contamos es suficiente para proteger a los trabajadores, y muy especialmente a las mujeres, de las situaciones de acoso en el entorno laboral. Además, resulta necesario que tengamos en cuenta las nuevas modificaciones normativas que se han producido en los últimos tiempos en nuestra legislación, y que resultan especialmente relevantes en el avance de la lucha contra el acoso sexual y el acoso por razón de sexo, y las que se han producido a nivel internacional en relación con todas las formas de violencia y acoso en el trabajo. Al mismo tiempo, es imprescindible analizar los conceptos que, sobre los distintos tipos de acoso, han ido elaborando los Tribunales al hilo del conocimiento de los casos que han ido llegando a sede judicial.

En el presente trabajo vamos a analizar todas estas cuestiones, haciendo una especial mención, en primer lugar, al Convenio 190 de la OIT, que, aunque aún no esté ratificado por España⁷, se debe configurar claramente como un referente orientador de la evolución interpretativa del concepto, ámbito objetivo y subjetivo, causas y consecuencias de las situaciones de violencia y acoso en el trabajo. En segundo lugar, entraremos en profundidad en la regulación actual y tratamiento realizado del acoso sexual y el acoso por razón de sexo, dentro de la Ley Orgánica 3/2007 de Igualdad entre mujeres y hombres (LOIMH), con su correspondiente modificación en el año 2019 (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), y el

⁶ https://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef_comparative_analytical_report/field_ef_documents/ef1473en.pdf

⁷ Aunque ya se encuentra en marcha el proceso de ratificación: https://cincodias.el-pais.com/cincodias/2020/03/02/economia/1583165526_622217.html

reforzamiento e impulso producido en relación con los Protocolos de Acoso Sexual y Acoso por razón de sexo con el RD 901/2020, de 13 de octubre por el que se regulan los planes de igualdad y su registro. Y, por último, entraremos en el difícil, pero necesario análisis, de algunos de los últimos casos que la jurisprudencia nos ha brindado en torno a estas situaciones.

2. La regulación actual del acoso sexual, el acoso por razón de sexo y el acoso laboral

2.1. Normativa Europea e Internacional: el Convenio 190 de la OIT sobre la violencia y el acoso (2019)

Dentro del mas amplio concepto de violencia contra la mujer, se enmarcan los conceptos de violencia por acoso sexual y acoso por razón de sexo. Ya en el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, aprobado en Estambul el 11 de mayo de 2011, se exigía adoptar un enfoque integrado con vistas a eliminar cualquier forma de violencia contra la mujer y eliminar toda forma de discriminación, promoviendo la igualdad real entre mujeres y hombres. Este Convenio supuso el primer mecanismo vinculante en Europa para proteger, prevenir y eliminar todas las formas de violencia contra las mujeres y reconoce la violencia contra las mujeres como una vulneración de los derechos humanos. El art. 5.2 obliga a los Estados miembros del Consejo de Europa y los demás signatarios del Convenio, a que las partes tomen las medidas legislativas y otras necesarias, para actuar con la diligencia debida para prevenir, investigar, castigar y conceder una indemnización por los actos de violencia incluidos en el ámbito de aplicación de este. Aunque España ya disponía de herramientas legales contra la violencia contra las mujeres, como veremos, el hecho de que ratificase el Convenio de Estambul en el año 2014⁸, sumó una herramienta legal más para reforzar la acción del gobierno en la lucha contra la violencia contra las mujeres.

Ya antes que esto, contábamos con normativa y herramientas que habían nacido con vocación de evitar y proteger las situaciones de acoso en el

⁸ Instrumento de ratificación del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011 (BOE 6.7.2014).

ámbito laboral. En este sentido, tenemos que hacer alusión necesariamente a la Directiva 2006/54/CE de 5 de julio de 2006 relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, cuyo art. 2 recoge las definiciones de acoso, aunque no lo dice, por razón de sexo, y acoso sexual⁹, y por otro lado, al Acuerdo Marco Europeo sobre el Acoso y la Violencia en el Trabajo de 2007, así como las Directrices Multisectoriales para solucionar la Violencia y el Acoso de Terceros relaciones con el trabajo de 2010.

El Acuerdo de 2007, gestionaba la prevención y, en caso necesario, los problemas de intimidación, acoso sexual y violencia física en el lugar de trabajo y condenaba toda forma de acoso y de violencia, e insistía en la obligación que tienen los empresarios de proteger a los trabajadores contra tales situaciones. Se pide a las empresas que adopten una política de tolerancia cero frente a este comportamiento y que especifiquen procedimientos para tratar los casos de acoso y violencia que se produzcan. Entre estos procedimientos puede figurar una fase informal en la que intervenga una persona en quien confían tanto la dirección como los trabajadores. Las denuncias deben examinarse y tratarse rápidamente; deben respetarse los principios de dignidad, confidencialidad, imparcialidad y trato equitativo y se deben tomar medidas apropiadas contra los autores de estos actos, que irán de la sanción disciplinaria al despido, y las víctimas recibirán apoyo para su reintegración, en caso necesario.

Por lo que se refiere a las Directrices de 2010, los firmantes de las mismas entienden que la violencia y el acoso de terceros en el trabajo pueden adoptar muchas formas, ya que pueden ser físicos, psicológicos, verbales o sexuales; puede ser un incidente aislado o representar pautas de comportamiento más sistemáticas de un individuo o un grupo; pueden originarse por acciones o comportamientos de los clientes, público en general o proveedor

9 Definiciones recogidas en el art. 2 de la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 76/207/CEE del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo. «acoso»: *la situación en que se produce un comportamiento no deseado relacionado con el sexo de una persona con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de la persona y de crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo*; «acoso sexual»: *la situación en que se produce cualquier comportamiento verbal, no verbal o físico no deseado de índole sexual con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo*.

del servicio; abarcan desde casos de falta de respeto hasta amenazas más serias y acoso físico; pueden ser la causa de problemas de salud mental o estar motivados por razones emocionales, de antipatía personal, prejuicios por motivos de género, origen racial/étnico, religión o creencias, discapacidad, edad, orientación sexual o imagen física; pueden constituir un delito penal dirigido al trabajador y su reputación, o a la propiedad del empleador o cliente, y pueden estar organizados o ser imprevistos, y requerir la intervención de las autoridades públicas; afectan profundamente a la personalidad, dignidad e integridad de las víctimas y, finalmente, acontecen en el lugar de trabajo, en el espacio público o en un entorno privado, pero siempre en la esfera laboral. Aunque la violencia de terceros es diferente de la violencia o acoso entre compañeros o entre jefes y trabajadores, es también bastante importante por las consecuencias y el impacto que genera en la seguridad y salud de los trabajadores¹⁰.

Pero sin duda, lo que tenemos que destacar es la labor realizada por la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en relación con las situaciones de violencia en el trabajo. En este sentido, en primer lugar, debemos destacar las Recomendaciones prácticas sobre la violencia en el lugar de trabajo en el sector de los servicios y medidas para combatirla¹¹ que se elaboraron en 2003, que aún sin carácter vinculante, se configuraron como una guía para los Estados y para las empresas, para la regulación de las situaciones de violencia y acoso, donde ya se establecía el enfoque preventivo y de seguridad y salud a esta cuestión, especialmente para la rápida identificación de los posibles casos, de forma que la evaluación de riesgos, la formación a los trabajadores y la asistencia a las víctimas se configuraban como elementos centrales de estas recomendaciones. En segundo lugar, hay que destacar también la inclusión que ya se produjo en 2010, en el Listado de Enfermedades Profesionales, de los trastornos mentales cuando haya un vínculo directo con la exposición a factores de riesgo que resulte de las actividades laborales¹².

10 Sobre el Acuerdo Europeo de Violencia y Acoso y sobre las Directrices multisectoriales de violencia y acoso de terceros relacionados con el trabajo ver el análisis que efectúa GARCÍA VIÑA, J., *La incidencia del Acuerdo Marco Europeo sobre Acoso y Violencia en el Trabajo*, 2013, disponible en <https://isls.org/wp-content/uploads/2013/03/Spain-Laincidencia-Vina.pdf>

11 https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_protect/@protrav/@safework/documents/normativeinstrument/wcms_112578.pdf

12 https://www.ilo.org/safework/info/publications/WCMS_125164/lang--es/index.htm

Ahora bien, lo que ha constituido un momento histórico en la evolución normativa de la OIT, ha sido la aprobación del Convenio 190 sobre la Violencia y el Acoso¹³, y su correspondiente Recomendación 206 sobre la Violencia y el Acoso¹⁴, ambas aprobadas en 2019. Yo creo que podemos afirmar, sin miedo a equivocarnos, que este Convenio será incorporado a ese grupo de Convenios de la OIT (como pueden ser el Convenio 29 y 105 sobre trabajo forzoso; el Convenio 87 sobre libertad sindical; el Convenio 100 sobre igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor; el Convenio 138 sobre edad mínima de acceso al trabajo, o el Convenio 155 sobre seguridad y salud de los trabajadores) que marcan el rumbo de las relaciones laborales de cada tiempo o época. Se trata de un Convenio que desprende su fuerza vinculante cuando los estados miembros proceden a ratificarlo. Aunque es un convenio con un enfoque general de protección y prevención de todas las situaciones de acoso laboral, que se enmarca en la defensa internacional por el trabajo decente¹⁵, presenta la característica de incluir específicamente en el preámbulo y en el articulado el enfoque de género, prohibiendo las situaciones de violencia y acoso por razón de género.

Varias son las cuestiones que nos gustaría destacar de esta nueva norma, precisamente porque, una vez ratificada por España, nuestro ordenamiento, tanto las leyes, como los convenios colectivos, deberán adaptarse a lo que aquí se establece. Lo primero que hay que señalar es la definición que hace de violencia y acoso. Se trata de una definición general y completa donde incluye la violencia y el acoso por razón de género. Es, sin duda, una definición que permite identificar los rasgos o elementos caracterizadores de toda situación o acoso en el entorno laboral¹⁶. Por otro lado, también se recoge una definición concreta de violencia y acoso por razón de género, que incluye el acoso sexual, como forma específica de acoso por razón de género:

13 https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C190

14 https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:R206

15 Sobre el trabajo decente y los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) como acciones coordinadas entre la OIT y la ONU, y concretamente sobre el ODS 8 y sus interrelaciones ver BLAZQUEZ AGUDO, E., y PEREZ DEL PRADO, D. (Dir.), *Estrategias para la consecución del trabajo decente y sostenible en la empresa*, Madrid, Dykinson, 2019.

16 MOLINA NAVARRETE, C., *El ciberacoso en el trabajo. Cómo identificarlo, prevenirlo y erradicarlo en las empresas*, Madrid, Wolters Kluwer, 2019, pp. 407 y ss.

- *Violencia y acoso*: Designa un conjunto de comportamientos y prácticas inaceptables, o de amenazas de tales comportamientos y prácticas, ya sea que se manifiesten una sola vez o de manera repetida, que tengan por objeto, que causen, o sean susceptibles de causar, un daño físico, psicológico, sexual o económico, e incluye la violencia y el acoso por razón de género.
- *Violencia y acoso por razón de género*: designa la violencia y el acoso que van dirigidos contra las personas por razón de su sexo o género, o que afectan de manera desproporcionada a personas de un sexo o género determinado, e incluye el acoso sexual.

Estas definiciones eliminan de raíz, y para que no quede ninguna duda, algunos elementos que nuestros Tribunales, y nuestra doctrina, habían establecido como ciertamente necesarios para entender, y sobre todo, demostrar que se producían estas conductas¹⁷. Se trata de los elementos de la reiteración y de la intencionalidad¹⁸. En este sentido, el convenio admite que los comportamientos o amenazas de comportamientos se pueden manifestar una sola vez o de forma repetida¹⁹. Y, además, ese comportamiento puede producir el daño queriendo hacerlo (intencionalidad); o simplemente causarlo sin que haya intencionalidad (aunque se produzca el resultado dañino); o aun más, que se trata de un comportamiento que sea susceptible de causar ese daño (aunque ni siquiera se haya producido el resultado dañino).

¹⁷ Y ello, pese a que las definiciones que nuestra legislación recoge en la LOIMH ya habían eliminado el elemento intencional al establecer: "...que tenga el propósito o produzca el efecto de atentar contra la dignidad de una persona...", y la propia Directiva 2002/73/CE también lo había eliminado al recoger: "...con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad..."

¹⁸ MOLINA NAVARRETE, C., La des-psicologización del concepto constitucional de acoso moral en el trabajo: ni la intención ni el daño son elementos del tipo jurídico, *Revista de Derecho Social*, num. 86, 2019, pp. 119 a 144 (Consultada en su versión electrónica). PEREZ DEL RIO, T., La violencia de género en el ámbito laboral: el acoso sexual y el acoso sexista, Albacete, Bomarzo, 2009, pp. 50.

¹⁹ Aunque hay doctrina que ha considerado que el elemento de la reiteración es diferente en el caso de acoso sexual y acoso por razón de sexo, y el acoso moral, donde si se exige. Quizá esta deba ser una cuestión a cambiar con la ratificación del Convenio 190 OIT. LOPEZ RUBIA, M. E., "Los protocolos de acoso sexual y acoso por razón de sexo", en SIERRA HERNÁIZ, E., y VALLEJO DACOSTA, R. (Dirs.), *Diseño e implementación de planes de igualdad en las empresas*, Navarra, Aranzadi, 2021, pp. 588. SIERRA HERNÁIZ, E., *Los protocolos de acoso moral y política preventiva de la empresa*, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 203, 2017 (versión electrónica).

En definitiva, parece que estos elementos, la intencionalidad y/o la reiteración, cuando se producen, deben ser tenidos en cuenta para apreciar el caso concreto, y modular la sanción o la indemnización; pero la no concurrencia de ellos, no supone descartar sin más la existencia de acoso, que finalmente puede existir sin reiteración, e incluso, sin la intencionalidad de causar el daño como tal²⁰.

Por otro lado, resulta muy interesante ver como el Convenio de la OIT ha decidido comprender no solo la violencia y acoso más típica (vertical descendente), sino que ha querido incluir también las situaciones de violencia y acoso entre compañeros de trabajo del mismo rango (acoso horizontal), o los supuestos de violencia ejercida por un trabajador o varios, hacia su superior jerárquico (vertical ascendente). Y, además, también se incluye la violencia y acoso que proviene de terceras personas (clientes, proveedores, pacientes, alumnos, usuarios, etc.), cuando se manifiestan dentro de la esfera laboral.

Además de la amplitud de la definición, también hemos de destacar la amplitud del ámbito de aplicación del Convenio 190. Por un lado, el convenio se aplica a trabajadores asalariados pero también a personas que trabajan cualquiera que sea su situación contractual, a personas en formación, a los trabajadores despedidos, a los voluntarios, personas en búsqueda de empleo, y a las personas que ejercen autoridad o responsabilidad dentro de las empresas; por otro, hay que destacar que se trata de un Convenio aplicable tanto al sector privado como al sector público; y por último, el Convenio se aplica a las situaciones que se producen durante el trabajo, en relación con el trabajo o como resultado del mismo, incluyendo todos los espacios donde el trabajador puede encontrarse, eso sí, dentro de la esfera laboral: lugares de descansos, de comida, de aseo, vestuarios, en los desplazamientos que se realizan como consecuencia del trabajo, en el alojamiento proporcionado por el empleador, en los trayectos entre el domicilio y el lugar de trabajo, y a través de las comunicaciones relacionadas con el trabajo, incluidas las realizadas a través de las nuevas tecnologías (acoso virtual o ciberacoso)²¹. Muy interesante esta última

20 LOUSADA AROCHENA, J. F., El convenio 190 de la organización internacional del trabajo sobre la violencia y el acoso en el trabajo, *Revista de Derecho Social*, núm. 88, 2019, (versión electrónica).

21 MOLINA NAVARRETE, C., *El ciberacoso en el trabajo. Cómo identificarlo, prevenirlo y erradicarlo en las empresas*, Madrid, Wolters Kluwer, 2019, pp. 414 y ss. Sobre esta cuestión, resulta muy interesante el estudio realizado por la OIT., “*Actualización de las necesidades del sistema: Mejora de la protección frente al ciberacoso y a la violencia y el acoso en el mundo del trabajo posibilitados por las TIC*”, en línea: <https://www.ilo.org/global/>

cuestión, porque es la primera vez que una norma hace alusión expresa a esta posibilidad de manifestación del acoso.

Como hemos dicho, esta norma tiene un especial enfoque de género y, aunque define el acoso en general, hace una especial mención y definición del acoso por razón de género, precisamente porque en este caso nos encontramos ante un acoso que, además, genera una conducta discriminatoria. Tanto es así, que la violencia y el acoso de género, incluida el acoso sexual, siempre serán considerados violencia y acoso, aunque no tengan por objeto, ni causen, un daño físico, psíquico o sexual. Naturalmente sin perjuicio de que, si lo causa, esto será relevante a efectos de establecer la sanción y la indemnización. Este tipo de acoso discriminatorio protege, obviamente, a la mujer. Esto no excluye determinadas situaciones en las que pueden encontrarse los hombres y que también deban ser protegidas desde esta perspectiva. Ahora bien, debe tratarse de conductas de acoso que encuentran su razón de ser en los hombres que ejercen funciones, tareas o actividades relacionadas con el rol que históricamente ha tenido la mujer. Por ejemplo, puede ser acoso por razón de género el supuesto de un trabajador hombre al que se le acosa por dedicarse al cuidado de sus hijos, o cuando se trata de un trabajador con comportamientos femeninos. Fuera de este ámbito, el hombre que sufra acoso, lo será, y se protegerá por la vía del acoso general laboral.

Este nuevo Convenio de la OIT es una norma con un enfoque inclusivo e integrado que tiene en cuenta las consideraciones de género para prevenir y eliminar la violencia y el acoso en el mundo del trabajo. A estos efectos, no sólo se deberá prohibir legalmente la violencia y el acoso, sino que la norma pone el foco en el ámbito preventivo y de seguridad y salud. El acoso, en todas sus formas, reciben el tratamiento que se da a los riesgos psicosociales, y, por tanto, debe evitarse como tales riesgos. En este sentido, las empresas deben adoptar una estrategia integral a fin de aplicar medidas para prevenir y combatir la violencia y el acoso, por lo que deberán tener en cuenta la violencia y el acoso en la gestión de la seguridad y salud laboral; también deberán identificar los peligros y evaluar los riesgos de acoso, con participación de los representantes de los trabajadores y tomar las medidas preventivas y de control de dichos riesgos y peligros (art. 9 Convenio OIT); además, las empresas deberán establecer mecanismos de control de aplicación y de seguimiento, y de fortalecimiento de los mecanismos existentes; se deberá velar para que las

víctimas tengan acceso a vías de recurso y reparación, y a medidas de apoyo; se establecerán de forma clara las sanciones; y, por supuesto, la noma indica que se deberán desarrollar herramientas, orientaciones, actividades de educación y de formación, y actividades de sensibilización en esta materia. Como se puede observar, no sólo es que hay un consenso generalizado en entender que el acoso es un riesgo psicosocial, sino que la propia norma pone en valor esta cuestión, y centra todo el contenido del convenio en el aspecto preventivo. Y desde este enfoque, es desde donde vamos a mirar a los protocolos de acoso de las empresas a los que nos vamos a referir en este trabajo.

2.2. Normativa Nacional: La Ley Orgánica 3/2007 de Igualdad entre Mujeres y Hombres (LOIMH) y el RD 901/2020, por el que se regulan los planes de igualdad y su registro.

Centrándonos ahora en el ámbito nacional, varias con las cuestiones que hay que tener presente antes de entrar a analizar la regulación de los Protocolos antiacoso. Por un lado, para analizar el concepto de acoso sexual y acoso por razón de sexo, desde la perspectiva estrictamente laboral, tenemos que partir del art. 7 de la LOIMH²². Por otro, y junto a las definiciones, la protección contra el acoso encuentra cobertura en otras normas de nuestro ordenamiento. En primer lugar, en la Constitución Española, dado el carácter pluriofensivo de las conductas de acoso, muchos pueden ser, y son, los derechos que pueden verse vulnerados. Tal es el caso del derecho a la dignidad (art. 10); del derecho a la igualdad y no discriminación (art. 14); derecho a la integridad física y moral (art. 15); el derecho al honor, la intimidad y la propia imagen (art. 18) y en el derecho a la seguridad y salud (art. 40.2) en conexión con el art. 14 de la LPRL y el art. 15 CE. En segundo lugar, en el Estatuto de los Trabajadores en el art. 4.2 e) y su homólogo en el Estatuto Básico del Empleado Público, RD Legislativo 5/2015, en el art. 14 h). En tercer lugar, las conductas de acoso sexual y acoso por razón de sexo y en general las conductas de acoso también pueden ser consideradas delito, y, por tanto, tienen su propia regulación en el ámbito penal (arts. 172 ter, 173, 184 CP). En cuarto lugar, encontramos la regulación

²² Aunque también recoge el concepto de acoso discriminatorio la Ley 62/2003 de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, que además vino a modificar en este mismo sentido el Estatuto de los Trabajadores, la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social y la Ley de Infracciones y Sanciones del orden social.

del acoso en el RD Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, concretamente en las infracciones muy graves en materia de relaciones laborales (arts. 8.13 acoso sexual; 8.13 bis) acoso por razón de sexo; y 8.11 se puede incluir el acoso laboral); o infracciones graves en materia preventiva (art. 12.1 y 12.16)²³. En quinto lugar, en la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social, que establece varias cuestiones cuando nos encontramos ante una previsible situación de acoso: inversión de la carga de la prueba (art. 96); comparecencia de la víctima (151.5); modalidad procesal especial de Derechos Fundamentales (art. 177); medidas cautelares (art. 180); y nulidad del despido y opción de la víctima entre readmisión o extinción del contrato con derecho a indemnización (art. 286.2). Y, por último, en la regulación concreta recogida en los Convenios colectivos y el Protocolos antiacoso, a la que nos vamos a referir más concretamente en este trabajo.

La LOIMH recoge, como decíamos, en el art. 7 sus propias definiciones de Acoso sexual y Acoso por razón de sexo:

- *Acoso sexual*: “cualquier comportamiento, verbal o físico, de naturaleza sexual que tenga el propósito o produzca el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo.
- *Acoso por razón de sexo*: “cualquier comportamiento realizado en función del sexo de una persona, con el propósito o el efecto de atentar contra su dignidad y de crear un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo”.

Son elementos del acoso sexual los comportamientos verbales o físicos de acoso que han de ser de carácter sexual, que sean ofensivos, es decir, que sean antijurídicos y que se produzcan en el ámbito laboral²⁴, lo que significa que la conducta tiene que estar relacionada con el contrato de trabajo, esto es, el conflicto debe traer necesariamente su causa en la relación laboral y no en aspectos particulares o ajenos a la relación. Por tanto, el conflicto se debe originar bien con motivo de la relación laboral, bien en tiempo y lugar de trabajo,

²³ A estos efectos resulta imprescindible acudir a los Criterios Técnicos de la Inspección de Trabajo: Criterio Técnico 69/2009 sobre Acoso y Violencia en el trabajo y Criterio Técnico 104/2021 sobre Riesgos Psicosociales

²⁴ STSJ de Andalucía de 22 de marzo de 2018 (Rº. 2362/2017).

bien en el entorno laboral. Es importante tener en cuenta que no será necesario acreditar, cuando el acercamiento sexual es objetivamente ofensivo, una negativa de la víctima para la constitución del ilícito²⁵. Si la víctima consiente expresamente o ha realizado actos inequívocos de consentimiento, desaparece la ofensividad. Por contra, los actos no ofensivos en sentido objetivo pueden constituir acoso cuando hay una negativa expresa o inequívoca de la víctima²⁶.

Por lo que se refiere al acoso por razón de sexo, son elementos del mismo, los comportamientos verbales o físicos realizados en función o sobre la base del género de la persona que sean ofensivos y que se produzcan en el ámbito laboral. Ambos acosos deben ser considerados como acosos discriminatorios por lo que debe activarse la tutela y la protección existente para los derechos fundamentales. En ambos casos, el condicionamiento de un derecho o de una expectativa de derecho a la aceptación de una situación constitutiva de acoso sexual o de acoso por razón de sexo se considerará también acto de discriminación por razón de sexo. Este condicionamiento se suele mostrar a través del chantaje, como presión ejercida sobre la víctima para obligarle a hacer algo, o a través de la represalia, que es un mal que el acosador causa a la víctima en venganza o para la satisfacción de un agravio.

En todo caso, la determinación de la existencia de acoso sexual y acoso por razón de género va a depender en gran medida de las circunstancias concretas del caso. Tanto es así, que encontramos sentencias que establecen que para que exista un acoso sexual ambiental, *debe producirse una conducta de tal talante, por medio de un comportamiento físico o verbal manifestado en actos, gestos o palabras, comportamiento, que además se perciba como indeseado e indeseable por su víctima o destinataria, y que finalmente, sea grave, capaz de crear un clima radicalmente odioso e ingrato, gravedad que se erige en elemento importante del concepto*. Pero añade esta sentencia que *la prohibición del acoso no pretende un medio laboral aséptico y totalmente ajeno a tal dimensión de la persona, sino exclusivamente eliminar aquellas conductas que generen, objetivamente, y no sólo para la acosada, un ambiente de trabajo hosco e incómodo. Por tanto, este carácter hostil no puede*

25 A diferencia de lo que se puede dejar entrever de la Directiva 2002/73/CE donde si parece que se exige una acción de negación de la víctima. Se trata de una exigencia que ya nuestra jurisprudencia había relativizado en la STC 224/1999. LOUSADA AROCHENA, F., *La trasposición en España de la Directiva 76/207/CEE*, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Coruña, num. 18, 2014, pp. 467

26 STSJ de Madrid de 22 de diciembre de 2015 (Rº. 587/2014); STSJ de Cataluña de 18 de enero de 2018 (Rº. 6593/2017).

depender tan sólo de la sensibilidad de la víctima de la agresión libidinosa, aun cuando sea muy de tener en cuenta, sino que debe ser ponderado objetivamente, atendiendo al conjunto de las circunstancias concurrentes en cada caso, como la intensidad de la conducta, su reiteración, si se han producido contactos corporales humillantes o sólo un amago o quedó en licencias o excesos verbales²⁷. En cambio, hay Tribunales que llegan a considerar acoso sexual un comportamiento sexista que se realiza a modo de broma²⁸, o comentarios sexistas²⁹, o frases de índole machista con el propósito de menospreciar a las compañeras trabajadoras³⁰.

La regulación del acoso en la LOIMH no se agota con las definiciones del art. 7, sino que encontramos nueva alusión en el art. 46, que tras la reforma operada con el RDL 6/2019, ahora se establece la obligación para las empresas de incluir en el diagnóstico de los Planes de Igualdad las cuestiones relativas a la prevención del acoso sexual y el acoso por razón de sexo. Esto no significa que el Plan de Igualdad deba contener un Protocolo de acoso necesariamente, sino que, el diagnóstico del Plan de Igualdad deberá valorar la situación de la empresa en relación con esta materia. De hecho, si nos acercamos al art. 8 del actual RD 901/2020, de 13 de octubre por el que se regulan los planes de igualdad y su registro, y que viene a reforzar este tipo de protocolos, nos daremos cuenta que la realización del protocolo o procedimiento³¹ de acoso

27 STSJ de Cataluña de 29 de enero de 2016 (Rº. 6373/2015).

28 STSJ de Cantabria de 25 de marzo de 2008 (Rº. 199/2008).

29 STSJ de Madrid de 22 de diciembre de 2014 (Rº. 587/2014).

30 STSJ de Cataluña de 5 de junio de 2008 (Rº. 1396/2008); STSJ de Galicia de 19 de noviembre de 2014 (Rº. 3191/2014); STSJ de Andalucía de 1 de julio de 2020 (Rº. 341/2020).

31 Hay quienes entienden que la norma, en el art. 48, al hablar de procedimientos y no de protocolos, está diferenciando entre unos y otros. Así ha quedado recogido por el Observatorio Vasco sobre Acoso y Discriminación en el documento de trabajo de noviembre de 2016, en cuya pp. 10 se establece que: De la distinción que realizan los Art. 48 y 62 de la Ley de Igualdad Efectiva entre “procedimiento” y “protocolo” podría deducirse que la primera denominación es más amplia y comprende cualquier clase de actuación estructurada de la empresa ante las conductas de acoso laboral mientras que el protocolo tendría un significado más estricto y se refiere a la apertura de un proceso que reúna unas garantías mínimas de competencia, neutralidad y objetividad en el tratamiento de los hechos. Por lo tanto, el protocolo sería aplicable y exigible a las empresas y administraciones públicas de unas determinadas características y dimensiones mientras que al resto solamente le sería exigible contar con un procedimiento interno de quejas para los trabajadores ante conductas de acoso. En línea: <https://www.observatoriovascosobreacoso.com/wp-content/uploads/2017/06/seminario-del-observatorio-vasco-sobre-protocolos-marcaagua.pdf>

sexual o por razón de sexo no se encuentra en el listado sobre el contenido mínimo de los planes de igualdad. Aunque bien es cierto que no se trata de un listado de medidas específicas sino de bloques generales que deben regularse. No obstante, esta norma establece en su Anexo 2.V lo que llama “hoja estadística del Plan de Igualdad” donde se establecen precisamente los datos y las medidas concretas sobre las que el Plan debe manifestarse. En este sentido, entre esas medidas se hace alusión a la prevención del acoso sexual y acoso por razón de sexo. Por ello, podemos entender que el Protocolo de acoso, o al menos las medidas de prevención y protección de estas situaciones, deberán recogerse en el Plan de Igualdad.

Ahora bien, el problema es que esta “Hoja estadística del Plan de Igualdad” es una guía para los sujetos encargados del registro del plan, preguntando si el plan ha incluido el protocolo de acoso, cuando lo que debiera preguntarse es si realmente existe tal protocolo, ya que, en este caso, lo relevante es que su realización es de obligado cumplimiento para todas las empresas, independientemente del tamaño, sector, etc. Es más, no se trata de una obligación actual, sino que ya se estableció como tal en el momento de aprobación de la LOIMH, por lo que actualmente todas las empresas deberían contar con este protocolo, o procedimiento de actuación de acoso sexual y acoso por razón de sexo. Además, si finalmente son protocolos incluidos en los Planes de Igualdad, estos debieran actualizarse conforme a la regla transitoria de la Disposición Transitoria Única del RD 901/2020, en el plazo de 12 meses desde la entrada en vigor del RD, previo proceso negociador (hasta enero de 2022).

El art. 48 de la LOIMH, que no se ha visto alterado por ninguna modificación normativa de las producidas sobre esta norma, establece desde el año 2007 la obligación para las empresas de promover condiciones de trabajo que eviten el acoso sexual y el acoso por razón de sexo y, la realización de procedimientos (protocolos) específicos para su prevención³², por un lado, y para resolver los problemas que pueda plantear una concreta situación de acoso, por otro. Sobre esta cuestión, volveremos en el siguiente apartado.

Por lo que se refiere al Acoso Moral, Acoso Psicológico, Mobbing, o simplemente acoso laboral, lo primero que hay que destacar es que, a diferencia del acoso sexual y el acoso por razón de sexo, nuestra legislación laboral no recoge el concepto. Es por ello, que una de las primeras cuestiones que ten-

32 Y su homólogo para el empleo público en el art. 62 LOIMH que trata expresamente la necesidad de hacer protocolos frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo en las administraciones públicas y cuya finalidad es la prevención de estas conductas.

drá que hacer el legislador español cuando se ratifique el Convenio 190 de la OIT será regularlo, definiendo tal acoso y sus elementos configuradores, estableciendo el marco preventivo en el que se ha de ubicar. Pero hasta que eso ocurra, las resoluciones judiciales de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas y el Tribunal Constitucional en su reciente STC 56/2019, de 6 de mayo, han ido perfilando el concepto de acoso moral, con mayor o menor acierto.

Nuestros Tribunales ha venido definiendo el acoso laboral tanto de forma positiva como negativa, es decir, han realizado un análisis de los casos, diferenciando entre lo que sí es acoso moral y lo que no lo es. En este sentido, se considera acoso laboral la violencia psicológica intensa o extrema realizada en el marco de una relación de trabajo, realizada con reiteración y cierta prolongación en el tiempo, con el efecto de crear un entorno hostil o humillante que perturbe la vida laboral de la víctima³³. Acoso Laboral es una sistemática y prolongada presión psicológica que se ejerce sobre una persona (se le ningunea, hostiga, amilana, machaca, fustiga, atemoriza, amedrenta, acobarda, asedia, atosiga, veja, humilla, persigue o arrinconan) en el desempeño de su trabajo, tratando de destruir su comunicación con los demás y atacando su dignidad personal con el fin de conseguir que, perturbada su vida laboral, se aleje de la misma provocando su autoexclusión³⁴. Son conceptos que se han extraído de los fundamentos jurídicos de nuestras sentencias, donde la intención de dañar, el producir un daño en la esfera de los derechos personales más esenciales, y el carácter complejo, continuado y predeterminado del hostigamiento, se han venido configurando como los elementos esenciales de este tipo de acoso.

Y no se considera acoso laboral, las conductas que se producen desde una relación simétrica y definen un conflicto entre las partes en el ámbito del trabajo, bien sea de carácter puntual, en un momento concreto, o más permanente. Evidentemente, todo conflicto afecta al ámbito laboral, se da en su entorno, e influye en la organización y en la relación laboral; pero no puede considerarse mobbing o acoso laboral si no reúne las condiciones de la definición. No se considerarán conductas de acoso aquellas que, aún pudiendo incluirse aparentemente en la definición, se concluya que por sus características no constituyen comportamientos violentos (por ejemplo, las amonestaciones fundadas por no realizar bien el trabajo, cuando no contengan descalificaciones improcedentes) o bien, cuando las pruebas presentadas no sean consistentes, sin ser

33 STSJ de Madrid de 7 de noviembre de 2017 (Rº. 715/2016).

34 STSJ de 10 de febrero de 2014

falsas. Tampoco se consideran acoso laboral, las acciones de violencia en el trabajo, realizadas desde una posición prevalente de poder respecto a la víctima, pero que no sean realizadas de forma reiterada y prolongada en el tiempo. Hasta la fecha, nuestra jurisprudencia ha entendido que estas conductas pueden tratarse de auténticas situaciones de maltrato psicológico en el trabajo, similares a las incluidas en el mobbing, pero sin el componente de repetición y duración que se requiere en aquél, ya sea porque son realmente esporádicas o porque sean denunciadas en una fase precoz, no pueden considerarse como situaciones de acoso laboral. Entienden los Tribunales que como tales conductas violentas, deben ser igualmente prevenidas y/o abortadas cuanto antes y, en su caso, sancionadas de acuerdo a la normativa propia de cada organización; pero no como mobbing, por no reunir las características esenciales de éste. Hay que tener en cuenta que si estas situaciones no se resuelven con prontitud, posibilitará que se cronifiquen, pudiendo evolucionar a una situación de acoso propiamente dicho. En relación con esta opinión, será necesario un cambio radical, ya que el elemento de la reiteración ha sido eliminado de raíz en el Convenio 190 OIT como antes referimos.

Acoso laboral	Conflicto laboral
<ul style="list-style-type: none"> • Hostigamiento psicológico • Se agreden DFFF de la persona • Intención: perjudicar al trabajador • Perjuicio causado: salud, integridad psíquica y moral • Medios de prueba exigidos: es necesario probar que la finalidad del empresario era causar, o si no es el causante, de tolear, un perjuicio a la integridad psíquica del trabajador, o desentenderse de su deber de protección en ese sentido. Es necesario una clínica demostrativa. • El fin buscado es colocar al trabajador en una situación extrema de sufrimiento, provocándole importantes daños para la salud mental y física. 	<ul style="list-style-type: none"> • Defectuoso ejercicio de facultades empresariales. • Sólo se comprometen estrictos derechos laborales. • La única intención u objetivo es el propio interés empresarial. • Perjuicio causado: lugar, tiempo, modo y contraprestación por el trabajo. • Medios de prueba: acreditar las arbitrariedades empresariales como consecuencia de su poder de dirección.

Diferencias entre Acoso Laboral y Conflicto Laboral teniendo en cuenta los argumentos de nuestros Tribunales

Bien es cierto que el conflicto es inherente al trabajo por lo que cierto grado de conflictividad es consustancial a las relaciones laborales, pero el estado de agotamiento o derrumbe psicológico provocado por el estrés profesional, propio de la tecnificación, competitividad en el seno de la empresa, horarios poco flexibles para compatibilizar la vida laboral y familiar, la precariedad del

empleo y la falta de estabilidad laboral, no debe confundirse con el acoso moral, caracterizado por el hostigamiento psicológico intencionado y reiterado³⁵.

Ahora bien, la STC 56/2019, de 6 de mayo, ha dado un importante y decisivo paso en la definición del derecho fundamental a la integridad moral en su proyección sobre las relaciones laborales en un caso de acoso laboral en la función pública, pero perfectamente trasladable a cualquier relación de trabajo, abriendo así un nuevo camino al venidero Convenio 190. En esta Sentencia se valora la vulneración del derecho a la integridad moral (art. 15 CE) en relación con el reconocimiento constitucional de la dignidad de la persona (art. 10 CE) por los hechos que, el demandante consideraba constitutivos de acoso laboral.

Se trata de la Sentencia que resuelve el asunto Jaime Nicolás, funcionario del cuerpo de Administradores Civiles del Estado, quién tras un periodo en situación de servicios especiales, regresa a su puesto de trabajo reservado. La Administración Pública crea un puesto de vocal para que Jaime Nicolás pudiera ocuparlo. Pese a ello, entre los meses de marzo de 2012 (reincorporación al servicio activo) y julio de 2013 (interposición de la denuncia de acoso laboral), el demandante de amparo no recibe información sobre las atribuciones de su puesto ni encargo de tarea alguna, más allá de una simple gestión informativa, sin ninguna trascendencia. Tampoco se lo convoca a reuniones de trabajo, siendo el único funcionario, de los destinados en la Gerencia, en esta situación; los demás funcionarios desarrollan tareas específicas y despachan individualmente con el secretario general. Tras los infructuosos intentos de solucionar el problema, primero por la vía de la queja directa al superior jerárquico del trabajador, y después mediante la activación del Protocolo de acoso, que terminó con un informe declarando la ausencia de violencia psicológica y justificando la situación por la dificultad de asignar un puesto y funciones después de unas elecciones generales, el funcionario decidió recurrir a los Tribunales donde tampoco obtuvo soluciones favorables a sus intereses.

Finalmente acudió en amparo al Tribunal Constitucional con el objetivo de que se declarase vulnerado su derecho fundamental a la integridad moral (CE). El Tribunal Constitucional decidió conocer de este asunto por su especial trascendencia constitucional. De conformidad con su propia doctrina anterior se ha pronunciado estableciendo, y ésta es la novedad, unos elementos o factores a tener en cuenta para delimitar la existencia de vulneración del

35 STSJ de Cataluña de 1 DE diciembre de 2018 (Rº. 4179/2017); STSJ de Galicia de 9 de noviembre de 2017 (Rº. 2778/2017)

derecho a la integridad moral en las posibles situaciones de acoso laboral, lo que podríamos denominar test del acoso laboral.

En primer lugar, el TC hace alusión al elemento de la intencionalidad (o resultado o riesgo grave y cierto de resultado). En principio, queda claro en esta sentencia que no es un elemento necesario del tipo de acoso moral en el trabajo (que sí que lo es para la mayoría de la justicia ordinaria), aunque en muchos casos sí que se podrá ver la concurrencia de esta intención. Por tanto, se admitirá para que se vulnere el derecho a la integridad moral que la conducta enjuiciada sea deliberada, o simplemente que sea causalmente adecuada con el resultado lesivo o con el riesgo de atentar a la integridad. A falta de intencionalidad será necesario que se produzca un riesgo relevante de sufrir un daño, y siempre que se observe el nexo de causalidad entre el compartimiento antijurídico y el resultado lesivo, o el riesgo relevante de que la lesión se produzca.

En segundo lugar, el TC atiende al elemento del menoscabo (o riesgo). Se producirá si la conducta ha causado un padecimiento físico, psíquico o moral o al menos, encerraba la potencialidad de causar ese padecimiento. Ello supone que no es necesario que se haya producido el daño moral y/o físico o psíquico, sino que bastará con que sea una conducta potencialmente lesiva. A estos efectos, el Tribunal Constitucional considera que suele ser reveladora de la gravedad de la vejación.

Y en tercer lugar, el elemento de la vejación (o la probabilidad de producirla). Si la conducta responde al fin de humillar o si era objetivamente idónea para producir ese resultado. Sin el elemento de la vejación no habrá trato degradante, lo que no significa que no se vulnere el derecho a la integridad moral. Solo puede descartarse la vejación como tal, cuando la conducta se justifica por una cobertura legal (legalidad), responde a un fin constitucionalmente legítimo (adecuación), constituye la alternativa menos restrictiva (necesidad), y produce más beneficios sobre otros bienes y valores que perjuicios en el derecho a la integridad moral (proporcionalidad). En el supuesto de trato degradante no habrá justificación que lo legitime. En cambio, en la integridad moral, si que puede haber alguna restricción o injerencia justificada (previsión legal, o justificación proporcionada). Ahora bien, sin previsión legal, o con previsión pero desproporcionada, una conducta que no sea degradante, puede atentar contra la integridad moral.

En este caso, la carga probatoria la tiene el empleador que deberá demostrar que concurre una mínima justificación racional. No obstante, el propio TC nos recuerda que el umbral de gravedad de trato degradante no puede

ser de tal magnitud que se haga identificar con situaciones de violencia psicológica extrema, amparadas en el ámbito penal³⁶.

El Tribunal Constitucional aprecia que concurren todos estos elementos y, además la situación se alarga en el tiempo, no es un hecho puntual o aislado, por lo que concluye que este funcionario ha sufrido vulneración de la integridad moral recibiendo un trato que merece la calificación de degradante. Se trata, sin lugar a duda, de una sentencia compleja por la dificultad que entraña la construcción e interpretación del derecho fundamental a la integridad moral en su aplicación a los supuestos de acoso moral o laboral, pero que habrá que tener muy en cuenta en las valoraciones que a partir de ahora deberemos hacer cuando nos encontremos ante este tipo de situaciones.

Sentencias posteriores de nuestros Tribunales han ignorado la doctrina del Tribunal Constitucional en sus resoluciones, y han seguido aplicando los elementos del acoso con un carácter marcadamente restrictivo. Claramente se observa en la STSJ de Andalucía de 4 de julio de 2019 (R.º. 2922/2018), que entiende que no se produce acoso laboral porque no se dan los elementos establecidos en la doctrina del propio Tribunal Superior de Justicia de Andalucía en cuyo fundamento jurídico sexto recoge claramente como elementos del acoso moral, la existencia de conductas o comportamientos humillantes o vejatorios, la reiteración de esos comportamientos, la intencionalidad de la conducta, y que entre el daño psicológico producido (se haya conseguido o no la finalidad perseguida), y la actuación activa o pasiva del sujeto activo de la actuación, exista una clara y patente relación de causalidad, que habrá de ser, en todo caso, objeto de prueba por quien alegue el acoso. O en el caso de la STSJ de País Vasco, de 22 de octubre de 2020 (R.º. 1720/2019) en la que sí se reconoce la existencia de un acoso, pero sobre la base y argumentos tradicionales del acoso, sin referencia, ni rastro de la STC³⁷.

36 MOLINA NAVARRETE, C., La des-psicologización del concepto constitucional de acoso moral en el trabajo: ni la intención ni el daño son elementos del tipo jurídico, *Revista de Derecho Social*, núm. 86, 2019, pp. 119 a 144 (consultada en su versión electrónica).

37 Concretamente la Sentencia establece que se entiende por acoso “la situación que sufre un trabajador sobre el que se ejercer conductas de violencia psicológica de forma prolongadas y que le conducen al extrañamiento social en el marco laboral, le causan enfermedades psicosomáticas y estados de ansiedad, tratándose de un fenómeno en que una persona o grupo de personas ejercer una violencia psicológica extrema de forma sistemática y recurrente durante un tiempo prolongado sobre otra persona en el lugar de trabajo, con la finalidad de destruir las redes de comunicación de la víctima, destruir su reputación, perturbar el ejercicio de su labores, y lograr finalmente que esa persona o personas acaben abandonando el lugar de trabajo”.

Resulta curiosa alguna otra sentencia que si que ha recogido la reciente doctrina del TC, incluso trasladándola a los argumentos de la fundamentación jurídica, simplemente para después volver a traer a colación los elementos que tradicionalmente se han considerado en la concurrencia del acoso por los Tribunales Ordinarios, denegando supuestos que probablemente deberían haber tenido una solución diferente. Y ello, porque los tribunales se basan en la concurrencia de los elementos de una manera efectiva, pero no en el riesgo de producir esa conducta y en la probabilidad de que se produzca el daño o la lesión. Tal es el caso de la STSJ de Cataluña de 27 de mayo de 2020 (R.º. 6447/2019) y la STSJ de Madrid de 21 de febrero de 2020 (R.º. 847/2019).

Hemos querido hacer alusión en este trabajo a este tipo de acoso, por dos razones fundamentales³⁸. La primera, porque el Convenio 190 OIT establece un concepto general de acoso, siendo el acoso sexual y el acoso por razón de sexo tipos que podrían diferenciarse por tener características propias, pero que, no obstante, forma parte de un concepto común. La segunda, porque los protocolos de las empresas, en muchas ocasiones, son protocolos generales de acoso, donde se diferencian los tipos de acoso mencionados, pero donde se regulan todos ellos, estableciendo procedimientos de resolución de los conflictos surgidos por cada uno. Hay quien entiende que deberían hacerse protocolos diferenciados porque se trata de acosos diferentes³⁹, ya que el acoso sexual y por razón de sexo, son acosos discriminatorios y el acoso laboral no, sin embargo, ya vemos como el Convenio 190 OIT trata el acoso de una manera general, como una conducta indeseada, que frustra cualquier trabajo decente en el que las personas se desarrollen en el siglo XXI.

Además, desde un punto de vista pedagógico, es mucho mas eficaz que se hagan protocolos únicos diferenciando los tipos de acoso, precisamente porque, puede haber muchas ocasiones en las que no vamos a saber a priori ante qué tipo de conducta nos encontramos. Por ello, un protocolo con definiciones claras de cada acoso, puede ser una manera de concentrar todas las si-

38 También se recoge esta opción de negociación y articulación conjunta de las distintas modalidades de acoso en la Guía del observatorio Vasco de acoso para la elaboración de un protocolo sobre conductas de Acoso Laboral, 2014, pp. 13 y 14: https://www.osalan.euskadi.eus/contenidos/nota_prensa/ponencias_jt141121_psiko/es_notas1/adjuntos/acoso_laboral_osalan_2014.pdf; SALA FRANCO, T., *25 años de negociación colectiva*, Revista de Relaciones Laborales, núm. 2, 2010.

39 LOPEZ RUBIA, M. E., “Los protocolos de acoso sexual y acoso por razón de sexo”, en SIERRA HERNÁIZ, E., y VALLEJO DACOSTA, R. (Dirs.), *Diseño e implementación de planes de igualdad en las empresas*, Navarra, Aranzadi, 2021, pp. 581-582.

tuaciones y después valorar individualmente atendiendo a las circunstancias de cada caso. Por si ello fuera poco, todos los acosos son riesgos psicosociales por lo que deben tener un tratamiento preventivo y de seguridad y salud laboral⁴⁰, quizá no igual, pero si de conjunto, que partan de la base del análisis de estos riesgos en una evaluación de riesgos, y para los que se establezcan las correspondientes medidas preventivas. Lo que tiene importantes consecuencias. La primera, no se debe esperar a la existencia de una denuncia (perspectiva reparadora), sino que se debe actuar con antelación para que la conducta no se llegue a producir, sea del tipo que sea; la segunda, hay que evaluar los riesgos, lo que se debe hacer en todos los tipos de acoso; y la tercera, respecto a la submodalidad de ciberacoso, que presenta elementos comunes en los casos de acoso laboral, acoso sexual y acoso por razón de sexo, puede ser tratada de forma común. Por otro lado, en lo que tiene que ver con el tratamiento en los protocolos de la perspectiva de la reparación de las conductas, también los procedimientos pueden ser parecidos en los casos de acosos discriminatorios y en los casos de acoso laboral por lo que se pueden negociar y acordar con la misma herramienta.

3. Negociación colectiva y protocolos antiacoso

Todas las personas tienen derecho a un mundo de trabajo libre de violencia y acoso, incluidos la violencia y el acoso por razón de género⁴¹. Partiendo de esta declaración genérica establecida en el Preámbulo del Convenio 190 OIT, es necesario articular medidas preventivas para que tales conductas no se lleguen a producir, por un lado, y por otro, medidas de reparación, para los casos en los que, habiéndose producido, cesen, se minimicen las consecuencias y se evite su repetición en el futuro. En este sentido, parece que los protocolos antiacoso se han venido configurando como la herramienta idónea para alcanzar esos objetivos.

40 STSJ de Cataluña de 6 de julio de 2018 (R°. 1797/2018); STSJ de Galicia de 9 de noviembre de 2018 (R°. 1547/2018); Auto del Tribunal Supremo de 6 de noviembre de 2018 (R°. 1547/2018); STSJ de Murcia de 27 de marzo de 2019 (R°. 1273/2018); STSJ de Madrid, de 1 de junio de 2020 (R°. 1437/2019).

41 Preámbulo del Convenio 190 OIT. Muy interesante es el reciente estudio elaborado también por la OIT: "Entornos de Trabajo seguros y saludables, libres de violencia y acoso", https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---safework/documents/publication/wcms_751837.pdf

3.1. Negociación y Registro de los Protocolos de Acoso

La negociación colectiva se configura como el mecanismo más potente para la consolidación del compromiso de la empresa en materia de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres. El objetivo es alcanzar, mediante esa negociación, un consenso del contenido del Plan de Igualdad y muy concretamente, de los objetivos y de las medidas que conformarán el protocolo antiacoso, teniendo en cuenta que la LOIMH establece la necesidad de negociar medidas específicas para el acoso sexual y por razón de sexo.

En relación con las medidas que se pacten para prevenir la situación de acoso, el art. 48 LOIMH incorporó, ya en el año 2007, un mandato dirigido a todas las empresas destinado a promover condiciones de trabajo que eviten el acoso sexual y el acoso por razón de sexo y arbitrar procedimientos específicos para su prevención y para dar cauce a las denuncias o reclamaciones que puedan formular quienes hayan sido objeto del mismo. Con esta finalidad se podrán establecer medidas que deberán negociarse con los representantes de los trabajadores, tales como códigos de buenas prácticas, la realización de campañas informativas o acciones de formación. Seguidamente señala que los representantes de los trabajadores deberán contribuir a prevenir el acoso sexual y el acoso por razón de sexo en el trabajo mediante la sensibilización de los trabajadores y trabajadoras frente al mismo y la información a la dirección de la empresa de las conductas o comportamientos de que tuvieran conocimiento y que pudieran perjudicarlo.

Con todas estas indicaciones varias son las cuestiones a tener en cuenta. La primera, y a la que ya hicimos referencia anteriormente, derivada del art. 46.2 LOIMH y art. 7 del RD 901/2020, que las cuestiones sobre prevención del acoso sexual y acoso por razón de sexo deben formar parte del diagnóstico negociado que tienen que realizar todas las empresas de 50 o más trabajadores, lo que no significa, por el silencio de la norma, o más bien, la poca claridad de esta, que el Protocolo de Acoso tenga que formar parte necesariamente del contenido del Plan de Igualdad. De hecho, la elaboración del Protocolo antiacoso es obligatorio en todas las empresas, sean del tamaño que sean, y no sólo en aquellas de más de 50 trabajadores. No obstante, si acudimos al punto 7 del Anexo del RD 901/2020 sobre Disposiciones aplicables para la elaboración del diagnóstico, observamos que textualmente dice *“El procedimiento de actuación frente al acoso sexual y el acoso por razón de sexo, formará parte de la negociación del plan de igualdad conforme al art. 46.2 LO 3/2007...”*. En realidad, parece que se está refiriendo a la negociación del diagnóstico y no a

la negociación del Plan de Igualdad como tal. Y es que, una cosa es analizar la existencia de estos riesgos psicosociales en la empresa, y comprobar la situación en la que se encuentran sobre los posibles, o existentes, casos de acoso, y otra diferente es negociar y aprobar el Protocolo antiacoso.

La segunda, que el Protocolo de acoso debe negociarse con la representación de los trabajadores. Si el Protocolo de Acoso forma parte del Plan de Igualdad, la negociación debe correr la misma suerte que el propio Plan de Igualdad. Esto es, se deberá aplicar el art. 5 RD 901/2020, donde se ha establecido la prioridad de negociación con las secciones sindicales, en su defecto con la representación legal de los trabajadores, y en su defecto, habrá que llamar a los sindicatos más representativos. Sin embargo, si el Protocolo se gestiona de forma separada, se puede negociar con la representación legal de los trabajadores y en su defecto con una comisión ad hoc. Aunque no hubiera finalmente acuerdo con los negociadores, las empresas están obligadas a la realización del protocolo, por lo que podrá haber Protocolos de Acoso negociados y Protocolos de Acoso acordados. Sea como fuere, el art. 12 del RD 901/2020 establece expresamente la posibilidad de Registrar los Protocolos a través del depósito voluntario. Entendemos que en este caso, el depósito será voluntario cuando el Protocolo no se incluya como medida dentro del Plan de Igualdad, porque de incluirse, entonces será aplicable la obligación de registro establecida en el art. 11 del mismo RD.

3.2. Contenido de los Protocolos

Sobre el contenido de los Protocolos de Acoso, esta regulación reglamentaria establece (apartado 7 del Anexo del RD 901/2020), que los mismos deberán contemplar algunas cuestiones. Nuevamente, la norma entra a regular, de manera un tanto confusa, lo que un protocolo debe contener, ya que se encuadra en un apartado que se refiere a la negociación del diagnóstico. No obstante, la regulación dice textualmente que *“los procedimientos de actuación contemplarán en todo caso:”* una declaración de principios, la definición de acoso sexual y por razón de sexo e identificación de conductas que pudieran ser constitutivas de acoso; un procedimiento de actuación frente al acoso para dar cauce a las quejas o denuncias que pudieran producirse, y medidas cautelares y/o correctivas aplicables; y la identificación de las medidas reactivas frente al acoso y en su caso, el régimen disciplinario. Yo añadiría, en la línea de lo que comentamos anteriormente, que lo mismo debe contenerse

en relación con el acoso laboral (que también debe incluirse en el Protocolo antiacoso), esto es, su definición, un procedimiento de actuación, medidas cautelares, medidas reactivas y régimen disciplinario.

Más interesante, aunque igualmente confusa la ubicación de su regulación (Disposiciones aplicables para la elaboración del diagnóstico apartado 7 del Anexo del RD 901/2020), nos parecen los principios inspiradores que debe contener todo protocolo. Y decimos debe, porque de nuevo la norma dice que *“los procedimientos de actuación responderán a los siguientes principios:”* a) Prevención y sensibilización del acoso sexual y por razón de sexo. Información y accesibilidad de los procedimientos y medidas; b) confidencialidad y respeto a la intimidad y dignidad de las personas afectadas; c) respeto al principio de presunción de inocencia de la supuesta persona acosadora; d) prohibición de represalias de la supuesta víctima o personas que apoyen la denuncia o denuncien supuestos de acoso sexual y por razón de sexo; e) diligencia y celeridad del procedimiento. Resultaría conveniente que los protocolos recogieran un sistema de seguimiento de los casos de acoso ya que ello dotaría de más eficacia al propio procedimiento de intervención y otorgaría más confianza a sus posibles usuarios, al poder constatar éstos que su iniciativa tendrá un resultado final con una aplicación efectiva; y f) garantía de los derechos laborales y de protección social de las víctimas.

Por otro lado, si atendemos a la normas que han venido regulando esta cuestión, y a las que en breve lo harán (Convenio 190 OIT), el contenido mínimo de los Protocolos debería abarcar tanto las medidas preventivas como paliativas (medidas de intervención y protección), incluyendo una declaración de tolerancia cero con estas actitudes, y que sea conocida por toda la plantilla, por lo que la información, formación y sensibilización aquí es fundamental; la creación de procedimientos para la canalización de denuncias; la formación a los mandos intermedios sobre cómo prevenir y como actuar; que en los procesos se garantice la confidencialidad del denunciante; ofrecer apoyo al trabajador afectado; el establecimiento de procedimientos de investigación e incoación de expedientes, rápidos y adecuados; y por supuesto, la determinación de medidas cautelares.

Ahora bien, ¿qué ha sucedido en la regulación y contenido de los Protocolos de Acoso?. En cumplimiento del art. 48 LOIMH, las empresas, han podido incluir los protocolos de acoso en el marco de la gestión de la prevención de riesgos laborales, a través del Plan de Prevención⁴². Sin embargo,

42 Parece una buena opción, teniendo en cuenta que se trata de riesgos psicosocia-

parece que lo más habitual ha sido hacerlo, bien dentro del Plan de Igualdad, fundamentalmente las empresas grandes⁴³; o bien, en los convenios colectivos, los cuales han ido desarrollando medidas para prevenir o para paliar las situaciones de acoso sexual y por razón de sexo, dentro de su articulado, o a modo de anexo recogido en el propio convenio⁴⁴.

En relación con la articulación del acoso en la negociación colectiva, encontramos Convenios Colectivos que se remiten, sin más, a lo que dice la norma⁴⁵. Otros Convenios Colectivos recogen la definición de acoso⁴⁶, o conductas encuadrables dentro de cada tipo de acoso definido⁴⁷. Otro Convenios, además de definir, establecen procedimientos de actuación o protocolos de acoso que se basan en una prevención secundaria o reactiva a las conductas de acoso⁴⁸. Algunos, hacen declaraciones genéricas de condena de situaciones de

les. El problema en este caso, es que solo se podría abordar una perspectiva preventiva, pero no tanto reparadora. GARCÍA COCA, O., “La articulación jurídica y el contenido de los protocolos de acoso por razón de sexo y de género”, en GOMEZ MILLÁN HERENCIA, M^a. J., *Protocolos de acoso Laboral por razón de sexo y de género como forma de combatir la discriminación*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 70-72. GOIRÍA ORMAZÁBAL, J. I.; OLAIZOLA NOGALES, I. y SAN SEBASTIÁN MENDIZÁBAL, X., “La preminente y eficiente dimensión preventiva: evaluación y planificación de los riesgos psicosociales en las organizaciones públicas en contextos de crisis y cambio”, en MARCOS GONZÁLEZ, J. I. y MOLINA NAVARRETE, C., *El mobbing en las administraciones públicas: Cómo prevenirlo y sancionarlo*, Navarra, Aranzadi, 2010, pp. 66-69.

43 Plan de Igualdad y Protocolo de Dragados (https://www.ugt-fica.org/images/Documentacion/planes_de_igualdad/acs-II-plan.pdf), Plan de Igualdad Mahou y Protocolo de Acoso (<http://planesdeigualdad.uab.cat/wp-content/uploads/2017/06/mahou-anexo-acoso.pdf>); Paln de Igualdad de Hatford SL y su Protocolo de Acoso (<https://www.hartford.es/plan-igualdad-hartford/>).

44 CC Varallia Spain (BOE 9 de agosto de 2017); CC de Eroski (BOE 26 de febrero de 2018)

45 CC Autobar Spain (BOE 5 de octubre de 2012 en su Disp. Adic 2^a); CC Finanzauto (BOE 1 de octubre de 2019 en su Disp. Final 3^a, que remite al Plan de Igualdad que se negociará en la Empresa).

46 CC Estatal Fleet Care Services (BOE 12 de junio de 2018, art. 47); XXI CC para industrias extractivas de vidrio, cerámicas y comercio de estos materiales (BOE 23 de noviembre de 2018, arts. 56 y 57, establece, además de la definición, actuaciones básicas frente al acoso sin perjuicio de lo que establezcan los planes de igualdad de las empresas); CC para las industrias de la construcción y obras publicas de Córdoba (BOP Córdoba 25 de septiembre de 2019, art. 28)

47 VI CC de tiendas de Conveniencia (BOE 6 de julio de 2017)

48 CC para las empresas de comercio al por mayor e importadores de productos químicos, industriales y de droguería, perfumería y anexos (BOE 21 de septiembre de 2018, art. 91); CC de la Voz de Galicia (BOE 21 de noviembre de 2019, arts. 95 y ss.). CC de la

acoso estableciendo compromisos genéricos⁴⁹. Hay algunos, no obstante, que incluyen alguna medida de intervención, pero con enfoque disciplinario⁵⁰, y otros que remiten a una regulación consensuada en un momento posterior⁵¹. Por otro lado, hay Convenios Colectivos que remiten a recomendaciones o normas europeas⁵². No obstante, hay Convenios Colectivos que, con un enfoque más adecuado y avanzado, tienen una dimensión claramente preventiva (tanto primaria como secundaria)⁵³.

La obligación de establecer procedimientos o medidas para evitar situaciones de acoso sexual y acoso por razón de sexo, y también, de acoso laboral general, no tiene por qué hacerse a través de planes de igualdad, aunque pueda ser la vía más acertada para ello, e incluso, parezca, o quiera deducirse de la

empresa Pernord Ricard España SA (BOP Ciudad Real 17 de junio de 2014). Convenio General de la Industria Química de Repsol YPF lubricantes y especialidades (BOE 14 de mayo de 2018)

49 CC sectorial estatal de servicios externos, auxiliares y atención al cliente en empresas de servicios ferroviarios (BOE 28 de marzo de 2017, art. 48)

50 En algunos Convenios, en el apartado en el que se regula el Régimen Disciplinario, se establece junto a los hechos que determinan la comisión de una falta, la definición de las conductas, lo que podría plantear el problema de que haya situaciones de acoso que al no estar incluidas en esa definición, no puedan ser objeto de la falta: CC del sector de comercio de flores y plantas (BOE 6 de septiembre de 2018). En otros Convenios, se tipifican situaciones integrables dentro de las acciones de acosos de forma diferente sin ningún criterio objetivo que los sustente, por lo que unas acciones son faltas graves y otras muy graves: CC de Salas de Fiesta, baile y discotecas (BOE 18 de mayo de 2012). En la mayor parte de los convenios las conductas de acoso se recogen con falta muy grave: CC del sector de industrias de pastas alimenticias (BOE 12 de febrero de 2018) CC de la empresa Mercadona (BOE 18 de febrero de 2019)

51 CC de Adidas España (BOE 20 de abril de 2012, art. 49). No hemos encontrado el Protocolo de esta empresa pero entendemos que se ha producido el desarrollo al que hacía referencia el Convenio Colectivo.

52 CC provincial del sector de la hostelería y turismo de Almería (BOP Almería de 4 de diciembre de 2012, cuyo art. 69 se remite a la Recomendación de la Comisión de 27 de noviembre de 1991 relativa a la protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo, cuyo Anexo recoge un Código de Conducta sobre las medidas para combatir el acoso sexual. Este convenio tan solo hace referencia al Acoso Sexual). II CC estatal del Sector de Contact Center (BOE 12 de julio de 2017).

53 Convenio Colectivo de empresas vinculadas a Telefónica España SAU, Telefónica móviles España y telefónica Soluciones de informática (BOE 13 de noviembre de 2019, que recoge en su Anexo VII el protocolo de acoso como parte del Plan de Igualdad, y también hace una referencia al acoso a través del uso del correo electrónico). Convenio colectivo para las empresas del sector de harinas panificables y sémolas ((BOE 17 de junio de 2020)), que establece la necesidad de hacer una evaluación de riesgos psicosociales.

regulación actual, la necesidad de realizar los protocolos a través de los Planes, una vez que el diagnóstico del plan obliga a analizar la situación de acoso sexual y por razón de sexo en la empresa, siempre y en todo caso (en empresas de 50 o mas trabajadores). Lo que sí parece una realidad es que estos protocolos pueden llevarse a cabo de forma separada, a través de acuerdos de empresa⁵⁴.

Sea como fuere, los Protocolos deben tener por objeto la eliminación del origen y las causas que generan o favorecen la aparición del acoso⁵⁵. En este sentido, nos referimos a la necesidad de que los Protocolos cuenten con una prevención primaria que implica necesariamente la realización de una Evaluación de Riesgos Psicosociales de que hay que partir, y la realización de una serie de actuaciones de concienciación y sensibilización, así como de formación e información frente a las conductas de acoso. En este sentido, debemos destacar el Protocolo de actuación frente al acoso sexual, al acoso por razón de sexo, y al acoso discriminatorio, y frente a todas las formas de acoso y violencia en la carrera judicial⁵⁶. Se trata de un Protocolo que parte de la proclamación de acciones de sensibilización y formación. El Protocolo

54 Protocolo para la prevención contra el acoso de Farmamundi (<https://farmaceuticosmundi.org/wp-content/uploads/2015/12/5-Protocolo-para-la-prevencion-contrael-acoso.-REV.-28042018.pdf>); Protocolo de prevención del acoso laboral, sexual y por razón de sexo de Altia (https://www.altia.es/documentos/Protocolo_Prevenccion_acoso_laboral_sexual_razonsexo.pdf); Protocolo de actuación en caso de acoso sexual y acoso por razón de sexo de Limcamar (https://igualdad.fesmcutg.org/wp-content/uploads/sites/48/2020/10/Protocolo-acoso-sexual_Limcamar.pdf)

55 Ver el exhaustivo UGT-CEC., *Análisis comparado de los protocolos de actuación frente al acoso en el trabajo* (Guía), 2018, <https://www.ugt.es/sites/default/files/guiaaacosoweb.pdf>

56 Acuerdo de 28 de enero de 2016, de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, por el que se publica el Protocolo de actuación frente al acoso sexual, al acoso por razón de sexo, al acoso discriminatorio, y frente a todas las formas de acoso y violencia en la Carrera Judicial (BOE 17 de febrero de 2016: Art. 1 b): “Formar y sensibilizar a los jueces y juezas en materia de acoso sexual, acoso por razón de sexo, acoso discriminatorio, y acoso o violencia en el entorno profesional, dando pautas generales y concretas para identificar dichas situaciones, prevenirlas y evitar que se produzcan en el ámbito profesional”. Art. 5.2 b): “promover una cultura corporativa de prevención y erradicación del acoso sexual, del acoso por razón de sexo, del acoso discriminatorio, y del acoso y de la violencia en el trabajo, a través de acciones formativas e informativas de sensibilización dirigidas, tanto en general a los jueces y juezas integrantes de la Carrera Judicial y a todos y todas a quienes se aplique este Protocolo, como en particular a su propio personal (letrados/as a su servicio), y a quienes ocupen cargos gubernativos dentro de la organización judicial”).

de actuación frente al Acoso laboral de la Administración de Aragón⁵⁷ recoge la realización de una evaluación de riesgos, en el Apartado 7, dedicado a la prevención frente al acoso laboral, y el Protocolo del CC de Técnica de Auxiliar de Gestión Empresarial S.A.⁵⁸, establece también la necesidad de realizar una evaluación de riesgos psicosociales, en su Apartado 3.1. También hay que destacar el Protocolo de Acoso del Banco Santander que establece un elenco de medidas preventivas entre las que podemos destacar, entre otras, la realización periódica de una encuesta de clima laboral, la realización de una evaluación de riesgos psicosocial, y la información a todas las empresas en las que se deba aplicar el art. 24 y RD 171/2003 de coordinación de actividades empresariales, de la existencia del Protocolo y la necesidad de respetarlo⁵⁹.

Por otro lado, hay Protocolos que lo que hacen es establecer medidas de prevención secundaria, es decir, se trata de buscar, identificar y detectar conductas, actuaciones y comportamientos en una empresa que puedan ocasionar, o que favorezcan, la aparición de situaciones de acoso. Si estas situaciones se producen, podremos decir que no se garantiza la seguridad de los trabajadores de forma eficaz. En este sentido, encontramos el Protocolo de acoso laboral del CC de Kone Elevadores⁶⁰ que establece en su Anexo I unas medidas concretas de prevención secundaria enmarcando dichas actuaciones bajo los arts. 14 a 16 LPRL, es decir, medidas que se centran en diferentes ámbitos de la organización del trabajo de dicha empresa para detener o retardar el progreso del acoso laboral en cualquiera de sus manifestaciones mediante el análisis de la carga de trabajo y la distribución que esta pueda tener; la necesaria transmisión de los objetivos que hayan sido acordados de forma clara y evitando posibles desigualdades que deriven en distintos tipos de acoso laboral; aplicando la necesaria participación de los representantes de los trabajadores en estos procesos; y estableciendo un reparto de responsabilidades y tareas que sea adecuado a cada uno de los puestos de trabajo. Por su parte, el Protocolo de acoso laboral del CC de Distribuidora de Televisión Digital y Compañía independiente de Televisión⁶¹ establece también algunas medidas de prevención secundaria y es que cada uno de los responsables tiene la obligación de garantizar dentro de su correspondiente ámbito todas las medidas encaminadas a ofrecer unas condiciones adecuadas donde sus co-

57 BO Aragón de 28 de diciembre de 2012

58 BOE de 19 de junio de 2017

59 <https://www.ccoo-servicios.es/archivos/texto%20protocolo%20acoso%20laboral.pdf>

60 BOE 9 de diciembre de 2019

61 BOE 1 de agosto de 2020.

respondientes trabajadores tengan un ambiente libre de comportamientos constitutivos de acoso y que respete la intimidad e integridad física y moral de cada integrante, entre otras medidas (Disp. Adic. Única). El Protocolo de acoso laboral del CC de la empresa PEPSICO FOODS AIE⁶² establece una medida de prevención secundaria relacionada con los sistemas de consulta y asesoramiento y es que ofrece un servicio telefónico de carácter anónimo y gratuito para que lo usen todos sus trabajadores para los supuestos en que prevean que están siendo acosados y/o que tengan conocimiento de situaciones de acoso en la empresa (art. 32). Por último, el Protocolo de actuación frente al acoso laboral en la administración regional de Murcia⁶³ que establece unas medidas de prevención secundaria relacionadas con la identificación precoz de las situaciones de riesgo, concretamente la promoción y ejecución de protocolos de vigilancia de la salud laboral con indicadores que faciliten el poder detectar las conductas generadoras de acoso laboral para evitar que se agrave más la salud de trabajadores afectados por este riesgo psicosocial.

Por último, encontramos Protocolos, la mayoría de hecho, que lo que establecen es una prevención terciaria, es decir, que tienen por objeto paliar y reponer y/o restituir a la víctima, es decir, ponen de manifiesto situaciones ya producidas de acoso, y la rehabilitación o recuperación de las personas trabajadoras que han sido víctimas de acoso⁶⁴. La mayor parte de estos Protocolos establecen dos tipos de procedimientos a seguir⁶⁵: el procedimiento informal, de corta duración, donde interviene un mediador, que es una persona de la empresa con formación para la resolución de problemas de este tipo; y el procedimiento formal, que contiene dos fases. Una fase de investigación y una fase de resolución.

En lo que tiene que ver con la activación del protocolo, podemos poner como ejemplos, el Protocolo de la cámara de Cuentas de Andalucía, en

62 BO Huelva 27 de noviembre de 2017

63 BO Murcia 10 de marzo de 2015

64 Protocolo de Acoso de Ikea Ibérica: https://www.igualdadenlaempresa.es/DIE/red-DIE/docs/IKEA_Protocolo.pdf; III Plan de Igualdad de la empresa Eiffage Energía SL firmado el 10 de diciembre de 2019, que contiene el Protocolo de Acoso <https://www.energia.eiffage.es/wp-content/uploads/2020/02/Eiffage-Energ%C3%ADa-III-Plan-Igualdad-registrado-2.pdf>

65 Aunque algunos solo recogen un único procedimiento a seguir como el Protocolo para la prevención y erradicación del Acoso de FCC <https://www.fcc.es/documents/13935105/16968104/PROTOCOLO+DE+ACOSO-Espa%C3%B1ol.pdf/9a26a652-42e4-021f-45dd-827c719ba236?t=1606214973258>, o el Protocolo recogido en el CC de Ilunion Seguridad SA (BOE 28 de febrero de 2018)

el que se establece que puede incoar el procedimiento, la persona acosada o la representación de los trabajadores; en el Protocolo para las empresas de Harinas Panificables y Sémolas⁶⁶, incoa el procedimiento la persona acosada o cualquier persona que tenga conocimiento de la situación; y en el Protocolo de Instituciones Sanitarias del Servicio Madrileño de Salud, puede iniciar el procedimiento la persona acosada, la Representación de los Trabajadores, el delegado de prevención, cualquier persona que tenga conocimiento, o el Servicio de Prevención de Riesgos Laborales. Por lo que se refiere a las comisiones y/o órganos encargados del procedimiento, en el Protocolo del CC del Grupo Eroski⁶⁷, en las definiciones del Protocolo para la prevención y tratamiento de los casos de acoso sexual y por razón de sexo en el puesto de trabajo, se menciona a la Comisión Instructora de Tratamiento de Situaciones de Acoso como el órgano encargado de tramitar el procedimiento. La Comisión interviene para la instrucción o investigación de los hechos y elabora un informe de conclusiones. Y en el Protocolo del CC para las empresas del sector de Harinas Panificables y Sémolas⁶⁸ se hace una diferenciación en la composición del Órgano Instructor en función de si el acoso es sexual o por razón de sexo o se trata de acoso discriminatorio o moral. En el primer caso, actúa como órgano instructor la Dirección de Recursos Humanos o la persona designada por esta; y por parte de la representación sindical, la persona responsable de igualdad designada por ésta. En caso de acoso discriminatorio o moral, actuará como instructor la persona designada por la representación legal de los trabajadores y trabajadores en el Comité de Seguridad y Salud. En el mismo artículo del protocolo se subraya que las personas que participan como instructores, deben reunir las “debidas condiciones de aptitud, objetividad e imparcialidad que requiere el procedimiento”.

Todos los Protocolos deben contener una serie de garantías para la consideración y protección de los trabajadores. Entre ellas, encontramos la confidencialidad, la celeridad, la contradicción y la normalización. En este sentido, podemos destacar el Protocolo de la empresa IGTP⁶⁹ en el cual la persona que presenta una queja o una acusación, sabe que se tramitará con toda la rapidez posible, puede hacerse acompañar de la persona que considere de su

66 BOE 17 de junio de 2020

67 BOE 26 de febrero de 2018

68 BOE 17 de junio de 2020

69 [https://www.germanstrias.org/media/upload/arxiu/Who%20we%20are/Transparency/RRHH/PROTOCOLO%20DE%20ACOSO_V1_CAST\(1\).pdf](https://www.germanstrias.org/media/upload/arxiu/Who%20we%20are/Transparency/RRHH/PROTOCOLO%20DE%20ACOSO_V1_CAST(1).pdf)

confianza, deberá recibir información de la evolución de la acusación, y de las acciones correctoras que resulten, y además debe garantizarse que no quedará ningún registro de la denuncia en su expediente personal. Por su parte, también se deben garantizar los derechos de la persona acusada, por lo que esta deberá estar informada, recibir una copia de la denuncia y poder responder, hacerse acompañar de alguien de su confianza y recibir información de la evolución de todo el proceso.

Por lo que se refiere a las medidas cautelares, tenemos que mencionar el Protocolo del Convenio Colectivo de empresas vinculadas a Telefónica de España SAU, Telefónica Móviles España y Telefónica Soluciones de informática y comunicaciones (BOE 13 de noviembre de 2019) en cuyo punto 8.4 del Anexo I establece como medida “la separación de la víctima del presunto acosador” e indica la posibilidad de establecer otras medidas cautelares diferentes a esta. Lo relevante es que lo hace desde el principio del no perjuicio a la víctima por la adopción de estas medidas, ya que establece que en ningún caso podrán suponer para la víctima un perjuicio o menoscabo de las condiciones de trabajo, ni modificación sustancial de las mismas. Sin dicha comprobación esta solución provisional no estaría realmente protegiendo a la víctima que podría verse incluso más perjudicada además de sufrir todo lo que supone un acoso laboral en su salud física, psíquica y social. Si en el transcurso del proceso la víctima causara baja por situación de Incapacidad Temporal derivada de la situación que viene padeciendo, el representante del Servicio Mancomunado de Prevención integrante del Comité Técnico podrá derivar o propondrá la derivación del trabajador a los facultativos médicos que puedan prestarle apoyo.

Por último, destacar algunos Protocolos que establecen buenas prácticas en relación con la finalización del procedimiento, y con el seguimiento de los casos. El Protocolo del CC para las empresas del sector de Harinas Panificables y Sémolas establece, una vez constatado el acoso, apoyo psicológico y social a la persona acosada, modificación de las condiciones laborales que se estimen más beneficiosas para la recuperación, adopción de medidas de vigilancia y protección de la persona trabajadora acosada, y la formación y reciclaje para la víctima cuando haya estado un largo periodo en situación de incapacidad temporal por la situación de acoso. El CC del Grupo Eroski, no establece estas medidas tan concretas, sino que hace una declaración genérica sobre la necesidad de que La Comisión de Igualdad apoye a la Comisión Instructora cuando lo solicite y hará un seguimiento general de los casos de acoso producidos en el ámbito de la empresa. En el Protocolo de la empresa

BASF⁷⁰, en el apartado 10 se enumeran las garantías que la Empresa proporciona a las personas afectadas de los casos de acoso, y entre ellas propone “facilitarle otras vías de apoyo (médicas, psicológicas, etc.)”, en este caso, como en la mayoría de los protocolos, no se detalla más sobre cómo se proporcionaría o desarrollaría ese apoyo, por lo que queda como una declaración genérica que necesita de concreción posterior.

4. Valoración general y propuestas de futuro

El acoso sexual y el acoso por razón de sexo, ambos considerados como acosos discriminatorios, y como riesgos laborales cuando se producen en el ámbito laboral (ya sea privado o en las administraciones públicas), tienen su definición en nuestra normativa nacional en la LOIMH. Una definición, no obstante, que se produce como consecuencia de un procedimiento integrador de los instrumentos internacionales y europeos que a lo largo de los últimos lustros se han ido aprobando, ratificando y trasponiendo, como es el caso del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, aprobado en Estambul el 11 de mayo de 2011, la Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio de 2006 relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades y de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, la Recomendación 92/131 de la Comisión Europea sobre la protección de la dignidad de la mujer y el hombre en el trabajo, y el Acuerdo Marco de los Agentes Sociales Europeos sobre violencia y Acoso en el trabajo (2007).

Pero si algo podemos afirmar es que, tras la aprobación por parte del OIT de su Convenio 190 (2019) y la correspondiente Recomendación 206 (2019), estamos ante un antes y un después en la regulación de la violencia y el acoso en el trabajo. Evidentemente no solo el sexual y el acoso por razón de sexo, sino también el laboral, y cualquier otra forma de violencia en el entorno laboral. Y ello es así, no sólo porque el Convenio haga sus correspondientes definiciones, que tendremos que adaptar, especialmente para eliminar, si es que quedaba alguna duda interpretativa, algunos elementos como la reiteración y la intencionalidad, sino porque hace una comprensión amplia del mundo del trabajo, con una tendencia al alcance universal, tanto espacial como personal, a la que también tendremos que prestar atención cuando sea ratificado por

70 https://www.igualdadenlaempresa.es/redEmpresas/distintivo/docs/basf_proto.pdf

nuestro país. Y por si esto fuera poco, el Convenio centra toda la regulación de la violencia y el acoso laboral en la perspectiva de la prevención con referencias constantes a la adopción de medidas para prevenir estas situaciones y/o conductas; la necesidad de establecer medidas de sensibilización y formación, y la llamada, del propio Convenio para su aplicación, a las legislaciones nacionales, ampliando o adaptando las medidas de seguridad y salud laboral, para que abarquen de forma clara la violencia y el acoso.

Por lo que hace a nuestra normativa sobre el acoso sexual y el acoso por razón de sexo, desde la perspectiva laboral, encontramos la LOIMH, así como toda la normativa de prevención de riesgos laborales que también resulta aplicable tanto para la prevención de esas situaciones, como para su solución en los supuestos en los que ya se haya actualizado y existan tales conductas. En este sentido, resulta especialmente relevante la negociación colectiva y la regulación contenida en los Protocolos de Acoso, que se configuran como el instrumento regulatorio idóneo para la prevención de cualquier tipo de violencia en el trabajo, y para la solución de los conflictos surgidos una vez producidas las conductas de acoso. La regulación de los protocolos de acoso podemos encontrarla tanto a nivel internacional como nacional. Pero hay que destacar que en nuestro país, la realización de estos protocolos se configuran como de obligado cumplimiento para todas las empresas, al menos en lo que tiene que ver con las conductas de acoso sexual y acoso por razón de sexo. Y ahora, además, con la aprobación del RD-Ley 6/2019, y el RD 901/2020, es un deber de las empresas que en la elaboración del diagnóstico de los Planes de Igualdad se analice también la prevención del acoso sexual y el acoso por razón de sexo. Cuando el Plan de Igualdad incorpore el Protocolo de Acoso, se debe registrar como un documento único tal y como ha venido a recoger el RD 901/2020, y cuando el Protocolo no se incorpore al Plan de Igualdad como tal, sino que se negocie como contenido aparte, o para los casos en las que las empresas no estén obligadas a tener un Plan de Igualdad, se ha establecido la posibilidad también de registrar estos protocolos, pero en esta ocasión, con carácter voluntario.

Respecto al tratamiento efectuado por la negociación colectiva, lamentablemente muchos textos paccionados se configuran sólo como la reiteración de los preceptos legales, sin contener procedimientos de actuación basados en una prevención primaria o secundaria, sino al contrario, estableciendo solo procedimientos que buscan paliar conductas de acoso ya producidas. Por tanto, es difícil encontrar protocolos que incluyan verdaderas medidas preventivas ante estas situaciones, preferiblemente acordadas con la representa-

ción legal de los trabajadores. Lo que sí que hay que destacar es que muchos de los protocolos de las empresas han optado por incluir en el mismo todas las formas de acoso y hostigamiento y no sólo las específicamente previstas en la LOIMH. Algo que, desde nuestro punto de vista, se manifiesta como un acierto por las diferentes razones que hemos expuesto.

Entre las medidas preventivas que podría contener el Plan de Igualdad, a la luz del nuevo RD 901/2020, estarían las siguientes: 1) Incluir una declaración pública de tolerancia cero con estas actitudes que será conocida por toda la plantilla. Puede estar disponible en la intranet de la compañía; 2) Creación de procedimientos para la canalización de denuncias, con medidas tales como teléfonos de atención o un mecanismo de notificación electrónico. 3) Realización de actuaciones de información o sensibilización con toda la plantilla; y 4) Desarrollo de planes integrales de prevención del acoso en la empresa. Por su parte, respecto a las medidas paliativas (producida ya la situación de acoso) pueden señalarse las siguientes actuaciones: 1) Garantizar la confidencialidad del denunciante; 2) Ofrecer apoyo incondicional a la víctima; 3) Iniciar un procedimiento de investigación e incoar un expediente informativo; 4) Medidas cautelares: separación de la víctima y el presunto agresor, sin que eso signifique una modificación sustancial de las condiciones de trabajo de la persona que sufre acoso. En definitiva, se han de incorporar mecanismos ágiles para la apertura de expedientes de investigación sobre la conducta de acoso, en los que prime la transparencia y confidencialidad.

Por lo que se refiere a las propuestas en relación con las situaciones de acoso, varias son las que hemos ido mencionando a lo largo de este trabajo. En primer lugar, la ratificación del Convenio 190 de la OIT nos lleva necesariamente a la adaptación de nuestra normativa, así como a la reinterpretación hecha por nuestros Tribunales. En este sentido, elementos que los Tribunales han venido exigiendo para condenar este tipo de conductas quedan ahora, cuanto menos, desdibujados, en cuanto a la determinación de tal conducta violenta. En segundo lugar, la necesidad de controlar no solo la existencia de los protocolos de acoso, sino que los mismos tengan un contenido adecuado y real en cuanto a la prevención de estos riesgos, no bastando solo con el establecimiento de medidas y procedimientos paliativos, o las meras declaraciones de intenciones. Por ello, el papel que debe tener la prevención de riesgos laborales en la elaboración, desarrollo y aplicación de estos protocolos se configura como obligatoria, siendo la Inspección de Trabajo quien deberá controlar que verdaderamente se da cumplimiento a esto. Y en tercer lugar, la necesidad de incluir en los Protocolos, no sólo los distintos tipos de acoso que

conocemos (acosos discriminatorios y acoso laboral), sino aquellos otros que ahora se producen como consecuencia de la incorporación de las nuevas tecnologías. Pese a que esto es un tema objeto de otro trabajo, no podemos dejar de mencionar el ciberacoso como una nueva forma o submodalidad de acoso. El ciberacoso tiene sus propias características y que debe ser también tenido en cuenta, ahora más que nunca, no solo por la evolución en el uso de medios electrónicos, redes sociales, foros, webs, chats, etc., sino por la evolución que se ha producido en los últimos tiempos del teletrabajo, ya sea como medida de prevención derivada de la pandemia, ya sea por la nueva regulación que ha tenido ocasión recientemente, y que ya prevé, precisamente, la necesidad de tener en cuenta el riesgo de acoso en esta nueva forma de trabajo.

Dykinson, S.L.