

Retos pendientes en igualdad de género: temas emergentes en la nueva normativa y la tutela frente a la discriminación

José Sánchez Pérez

*Profesor contratado doctor (acreditado) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Granada*

Extracto

En la actualidad, el derecho a la igualdad entre hombres y mujeres se muestra como un símbolo de progreso. Bajo esta referencia, la mayoría de los ordenamientos jurídicos han incorporado normas dirigidas a eliminar las diferentes manifestaciones de discriminación en el ámbito de las relaciones laborales. Uno de los objetivos clave para alcanzar la igualdad efectiva se centró en la lucha contra la brecha salarial por motivos de género. Sin embargo, la discriminación por razón de género ofrece perfiles transversales, no siempre identificables a primera vista, pues a las situaciones de discriminación directa que se producen en el empleo se añaden otras menos perceptibles, pero que minan de forma indirecta los derechos laborales y la proyección profesional de la mujer. La normativa recientemente aprobada pone sobre el tapete temas cuyo conocimiento será primordial para afrontar los retos pendientes en igualdad de género. El desarrollo de los planes de igualdad, las auditorías retributivas, la transparencia, el registro salarial y la determinación del «trabajo de igual valor» en el análisis comparativo de los puestos de trabajo ocuparán un papel clave en este nuevo escenario. Junto a todo ello resulta esencial abordar el análisis de los mecanismos articulados en sede judicial para ofrecer una adecuada protección frente a la discriminación.

Palabras clave: discriminación de género; brecha salarial; planes de igualdad; trabajo de igual valor; auditorías retributivas.

Fecha de entrada: 24-09-2020 / Fecha de revisión: 05-11-2020 / Fecha de aceptación: 05-11-2020

Cómo citar: Sánchez Pérez, José. (2020). 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*, 453, 103-134.



The remaining challenges in gender equality: emerging themes in the new legislation and the protection against the discrimination

José Sánchez Pérez

Abstract

At present, the right of equality between men and women is expressed as a symbol of progress. By this reference, the most legal systems have adopted rules aimed at eliminating gender disparities in labor relations. One of the key objectives to achieve effective equality focused on tackling the gender pay gap. However, discrimination based on gender offers cross-cutting profiles, not always identifiable at first glance, insomuch as the situations of direct discrimination that occur in employment others are added that are less noticeable but indirectly undermine labor rights and the professional projection of women. The recently approved regulation have put on the table topic whose knowledge it will be essential to face the pending challenges in gender equality. The development of equality plans, remuneration audits, transparency, the salary record and the identification of work of equal value in comparative analysis of jobs will play a key role in this new setting. At the same time, it is essential address the analysis of articulated mechanisms in court to offer adequate protection against discrimination.

Keywords: sex discrimination; salary gap; equality plans; work of equal value; remuneration audits.

Citation: Sánchez Pérez, José. (2020). The remaining challenges in gender equality: emerging themes in the new legislation and the protection against the discrimination. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 453, 103-134.

Sumario

1. Igualdad de género y retos pendientes frente a la discriminación laboral
 - 1.1. La nueva normativa protectora frente a la discriminación
 - 1.1.1. Real Decreto 901/2020 por el que se regulan los planes de igualdad y su registro
 - 1.1.2. Real Decreto 902/2020 de igualdad retributiva entre mujeres y hombres
 - 1.2. Las claves de la nueva normativa
 - 1.2.1. El «trabajo de igual valor»
 - 1.2.2. La transparencia retributiva
 - 1.2.3. El registro salarial
 - 1.2.4. Las auditorías retributivas
 - 1.2.5. La valoración de los puestos de trabajo
 - 1.2.6. Las consecuencias sancionadoras de la ausencia de registro
2. El derecho de no discriminación
 - 2.1. La delimitación del principio de igualdad
 - 2.2. El tránsito desde la noción formal de discriminación hacia la noción material
 - 2.3. El concepto de no discriminación
3. La igualdad como principio general del derecho comunitario
 - 3.1. La discriminación directa
 - 3.2. La discriminación indirecta
4. La discriminación en el ámbito laboral por razón de género
 - 4.1. Las diferencias retributivas que discriminan a la mujer trabajadora
 - 4.1.1. Doctrina del TJUE sobre diferencias retributivas discriminatorias
 - 4.1.2. Doctrina jurisprudencial nacional sobre diferencias retributivas y otras prácticas discriminatorias
 - 4.2. La discriminación asociada a la maternidad de la mujer trabajadora
 - 4.2.1. El embarazo como razón determinante para el rechazo de la contratación
 - 4.2.2. El despido de la trabajadora embarazada
 - 4.2.3. El permiso de maternidad y otros derechos afines en el foco de la discriminación



- 5. Protección frente a la discriminación de género en la doctrina española
 - 5.1. Acciones frente a la vulneración de la prohibición de discriminación retributiva
 - 5.2. Acciones asociadas a la protección del embarazo y de la maternidad
 - 5.2.1. Declaración de nulidad objetiva del cese relacionado con el embarazo
 - 5.2.2. La reparación del daño causado
 - 6. Conclusiones relativas a la protección antidiscriminatoria
- Referencias bibliográficas

1. Igualdad de género y retos pendientes frente a la discriminación laboral

La consecución de la igualdad real constituye un objetivo de compleja materialización más allá del derecho de no discriminación proclamado en el artículo 14 de la Constitución española (CE). Desde la aprobación de la Ley orgánica 3/2007, de 3 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOIEMH), se ha afrontado el nada fácil objetivo de eliminar la discriminación de la mujer no solo en las esferas política, social y económica, sino también en el ámbito de las relaciones laborales.

Son varios los frentes abiertos para acometer los retos que impone la discriminación de género. A tal fin se impone abordar el tratamiento normativo ofrecido al problema, destacando las recientes novedades producidas en este ámbito y el tratamiento que la doctrina de los tribunales desarrolla ante los diferentes perfiles que acogen los comportamientos discriminatorios.

1.1. La nueva normativa protectora frente a la discriminación

A nivel nacional, la iniciativa legislativa en el ámbito antidiscriminatorio parte de la aprobación de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, incorporándose al Estatuto de los Trabajadores (ET) (art. 55.5) la declaración de nulidad de los despidos de las trabajadoras en situación de embarazo o maternidad, que será apreciada con criterio objetivo, siempre que no se ofrezca de forma acreditada una razón procedente para la validez del despido por causas disciplinarias.

La LOIEMH, así como el Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para la igualdad de mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, procedieron a incorporar los planes de igualdad.

El real decreto rebajó el umbral de 250 personas trabajadoras (fijado por la LOIEMH) a 50 relativo a la obligatoriedad por parte de las empresas de elaborar planes de igualdad y contemplar las auditorías de salario. Fija además las exigencias de facilitar por parte de la empresa todos los datos e información que resultaran precisos para su elaboración, así como la inscripción del plan en un registro creado al efecto. Las medidas previstas pretenden la remoción de los obstáculos que limiten o dificulten la igualdad efectiva entre hombres

y mujeres. Prevé, en suma, un diagnóstico objeto de negociación con un contenido mínimo que incorporará materias entre las que se cuentan: a) los procesos de selección y contratación, b) la clasificación profesional, c) la formación profesional, d) la promoción profesional, e) las condiciones laborales, f) los derechos de conciliación de la vida personal y laboral, g) la infrarrepresentación femenina, h) las retribuciones e i) la prevención de los distintos tipos de acoso.

De otro lado, el real decreto modifica el artículo 28.1 del ET que incorpora la igualdad de remuneración por razón de sexo utilizando como parámetro comparativo el «trabajo de igual valor», conforme a la normativa internacional y comunitaria relativa a las políticas de igualdad. El desarrollo reglamentario del precepto se ha afrontado a través de los Reales Decretos, de 13 de octubre, 901/2020 y 902/2020, en los que se abordan, respectivamente, los planes de igualdad y su registro, y las auditorías salariales. El primero de ellos regula el contenido mínimo que han de incorporar los planes de igualdad, en tanto que el segundo tiene como objetivo el establecimiento de medidas concretas para alcanzar la efectividad del derecho de igualdad de trato y no discriminación en materia retributiva, apelando a la consolidación de los principios de transparencia retributiva e igual retribución por «trabajo de igual valor» a través del registro y auditoría retributiva establecidos para las empresas con obligación de elaborar planes de igualdad. Los decretos persiguen ofrecer garantías de igualdad retributiva, estableciendo las pautas para que los planes de igualdad alcancen efectividad a través de un registro público con retribuciones desglosadas y promediadas cuyo conocimiento se encuentre al alcance de las personas trabajadoras, vinculándose a una clasificación profesional que ha de ser revisada a tenor de la referencia del «trabajo de igual valor».

1.1.1. Real Decreto 901/2020 por el que se regulan los planes de igualdad y su registro

Desarrolla la realización de los planes de igualdad y su registro, así como su diagnóstico, haciendo mención de las obligaciones relativas al registro, depósito y acceso. Contempla la obligación de las empresas de poner en marcha planes de igualdad que resulten efectivos y que se centren en la consecución de logros reales, salvando los estereotipos de género. Para avanzar en el terreno de la inclusión de los planes de igualdad en el ámbito convencional se fijan criterios precisos a efectos de legitimación para poner en marcha el procedimiento de negociación colectiva.

Las empresas, de este modo, dispondrán de 6 meses, hasta mediados de abril de 2021, para adaptar los registros salariales, obligatorios a tenor de la ley preexistente, a las precisiones y obligaciones detalladas en el reglamento. El objetivo perseguido se traduce en identificar las discriminaciones que puedan ser directas o indirectas asociadas a inadecuadas valoraciones del puesto de trabajo; circunstancia que se manifiesta cuando al desempeñar un «trabajo de igual valor» se percibe un salario inferior sin que la diferencia resultante pueda alcanzar justificación legítima.

La norma fija el contenido mínimo que han de incorporar los planes de igualdad. Estos han de contemplar necesariamente: la determinación de las partes que lo suscriben, el ámbito personal, territorial y temporal que se ve implicado, el informe diagnóstico de la situación de la empresa o grupo de empresas, los resultados de la auditoría retributiva con expresión del periodo de tiempo en el que se lleva a cabo, la concreción de los objetivos asumidos por el plan desde una visión cualitativa y cuantitativa, la identificación de las medidas específicas adoptadas, así como los plazos fijados para su implementación, la concreción de los medios y recursos de carácter material y humano precisos para el seguimiento y evaluación de las medidas, el calendario fijado con expresión de las actuaciones previstas, su seguimiento y evaluación, la fijación de un órgano de carácter paritario que se encargue de realizar el seguimiento, evaluación y revisión de los planes y, en último término, la fijación de un procedimiento que permita abordar los procedimientos para solventar las discrepancias y las modificaciones que puedan surgir en la aplicación, seguimiento, evaluación o revisión de los planes.

En relación con la aplicación de los planes de igualdad, la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) 778/2019, de 13 de noviembre, aborda el criterio discriminatorio que se puede producir en la cesión de personas trabajadoras por las empresas de trabajo temporal respecto de las empresas usuarias en cuanto a las condiciones de empleo que se les hubieran aplicado de haber sido contratadas por estas, en concreto respecto de la:

[...] protección de las mujeres embarazadas y en periodo 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.

1.1.2. Real Decreto 902/2020 de igualdad retributiva entre mujeres y hombres

Desde la perspectiva de política jurídica se ha postulado desde hace años como una de las medidas a llevar a cabo avanzar en la determinación de los trabajos que se han de considerar de «igual valor». La práctica referente viene de la mano de la experiencia francesa donde existe el deber de negociar las clasificaciones profesionales cada 5 años. En tal sentido, la medida alcanzaría un efecto relevante si se supervisa con una adecuada perspectiva de género (Serrano Argüeso y Aboitiz Cazalis, 2018, p. 144).

El Real Decreto 902/2020, de 13 de octubre, incorpora el desarrollo reglamentario del artículo 28 del ET. Procede a identificar el significado y alcance del «trabajo de igual valor», la obligación de llevar a cabo un registro retributivo; relaciona los sistemas de clasificación profesional incorporados en los convenios colectivos con la necesidad de vincularlos con el registro y transparencia operada a través de una adecuada valoración de los puestos de trabajo. Asimismo, se atiende a lo establecido en los artículos 22.3 y 12.4 d) del ET (ambos también

redefinidos por el RDL 6/2019) en el sentido de que la clasificación profesional se ha de llevar a cabo atendiendo a criterios libres de discriminación, eludiendo tanto la directa como la indirecta.

Se fija para todas las empresas que cuenten con más de 50 personas trabajadoras la obligación de realizar un registro que contabilice las retribuciones para poder determinar si concurre una valoración inadecuada del puesto de trabajo en función del género. En consecuencia, aquellas han de elaborar un plan de igualdad y llevar a cabo una auditoría que pondere las retribuciones. De este modo se debe realizar un diagnóstico de la situación retributiva a partir del cual no solo se han de rectificar las diferencias de trato, sino abordar la prevención de las que puedan surgir. Desde el Ministerio de Trabajo e Igualdad se implementarán, vía orden ministerial, las herramientas que puedan servir de modelo para poder ser usadas por las empresas sin coste añadido para que, de este modo, se pueda conseguir una información debidamente desglosada respecto de las categorías profesionales y las relaciones de equivalencia entre «trabajos de igual valor».

Se precisan cuestiones como los criterios a tener en cuenta para realizar el recuento de personas trabajadoras de la empresa a efectos de determinar la obligatoriedad de implementar los planes de igualdad, así como las opciones que se facilitan en los grupos de empresa para poder aplicar un plan de igualdad común a las filiales siempre que se perfilen de forma precisa las actividades concretas desarrolladas por cada una de ellas. Una vez sujetos a aprobación los planes de igualdad mantendrán su efectividad incluso aunque se reduzca la plantilla por debajo del límite de 50 personas trabajadoras establecido. En cuanto a la duración se respeta la que acuerden las partes con una duración máxima de 4 años.

1.2. Las claves de la nueva normativa

Son múltiples los desafíos que de cara a la consecución de la igualdad de género se desprenden de la nueva regulación. Algunos, con cierta trayectoria ya, alcanzan una nueva perspectiva. Otros pretenden instalarse de forma definitiva en la nueva regulación antidiscriminatoria ofreciendo herramientas que permitan llevar el planteamiento abstracto del derecho formal a la realidad. Los relacionamos:

1.2.1. El «trabajo de igual valor»

La nueva normativa precisa que se considerará que un trabajo tiene igual valor que otro en los supuestos en los que:

[...] 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.

Respecto a la definición expuesta, «la naturaleza de las funciones o tareas» atiende al contenido esencial de la prestación de servicios y vendrá determinada por lo contemplado en la ley o el convenio colectivo, así como por el contenido real del trabajo desempeñado.

La alusión a las «condiciones educativas» considera la correspondencia con las cualificaciones regladas que aparezcan conectadas con la prestación objeto del desempeño laboral. Las «condiciones profesionales y de formación» atienden a las que permitan justificar la cualificación y el nivel profesional alcanzado, con inclusión de la experiencia acumulada o la formación reglada recibida.

Y, por último, se entiende por «condiciones laborales y por factores profesionales y de formación» aquellos que partiendo de una caracterización diferente a las aludidas puedan considerarse relevantes para la realización de la prestación de servicios.

1.2.2. La transparencia retributiva

Se entiende que la misma concurre cuando se han articulado registros retributivos, la auditoría retributiva y un sistema de valoración de puestos de trabajo en el contexto de la clasificación profesional característica de la empresa afectada y del convenio colectivo que resulta aplicable.

Un aspecto clave del registro salarial radica en la accesibilidad que se ha de dotar al mismo, de modo que ha de estar a disposición de cualquier persona trabajadora de la empresa facilitándose, en primer término, a la representación legal de las personas trabajadoras, haciendo accesible el objetivo de la transparencia. En este sentido, la información facilitada correspondiente al registro retributivo no incluirá los datos promediados relativos a las cuantías efectivas de las retribuciones que aparezcan en el registro –evitando la identificación de las personas trabajadoras con su retribución–, sino solo las diferencias porcentuales que se evidencien en las retribuciones salariales de la empresa, desagregando las promediadas de mujeres y hombres.

1.2.3. El registro salarial

El ET ya contemplaba no solo la obligación de la empresa de ofrecer una retribución uniforme por los «trabajos de igual valor», sino la de confeccionar un registro detallado y con distinción del sexo de las personas trabajadoras.

Desde ahora, la norma va a establecer la exigencia de desglosar de forma precisa «la media aritmética y la mediana de lo realmente percibido por cada uno de estos conceptos en cada grupo profesional, categoría profesional, nivel, puesto o cualquier otro sistema de clasificación aplicable». En modo añadido, estos datos deberán presentarse de

modo desagregado vinculándose al carácter de la retribución y considerando los diferentes conceptos abonables (salario base y complementos de carácter salarial y extrasalarial), detallándose la información de modo diferenciado. Toda la plantilla ha de quedar incluida en el registro retributivo, incluyéndose de forma expresa tanto el personal directivo como el que ostenta un alto cargo. En la confección del registro salarial se consultará a la representación legal de las personas trabajadoras en un plazo que se anticipará en 10 días a su elaboración.

1.2.4. Las auditorías retributivas

Todas las empresas que lleven a cabo un plan de igualdad han de incorporar una auditoría retributiva con carácter previo a su negociación. La condición previa, de modo lógico, vendrá dada porque la empresa alcance el número mínimo de personas trabajadoras que determine la obligación de realizar los planes de igualdad. La implementación de los planes de igualdad (ex RDL 6/2019) ya expresaba que resultaban obligatorios para las empresas con más de 150 personas trabajadoras. Por añadidura, una vez que resulta obligatorio el plan de igualdad, surge en paralelo el deber de realizar la auditoría retributiva.

El contenido de la auditoría debe integrar los datos precisos para verificar si el modelo de retribución empresarial, de modo íntegro y transversal, respeta la igualdad retributiva. En igual forma ha de identificar los medios disponibles para «evitar, corregir y prevenir los obstáculos y dificultades existentes» al objeto de garantizar esta igualdad. Su vigencia quedará equiparada a la del plan de igualdad, con la salvedad de que expresamente se indique lo contrario.

La empresa que la realice asumirá un doble compromiso: de una parte, ha de confeccionar un diagnóstico de la situación retributiva de la entidad auditada haciendo un análisis valorativo de los puestos de trabajo e identificando los condicionantes que pudieran provocar diferencias salariales, la promoción profesional o incidencias de otro tipo que afectaran a la conciliación de la vida familiar y laboral. En segundo término, desde un posicionamiento proactivo debe programar un plan de actuación que permita abordar la corrección de desigualdades retributivas, concretando a través de una planificación objetivos, actuaciones y responsables de su puesta en marcha y seguimiento.

Las empresas que precisen llevar a cabo una auditoría retributiva habrán de realizar un análisis que incluya las medias aritméticas, así como las medianas correspondientes a las agrupaciones de los «trabajos de igual valor» en la empresa a tenor de los resultados de la valoración de puestos de trabajo pese a que se encuentren ubicados en apartados diferenciados en la clasificación profesional, desagregados y con el oportuno desglose por sexo. También debe incorporarse la justificación, si se diera el caso, en los supuestos en los que la media aritmética o la mediana correspondiente a las retribuciones íntegras de la empresa con diferenciación de sexo arrojen unos datos superiores al 25 %.

1.2.5. La valoración de los puestos de trabajo

Para abordar adecuadamente esta valoración se requerirá la consideración de tres criterios: «adecuación, totalidad y objetividad».

La adecuación comporta considerar los factores, incluidos los de carácter formativo y de cualificación, que aparecen relacionados con las actividades desarrolladas. La totalidad tiene en consideración «todas las condiciones que singularizan el puesto del trabajo, sin que ninguna se invisibilice o se infravalore». Y, en último término, la objetividad implica la existencia de «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».

1.2.6. Las consecuencias sancionadoras de la ausencia de registro

A la hora de vertebrar la tutela administrativa y judicial para los supuestos de falseamiento del registro salarial o de su omisión, se contempla la eventual aplicación de sanciones con respecto a lo preceptuado en la Ley sobre infracciones y sanciones del orden social, aprobada por el Real Decreto legislativo 5/2000, de 4 de agosto (LISOS). Considerando que la LOIEMH modificó el artículo 8.12 de la LISOS al calificar como «falta muy grave» las actuaciones de la empresa que comporten «discriminaciones directas o indirectas» en materia de retribución, la verificación de infracciones vinculadas a la discriminación salarial podría traducirse en multas considerables que oscilarían entre un arco sancionador que va desde los 6.251 a los 187.515 euros.

2. El derecho de no discriminación

La normativa sobre no discriminación debe resultar directamente aplicable al contrato de trabajo, de tal modo que pueda resultar invocada por el trabajador o la trabajadora que sea sujeto pasivo de esa conducta discriminatoria en la que pudiera incurrir la empresa. Pese a todo, la prohibición de discriminación no se configura como un derecho fácil de elaborar de forma visible. Por el contrario, podemos encontrarnos con una multiplicidad de manifestaciones que dejan en evidencia diversas fórmulas de discriminación.

2.1. La delimitación del principio de igualdad

A la hora de perfilar el concepto de igualdad surge, de inicio, la dificultad de superar la contradicción implícita en la afirmación de que todos los hombres y mujeres son diferentes. Pese a todo, esta contradicción desaparece cuando se identifica la norma con el

derecho de alcance constitucional, del que deriva una asimetría entre igualdad y diferencia; igualdad es un término normativo del que se desprende que «los diferentes deben ser respetados y tratados como iguales»; en tanto que diferencia es un mero término descriptivo del que se desprende que las personas en atención a sus diferencias han de ser debidamente «tuteladas, respetadas y garantizadas» teniendo en cuenta el principio de igualdad (Ferrajoli, 1999, p. 84).

La igualdad significa, desde una perspectiva primaria y esencial, la proscripción de los privilegios, lo cual implica «la exigencia de que la ley enuncie en términos de generalidad e impersonalidad los supuestos de hecho que regula» (Valdés Dal-Ré, 2008, p. 130).

El principio de igualdad pretende convertirse en un límite material, que no solo ha de afectar en el ámbito estrictamente formal a la libertad de quien legisla. Se ha de traducir en un mandato en virtud del cual no podrán establecerse, a la hora de fijar el ámbito de aplicación de las normas, diferenciaciones, distinciones o preferencias que puedan albergar un contenido injustificado o arbitrario. En este contexto, el constitucionalismo moderno ha venido a asentar los valores asociados a los derechos fundamentales, ocupando un papel principal entre ellos el derecho de igualdad. Estos derechos a lo largo del siglo XX han experimentado una notable expansión, incorporando intereses, expectativas y reivindicaciones de los distintos grupos sociales, tras el objetivo de alcanzar «mayores y más decentes espacios de igualdad, libertad y dignidad» (Valdés Dal-Ré, 2008, p. 133).

2.2. El tránsito desde la noción formal de discriminación hacia la noción material

Desde su origen, el derecho de no discriminación se mostró como un postulado deducible del principio de igualdad, si bien con una manifiesta dificultad para traducirse de forma efectiva en los ordenamientos jurídicos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) consagró el derecho de igualdad en el disfrute de los derechos y libertades contemplados en el mismo, ocupando un papel protagonista la igualdad por razón de sexo incorporando la prohibición de discriminación en su artículo 14. A partir de esta referencia se facilitó una interpretación como un «canon de regularidad jurídica del ejercicio de otros derechos».

La prohibición de discriminación se ha contemplado como una mera concreción del principio de igualdad ante la ley, exteriorizada no de modo autónomo, sino en relación con otros derechos fundamentales cuyo ejercicio permite facilitar. El derecho a no ser discriminado se asimila a una diferenciación de trato que pueda alcanzar la calificación de carácter razonable y justificado. Este trato diferenciado no implica, en consecuencia, una colisión con el derecho de igualdad, de modo que lo que sí queda vedado son aquellas distinciones que resulten arbitrarias si se verifica una falta de proporción entre el medio utilizado en la realidad y el fin perseguido. En ese tránsito que se describe, desde un sistema meramente formal de discriminación hacia otro material, dotado de sustantividad, quienes operan en el

ámbito jurídico, a través de las iniciativas normativas y de la interpretación jurisprudencial expansiva, han conseguido dotar de un contenido sustantivo a una noción que en sus orígenes estaba desprovista de un significado formal, cuando fuera del ámbito de los poderes públicos solo resultaba oponible con dificultad.

2.3. El concepto de no discriminación

Pocos derechos fundamentales han podido experimentar una evolución tan destacable en su alcance material como el derecho a no ser discriminado. El concepto formal que prohibía la discriminación ha adquirido un contenido sustantivo que tiende a procurar la parificación, abriéndose paso más allá del ámbito correspondiente a los poderes públicos. El concepto se extiende en un nuevo espacio en el que la discriminación no plantea un problema de mero trato desigual carente de justificación.

Conforme expresa la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 19/1989, de 31 de enero (FJ 4.º), el derecho de no discriminación:

[...] persigue la interdicción de determinadas diferencias, históricamente muy arraigadas, que, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, han situado a amplios sectores de la población en posiciones no solo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad humana.

La discriminación sitúa a las personas y grupos sociales que la padecen en una situación de marginación cuyas consecuencias se traducen en la dificultad o pérdida de derechos. A partir de esta delimitación del derecho a la no discriminación, se perfila el derecho fundamental a través del respeto a la dignidad de las personas, su consideración como seres humanos y la elaboración de un orden social que así podrá alcanzar mayores niveles de justicia.

Afrontar con éxito la lucha frente a la desigualdad permite no solo facilitar el acceso al empleo de la mujer trabajadora en condiciones de equidad, sino que repercute de forma positiva en la elevación de los índices de natalidad; factor que se presenta como clave para el progreso y para el equilibrio del sistema de pensiones que puedan disfrutar las futuras generaciones.

3. La igualdad como principio general del derecho comunitario

El objetivo básico que se pretende alcanzar con la regulación de la discriminación se dirige a que la ciudadanía disponga de opciones justas y equitativas en el momento de ejercitar sus derechos. El avance y la madurez del proyecto de la Unión Europea se han forjado

en torno a un conjunto de valores fundamentales entre los que destaca, de forma relevante, la igualdad entre hombres y mujeres que ya aparecía de modo explícito en los artículos 2 y 3.3 del Tratado de la Unión Europea.

En la lucha contra la discriminación aparece como aportación novedosa la discriminación positiva que plantea la opción de adoptar medidas que permitan favorecer la posición o la representatividad del colectivo que eventualmente estuviera menos representado. El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea contempla en su título II (art. 8) que la Unión fijará en todas sus acciones el objetivo de eliminar las desigualdades que puedan existir entre hombres y mujeres, promoviendo su igualdad, si bien en opinión recurrente de buena parte de la doctrina el concepto de «discriminación positiva» resulta errado e implica una desviación del concepto correcto, que debería traducirse de modo efectivo en una «acción positiva».

La consecuencia de las prevenciones normativas establecidas se traduce en que cualquier comportamiento discriminatorio en relación con una maternidad futura se inculpará en el concepto de discriminación de género. Pese a todo, también se tiene en consideración que una normativa protectora en modo excesivo puede provocar el efecto perverso de que se considere a la mujer a la hora de la contratación como una alternativa desaconsejable o gravosa desde la perspectiva empresarial. Los intentos de erradicar la discriminación por razón de sexo se articulan, perfilando la noción material del derecho, desde tres posicionamientos: la prohibición de la «discriminación directa», la eliminación de la «discriminación indirecta» y el establecimiento de acciones positivas que faciliten la igualdad de trato.

3.1. La discriminación directa

La inicial expresión del derecho a no ser discriminado/a por razón de sexo implica la prohibición de que las normas laborales de todo tipo, convencionales y legales, los actos administrativos o los contratos de trabajo incorporen un trato diferencial que conlleve perjuicios vinculados a la pertenencia a un sexo determinado. Bajo este prisma, la «discriminación directa» es la que acapara mayor visibilidad. Deriva de un planteamiento sencillo: las personas que se encuentren en una situación semejante o asimilable han de obtener un trato no desfavorable, determinado por la circunstancia de incorporar una determinada «característica objeto de protección».

El CEDH advierte que la «discriminación directa» muestra una vinculación inmediata con la justificación general de carácter objetivo que aparece prohibida. En la legislación de la Unión Europea el principio de paridad solo puede moderarse, de forma excepcional, en situaciones muy concretas en las que el sexo puede constituir «un requisito profesional esencial y determinante». De hecho, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha interpretado de forma muy restrictiva esta excepción, aceptándola en relación con el trabajo de las

matronas (Sentencia del TJUE –STJUE– de 8 de noviembre de 1983, *Commission c. Royaume Uni et Irlande du Nord*, asunto C-165/82) o la vigilancia en instituciones penitenciarias (STJUE de 30 de junio de 1988, *Commission c. France*, asunto C-318/86).

El principio de paridad de trato también aparece relacionado con la condición biológica de la mujer, dando lugar a la protección desplegada en los supuestos de embarazo y maternidad. Se alcanza la conclusión de que cualquier trato desfavorable que afecte a la mujer trabajadora, relacionado con el embarazo o la maternidad, podrá considerarse como una discriminación directa por razón de sexo. Las discriminaciones directas limitan recurrir al factor del sexo como criterio diferenciador. Frente a las discriminaciones indirectas, que se muestran enmascaradas a través de una norma en apariencia neutra; la directa resulta visible y exteriorizada de forma explícita.

La normativa de la Unión Europea clarificó la protección asociada a la «discriminación indirecta» al conceptualarla a través del artículo 2.2 de la Directiva 2002/73/CE, donde se precisa que coincide con:

[...] la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas de otro sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios.

Como complemento, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) interpreta que, para que concurra una situación de discriminación directa, ha de producirse una «diferencia de trato entre personas que se hallen en situaciones análogas o notablemente similares» y ello «a partir de características identificables» (Sentencia del TEDH –STEDH– de 16 de marzo de 2010, asunto *Carson*, demanda núm. 42184/05).

La «discriminación directa» aparece identificada por la diferencia de trato sufrida por una persona respecto de otra que se encuentre en una situación similar, precisándose al respecto un elemento comparativo, esto es, la verificación de circunstancias sustancialmente iguales a las que se aplica una diferencia de trato vinculada con uno de los denominados «motivos protegidos». Entre tales «motivos protegidos» que recoge la legislación europea aparecen: la orientación sexual, la edad, la raza, el origen étnico y nacional, la discapacidad, la religión y creencias y, en particular, la discriminación por razón de género.

3.2. La discriminación indirecta

Para que aparezca la «discriminación indirecta» se precisa la concurrencia de dos elementos básicos: la existencia de una medida en apariencia neutra que genere efectos adversos

y la falta de justificación de la misma. Una medida contenida en una norma o práctica laboral se considera neutra cuando se aplica, de modo indiferenciado, tanto a hombres como mujeres. La consecuencia vendrá dada por la materialización de desventajas particulares para un sexo determinado, debiéndose añadir un elemento complementario identificado por la ausencia de justificación objetiva de tal trato diferenciado.

En el ámbito laboral refleja que las personas trabajadoras que se encuentren en situaciones diferenciadas han de recibir un tratamiento distinto de manera que puedan acceder a una relación de oportunidades que resulten equiparables. Precisa la existencia de una norma, o práctica, que resulten en apariencia neutras, de modo que, estableciendo una referencia comparativa, se advierta que un colectivo afectado por un «motivo protegido» alcanza un perjuicio en relación con otras personas trabajadoras en situación semejante. El TJUE advierte que la empresa podrá ofrecer justificación objetiva y razonable de la existencia del trato dispensado en las situaciones de «discriminación indirecta». La STJUE de 17 de octubre de 1989 (asunto C-109/88) identifica razones potencialmente justificativas de prácticas indirectamente discriminatorias, como la flexibilidad en el trabajo, la antigüedad o la productividad.

La casuística que se despliega en supuestos de discriminación nos muestra que no siempre resulta exigible que aparezca una «referencia comparativa». En materia de empleo se ha desarrollado una amplia doctrina por parte del TJUE, cuyo punto de partida se sitúa en el asunto Dekker, y que considera que, si desde una perspectiva laboral la trabajadora sufre algún tipo de perjuicio asociado a su situación de embarazo, cabrá considerar la existencia de una discriminación directa, sin que resulte preciso acudir al elemento comparativo referencial (STJUE de 8 de noviembre de 1990, asunto C-177/88). Por su parte, el TEDH (STEDH de 9 de junio de 2009, Opuz c. Turquía, demanda núm. 33401/02, párr. 183) ha profundizado en la descripción de la «discriminación indirecta» considerando que «la diferencia de trato puede consistir en unos efectos desproporcionadamente perjudiciales de una política o medida general que, pese a estar formulada de modo neutro, discrimine a un determinado grupo». Ha llamado la atención acerca de que «el derecho a no ser discriminado en el disfrute de los derechos reconocidos en el CEDH se vulnera también si los Estados [...] no dan un trato diferenciado a las personas que se hallen en situaciones sustancialmente diferentes».

4. La discriminación en el ámbito laboral por razón de género

La discriminación sufrida por las mujeres en el ámbito laboral se muestra como una de las más antiguas y persistentes en el tiempo. Una de las características que la definen tiene relación con la capacidad para manifestarse de diversas formas, mostrando una amplia expresión cuantitativa y con una clara capacidad de integrar otras causas distintas de discriminación.

El arraigo de la discriminación por razón de género explica las razones por las que se incluye esta modalidad específica entre los listados de causas de discriminación, ocupando un lugar preponderante en la normativa nacional e internacional. Por ello, la Asamblea de Naciones Unidas aprobó la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979), identificando la idea de que la discriminación por razón de género vulnera «los principios de la igualdad de derechos y del respeto a la dignidad humana». En los ordenamientos positivos nacionales se ha constatado la aprobación de normas específicas que refuerzan la cláusula general de no discriminación por razón de sexo con cláusulas específicas prohibitivas de cualquier tipo de conducta discriminatoria cuyo fundamento se identifique con motivos de género. Se ha desarrollado una amplia gama de medidas, tales como aquellas que afectan a los procesos de selección de personal (materia de empleo), clasificación y promoción profesional, retribución y extinción de la relación laboral, con una especial protección en los supuestos de despido disciplinario.

La discriminación genérica, provocada por razón de género, se identifica con facilidad en la medida en que implica una asociación vinculada a la pertenencia a un sexo determinado. Dentro de la política social de la Unión Europea ha alcanzado una relevancia protectora con el nivel de derecho fundamental. El ámbito de protección se desplegó en un momento inicial a través de criterios de carácter económico, procurando conseguir como objetivo la equiparación salarial al constatarse la discriminación existente en este aspecto esencial de las relaciones laborales. Más adelante, se ha procurado incidir en la mejora de las condiciones laborales y de acceso al empleo (López Balaguer y Rodríguez Rodríguez, 2019).

4.1. Las diferencias retributivas que discriminan a la mujer trabajadora

Según expresa el Boletín Igualdad en la Empresa (Instituto de la Mujer, 2020, p. 4), para iniciar el abordaje del problema se precisa partir de una inicial clarificación conceptual diferenciando la desigualdad de la discriminación salarial. La desigualdad salarial vendría identificada por la diferencia (o brecha) salarial, en tanto que la discriminación salarial implica una diferencia de salarios que no aparece justificada por «una distinta aportación de valor en la realización de un trabajo y que solo puede explicarse en función del sexo de una persona».

La brecha salarial de género (Cabeza Pereiro, 2012, p. 81) deriva de la conjunción de varios condicionantes como que «se le concede una menor importancia a los trabajos que desempeñan mayoritariamente las mujeres», «el mercado laboral está segregado de forma muy notoria», «se adoptan decisiones que no tienen otra base que la obediencia a estereotipos perjudiciales» o a la «asunción predominante por ellas de tareas de cuidado». No obstante, el hecho de que exista una diferencia retributiva no implica que la misma tenga un origen discriminatorio, si bien, en el caso de producirse, debe concurrir una justificación de

carácter objetivo y razonable. Aquí radica el principio de igualdad retributiva, en virtud del cual la empresa queda obligada a abonar, a cambio de una prestación laboral que ofrezca un valor semejante, el mismo salario.

4.1.1. Doctrina del TJUE sobre diferencias retributivas discriminatorias

La discriminación asociada a las diferencias retributivas fue la primera que se hizo un hueco en el acervo doctrinal del TJUE. La Sentencia Defrenne II, de 8 de abril de 1976 (asunto C-43/75), admitió la aplicabilidad directa del principio de igualdad en la retribución salarial respecto de las mujeres, apreciando que ello no solo se ha de aplicar al ámbito más objetivo propio de la Administración pública, sino que se debe extender a la actividad privada incorporando la negociación colectiva en los distintos ámbitos sectoriales. Esta sentencia había interpretado que el artículo 119 (más adelante 141 Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea) incorporaba un mandato claro a través del cual «se impone, no solamente a la acción de las autoridades públicas, sino que se extiende igualmente a todos los convenios que tienen como fin regular de manera colectiva el trabajo asalariado, así como a los contratos entre particulares».

Esta discriminación directa se define como la que «cabe advertir meramente sobre la base de los criterios de identidad de trabajo e igualdad de retribución». Se abrió paso así la doctrina del TJUE como modelo y referencia para los tribunales nacionales, ofreciendo protección no solo frente a la discriminación salarial por motivo de género, sino como espejo para el desarrollo de nuevas iniciativas legales y la aprobación de nuevas disposiciones en los convenios colectivos o pactos laborales suscritos con carácter individual. En este terreno es de destacar la labor desplegada por la negociación colectiva «como herramienta esencial para reducir la brecha salarial facilitando la erradicación de la discriminación retributiva».

4.1.2. Doctrina jurisprudencial nacional sobre diferencias retributivas y otras prácticas discriminatorias

En tal contexto, la Ley 39/1999, de conciliación de la vida personal y familiar de las personas trabajadoras, ha priorizado la «igualdad de oportunidades al hombre y la mujer al momento de participar en plano de igualdad en el cuidado de hijos», lo que a la postre ha facilitado un nivel asimilado de los derechos reseñados tanto a favor de la mujer como del hombre, superándose así las posiciones iniciales de la doctrina jurisprudencial a través de una equiparación normativa.

A la hora de dotar de contenido al derecho fundamental de igualdad (art. 14 CE), desarrollado por el artículo 28 del ET, nuestra doctrina ha otorgado protección frente a la discriminación indirecta. La Sentencia de la Audiencia Nacional 69/2019, de 24 de mayo, interpreta respecto de los «permisos retribuidos» que los mismos se han de configurar con el objetivo

de garantizar el principio de igualdad de trato. Se aprecia así que constituye una vulneración del principio indicado la merma salarial que se produce con la solicitud de tales permisos –según se han configurado en el convenio colectivo objeto de debate–, toda vez que la mayoría de quienes ejercen tal derecho son mujeres con cargas familiares que han de atender.

4.1.2.1. «Doble escala salarial» como «discriminación directa»

Las SSTC 183/1998, de 17 de octubre, y 183/2000, de 10 de julio, vinieron a ofrecer una doctrina reiterada expresiva del carácter ilícito de las «dobles escalas salariales», al afirmar que «una indemnización calculada sobre un salario que incurre en discriminación por motivo de sexo es igualmente discriminatoria». La casuística asociada a situaciones de «doble escala salarial» resulta cada vez más reducida en la reciente doctrina jurisprudencial, ocupando un papel residual al haberse consolidado a nivel normativo en el propio ET. Lo expuesto no obsta para que en ocasiones se produzcan discriminaciones abiertas a través de la vía de la clasificación o promoción profesional, cuyas consecuencias, de modo lógico, también alcanzan al factor retributivo.

Más recientemente las SSTC 79 (Pleno), 90 y 91/2020 han apreciado un nuevo (y sorprendente) supuesto de «discriminación directa» vinculado a una reducción de jornada en cuantía del 33 % solicitada por una doctora. El conflicto surge cuando al realizar guardias (en igual duración que sus compañeros/as, de 10 horas) el descanso retribuido que se aplica al personal a tiempo completo es el equivalente a una jornada ordinaria completa (7 horas), mientras que para la trabajadora se reduce a 4,69 horas. Se aprecia que la reducción en el descanso retribuido no puede menoscabar el derecho al descanso retribuido.

4.1.2.2. «Doctrina del trabajo de igual valor» como «discriminación indirecta»

La doctrina jurisprudencial ha venido a configurar la casuística asociada a estos supuestos. La STC 286/1994, de 27 de octubre, caso Galletas Fontaneda, alcanzó una proyección singular. Se cuestionaba la superior retribución percibida en el departamento de producción, de forma mayoritaria ocupado por hombres, frente al departamento de «envasado, empaquetado y acabado», donde se empleaba sobre todo a mujeres, de modo que, pese a que las categorías profesionales («oficial 1.ª, oficial 2.ª y ayudantes») y el contenido del trabajo eran equiparables, el salario base diario resultaba superior para el departamento de producción. La razón que se pretendió exponer como justificadora de la diferente retribución residía en la hipotética «mayor responsabilidad y concentración de las tareas de producción» apreciándose, en definitiva, que concurría una situación de discriminación sexista directa.

Los criterios consolidados en relación con las diferencias retributivas «entre trabajos diferentes» no han impedido que, en determinados supuestos, aquellas se consideraran puntualmente justificadas en las tareas masculinizadas cuando se ha apelado al intenso

esfuerzo físico como las actividades en las que concurre de forma acentuada un «riesgo dorso-lumbar» (STC 250/2000, de 30 de octubre, Convenio de manipulación y envasados de agrios en Murcia).

4.1.2.3. «Discriminación indirecta a través de la promoción profesional»

La discriminación en la promoción profesional, así como la que se produce con relación al acceso al empleo, se suelen manifestar de forma oculta e indirecta. En esta faceta discriminatoria cabe reseñar la STS de 18 de julio de 2011 (rec. 133/2010), en la que se condena la práctica llevada a cabo por El Corte Inglés al verificarse en los centros de trabajo ubicados en Barcelona la existencia de múltiples indicios que llevaban a considerar la existencia de un procedimiento de promoción profesional discriminatorio, apreciándose falta de transparencia en el mismo y una desproporcionada representación de hombres respecto de la composición de la plantilla. Todo ello aparecía vinculado a un procedimiento viciado de cooptación, producido a través del voto de los integrantes del cuerpo directivo.

4.1.2.4. «Discriminaciones retributivas vinculadas al embarazo o maternidad»

En estos supuestos lo que se tiene en consideración no son prácticas directas que determinen de forma visible un eventual peor trato retributivo. Se trata de situaciones en las que se evidencian pérdidas retributivas para la mujer trabajadora que no alcanzan una protección que eluda un peor trato de hecho. Así podría aludirse a una múltiple casuística: pérdida de la posibilidad de promoción a un superior nivel retributivo, aunque la misma venga avalada por el propio convenio colectivo (Sentencias del Tribunal Superior de Justicia –SSTSJ– de Madrid de 21 de mayo de 2012, rec. 2587/2012, y de 12 de junio de 2013, rec. 1379/2013), exclusión de la suspensión del contrato de trabajo por maternidad respecto del devengo de un complemento de productividad (STSJ de Madrid de 30 de enero de 2012, rec. 4696/2011) o pérdida de una retribución variable (STS de 27 de mayo de 2015, rec. 103/2014).

En concreto, en la STS de 14 de mayo de 2014 (rec. 2328/2013) se apreció discriminación retributiva indirecta por razón de sexo, que se constató respecto de un «plus voluntario y absorbible». Se consideró que no existía justificación objetiva y razonable respecto del plus recibido por los camareros de bares y cocina (varones en su mayor proporción), pero que no alcanzaba a las camareras de piso (en su mayoría mujeres). Asimismo, destaca la STS de 12 de mayo de 2015 (rec. 153/2014), que declaró la nulidad de una cláusula de un convenio colectivo, reguladora del ascenso profesional, al exigir el desempeño de un determinado número de horas en cómputo anual sin considerar los tiempos de ausencia vinculados al embarazo y a la maternidad. Tal exclusión se declara discriminatoria en tanto que «sitúa a la mujer en clara desventaja para alcanzar el mínimo cronológico necesario».

También resulta ilustrativa la STC 162/2016, de 3 de octubre, que concede el amparo a una magistrada que reclamaba las retribuciones correspondientes al periodo en el que no pudo tomar posesión en el destino adjudicado, y que le correspondía a tenor del concurso en el que había participado al encontrarse en situación de baja maternal. En este supuesto resulta suficiente aplicar el «test *but for* o de la sustitución», usado por la doctrina jurisprudencial, en virtud del cual basta con cambiar el sexo o cualquier otra circunstancia personal de la persona afectada, determinante de la condición discriminatoria, para contrastar si las consecuencias jurídicas vinculadas al supuesto habrían sido las mismas. El argumento de la obligatoriedad de la toma de posesión que incumbe a cualquiera que disponga de una situación de licencia, al margen de cuál sea esta, no puede alcanzar validez para el caso de la licencia tras el parto. Se concluye que la maternidad como condición en exclusiva vinculada a las mujeres, y solo a ellas, genera discriminación en el ámbito profesional. Se señaló, asimismo, que la Administración «no atendió a los principios del ordenamiento jurídico que imponen a los poderes públicos promover no solo la igualdad formal, sino también la igualdad real y efectiva».

Añade la STS de 3 de diciembre de 2019 (rec. 141/2018) que resulta contraria a derecho la norma aplicada en el acuerdo colectivo impugnado en virtud de la cual se permite la exclusión del sistema de incentivos de cualquier tipo de ausencia justificada por situaciones tales como «permisos retribuidos de lactancia, accidente o enfermedad grave, hospitalización, intervención quirúrgica sin hospitalización, exámenes prenatales y técnicas de parto». Se aprecia que se incurre en una infracción directa de lo previsto en la LOIEMH, colocando a la mujer en una situación comparativamente inferior al colectivo masculino en tanto que percibe un salario inferior pese a alcanzar los objetivos contemplados por la empresa.

4.1.2.5. «Discriminación por asociación»

Otra de las hipótesis que deja de manifiesto la discriminación surge por asociación, a tenor de la denominada «doctrina Coleman» (STJUE de 17 de julio de 2008, asunto C-303/06). Esta ofrece un difícil encaje en las modalidades clásicas de discriminación (directa e indirecta). Se trata de nuevas prácticas que trascienden de los grupos protegidos para derivar el objetivo discriminatorio en familiares o personas cercanas a la víctima, ampliándose así la protección dispensada (Poyatos i Matas, 2019). Como muestra de esta modalidad, la STSJ de Canarias/Las Palmas de 28 de agosto de 2019 (rec. 531/2019) declaró nulo el despido de una trabajadora por razón de la actividad sindical de su pareja sentimental.

Igual interés ofrece la STC 71/2020, de 29 de junio, que otorga el amparo a una trabajadora que solicita al Servicio de Salud Vasco, en aplicación del artículo 47 del acuerdo regulador de las condiciones de trabajo, los 2 días contemplados de licencia retribuida «en casos de hospitalización o enfermedad grave» de familiares dentro del segundo grado, aduciendo que su hermana había dado a luz en hospital. El permiso se denegó al apreciarse que el parto se encuentra excluido del ámbito del acuerdo, resolviendo el TC que ello comporta una «discriminación refleja o por asociación» al excluir el parto de los motivos protegidos.

En este capítulo también se sitúa la STJUE de 20 de junio de 2019, asunto C-404/18, *Hakelbracht*, considerable como «discriminación por solidaridad» y que hace mención de una empleada de recursos humanos que protestó por no haberse admitido la contratación de una trabajadora, embarazada de 3 meses, propuesta para su contratación, siendo despedida después aduciéndose motivaciones genéricas.

Dentro del espectro de influencia de esta modalidad discriminatoria se encuentra la STS de 29 de enero de 2020 (rec. 3097/2017). La misma versa sobre la solicitud de una prestación en favor de familiares en la que se produce la exclusión como causantes de la prestación de quienes fueron pensionistas SOVI. Aprecia la resolución que al resultar incontestable la feminización de las pensiones en esta modalidad, según datos constatados por el propio ministerio, se da ocasión a un supuesto de «discriminación refleja o transferida» que se traduce en la exclusión de un sistema de pensiones cuyas beneficiarias son las mujeres. Se aprecia, pues, que concurre una discriminación indirecta por razón de género en la que debe tener entrada, desde la perspectiva de género, un examen de la transversalidad del principio de igualdad a través de una interpretación normativa que acoja la perspectiva impuesta por la LOIEMH.

4.2. La discriminación asociada a la maternidad de la mujer trabajadora

La protección dispensada a la maternidad de la mujer trabajadora se ha identificado como elemento característico del derecho del trabajo, así como de cualquier legislación que se pretenda considerar social.

Esta protección no puede quedar limitada a la mera condición biológica a partir de que se verifica el embarazo y después de este, sino que también se traslada al marco de la relación laboral procurando afrontar las consecuencias de tipo físico y psíquico que generan las situaciones discriminatorias, afianzando, de forma simultánea, los derechos laborales que se desprenden de su condición de trabajadora, en tanto que resulta prohibido todo perjuicio que se derive de este estado (*cfr.* SSTC 161/2004, de 4 de octubre, y 324/2006, de 20 de noviembre). Partiendo de la consideración expuesta, la protección, para que pueda resultar efectiva, se ha de desplegar de forma amplia, abarcando diferentes escenarios en los que la mujer trabajadora puede quedar expuesta a una situación discriminatoria bien de forma directa, o bien de forma más larvada y oculta. El análisis estructurado de estos supuestos nos permitirá conocer y difundir de forma más certera el alcance de la protección otorgada.

4.2.1. El embarazo como razón determinante para el rechazo de la contratación

La primera hipótesis de trabajo nos sitúa en el momento previo al inicio de la relación laboral. Si no se ha iniciado la prestación laboral ni suscrito el contrato de trabajo vinculante,

podrían presentarse dudas razonables en torno a la viabilidad del despliegue protector anti-discriminatorio. Sin embargo, el Tribunal europeo, a través de la Sentencia de 8 de noviembre de 1990, asunto C-177/88, Dekker, mostró con claridad que esta situación fáctica no podía quedar desprotegida. La Sra. Dekker había formado parte de un proceso selectivo como candidata para prestar servicios en un centro holandés de formación de «jóvenes adultos». El comité de selección notificó al centro que la Sra. Dekker era la más apta para la cobertura del puesto de trabajo. Sin embargo, la dirección del mismo rechazó a la trabajadora como consecuencia de la situación de embarazo que la misma presentaba, argumentando que no podía asumir los costes financieros vinculados al contrato de sustitución que habría de suscribir para cubrir el periodo de docencia durante la baja maternal.

El TJUE verificó la existencia de discriminación directa asociada al sexo, aun a pesar de constatarse que el resto de las candidatas eran mujeres, pues la exclusión de un contrato de trabajo para el que se han acreditado los méritos más adecuados por motivo de embarazo solo puede oponerse a las mujeres que vayan a ser madres. La discriminación determinada por la situación de embarazo aparece considerada como una modalidad de «discriminación directa» por razón de sexo frente a la que no procede oponer valoraciones de tipo objetivo y razonable.

También destaca la STJUE de 3 de febrero de 2000, asunto C-207/98, Mahlburg. La trabajadora implicada, que prestaba servicios como enfermera, vio como su solicitud era rehusada bajo la excusa de que el puesto de trabajo ubicado en quirófano podría comportar riesgos para el desarrollo de su embarazo por su exposición a sustancias peligrosas. La empleada, que tenía suscrito un contrato de carácter temporal, había solicitado el acceso a un puesto de trabajo con vinculación permanente. Tras la comunicación de la situación de embarazo, la empleadora, en aplicación de la normativa alemana de prevención de riesgos vinculada a la maternidad, acordó el traslado interno de la trabajadora para eludir su exposición a sustancias de riesgo y, acto seguido, le trasladó su exclusión del proceso selectivo como enfermera de quirófano. La sentencia declaró injustificada tal exclusión al apreciar que las limitaciones para la prestación del trabajo solo aparecían en el periodo asociado a la maternidad.

Se entiende, asimismo, que se incurre en una discriminación de género en el acceso al empleo público cuando la aspirante se ve imposibilitada para participar en las pruebas del proceso selectivo al coincidir estas con el ingreso hospitalario para dar a luz. En tal sentido se pronuncia la STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 14 de marzo de 2014.

4.2.2. El despido de la trabajadora embarazada

La doctrina del TJUE ofrece una casuística interesante, destacando el caso Jiménez Melgar (Sentencia de 4 de octubre de 2001, asunto C-438/99). En el mismo se aprecia que, pese a que la Directiva 92/85 no había sido objeto de trasposición a la normativa española

en el momento de producirse el despido, podía invocarse por las afectadas ante los tribunales nacionales. La sentencia incorpora una consideración muy relevante para la contratación laboral por parte de las Administraciones públicas, advirtiendo que la protección otorgada no ofrece distinción alguna respecto de las diferentes modalidades contractuales. De ello se desprende que, aunque pueda ofrecer una apariencia de licitud la falta de renovación de un contrato temporal a su finalización si coincide con una situación de embarazo y se ha justificado la aptitud para el trabajo, ante la ausencia de concurrencia de una razón objetivada para tal decisión extintiva, se estaría ante una situación de discriminación directa por razón de sexo.

El viento a favor, que corría en los últimos tiempos poniendo coto a las extinciones de contrato que afectaban a las trabajadoras embarazadas, cambió de dirección con la STJUE de 22 de febrero de 2018, asunto C-103/2016, Porras Guisado. En la misma se plantea si en la tramitación de un expediente de regulación de empleo (ERE) incoado por la empresa Bankia cabe la posibilidad de incluir a una trabajadora en situación de embarazo. La sentencia considera que la Directiva 92/85 no limita la posibilidad de que una trabajadora embarazada pueda ser incluida en un ERE, apreciándose que en la tramitación del expediente se habían fijado por parte de la empresa y de la representación de las personas trabajadoras unas prioridades de permanencia objetivadas de forma neutra. A pesar de ello, se fija la obligación de desplegar una tutela preventiva que ofrezca protección a las trabajadoras embarazadas, si bien no se considera necesario que a la misma se vinculen obligaciones de carácter reparador.

4.2.3. El permiso de maternidad y otros derechos afines en el foco de la discriminación

Con frecuencia, las situaciones discriminatorias se producen de forma indirecta por la pérdida de derechos vinculados a la suspensión del contrato de trabajo provocada por el descanso maternal. En estas ocasiones, como en la Sentencia del Tribunal europeo de 30 de abril de 1998, asunto C-136/95, Thibault, se considera que la trabajadora no puede quedar desprovista del ascenso que le habría correspondido al no considerarse como tiempo efectivo de trabajo el correspondiente a la suspensión obligada del contrato. Concluye que concurre la discriminación aludida, ya que, de no haberse producido la situación protegida de embarazo, la trabajadora habría obtenido la promoción profesional a que aspiraba.

Los focos donde se pueden advertir situaciones objetivamente discriminatorias abarcan una amplia multitud de espacios que no resultan ajenos a la propia universidad. En este ámbito se puede constatar la posición en la que se encuentran las profesoras que pierden el reconocimiento de los créditos correspondientes a la baja maternal y cuya obtención puede resultar decisiva o determinante para su consolidación profesional y para la estabilidad laboral. La justificación argumental que sirve para dejar en evidencia situaciones

discriminatorias como las descritas, *mutatis mutandis*, se apoya en reciente doctrina jurisprudencial, STS de 10 de enero de 2017 (rec. 283/2015). En la misma se apela a la normativa que se infringe, esto es, el principio de «igualdad entre mujeres y hombres y el derecho a la no discriminación por razón de sexo» (art. 14 CE), que muestra un desarrollo concreto de la LOIEMH respecto al contrato de trabajo. La traslación de la misma al artículo 17.1 del ET precisa que:

Se entenderán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que den lugar en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo, a situaciones de discriminación directa o indirecta [...] por razón de sexo [...].

En cualquier caso, el debate lo cierra la STS de 5 de junio de 2020 (rec. 4751/2017), señalando que no resulta ajustada a derecho la exclusión de los permisos y licencias derivados de la maternidad como mérito evaluable para la experiencia docente, apreciando que la ausencia de consideración de este mérito comporta una discriminación por razón de sexo.

A lo expuesto se añade el artículo 8 de la LOIEMH al señalar que «constituye discriminación directa por razón de sexo todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad»; criterio que se ha de interpretar de forma integrada con lo dispuesto en el artículo 15 de la Directiva 2006/54, cuando señala que:

La mujer en permiso de maternidad tendrá derecho, una vez finalizado el periodo de permiso, a reintegrarse a su puesto de trabajo o a uno equivalente, en términos y condiciones que no le resulten menos favorables y a beneficiarse de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a la que hubiera podido tener derecho durante su ausencia.

Se trata de «disposiciones suficientemente claras, precisas e incondicionales» cuyo efecto directo se ha recogido de forma expresa por el TJUE (Sentencia de 6 de marzo de 2014, asunto C-595/12, Napoli). Se establece que cuando la mujer se reincorpora al trabajo no deberá hacerlo en circunstancias peores de las que disfrutaba con anterioridad a la baja maternal, por lo que debe obtener beneficio de «cualquier mejora en las condiciones de trabajo a la que hubiera podido tener derecho durante su ausencia».

Por su parte, la STS de 4 de abril de 2017 (rec. 3466/2015) declaró la nulidad del despido objetivo llevado a cabo a una trabajadora que se había sometido a un tratamiento de fecundación *in vitro*, encontrándose en una fase avanzada en la que los óvulos se habían fecundado, si bien no se había producido la implantación en el útero de la mujer. Se lleva a cabo una interpretación extensiva de la protección por embarazo (aplicando la doctrina de la STJUE de 26 de febrero de 2008, asunto C-506/06, Sabine Mayr), al considerar que

la empleadora incurre en un comportamiento discriminatorio, dado que, al reconocer el carácter improcedente del despido objetivo, muestra su incapacidad para desvirtuar la presunción indiciaria de carácter discriminatorio que se desprende de la decisión adoptada. En este caso correspondía a la empresa la acreditación de que las causas alegadas para el cese ofrecían una explicación «objetiva, razonable y proporcionada» tal y como recoge la doctrina constitucional (STC 90/1997, de 6 de mayo, FJ 5.º); argumento al que se añade el expresado por la STS de 5 de diciembre de 2000 (rec. 4374/1999), según la cual:

[...] le incumbe probar, bien que la vulneración del derecho no guarda relación alguna con su propio comportamiento, o bien que concurren circunstancias de entidad suficiente para disipar cualquier sospecha de trato discriminatorio, o también que los hechos denunciados carecen de la eficacia suficiente para ser calificados como atentatorios al derecho fundamental en cuestión.

En este ámbito también es destacable la STS 77/2020, de 29 de enero, que declara la nulidad del despido de una trabajadora empleada de hogar cesada al conocer la empleadora su situación de embarazo. En el proceso solo se discute si es discriminatoria la ausencia de devengo de los salarios de tramitación respecto de las personas empleadas de hogar.

El despido es considerado discriminatorio y se declara la obligación de abono de los salarios de trámite durante la sustanciación del recurso (*ex art. 297.2 Ley reguladora de la jurisdicción social –LRJS–*) pese a que en la instancia la calificación del despido fue la de «improcedente».

5. Protección frente a la discriminación de género en la doctrina española

Una vez que se han identificado las pautas de comportamiento más incisivas en la discriminación de género, procede abordar el análisis de los mecanismos dispuestos para desplegar la protección de los derechos infringidos. De forma simultánea también se ha de atender a las fórmulas dispuestas para la reparación del daño causado, debiendo advertirse que la mera existencia de la respuesta articulada en estas situaciones permite ofrecer un efecto disuasorio que, con seguridad, contribuye a mejorar los niveles sociales de igualdad.

La vulneración de la prohibición discriminatoria por motivo de género ofrece varios perfiles diferenciados. Entre ellos se constata la opción de reclamar las diferencias retributivas dejadas de percibir, incluyéndose, en supuestos particularmente flagrantes, la opción por resolver el contrato.

5.1. Acciones frente a la vulneración de la prohibición de discriminación retributiva

A la reclamación de las diferencias salariales asociadas a la prohibición de discriminación salarial por motivo de género se une la posibilidad de instar la resolución del contrato (ex art. 50 ET) y la de reclamar los oportunos daños y perjuicios cuando se produzcan situaciones de discriminación retributiva. Prueba de lo expuesto la encontramos en la reciente doctrina jurisprudencial. En la STSJ de Andalucía/Málaga de 14 de febrero de 2018 (rec. 2089/2017), la trabajadora apela a la vulneración de los artículos 14 de la CE y 28 del ET al dejar de manifiesto una notable diferencia salarial, materializada en años sucesivos, entre el sueldo que le correspondía por el desempeño de su prestación laboral y el reconocido a las personas trabajadoras que realizaban idénticas funciones en su empresa, cifrada en torno a una pérdida del 30 % de la remuneración. La sentencia, confirmando la de instancia, declara la existencia de vulneración del derecho fundamental aducido y condena a una indemnización por daños morales que asciende a 35.000 euros, teniendo presente la diferencia entre los salarios percibidos por la actora y aquellos que le hubiera correspondido percibir en el supuesto de que no se hubiera producido la situación discriminatoria.

Dado que la discriminación retributiva por razón de sexo aparece calificada como infracción muy grave en el artículo 8.12.^a de la LISOS, viene de la mano la posibilidad de que las trabajadoras que puedan acreditar tal imposición puedan solicitar la extinción indemnizada de la relación laboral recurriendo a la acción contemplada en el artículo 50 del ET.

5.2. Acciones asociadas a la protección del embarazo y de la maternidad

La medida protectora de mayor proyección que se ha facilitado a las trabajadoras embarazadas en el ámbito de las relaciones laborales ha venido identificada por la declaración de nulidad de los despidos vinculados a esta situación. Se trata de una institución cuya regulación normativa aparece sustentada en el derecho a la no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE). De la misma se ha derivado una doctrina jurisprudencial que ha venido a ofrecer una protección desplegada de forma objetiva, de modo que, una vez acreditada la situación del embarazo, la decisión extintiva de la empresa será nula, y no improcedente, con la salvedad de los supuestos en los que la empleadora pueda justificar la existencia de la causa alegada, siempre que la misma sea válida, para decretar la extinción.

5.2.1. Declaración de nulidad objetiva del cese relacionado con el embarazo

La declaración de nulidad objetiva de la decisión extintiva motivada por el embarazo aparece reflejada en la doctrina consolidada del TS: STS de 17 de octubre de 2008 (rec. 1957/2007).

En esta se pueden extraer varias conclusiones relevantes (Sánchez Pérez, 2019, p. 350). En un principio, se consolida la idea de que el riesgo de la pérdida del trabajo constituye un elemento primordial para alcanzar la igualdad de la mujer en el mercado laboral. A continuación, se manifiesta la protección vinculada a la Ley 39/1999, de la que se desprende la inexistencia de la obligación de comunicar a la empresa la situación de embarazo, activándose de forma objetiva la protección desde «la fecha de inicio», incluso en situaciones en las que la propia trabajadora lo desconozca. A continuación, se avanza hacia un régimen de protección más contundente, eliminándose la carga de la prueba relativa a la acreditación de la comunicación del estado de embarazo. Aparte de clarificar de forma significativa el alcance del ámbito protector, se permite con esta fórmula preservar el derecho a la intimidad de la empleada. La situación descrita se traduce en una declaración de «nulidad objetiva» del eventual despido sufrido por la mujer trabajadora durante la situación de embarazo con independencia de que afloren o no indicios de trato o motivación discriminatoria.

La doctrina jurisprudencial (SSTS de 16 de enero de 2009, rec. 1758/2008, y 28 de noviembre de 2017, rec. 3657/2015, con apoyo en la STC 92/2008) muestra un criterio que se decanta por la declaración automática de la nulidad del despido, con la salvedad de que el mismo pueda resultar justificado y procedente, y al margen de que la empresa pudiera haber tenido conocimiento del estado de embarazo de la trabajadora.

La nueva perspectiva, incorporada a través de la LOIEMH, facilitó la adaptación normativa a través de la modificación de los artículos 55 del ET y 108.2 de la LRJS. Asimismo, la protección quedó ampliada (art. 45.1 d) ET) a las situaciones protegidas asociadas a la maternidad, a los permisos del artículo 37.4 y 5 del ET, a la excedencia por cuidado de hijos (art. 46.3 ET) y a quienes se hubieran reincorporado al trabajo tras el transcurso de la suspensión del contrato por maternidad, adopción o acogimiento o paternidad, durante el plazo de los 9 meses transcurridos desde la fecha del nacimiento, adopción o acogimiento del hijo.

El régimen protector vinculado a la maternidad aparece reflejado en las SSTC 92/2008 y 124/2009, donde figura una doble línea argumentativa en la que se matiza la distinción entre los supuestos en los que la decisión extintiva obedece al embarazo (conurrencia de «móvil discriminatorio») o bien solo coincide en el tiempo con el mismo, sin que ello sea conocido por la empleadora. En el primero de los casos, la declaración de nulidad radical del despido aparece vinculada a la infracción del artículo 14 de la CE, en tanto que se incurre en discriminación por razón de sexo; mientras que, en el segundo caso, la nulidad se vincula con la nueva tutela objetiva introducida por la Ley 39/1999, determinante de la modificación del artículo 55.5 b) del ET.

El ámbito de protección objetivo de la declaración de nulidad radical aparece matizado en la STC 173/2013, de 10 de octubre, apreciándose que solo operará durante el periodo de prueba cuando se produzca una vulneración de derechos fundamentales, esto es, cuando el cese obedezca a una decisión empresarial reactiva al embarazo de la trabajadora (STC 17/2007, de 12 de febrero). No obstante, esta consecuencia podría ser eludida por la empresa si acredita no haber tenido conocimiento del embarazo, o bien cuando se

hubieran dejado de manifiesto elementos objetivos que descarten la existencia de discriminación. También es preciso tener en consideración el pronunciamiento que se deduce de la STS de 25 de junio de 2020 (rec. 877/2017). En su virtud, si en la papeleta de conciliación, y acta de la misma, no se hace mención de la solicitud de declaración de nulidad del cese en razón al embarazo de la trabajadora y solo se cuestiona la validez de la razón aludida para el despido (válida terminación del contrato temporal suscrito), se incurre en una modificación sustancial de la demanda y solo procede tener en consideración la inicial petición de declaración del despido como improcedente.

5.2.2. La reparación del daño causado

Una de las mayores dificultades asociadas a la reparación del daño cuando mediaba infracción de derechos fundamentales en los supuestos de discriminación de género venía dada por la complejidad a la hora de acreditar y justificar los conceptos integradores del importe que hubiera de aplicarse. La indefinición causada vino a encontrar la clave para su solución en la STC 247/2006, de 24 de julio. En la misma se concretaba que, una vez que resultara acreditada la infracción de un derecho fundamental, frente a tal infracción se debería ofrecer la correspondiente indemnización, dado que, pese a que no se pudieran ofrecer criterios objetivados para determinar el importe de la reparación del daño, el juzgador o la juzgadora han de quedar facultados para otorgar el mismo con prudente criterio.

A la vista de la dificultad de ofrecer parámetros homogéneos para articular las indemnizaciones consecuentes a las infracciones generadoras de comportamientos discriminatorios, la STS 1025/2017, de 19 de diciembre, vino a ofrecer un criterio que se ha asentado como referente para afrontar el problema planteado. El mismo consiste en que, una vez constatada la vulneración del derecho fundamental, resultará automático el reconocimiento del derecho a recibir una reparación del daño causado, sin que resulte obligado verificar o cuantificar un perjuicio económico específico. El método de cálculo se apoya, como criterio orientativo, en la LISOS, asimilando la cantidad a indemnizar a favor de la víctima del comportamiento discriminatorio con la que correspondería aplicar a la empresa por su conducta transgresora.

El TS procedía a ofrecer una solución ante la «inexistencia de parámetros que permitan con precisión traducir en términos económicos el sufrimiento» derivado del daño moral. A la vez se salva el amplio margen de discrecionalidad existente en la valoración que quedaba diluida cuando se pretendían aplicar parámetros objetivos, recordando que «los sufrimientos, padecimientos o menoscabos experimentados no tienen directa o secuencialmente una traducción económica (SSTS 21/09/09 –rucd. 2738/08–; y 11/06/12 –rucd. 3336/11–)».

La nueva línea interpretativa jurisprudencial ha facilitado un nuevo modelo indemnizatorio plasmado en el artículo 183 de la LRJS que concede al tribunal un considerable margen de discrecionalidad en la determinación del daño moral. Este nuevo precepto facilitará las claves precisas para cuantificar las indemnizaciones vinculadas al daño moral. En aplicación de esta nueva norma, y de la jurisprudencia que lo interpreta, no solo procedería la

reclamación de una indemnización por daños morales, sino que a la misma cabría adicionar una indemnización con función disuasoria que no siempre es objeto de solicitud por las partes afectadas (Molina Navarrete, 2018b, p. 100). En estos casos, la determinación del *quantum* indemnizatorio viene a ofrecer una doble cobertura: de una parte, desde una perspectiva reparadora, permitirá «resarcir suficientemente a la víctima y restablecer a esta, en la medida de lo posible, en la integridad de su situación anterior a la lesión», en tanto que, desde una perspectiva preventiva, hará posible «contribuir a la finalidad de prevenir el daño». Desarrolla la doctrina tal planteamiento *in extenso* abordando la necesidad de consolidar un nuevo principio de civilización jurídica de justicia disuasoria al objeto de limitar la arbitrariedad de los despidos empresariales. Y todo ello, aun a pesar del posicionamiento de la Sala de lo Social (STS 352/2020, de 19 de mayo), cuyo contenido dibuja un «cuadro sugerente de claroscuros» (Molina Navarrete, 2020) en la medida en que: a) de una parte casa la anterior doctrina negacionista del derecho a la indemnización disuasoria, pero b) declara que la indemnización por daño moral y la correspondiente a la finalidad disuasoria son compatibles y pueden, por tanto, integrarse, quedando asimilada una parte de la indemnización fijada al daño moral y el resto a la indemnización disuasoria.

En aquellos despidos en los que concurra la infracción de derechos fundamentales, apreciándose conculcación del artículo 14 de la CE, en relación con el artículo 10 de la CE al afectar a la dignidad, podría resultar de aplicación el artículo 8.12 de la LISOS. Se califican como infracción muy grave las decisiones unilaterales que incurran en discriminación directa o indirecta, entre otros motivos, por razón de sexo. En tal caso, cabría aplicar una sanción a la persona infractora (estandarizada por la práctica en el grado mínimo) entre 6.251 y 25.000 euros; cantidad que se determinaría como importe indemnizatorio a favor de la víctima. En la forma que se describe la reparación de las conductas transgresoras no ha de venir determinada por un contenido de alcance económico que integre los conceptos tradicionales de lucro cesante y daño emergente, sino que aparecerá vinculada a la efectiva constatación del daño moral y al sistema de reparación automática dispuesto ante los procedimientos perseguidos por la norma (Molina Navarrete, 2018a, p. 140).

6. Conclusiones relativas a la protección antidiscriminatoria

La discriminación por razón de género no es algo propio de nuestro tiempo, sino una realidad con profundas raíces que se pierden en el pasado y que se ha asimilado como una situación natural durante siglos. Ha sido precisa la consolidación de los derechos fundamentales recogidos en las constituciones modernas para que el derecho a la igualdad pasara de ser una mera proclama formal a estar dotado de un contenido material plasmado en normas defensoras de forma decidida de este derecho. Los instrumentos internacionales han sido claves para visibilizar un problema oculto con demasiada frecuencia en estereotipos consolidados en la sociedad y que relegaban a la mujer a un papel secundario en el hogar o en el desempeño de funciones como cuidadora.

El principio de igualdad sustancial entre hombres y mujeres ha logrado un papel muy relevante en el desarrollo de la normativa europea, alcanzando una progresión apreciable como consecuencia de la interacción entre la legislación europea y el TJUE. A la hora de dotar de un contenido sustantivo a los derechos en juego había que establecer reglas concretas de partida para prohibir la «discriminación directa» que han sido trasladadas a la normativa estatal: al artículo 28 del ET en cuanto a la vertiente salarial y al artículo 55.5 del ET respecto de la protección frente al despido discriminatorio. Sin embargo, las situaciones que dejan de manifiesto una «discriminación indirecta» resultan más sutiles, no se aprecian de forma nítida y con frecuencia ofrecen una apariencia neutra, más difícil de atajar.

La «brecha salarial de género» sigue identificando uno de los principales objetivos a eliminar o a reducir de forma progresiva. Al objeto de identificar las diferentes hipótesis discriminatorias en el aspecto retributivo hemos registrado las múltiples caras con que se muestra. Junto a esta hay otras discriminaciones que condicionan el desarrollo normal de la vida profesional de las mujeres trabajadoras, limitando sus posibilidades de acceso al empleo o de promoción profesional, alcanzando incluso a la libertad de decisión en relación con la maternidad.

La relación de las diversas manifestaciones de discriminación por razón de género nos lleva a considerar la dificultad en la que se encuentra la mujer trabajadora para insertarse con normalidad en el ámbito laboral, afectando a diversas áreas de su vida privada. La mujer ha de superar mayores obstáculos para llevar a cabo su inserción laboral, sufre discriminación retributiva manifestada de forma múltiple, ve limitadas sus expectativas de promoción profesional, sufre también represalias cuando opta por la maternidad... Todas estas circunstancias acumuladas condicionan el retraso de la maternidad, provocan el descenso de la tasa de natalidad y, en ocasiones, colocan a la mujer trabajadora en el dilema de abandonar su carrera profesional, bien durante un periodo prolongado, o bien de forma definitiva.

La nueva configuración jurídica dada a las herramientas para la lucha contra la discriminación de género pasa por el desarrollo efectivo de los planes de igualdad, las auditorías retributivas, la transparencia, el registro salarial y la determinación del «trabajo de igual valor» en el análisis comparativo de los puestos de trabajo.

La consolidación de los medios articulados para eliminar la discriminación por razón de género permitirá alcanzar una sociedad más justa e igualitaria. La adecuada difusión de los mecanismos descritos debe facilitar un efecto preventivo relevante, a partir del establecimiento de fórmulas resarcitorias impuestas por los tribunales que han de actuar como vías disuasorias para erradicar comportamientos que atenten contra el derecho a la igualdad de género en el trabajo. Su plasmación efectiva se traduce en una evidencia de progreso que alcanza a varias facetas, generando para la mujer una integración efectiva a nivel económico y social, una mayor justicia a través de normas igualitarias y una seguridad más afianzada en el entorno laboral.

Referencias bibliográficas

- Cabeza Pereiro, Jaime. (2012). La discriminación retributiva por razón de sexo como paradigma de discriminación sistémica. *Lan Harremanak/Revista de Relaciones Laborales*, 25, 79-98.
- Ferrajoli, Luigi. (1999). *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Trotta.
- Instituto de la Mujer. (2020). *Boletín «Igualdad en la Empresa»*, 58. https://www.igualdad enlaempresa.es/actualidad/boletin/docs/BIE_58_22_febrero_igualdad_salarial.pdf.
- López Balaguer, Mercedes y Rodríguez Rodríguez, Emma. (2019). *La discriminación retributiva por razón de sexo*. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 431, 41-74.
- Molina Navarrete, Cristóbal. (2018a). *El «plus de riesgo de despido» de las mujeres embarazadas: ¿«indemnización disuasoria» también para la nulidad objetiva? Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 942/2017, de 28 de noviembre*. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 421, 134-142.
- Molina Navarrete, Cristóbal. (2018b). *Nuevos fragmentos de «justicia resarcitoria» en el orden social: persistentes lagunas y anomalías*. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 421, 97-102.
- Molina Navarrete, Cristóbal. (2020). *La indemnización disuasoria por despido arbitrario, entre ortos (auroras) y ocasos (crepúsculos): ¿justicia resarcitoria o «justicia del cadí»?* *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 451, 185-208.
- Poyatos i Matas, Glòria. (2019). *Despido de trabajadora por la actividad sindical de su pareja. Discriminación «por asociación». Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias 882/2019, de 29 de agosto*. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 441, 166-172.
- Sánchez Pérez, José. (2019). *La discriminación laboral por razón de embarazo*. En Cristóbal Molina Navarrete (Coord.), *Impacto sobre la legislación laboral española de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. XXXVII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales* (pp. 339-358). Consejo Andaluz de Relaciones Laborales.
- Serrano Argüeso, Mariola y Aboitiz Cazalis, Maialen. (2018). *¿Es necesaria en España una ley para combatir la brecha salarial por causa de sexo y de género?* *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 427, 115-149.
- Valdés Dal-Ré, Fernando. (2008). *Igualdad y no discriminación por razón de género: una mirada laboral*. En Esther Gómez Campelo y Félix Valbuena González (Coords.), *Igualdad de género. Una visión jurídica plural. Jornadas Igualdad Efectiva. Realidad o Ficción* (pp. 129-154). Universidad de Burgos, Servicio de Publicaciones e Imagen Institucional: Caja de Burgos.