

FRANCISCO JAVIER ARRIETA IDIAKEZ

(Director y Coordinador)

MANIFESTACIONES DE LA DISCRIMINACIÓN EN EL TRABAJO: PREVENCIÓN Y PROTECCIÓN

EDUARDO TORRES-DULCE LIFANTE
LUIS GÓMEZ DE LAS HERAS MARTÍN-MAESTRO
BEGOÑA LASA IBARRECHE
JOSÉ IGNACIO GARCÍA NINET
SUSANA RODRÍGUEZ ESCANCIANO
JUAN JOSÉ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ
HENAR ÁLVAREZ CUESTA
M^a DE LOS REYES MARTÍNEZ BARROSO
GUILLERMO GARCÍA GONZÁLEZ
PATRICIA NIETO ROJAS
DJAMIL TONY KAHALE CARRILLO
ELISABET ERRANDONEA ULAZIA
FCO. JAVIER FERNÁNDEZ ORRICO
VEGA MARÍA ARNÁEZ ARCE
SANTIAGO LARRAZABAL BASAÑEZ

FRANCISCO JAVIER ARRIETA IDIAKEZ
BEATRIZ SÁNCHEZ-GIRÓN MARTÍNEZ
ANA CASTRO FRANCO
RAQUEL POQUET CATALÁ
MARÍA JOSÉ ASQUERINO LAMPARERO
IRENE MARTÍNEZ MARTÍNEZ
SANTOS MANUEL CAVERO LÓPEZ
FRANCISCO CORTÉS GONZÁLEZ
RODRIGO CRISTIÁN MÉNDEZ FILLEUL
JUAN MÉJICA GARCÍA
EKATERINA REZNIKOVA
CONCEPCIÓN SANZ SÁEZ
EDRIGA ARANBURU AGIRRE
JUAN PABLO IBAÑEZ GARCÍA
LIDIA DE LA IGLESIA AZA



**MANIFESTACIONES DE LA DISCRIMINACIÓN
EN EL TRABAJO:
PREVENCIÓN Y PROTECCIÓN**

**MANIFESTACIONES
DE LA DISCRIMINACIÓN EN EL TRABAJO:
PREVENCIÓN Y PROTECCIÓN**

FRANCISCO JAVIER ARRIETA IDIAKEZ
(Director y Coordinador)

 *Dykinson, S.L.*

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su incorporación a un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio, sea este electrónico, mecánico, por fotocopia, por grabación u otros métodos, sin el permiso previo y por escrito del editor. La infracción de los derechos mencionados puede ser constitutiva de delito contra la propiedad intelectual (art. 270 y siguientes del Código Penal).

Diríjase a Cedro (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra. Puede contactar con Cedro a través de la web www.conlicencia.com o por teléfono en el 917021970/932720407.

Este libro ha sido sometido a evaluación por parte de nuestro Consejo Editorial.
Para mayor información, véase www.dykinson.com/quienes_somos

© Copyright by
Los autores
Madrid

Editorial DYKINSON, S.L. Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid
Teléfono (+34) 91 544 28 46 - (+34) 91 544 28 69
e-mail: info@dykinson.com
<http://www.dykinson.es>
<http://www.dykinson.com>

ISBN: 978-84-1070-924-9

Depósito Legal: M-16799-2025

DOI: <https://doi.org/10.14679/4290>

ISBN electrónico: 979-13-7006-487-7

Preimpresión por:
Besing Servicios Gráficos S.L.
e-mail: besingsg@gmail.com

Índice

Prólogo	31
Capítulo primero. Igualdad, desigualdad y discriminación en la Constitución Española de 1978. Especial consideración a la identidad de género en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional	37
EDUARDO TORRES-DULCE LIFANTE	
I. UN ÁMBITO CONSTITUCIONAL PARA UN CONCEPTO DE IGUALDAD	37
II. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD ANTE LA LEY Y ANTE LOS PARTICULARES	41
III. LA IGUALDAD EN LA APLICACIÓN DE LA LEY	42
IV. NOCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN	43
V. DISCRIMINACIÓN, IDENTIDAD, GÉNERO Y SEXO. CONSIDERACIONES EN TORNO A LA STC PLENO 67/2022, DE 2 DE JUNIO	45
5.1. El objeto del amparo	45
5.2. Su transcendencia constitucional	48
5.3. El contenido argumental de la sentencia	49
VI. LA PROYECCIÓN AL CASO DE LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL ..	57
VII. BIBLIOGRAFÍA	59

Capítulo 2. Aspectos singulares de la discriminación laboral..... 61

LUIS GÓMEZ DE LAS HERAS MARTÍN-MAESTRO

I.	MARCO NORMATIVO DE REFERENCIA.....	61
II.	PROTECCIÓN	64
	2.1. Medidas de orden administrativo	65
	2.2. Medidas a nivel constitucional	66
III.	ENJUICIAMIENTO Y SANCIÓN.....	71
	3.1. El Tribunal Constitucional.....	71
	3.2. El poder judicial.....	73
IV.	BIBLIOGRAFÍA	82

Capítulo 3. La discriminación en el ámbito laboral. Actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social..... 83

BEGOÑA LASA IBARRECHE

I.	MARCO NORMATIVO.....	83
II.	FUNCIÓN DE VIGILANCIA Y EXIGENCIA DEL CUMPLIMIENTO DE LAS NORMAS	84
III.	ACTUACIONES INSPECTORAS	86
	3.1. Control de planes de Igualdad y otras obligaciones de la Ley de Igualdad.....	86
	3.2. Control de situaciones discriminatorias en la relación laboral	91
	3.3. Control de situaciones de discriminación salarial.....	96
	3.4. Actuaciones en materia de prevención de riesgos laborales con un enfoque de género.....	101
	3.5. Acoso sexual y por razón de sexo	102
	3.6. Control de la existencia de cláusulas discriminatorias o en materia de igualdad en los convenios colectivos.....	105
IV.	MEDIDAS ADOPTADAS COMO CONSECUENCIA DE LA ACTUACIÓN INSPECTORA	105
	4.1. Requerimiento	106
	4.2. Procedimiento sancionador	107
	4.3. Acta de Liquidación	113

4.4. Fiscalía.....	113
V. OFICINA ESTATAL DE LUCHA CONTRA LA DISCRIMINACIÓN.....	113

Capítulo 4. La discriminación en la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea..... 115

JOSÉ IGNACIO GARCÍA NINET

PREVIA.....	115
I. PUNTO DE PARTIDA. SELECCIÓN DE NORMAS INTERNACIONALES GENERALES A CONSIDERAR.....	115
1.1. Declaración Universal de los Derechos Humanos 1948.....	115
1.2. Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial.....	116
1.3. Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.....	117
1.4. Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales	119
1.5. Pacto internacional de derechos civiles y políticos.....	120
1.6. Instrumento de ratificación del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.....	120
1.7. Convenio núm. 111 de la OIT sobre la discriminación en materia de empleo y ocupación.....	121
II. NORMAS EUROPEAS.....	121
2.1. Tratado de la Unión Europea.....	121
2.2. Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.....	122
2.3. Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.....	123
2.4. Directiva 76/207/CEE del consejo, de 9 de febrero de 1976 (derogada).....	124
2.5. Directiva 79/7/CEE, del Consejo de la Unión Europea, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social.....	125
2.6. Directiva 97/81/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa al acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial concluido por la UNICE, el CEEP y la CES.....	126

2.7.	Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada	126
2.8.	Directiva 2000/78/C del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación	127
2.9.	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	133
2.10.	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 lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales (refundición)	137
2.11.	Directiva 2008/104/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de noviembre de 2008 relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal.....	138
2.12.	Directiva (UE) 2023/970 del Parlamento Europeo y del Consejo de 10 de mayo de 2023 por la que se refuerza la aplicación del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor a través de medidas de transparencia retributiva y de mecanismos para su cumplimiento	138
III.	TIPOLOGIA DE SUPUESTOS JUDICIALES.....	146
3.1.	¿Discriminaciones a favor o en contra de las mujeres?.....	146
3.2.	Discriminaciones contra los trabajadores a tiempo parcial y contra trabajadores contratados por tiempo determinado	171
3.3.	Empresas de Trabajo Temporal. Contratos sucesivos	184
3.4.	Discriminaciones por edad.....	186
3.5.	Discriminación hacia trabajadores homosexuales/orientación sexual.....	189
3.6.	Diferencia de trato por razón de religión. Discriminación religiosa.....	191

3.7. Discriminación de la discapacidad	195
3.8. Empleadas de hogar y desempleo	198
3.9. Discriminación contra la retribución del trabajo nocturno	203
Capítulo 5. Discriminación por motivos sindicales: nuevas manifestaciones..	205
SUSANA RODRÍGUEZ ESCANCIANO	
I. EL DERECHO DE LIBERTAD SINDICAL COMO PILAR NUCLEAR DE LAS RELACIONES LABORALES. ASPECTOS INDIVIDUALES Y COLECTIVOS.....	205
II. LOS EXTENSOS CONTORNOS DEL DERECHO DE LIBERTAD SINDICAL. CONTENIDO ESENCIAL Y ADICIONAL.....	207
III. AMPLITUD DE CONDUCTAS LESIVAS DEL DERECHO DE LIBERTAD SINDICAL A LA LUZ DE LOS ÚLTIMOS PRONUNCIAMIENTOS JUDICIALES.....	209
IV. EL DERECHO DE LIBERTAD SINDICAL COMO DERECHO PROACTIVO. EL DEBILITAMIENTO DE LOS SINDICATOS DE CLASE.....	215
V. EL ACCESO AL EMPLEO COMO SINGULAR CONTEXTO DE EXPOSICIÓN: LISTAS NEGRAS.....	218
VI. DIFICULTADES PARA EL MANTENIMIENTO DEL PUESTO DE TRABAJO.....	224
VII. LA TUTELA EN EL DISFRUTE DEL CRÉDITO HORARIO: QUIEBRAS.....	227
VIII. EL DATO DE AFILIACIÓN SINDICAL COMO DATO ESPECIALMENTE PROTEGIDO.....	228
IX. INFORMACIÓN SINDICAL SOBRE ALGORITMOS COMO GARANTÍA.....	233
9.1. La regulación estatutaria	234
9.2. El Reglamento Europeo de Inteligencia Artificial	238
X. BIBLIOGRAFÍA.....	240
Capítulo 6. La discriminación laboral por motivos religiosos. Elementos para la reflexión a partir de la jurisprudencia	247
JUAN JOSÉ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ	
I. LA LIBERTAD RELIGIOSA EN LAS RELACIONES LABORALES Y EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN: BASES EMPÍRICAS PARA EL ANÁLISIS.....	247

II.	EL DERECHO A PORTAR SÍMBOLOS RELIGIOSOS EN EL TRABAJO	252
	2.1. La doctrina del TEDH sobre signos identitarios durante la prestación de servicios	253
	2.2. El criterio del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.....	258
	2.3. Algunas cuestiones controvertidas a la luz de las resoluciones de los órganos judiciales españoles	266
III.	LA MODIFICACIÓN DE REQUISITOS OBJETIVOS DE LA ACTIVIDAD PROFESIONAL: LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA POR MOTIVOS RELIGIOSOS.....	269
IV.	DESCANSO SEMANAL O CONMEMORACIÓN DE FESTIVIDADES RELIGIOSAS.....	277
	4.1. Descanso por motivos religiosos o festividad religiosa y pruebas selectivas	277
	4.2. Derecho al descanso semanal o a la celebración de las festividades en los días previstos según las convicciones del trabajador: de la sanción (incluido el despido) a la acomodación razonable	281
V.	RITOS RELIGIOSOS Y SALUD DEL TRABAJADOR.....	288
VI.	LA LIBERTAD SINDICAL EN EL SENO DE LAS CONFESIONES RELIGIOSAS: EL CASO <i>SINDICATO DEL BUEN PASTOR C. RUMANÍA</i> ..	289
	6.1. La valoración del asunto en los tribunales rumanos.....	290
	6.2. El criterio de la Sala Tercera del TEDH	291
	6.3. La primacía de la autonomía religiosa sobre la libertad sindical bajo el parecer de la Gran Sala del TEDH.....	293
VII.	LAS ORGANIZACIONES RELIGIOSAS Y EL RESPETO A SU IDEARIO POR LOS TRABAJADORES.....	296
	7.1. Autonomía confesional y conducta del trabajador que se aparta del ideario en la doctrina del TEDH.....	296
	7.2. La doctrina del Tribunal de Justicia sobre la autonomía confesional y su incidencia en las relaciones laborales	301
	7.3. El criterio en los tribunales españoles sobre el conflicto entre libertad religiosa del trabajador y autonomía confesional	304
VIII.	AUTONOMÍA CONFESIONAL Y VIDA PRIVADA DE LOS PROFESORES DE RELIGIÓN CATÓLICA EN CENTROS PÚBLICOS	308

8.1. El alcance de la autonomía de las confesiones religiosas en la designación de profesores de religión en centros públicos bajo el parecer del TEDH.....	309
8.2. La aproximación del TJUE a propósito de la vinculación contractual temporal de los profesores de religión	314
8.3. La autonomía confesional y la remoción de los profesores de religión católica en los tribunales nacionales	316
IX. BIBLIOGRAFÍA	324

Capítulo 7. Avanzando hacia la no discriminación laboral por razón de etnia, condición social o ideas políticas: propuestas y buenas prácticas. 341

HENAR ÁLVAREZ CUESTA

I. CAUSAS DE DISCRIMINACIÓN «TRADICIONALES»: ETNIA, IDEAS POLÍTICAS Y CONDICIÓN SOCIAL	341
II. CAUSAS TRADICIONALES Y NUEVAS DIMENSIONES DE ESTAS CAUSAS DE DISCRIMINACIÓN	346
III. NUEVAS REGULACIONES FRENTE A LA DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE ETNIA	354
IV. LA DISCRIMINACIÓN POR IDEAS POLÍTICAS.....	357
V. LAS MIL CARAS DE LA DISCRIMINACIÓN POR CONDICIÓN SOCIAL	357
VI. EL IMPACTO DISCRIMINATORIO DE LA IA SOBRE LAS MINORÍAS ÉTNICAS Y SOCIALES	364
VII. PROPUESTAS DE SOLUCIÓN LEGALES Y CONVENCIONALES	367
VIII. BIBLIOGRAFÍA	372

Capítulo 8. La construcción jurídica de la discriminación por parentesco en el empleo y en las prestaciones sociales..... 377

M^a DE LOS REYES MARTÍNEZ BARROSO

I. INTRODUCCIÓN.....	377
II. EL PARENTESCO COMO FACTOR DE DISCRIMINACIÓN (FAVORABLE O ADVERSA) EN EL EMPLEO.....	378

2.1. El concepto de parentesco como factor o causa autónoma de discriminación favorable o adversa. Su distinción respecto del estado civil.....	379
III. EL PARENTESCO COMO CIRCUNSTANCIA CAUSANTE DE DISCRIMINACIÓN POR ASOCIACIÓN: DOCTRINA COMUNITARIA Y APLICACIÓN EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL.....	395
IV. LA REPERCUSIÓN DEL PARENTESCO EN LAS PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL	399
4.1. La exclusión de la cobertura por desempleo de los hijos contratados en la empresa familiar.....	400
4.2. Discriminación por asociación y pensión de viudedad	412
4.3. Discriminación por asociación y prestación en favor de familiares	412
V. BIBLIOGRAFÍA	414

Capítulo 9. Inteligencia artificial y discriminación en el trabajo: un acercamiento crítico a su incipiente ordenación jurídica 417

GUILLERMO GARCÍA GONZÁLEZ

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN	417
II. SESGOS ALGORÍTMICOS Y DISCRIMINACIÓN EN EL TRABAJO: RETOS SOCIOJURÍDICOS A LA LUZ DEL MARCO REGULATIVO INESPECÍFICO	419
III. LA DISCRIMINACIÓN ALGORÍTMICA LABORAL Y SU RECEPCIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO INTERNO.....	424
3.1. El derecho de información de la representación de los trabajadores como mecanismo de tutela colectiva frente a la discriminación algorítmica	425
3.2. La Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación: un tímido y simbólico acercamiento jurídico-positivo a la inteligencia artificial	430
3.3. Inteligencia artificial y discriminación algorítmica en la nueva Ley de Empleo: aciertos y limitaciones.....	433
3.4. El <i>sandbox</i> regulatorio como instrumento preventivo frente a la discriminación algorítmica	438

IV.	LA LEY DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL EUROPEA Y SU POTENCIAL ANTIDISCRIMINATORIO: ENTRE LA PRUDENCIA Y LA ESPERANZA.....	441
V.	A MODO DE REFLEXIÓN FINAL	448
VI.	BIBLIOGRAFÍA	450

Capítulo 10. La discriminación por razón de orientación sexual e identidad de género. Las nuevas obligaciones empresariales en relación con el colectivo lgtbi 455

PATRICIA NIETO ROJAS

I.	LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE ORIENTACIÓN SEXUAL E IDENTIDAD DE GÉNERO	455
1.1.	La prohibición por razón de orientación sexual e identidad de género en el Derecho Comunitario.....	456
1.2.	La prohibición de discriminación por razón de orientación sexual e identidad de género en el ordenamiento nacional	457
II.	LAS OBLIGACIONES EMPRESARIALES. LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS NEGOCIADAS DESTINADAS A LA PROMOCIÓN DE LA ORIENTACIÓN Y DIVERSIDAD SEXUAL	463
2.1.	La negociación de un protocolo para la prevención de las situaciones de acoso por razón de orientación sexual e identidad de género como obligación autónoma	466
2.2.	La negociación de un conjunto planificado de medidas para la consecución de la igualdad real y efectiva del colectivo LGTBI.....	473
III.	A MODO DE CONCLUSIÓN	477
IV.	BIBLIOGRAFÍA	479

Capítulo 11. La discriminación por razón de edadismo en los convenios colectivos 481

DJAMIL TONY KAHALE CARRILLO

I.	INTRODUCCIÓN.....	481
II.	EL DERECHO A LA IGUALDAD DE TRATO Y LA NO DISCRIMINACIÓN	482

III.	LA EDAD COMO DISCRIMINACIÓN	500
IV.	EL DESARROLLO DEL CONTENIDO DE LA DISCRIMINACIÓN POR EDAISMO EN LOS CONVENIOS COLECTIVOS	501
V.	CONCLUSIONES	508
VI.	BIBLIOGRAFÍA	508

Capítulo 12. La discriminación por enfermedad 511

ELISABET ERRANDONEA ULAZIA

I.	INTRODUCCIÓN.....	511
II.	EL LISTADO DE CAUSAS DE DISCRIMINACIÓN CONTENIDO EN LA LEY 15/2022, INTEGRAL PARA LA IGUALDAD DE TRATO Y NO DISCRIMINACIÓN.....	513
III.	LA ENFERMEDAD COMO CAUSA POSIBLE DE DISCRIMINACIÓN....	517
IV.	LA ENFERMEDAD O CONDICIÓN DE SALUD COMO CAUSA DE DISCRIMINACIÓN EN LA LEY 15/2022.....	527
V.	LA NULIDAD DE LAS DISPOSICIONES, ACTOS O CLÁUSULAS QUE CAUSEN DISCRIMINACIÓN POR MOTIVO DE ENFERME- DAD Y LAS REGLAS RELATIVAS A LA CARGA DE LA PRUEBA.....	530
VI.	A MODO DE CONCLUSIÓN	535
VII.	BIBLIOGRAFÍA	535

Capítulo 13. Manifestaciones de discriminación laboral por razón de dis- capacidad..... 539

FCO. JAVIER FERNÁNDEZ ORRICO

I.	EL ITINERARIO JURÍDICO HACIA LA IGUALDAD EN DERE- CHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD	539
	1.1. Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad.....	540
	1.2. El camino seguido en la Unión Europea.....	541
	1.3. Terminología en la Constitución española y su reforma	543
II.	DISCRIMINACIÓN LABORAL POR RAZÓN DE DISCAPACIDAD	546

III.	EL INCUMPLIMIENTO DE LOS «AJUSTES RAZONABLES» COMO CAUSA DE DISCRIMINACIÓN LABORAL POR RAZÓN DE DISCAPACIDAD	547
IV.	JURISPRUDENCIA DEL TJUE SOBRE DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE DISCAPACIDAD EN EL ÁMBITO LABORAL	550
	4.1. Solicitud de permiso o subsidio en el supuesto de maternidad subrogada	550
	4.2. Discriminación en el empleo por causa de «discriminación transferida» o por «vinculación» o «asociación»	552
	4.3. La falta de aptitud del trabajador con discapacidad para desempeñar el trabajo	553
	4.4. Despido de persona con discapacidad sin aplicar «ajustes razonables»	555
	4.5. Discriminación por razón de discapacidad, al aplicar la indemnización por despido en inferior cuantía a la del método de cálculo general	556
	4.6. Discriminación según que la persona con discapacidad sea personal laboral o funcionario	557
	4.7. Despido de persona con discapacidad por faltas de asistencia al trabajo	558
V.	DISCRIMINACIONES LABORALES POR RAZÓN DE OTRAS SITUACIONES EQUIPARABLES A LA DISCAPACIDAD	558
	5.1. Despido a causa de enfermedad o accidente	558
	5.2. Despido por obesidad	564
	5.3. Despido de persona «especialmente sensible» a determinados riesgos	565
	5.4. Un cambio de paradigma sobre el despido de persona con incapacidad permanente (STJUE 18 enero 2024)	567
	5.5. Conclusión	571
VI.	DE LA JUBILACIÓN «ANTICIPADA» PARA PERSONAS CON DISCAPACIDAD A LA INCAPACIDAD PERMANENTE	572
VII.	REFLEXIONES FINALES	575
VIII.	BIBLIOGRAFÍA	575

Capítulo 14. Sector público y discapacidad: gestión y fomento del acceso al empleo de las personas con discapacidad..... 577

VEGA MARÍA ARNÁEZ ARCE

I.	INTRODUCCIÓN.....	577
II.	EL FOMENTO DEL EMPLEO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL MARCO DE LA AGENDA 2023.....	578
	2.1. El acceso al empleo de personas con discapacidad en la Agenda 2030 para el desarrollo sostenible	578
	2.2. La contratación pública al servicio de las políticas sociales en la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible	580
III.	RÉGIMEN JURÍDICO DEL ACCESO AL EMPLEO PÚBLICO DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD	581
	3.1. Normativa básica estatal.....	581
	3.2. Normativa autonómica de desarrollo. La Ley del Parlamento Vasco 11/2022, de 1 de diciembre	583
IV.	LA CONTRATACIÓN PÚBLICA SOSTENIBLE EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO ESPAÑOL.....	586
	4.1. Consideraciones generales.....	586
	4.2. Las previsiones de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público	589
	4.3. La incorporación de las cláusulas sociales en los contratos del sector público.....	591
	4.4. Las reservas y los criterios de desempate en la adjudicación de contratos públicos.....	597
V.	CONCLUSIONES.....	602
VI.	BIBLIOGRAFÍA	603
VII.	RESOLUCIONES E INFORMES DE ÓRGANOS ADMINISTRATIVOS ...	607

Capítulo 15. La lucha contra la discriminación por discapacidad en el ámbito laboral: una visión desde la protección de los derechos fundamentales y la salvaguarda de la dignidad de la persona 609

SANTIAGO LARRAZABAL BASAÑEZ

I.	INTRODUCCIÓN.....	609
----	-------------------	-----

II.	LA LUCHA CONTRA LA DISCRIMINACIÓN POR DISCAPACIDAD EN EL DERECHO INTERNACIONAL.....	610
III.	LA LUCHA CONTRA LA DISCRIMINACIÓN POR DISCAPACIDAD EN EL ÁMBITO DEL CONSEJO DE EUROPA.....	614
	3.1. En el ámbito normativo	614
	3.2. En el ámbito jurisprudencial	616
IV.	LA LUCHA CONTRA DISCRIMINACIÓN POR DISCAPACIDAD EN EL ÁMBITO DE LA UNIÓN EUROPEA	618
	4.1. En el ámbito normativo	618
	4.2. En el ámbito jurisprudencial	620
V.	LA LUCHA CONTRA LA DISCRIMINACIÓN POR DISCAPACIDAD EN EL DERECHO ESPAÑOL	623
	5.1. En el ámbito de la Constitución	623
	5.2. En el ámbito legislativo	627
	5.3. En el ámbito de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional	633
VI.	CONCLUSIONES	635
VII.	BIBLIOGRAFÍA	636

Capítulo 16. Discriminación por lengua dentro del estado español 641

FRANCISCO JAVIER ARRIETA IDIAKEZ

I.	INTRODUCCIÓN.....	641
II.	LOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS PARA LA NO DISCRIMINACIÓN POR LENGUA DENTRO DEL ESTADO ESPAÑOL, A MODO DE CONTEXTUALIZACIÓN	641
III.	SUPUESTOS PRÁCTICOS EN EL ÁMBITO DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE EUSKADI.....	653
	3.1. En el ámbito privado	653
	3.2. En el ámbito del empleo público	656
IV.	BIBLIOGRAFÍA	667

Capítulo 17. Las características genéticas, rasgo protegido por el derecho a no ser discriminado? 669

BEATRIZ SÁNCHEZ-GIRÓN MARTÍNEZ

I.	INTRODUCCIÓN.....	669
----	-------------------	-----

II.	¿QUÉ ES LA INFORMACIÓN GENÉTICA Y QUÉ RELACIÓN TIENE CON EL ESTADO DE SALUD DE UNA PERSONA?	670
III.	EL DERECHO ANTE LOS RIESGOS JURÍDICOS QUE SUPONEN LOS AVANCES EN GENÉTICA	673
	3.1. Ideas generales	673
	3.2. El ámbito de las relaciones laborales en particular	676
IV.	CONTENIDO BÁSICO DEL DERECHO A NO SER DISCRIMINADO	677
	4.1. Principio de igualdad y derecho a la no discriminación	677
	4.2. El ámbito de aplicación subjetivo del derecho a no ser discriminado	679
V.	REGULACIÓN DE LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN POR CARACTERÍSTICAS GENÉTICAS	682
	5.1. Referencia al marco jurídico internacional	683
	5.2. Referencias al marco jurídico de la Unión Europea	684
	5.3. Referencias al marco jurídico nacional	687
VI.	CONCLUSIONES FINALES: ¿ES NECESARIO UN DERECHO A NO SER DISCRIMINADO POR MOTIVO DE LAS CARACTERÍSTICAS GENÉTICAS?	692
VII.	BIBLIOGRAFÍA	694

Capítulo 18. La discriminación por razón de edad en la selección de los afectados por un despido colectivo. Valoración jurisprudencial de la menor indemnización para mayores de 60 años	697
---	-----

ANA CASTRO FRANCO

I.	DIFICULTADES EN LA BÚSQUEDA Y MANTENIMIENTO DEL EMPLEO POR RAZÓN DE EDAD	697
II.	LA DOCTRINA EUROPEA EN TORNO A LAS DIFERENCIAS DE TRATO POR RAZÓN DE EDAD JUSTIFICADAS	700
III.	LA AFECTACIÓN DE LOS TRABAJADORES MADUROS EN LOS DESPIDOS COLECTIVOS COMO PRÁCTICA HABITUAL EN LAS EMPRESAS	711
	3.1. La intervención legislativa contra el edadismo: el convenio especial con la Seguridad Social y la aportación al Tesoro Público	713

3.2. La prioridad de permanencia por razón de edad en la negociación colectiva.....	718
3.3. El plan de recolocación y las medidas sociales de acompañamiento.....	721
3.4. La posición jurisprudencial sobre la discriminación por razón de edad en el despido colectivo	723
3.5. La problemática en torno a los pactos indemnizatorios en el despido colectivo y los trabajadores mayores de 60 años.....	725
IV. CONCLUSIONES.....	729
V. BIBLIOGRAFÍA	730

Capítulo 19. Listas negras como manifestación de la discriminación por razones sindicales 733

RAQUEL POQUET CATALÁ

I. INTRODUCCIÓN.....	733
II. CONCEPTUALIZACIÓN DE LAS «LISTAS NEGRAS»	734
III. MARCO NORMATIVO.....	736
IV. DATOS PERSONALES Y CATEGORÍAS ESPECIALES DE DATOS PERSONALES	741
V. TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES EN LAS RELACIONES LABORALES. ESPECIALMENTE EN LAS LISTAS NEGRAS	744
VI. DERECHO DE LA PERSONA TRABAJADORA A LA AUTODETERMINACIÓN INFORMATIVA	747
VII. DERECHO A LA NO DISCRIMINACIÓN POR RAZONES SINDICALES	750
VIII. POSICIONAMIENTO DE LA DOCTRINA JUDICIAL Y LA JURISPRUDENCIA	754
IX. CONCLUSIONES.....	756
X. BIBLIOGRAFÍA	756

Capítulo 20. La discriminación en los procesos de selección 759

MARÍA JOSÉ ASQUERINO LAMPARERO

I. INTRODUCCIÓN.....	759
----------------------	-----

II.	MARCO NORMATIVO DE LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN Y SU APLICACIÓN AL PROCESO DE SELECCIÓN	762
	2.1. Marco normativo interno	762
	2.2. Marco normativo supranacional	766
III.	UNA APROXIMACIÓN JUDICIAL A LA GARANTÍA DE IGUALDAD DE TRATO Y NO DISCRIMINACIÓN EN LOS PROCESOS DE SELECCIÓN.....	767
	3.1. Antes de la selección	767
	3.2. Discriminación por razón de sexo	769
	3.3. Discriminación por edad	772
	3.4. Otros factores discriminatorios y el principio de igualdad	774
	3.5. La discriminación oculta: la situación socioeconómica	775
IV.	LOS PROCESOS DE SELECCIÓN, LAS TIC, INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y DISCRIMINACIÓN	778
V.	UNA PROPUESTA DE PRESENTE Y DE FUTURO	780
VI.	CONCLUSIONES	785
VII.	BIBLIOGRAFÍA	786

Capítulo 21. La protección del aspecto físico en la relación laboral..... 789

IRENE MARTÍNEZ MARTÍNEZ

I.	«ASPECTISMO», CAPITAL ESTÉTICO Y DISCRIMINACIÓN.....	789
II.	PERCEPCIÓN Y EXPERIENCIA DEL ASPECTO FÍSICO COMO CAUSA DE DISCRIMINACIÓN EN LA SOCIEDAD ESPAÑOLA	791
III.	PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN Y EL PRINCIPIO DE IGUALDAD: LA CLÁUSULA DE CIERRE DEL ARTÍCULO 14 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA	792
IV.	CONFLICTOS RELACIONADOS CON EL ASPECTO FÍSICO EN EL ÁMBITO LABORAL: EL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN, LA PROTECCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES Y LA LIBERTAD DE EMPRESA	799
	4.1. La apariencia física en el acceso al empleo	800
	4.2. La imagen como condición de trabajo	801

4.3.	El impacto del aspecto físico en el desarrollo de la carrera profesional: el fenómeno de la «beauty premium»	802
4.4.	Posibles implicaciones de la imagen desde la perspectiva de la salud de los trabajadores	804
V.	EL ASPECTO FÍSICO COMO PARTE DE LAS CAUSAS DE DISCRIMINACIÓN TRADICIONALES. REFERENCIA A LA DISCRIMINACIÓN MÚLTIPLE	805
VI.	EL AMPARO DE DERECHOS FUNDAMENTALES FRENTE A LA LIBERTAD DE EMPRESA COMO FRENO AL «ASPECTISMO»	812
VII.	PROPUESTAS PARA COMBATIR LA DISCRIMINACIÓN POR «ASPECTISMO»: PROPUESTAS INTERNAS Y DE DERECHO COMPARTADO Y SU ADECUACIÓN AL CONTEXTO ACTUAL	816
VIII.	CONCLUSIONES: LEGISLAR O NO LEGISLAR	819
IX.	BIBLIOGRAFÍA	822

Capítulo 22. La no discriminación de los trabajadores por cuenta ajena por sus ideas políticas..... 827

SANTOS MANUEL CAVERO LÓPEZ

I.	EL ALCANCE DE LA CAUSA DE DISCRIMINACIÓN POR IDEAS POLÍTICAS EN EL TRABAJO POR CUENTA AJENA	829
1.1.	La discriminación por ideas políticas en el trabajo por cuenta ajena	829
1.2.	Análisis de la doctrina europea, constitucional y jurisprudencial ...	839
II.	MEDIDAS DE ACCIÓN POSITIVA PARA COMBATIR LA DISCRIMINACIÓN POR IDEAS POLÍTICAS EN EL TRABAJO POR CUENTA AJENA	845
2.1.	Medidas para combatir la discriminación	846
2.2.	Las medidas de acción positiva	846
2.3.	Medidas de acción positiva para combatir la discriminación por ideas políticas en el trabajo por cuenta ajena	849
III.	BUENAS PRÁCTICAS EN CONVENIOS COLECTIVOS	849
3.1.	Identificación de buenas prácticas en convenios colectivos	850
IV.	CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	856
V.	BIBLIOGRAFÍA	858

Capítulo 23. ¿Qué es y para qué sirve el gestor/a de inclusión laboral?

Análisis de la Ley n° 21.275 861

FRANCISCO CORTÉS GONZÁLEZ.

I.	INTRODUCCIÓN.....	861
II.	LEGISLACIÓN CHILENA EN TORNO A LA INCLUSIÓN LABORAL ...	863
III.	LEY N° 20.422.....	864
IV.	LEY N° 21.015.....	864
V.	LEY N° 21.275.....	865
VI.	EL/LA GESTOR/A DE INCLUSIÓN LABORAL.....	866
VII.	CONCEPTOS BÁSICOS.....	869
VIII.	CONCLUSIONES.....	871
IX.	BIBLIOGRAFÍA.....	871
X.	WEBGRAFÍA.....	872
XI.	ANEXO LEGISLATIVO.....	872

Capítulo 24. El derecho a la no discriminación por haber ejercido el trabajador algunas opciones de privacidad en el ámbito del contrato de trabajo 875

RODRIGO CRISTIÁN MÉNDEZ FILLEUL

I.	INTRODUCCIÓN.....	875
II.	DE LOS NUEVOS ESPACIOS DE ACTUACIÓN DE LAS PERSONAS EN GENERAL Y DE LAS QUE TRABAJAN EN PARTICULAR.....	877
III.	LA EXTENSIÓN DE LOS ESPACIOS DE PROTECCIÓN DEL DERECHO DEL TRABAJO.....	879
IV.	EL USO DE DISPOSITIVOS DIGITALES, EN SU RELACIÓN CON EL PODER DE CONTROL Y ADMINISTRACIÓN DEL EMPLEADOR ...	882
	4.1. De la nueva dinámica empresarial	882
	4.2. De la participación de los trabajadores en las facultades de administración del empleador	885
V.	LAS ZONAS DE RESERVA COMO VALLADAR DE PROTECCIÓN Y PREVENCIÓN DE ACTOS DISCRIMINATORIOS Y LAS FACULTADES DERIVADAS.....	887

VI.	DEL JUEGO DE FACULTADES EN EL MARCO DEL CONTRATO DE TRABAJO	889
	6.1. El reforzamiento de la relación de dependencia	889
	6.2. El rol del consentimiento del trabajador ante la decisión empresarial	891
VII.	MANIFESTACIONES DISCRIMINATORIAS EN EL AMBITO DE RESERVA DEL TRABAJADOR.....	894
	7.1. De la discriminación por efecto	894
	7.2. Del efecto discriminatorio derivado de avanzar por sobre el espacio de reserva del trabajador	897
	7.3. Discriminación algorítmica, desde la óptica de la protección de los datos personales de los trabajadores	900
VIII.	ALGUNAS REFLEXIONES FINALES	904
IX.	BIBLIOGRAFÍA	906

Capítulo 25. Estrategias específicas de Seguridad Social que han promovido o promueven la igualdad de prestaciones entre ambos sexos..... 909

JUAN MÉJICA GARCÍA

I.	INTRODUCCIÓN.....	909
II.	LAS INICIATIVAS LEGISLATIVAS EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL Y EL CRITERIO INTERPRETATIVO DE LOS TRIBUNALES COMO MECANISMOS PARA LA CONSECUCCIÓN DE UNA IGUALDAD REAL Y EFECTIVA EN MATERIA DE PROTECCIÓN SOCIAL	911
III.	LOS DATOS ESTADÍSTICOS DE LA PROTECCIÓN SOCIAL EN ESPAÑA. TABLAS Y GRÁFICAS CON NOTAS EXPLICATIVAS	914
IV.	ALGUNAS SITUACIONES DE DISCRIMINACIÓN PRESTACIONAL EN EL ÁMBITO DE LA SEGURIDAD SOCIAL QUE HAN RESULTADO ACTUALIZADAS.....	918
	4.1. Aclaración previa	918
	4.2. Modalidades habituales de discriminación en la protección social	919

V.	MANIFESTACIONES DE DISCRIMINACIÓN INDIRECTA ASOCIADOS A LOS ROLES DE GÉNERO. ACTUACIONES DEL LEGISLADOR Y/O DEL ÓRGANO JUDICIAL PARA CORREGIR LA NORMATIVA CONTRARIA AL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA.....	930
5.1.	Precariedad en el presente y para el futuro de las trabajadoras contratadas para el servicio del hogar familiar	931
5.2.	Medida por la que la jornada a tiempo parcial se equipara con la jornada completa a efectos de cotización	932
5.3.	La prestación por ejercicio corresponsable del cuidado de lactante y las cotizaciones asimiladas por parto, cuidado de hijos o menores, o para los supuestos de violencia de género y otros	932
5.4.	El controvertido derecho a la prestación contributiva por nacimiento y cuidado de menor al progenitor monoparental.....	934
VI.	CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS	935
VII.	REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	937

Capítulo 26. Abordando la brecha de promoción de género en España: mujeres e invisibilidad en el contexto del teletrabajo 939

EKATERINA REZNIKOVA

I.	INTRODUCCION.....	939
II.	EL PANORAMA BREVE DE TELETRABAJO EN ESPAÑA.....	941
III.	AVANCE PROFESIONAL Y PROMOCIÓN LABORAL EN EL CONTEXTO DE TELETRABAJO	943
IV.	METODOLOGIA.....	945
V.	PERCEPCIONES INDIVIDUALES DE LOS TRABAJADORAS: INCAPACIDAD PARA LA INCLUSIVIDAD EN LA CULTURA CORPORATIVA.....	946
VI.	PRÁCTICA DE TELETRABAJO: SEGREGACIÓN Y DISCRIMINACIÓN RELACIONADAS	949
VII.	SALUD MENTAL Y EL COSTO DEL ESTANCAMIENTO PROFESIONAL	951
VIII.	CONCLUSIONES	953
IX.	RECOMENDACIONES	956
X.	BIBLIOGRAFIA	959

Capítulo 27. ¿Cómo adaptamos con «ajustes razonables» el puesto de trabajo a la persona con discapacidad? 963

CONCEPCIÓN SANZ SÁEZ

I.	INTRODUCCIÓN.....	963
II.	AJUSTES RAZONABLES: NORMATIVAS Y CONVENCIONES	966
	2.1. Los ajustes razonables como garantía para las personas trabajadoras con discapacidad.....	972
	2.2. Adaptación del puesto de trabajo	976
	2.3. Impacto de los ajustes razonables como carga excesiva para la empresa	978
	2.4. La necesidad de actuación de la Inspección de Trabajo para la efectividad de los ajustes razonables	981
III.	HACIA UNA CULTURA LABORAL INCLUSIVA.....	984
	3.1. El alcance del art. 49.1 e) del Estatuto de los Trabajadores	984
	3.2. El conveniente desarrollo reglamentario de los ajustes razonables	987
IV.	CONSIDERACIONES FINALES	989
V.	BIBLIOGRAFÍA	991

Capítulo 28. Las aportaciones a la mutualidad laboral de la banca para el IRPF, ¿son motivo de discriminación en el trabajo? las consecuencias prácticas tras el fallo de la STS 707/2023, de 28 de febrero 995

EDRIGA ARANBURU AGIRRE

I.	INTRODUCCIÓN.....	995
II.	LOS HECHOS Y PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN.....	997
III.	LA INTERPRETACIÓN DE LOS TRIBUNALES PREVIA A LA STS DE 2023	1000
	3.1. Consultas Vinculantes de La Dirección General de Tributos.....	1000
	3.2. Las Resoluciones del TEAC	1002
	3.3. La Jurisprudencia del Tribunal Supremo	1005
IV.	LA CONFIGURACIÓN DEL IRPF Y LAS PRESTACIONES A LA SEGURIDAD SOCIAL EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO	1007
	4.1. Las cotizaciones a la Seguridad Social	1008

4.2. Las rentas del trabajo en el IRPF	1010
V. LA DOBLE IMPOSICIÓN COMO CAUSA DE DISCRIMINACIÓN LABORAL.....	1012
VI. LA FUNDAMENTACIÓN DE LA STS DE 28 DE FEBRERO DE 2023 Y LAS CONSECUENCIAS PRÁCTICAS	1015
VII. CONCLUSIONES	1019
VIII. BIBLIOGRAFÍA	1020
IX. LEGISLACIÓN.....	1020
X. JURISPRUDENCIA.....	1021
XI. RESOLUCIONES ADMINISTRATIVAS	1021

Capítulo 29. Discriminación en el ámbito laboral: la discapacidad, la enfermedad y el estado de salud 1023

JUAN PABLO IBAÑEZ GARCÍA

I. INTRODUCCIÓN.....	1023
II. LA DISCAPACIDAD, LA ENFERMEDAD Y EL ESTADO DE SALUD COMO TRES REALIDADES QUE CONFLUYEN.....	1026
2.1. El concepto jurídico de discapacidad	1027
2.2. El concepto jurídico de enfermedad, salud o estado de salud	1028
III. DISCRIMINACIÓN POR DISCAPACIDAD, ENFERMEDAD O ESTADO DE SALUD DEL TRABAJADOR: DETECCIÓN, PREVENCIÓN Y CORRECCIÓN.....	1030
3.1. Medidas preventivas de situaciones discriminatorias por razón de discapacidad, enfermedad o estado de salud del trabajador	1032
3.2. Medidas correctivas de situaciones de discriminación del trabajador por razón de discapacidad, enfermedad o estado de salud	1036
3.3. Otros mecanismos de tutela aplicables a situaciones de discriminación por discapacidad, enfermedad o estado de salud de trabajadores	1037
IV. DISCRIMINACIÓN DEL TRABAJADOR POR RAZÓN DE SU DISCAPACIDAD O ENFERMEDAD EN RELACIÓN CON LA ACCIÓN PROTECTORA DE LA SEGURIDAD SOCIAL	1038

4.1.	La eventual infracción del artículo 14 de la Constitución española en caso de aplicación del artículo 194 del Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social	1043
4.2.	Efectos de la ratificación de disposiciones convencionales en materia de derechos humanos en relación con la aplicación no discriminatoria del artículo 194 TRLGSS	1044
4.3.	Discriminación de colectivos de trabajadores por razón de discapacidad o enfermedad. Examen crítico de la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo relativa al acceso a la incapacidad permanente de trabajadores afectados por ceguera ..	1046
V.	CONCLUSIONES Y PROPUESTAS	1050
VI.	BIBLIOGRAFÍA	1051
VII.	JURISPRUDENCIA	1053

Capítulo 30. ¿Son discriminatorias las prestaciones de incapacidad temporal directamente vinculadas a la situación de gestación? Especial referencia al personal estatutario	1055
---	------

LIDIA DE LA IGLESIA AZA

I.	INTRODUCCIÓN	1055
II.	PRESTACIONES DE INCAPACIDAD TEMPORAL Y RIESGO DURANTE EL EMBARAZO	1058
III.	SITUACIÓN DEL PERSONAL ESTATUTARIO GESTANTE	1063
IV.	ESTUDIO DE CASO	1066
V.	SOLUCIÓN INTERPRETATIVA Y SOLUCION NEGOCIADA	1068
VI.	CONCLUSIONES	1074
VII.	BIBLIOGRAFÍA	1077

Capítulo 30.

¿Son discriminatorias las prestaciones de incapacidad temporal directamente vinculadas a la situación de gestación? Especial referencia al personal estatutario

LIDIA DE LA IGLESIA AZA

Profesora de la Universidad de Santiago de Compostela
Abogada
Lidiadelaiglesia.aza@usc.es

I. INTRODUCCIÓN

España, en consonancia con los principios fundamentales de igualdad consagrados en su Constitución¹, artículo 14, así como con los preceptos del Tratado Fundacional de la Unión Europea², específicamente en sus artículos 3.3 y 19, ha mantenido un firme compromiso en la defensa y promoción de la igualdad de género. Este compromiso se ha plasmado jurídicamente tanto en la normativa nacional como internacional, y aborda de manera especial la discriminación por motivos de género, buscando eliminar cualquier diferencia de trato que no esté justificada por circunstancias objetivas³. Esta obligación de garantizar la ausencia de discriminación forma parte por tanto de los valores fundamentales del derecho interno, y se reitera en el art. 21 de la Carta de

1 BOE de 29 de diciembre de 1978.

2 DOUE de 30 de abril de 2010, núm. 83.

3 MANEIRO VÁZQUEZ, Y., 2021: 25-62.
MANEIRO VÁZQUEZ, Y., 2021: 137 y ss.

los Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁴, texto cuyo art. 23 eleva a derecho singularizado la igualdad entre hombres y mujeres, con especial énfasis en relación con el empleo, el trabajo y la retribución.

Estos principios básicos se han desarrollado en el marco de la Unión Europea mediante diversas Directivas que tienen como objetivo garantizar la igualdad y unas condiciones de trabajo equitativas entre los trabajadores de ambos géneros. Entre estas destacan 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)⁵ y la Directiva 2010/41/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de julio de 2010, sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma, y por la que se deroga la Directiva 86/613/CEE del Consejo⁶, así como la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE)⁷, la Directiva 97/81/CE del Consejo de 15 de diciembre de 1997 relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial concluido por la UNICE, el CEEP y la CES⁸ y la Directiva 2010/18/UE del Consejo por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental, celebrado por BUSINESSSEUROPE, la UEAPME, el CEEP y la CES, y se deroga la Directiva 96/34/CE⁹.

Estas Directivas, al reiterar el principio de igualdad entre hombres y mujeres como base del Derecho comunitario, reconocen la necesidad de protección distinta y, por tanto, diferencia de trato, cuando existan realidades biológicas vinculadas en exclusiva a un género, como es el caso de la maternidad biológica o la lactancia natural. Estos fenómenos, por circunstancias puramente biológicas, sólo se producen en trabajadores de un género (dejando al margen de este estudio la realidad de la maternidad biológica trans), y esta circunstancia debe ser tenida en consideración por la normativa para no ser causa de discriminación.

Por tanto, en el ámbito de la Unión Europea, la tendencia legislativa busca promover la igualdad real, lo que supone establecer diferencias de trato

4 DOUE de 30 de abril de 2010.

5 DOUE de 26 de julio de 2006, núm. 204.

6 DOUE de 15 de julio de 2010, núm. 18.

7 DOCE de 28 de noviembre de 1992, núm. 348.

8 DOCE de 20 de enero de 1998, núm. 14.

9 DOUE de 18 de marzo de 2010, núm. 68.

cuando las circunstancias biológicas puedan ser la causa de la que surja la discriminación. De esta forma, las antedichas Directivas tienen en común la reiteración de la igualdad entre hombres y mujeres como principio fundamental del Derecho comunitario y la consideración de que la plena realización del principio de igualdad autoriza una protección diferenciada para hombres y mujeres cuando exista una realidad biológica que la justifique. Este es el caso de la maternidad natural, supuesto en que la legislación no protege genéricamente a la mujer, sino sólo a aquella que se encuentra en las concretas circunstancias biológicas de embarazo, parto o lactancia¹⁰.

La inicial diferencia de trato que sustentaba la normativa comunitaria se ha visto superada en el ámbito de la Unión Europea primero con el objetivo de la conciliación entre la vida laboral y familiar, y en épocas más recientes con políticas más ambiciosas que buscan promover la corresponsabilidad entre hombres y mujeres, superando de esta forma los tradicionales roles de género. Esto se refleja en la equiparación de derechos y responsabilidades, asegurando que el género femenino no se vea obligado a renunciar en favor del masculino¹¹.

Así, la inicial definición de la conciliación laboral y familiar como «la participación equilibrada entre hombres y mujeres en la vida familiar y en el mercado de trabajo, que configura un sistema con nuevas relaciones sociales surgidas y un nuevo modo de cooperación y compromiso entre mujeres y hombres, con el fin de conseguir la igualdad de oportunidades en el empleo, variar los roles, los estereotipos tradicionales, y cubrir las necesidades de atención y cuidado de personas dependientes»¹² ha sido sobrepasada por la sencillez de la responsabilidad compartida, que implica igualdad en la asunción de responsabilidades familiares y de cuidado.

Esta tendencia ha sido plenamente asumida en el derecho interno español, con novedosas regulaciones como la equiparación de permisos referidos al cuidado del menor mediante el Real Decreto-ley 6/2019¹³, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, que pone el punto final a la tradicional diferencia de derechos en materia de cuidados entre hombre y mujeres. Esta regulación pretende impulsar el principio de corresponsabilidad ante las responsabilidades familiares. Tal y como se ha señalado¹⁴, «debe entenderse que la corresponsabilidad no es sino un trasunto de las exigencias

10 MONJAS BARRENA, M., 2018: 223.

11 LÓPEZ ÍNSUA, B.M., 2015: 82.

12 Real Academia Española, 2024.

13 BOE de 7 de marzo de 2019, núm. 57.

14 GORELLO HERNÁNDEZ, J., 2019: 48.

de igualdad y no discriminación a favor de las madres trabajadoras». Así, la finalidad de esta norma es eliminar toda discriminación directa e indirecta contra las mujeres, y, entre otras medidas encaminadas a lograr este objetivo, pasa a regular la prestación de cuidado del menos sin ninguna nomenclatura o diferenciación en razón al género de los progenitores. Se elimina de esta forma la anterior referencia a la prestación de maternidad o paternidad y se configura una prestación para «las personas trabajadoras», en términos de igualdad, para ambos progenitores, con independencia de la vía por la que se adquiere la condición de progenitor¹⁵.

La fundamentación de esta nueva regulación debe por tanto entenderse basada en la equiparación de los derechos laborales de conciliación de los hombres con los propios de la mujer trabajadora para facilitar que estos puedan asumir responsabilidades de cuidado, dado que, al ostentar inferiores derechos de ausencia del puesto de trabajo, la corresponsabilidad no era posible¹⁶.

II. PRESTACIONES DE INCAPACIDAD TEMPORAL Y RIESGO DURANTE EL EMBARAZO

Pero las tendencias legislativas a favor de la corresponsabilidad no pueden ni deben desconocer la realidad biológica de la maternidad, asociado por esencia al sexo femenino. Subsiste por tanto la necesidad de políticas específicas de defensa de las mujeres gestantes, tanto desde la perspectiva de la prevención de riesgos, al margen del objeto de este artículo, como desde la perspectiva de la necesaria garantía de no discriminación ni pérdida de derechos durante tal situación¹⁷.

La intrínseca discriminación por razón de maternidad es un tema múltiples veces estudiado¹⁸ pero, tal y como señala CAIRÓS BARRETO¹⁹, «la protección que las normas jurídicas dispensan a la mujer embarazada, de parto reciente o que se encuentre en período de lactancia se refiere exclusivamente a la salud de la madre o futura madre y del feto o recién nacido. Se trata, por tanto, sólo de una faceta de la salud de la mujer trabajadora, la relacionada

15 PÉREZ GÁZQUEZ, I.M., 2021: 4.

16 GARCIA VIÑA, J., 2008: 203-204.

PEREZ CASTILLO, A.M.: 2008:185.

17 FERNÁNDEZ-PEINADO MARTÍNEZ, A., 2018: 161-167.

18 SÁNCHEZ PÉREZ, J., 2020: 103-134.

19 CAIRÓS BARRETO, D.M., 2010: 92.

con sus funciones reproductoras en el momento en que se ha producido ya la concepción».

En defensa de tal situación biológica se configura la prestación de seguridad social de riesgo durante el embarazo, que entiende como situación protegida el periodo de suspensión del contrato de trabajo en los supuestos en que, debiendo la mujer trabajadora cambiar de puesto de trabajo por otro compatible con su estado dicho cambio de puesto no resulte técnica u objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados²⁰. Así se determinó en el inicial art. 134 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social²¹. Tal suspensión de la relación laboral es abordada mediante la sustitución de las rentas de trabajo por un subsidio a cargo de la Seguridad Social equivalente al cien por cien de la base reguladora establecida para la prestación de incapacidad temporal derivada de contingencias profesionales.

La posterior redacción en el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social²², determina con claridad (art. 186) la consideración de esta prestación como derivada de contingencias profesionales. Aclaración por otro lado innecesaria, dado que esta consideración ya estaba clara en el art. 22.2 del Real Decreto 1251/2001, de 16 de noviembre, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad y riesgo durante el embarazo²³, al señalar en su artículo 14.2 que no se considerarían situaciones protegidas las derivadas de riesgos o patologías que pudieran influir negativamente en la salud de la trabajadora o del feto, cuando no estuviesen relacionada con agentes, procedimientos o condiciones de trabajo de la actividad desempeñada²⁴.

Esta norma reglamentaria, en cuanto a la prestación del riesgo durante el embarazo, efectuaba su desarrollo reglamentario manteniendo la sistemática y estructura tradicional en el ordenamiento jurídico de las prestaciones económicas de la Seguridad Social. De este modo, el régimen jurídico de este subsidio se determinaba partiendo de la regulación prevista para las situaciones de incapacidad temporal, con las necesarias particularidades de adapta-

20 FERNÁNDEZ PRATS, C., 2011: 59.

21 BOE de 29 de junio de 1994, núm. 159.

22 BOE de 31 de octubre de 2015, núm. 261.

23 BOE de 17 de noviembre de 2001, núm. 276.

24 FERNÁNDEZ ORRICO, F. J., 2009: 220, señala que «ha cambiado con acierto el criterio mantenido hasta la Ley Orgánica 3/2007 de considerar a la prestación como una contingencia común, lo que al hilo de las críticas vertidas por la mayoría de la doctrina han terminado por convencer al legislador de la conveniencia de considerar el origen de la contingencia como profesional».

ción que incorpora el propio Real Decreto, regulando con detalle el procedimiento y actuaciones precisas para el reconocimiento del derecho al subsidio.

Pero en esta regulación se establecía con claridad que las situaciones de riesgo para la trabajadora o el feto ajenas a la prestación de servicios laborales no estarían en ningún caso cubiertas por esta prestación.

En el mismo sentido el posterior artículo 31.2 del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural²⁵. Y ello pese a establecer en su exposición de motivos que su intención era seguir la estela de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres²⁶, norma que había llevado a cabo una notable intensificación y ampliación de la acción protectora de la Seguridad Social. Así, había introducido importantes modificaciones en el régimen jurídico de las prestaciones otorgadas en caso de maternidad y de riesgo durante el embarazo, e incorporado en el ordenamiento jurídico de la protección social dos nuevos subsidios: el correspondiente al permiso por paternidad y el que se concede en supuestos de riesgo durante la lactancia natural; todo ello con el objetivo de mejorar la integración de la mujer en el ámbito laboral y para favorecer la conciliación de la vida laboral y familiar.

Por tanto, las situaciones de riesgo durante el embarazo, desde la propia génesis de su configuración, han exigido un peligro para la gestante o el feto derivado de la prestación de servicios, dejando al margen de esta protección las situaciones en las que el peligro para la gestante o el feto derive del propio embarazo, pero sea ajeno a la prestación de servicios.

Esta configuración supone que, en esencia, la situación de riesgo durante el embarazo no requiere alteración efectiva de la salud de la trabajadora gestante, ni asistencia sanitaria específica ajena al control del embarazo, por lo que se entendió que se alejaba de la tradicional prestación de incapacidad temporal²⁷. Y ello pese a que hasta la Ley 39/1999, con la transposición de la Directiva 92/85/CEE, la gestión de estas situaciones se realizaba acudiendo a la prestación de incapacidad temporal²⁸.

Evidentemente, esta configuración de la situación protegida en esta específica prestación supone dejar al margen de su regulación todas las posibles complicaciones de salud que puede enfrentar la gestante durante el embara-

25 BOE de 21 de marzo de 2009, núm. 69.

26 BOE de 23 de marzo de 2007, núm. 71.

27 RODRÍGUEZ SANTOS, E., 2012: 2.

28 BALLESTER PASTOR, M.A., 2000: 47.

zo, incluidas aquellas que exclusivamente estén vinculadas a la propia gestación, como pudiera ser la preeclampsia, amenaza de aborto, rotura prematura de membranas,... Estas situaciones, en su caso, estarían protegidas por la prestación de incapacidad temporal, dado que concurre una necesidad de tratamiento médico que se prevé temporal y la imposibilidad de prestar servicios.

La inclusión de las necesidades de suspensión de la relación laboral vinculadas en exclusiva con el embarazo y ajenas a la propia prestación de servicios dentro del ámbito protector de la incapacidad temporal continúa con la tradicional configuración de esta prestación, dado que inicialmente se regulaba de forma unificada la incapacidad temporal y la, entonces, prestación de maternidad. Así, la Ley 193/1963 de 28 de diciembre, sobre Bases de la Seguridad Social²⁹, en su Base séptima enunciada bajo el título Incapacidad Laboral Transitoria, entendía como características correspondientes a esta prestación: «Tendrán la consideración de estados o situaciones determinantes de incapacidad laboral transitoria: a) Los de enfermedad común o profesional y accidente, sea o no de trabajo, mientras el trabajador reciba asistencia sanitaria de la Seguridad Social y esté impedido para el trabajo. b) Los denominados períodos de observación y sus asimilados o equivalentes en casos de enfermedades profesionales. c) Los períodos de descanso, voluntario y obligatorio, que procedan en caso de maternidad».

Por tanto, y pese a la evidente evolución de la prestación de incapacidad temporal desde tal norma, la situación de las trabajadoras imposibilitadas para prestar servicios por circunstancias asociadas en exclusiva a la gestación sigue estando protegida por la misma prestación, desconociendo la evolución que en los últimos sesenta años ha tenido tanto la sociedad como la jurisprudencia.

Pero es que, además, la relación entre la situación de incapacidad temporal y de riesgo durante el embarazo la regula el Real Decreto 295/2009 en su artículo 37, al señalar que cuando la trabajadora se encuentre en situación de incapacidad temporal y, durante la misma, solicite la prestación de riesgo durante el embarazo, no procederá el reconocimiento del subsidio, hasta que se extinga la situación de incapacidad temporal por cualquiera de las causas legal o reglamentariamente establecidas³⁰.

Por tanto, de existir patologías derivadas exclusivamente del embarazo, no relacionadas con las condiciones de desempeño del trabajo, pero incompatibles con la efectiva prestación de servicios, la respuesta por parte de la acción protectora de la Seguridad Social será la correspondiente a la incapa-

29 BOE de 30 de diciembre de 1963, núm. 312.

30 ROLDÁN MARTÍNEZ, A., 2006: 137-154.

cidad temporal por enfermedad común³¹, no siendo posible el paso desde tal situación a la de riesgo durante el embarazo, por la imposibilidad de la valoración de las circunstancias de la trabajadora a estos efectos desde la situación de incapacidad temporal.

La diferencia entre una u otra situación no es baladí. Así, la protección de la situación mediante una u otra prestación lleva aparejada una evidente diferencia económica, dado que, mientras que en la prestación de riesgo durante el embarazo la prestación ascenderá al cien por cien de la base reguladora de contingencias profesionales, en el caso de la prestación de incapacidad temporal el subsidio tendrá una cuantía económica equivalente al sesenta o setenta y cinco por ciento de la base reguladora de contingencias comunes. Y ello sin posibilidad de realizar una valoración de la situación de la gestante para ver si la misma es incardinable en la normativa referida a riesgo durante el embarazo.

Esto supone que, en el caso de patologías específica, directa y exclusivamente relacionadas con el hecho biológico de la maternidad, la prestación a percibir por las trabajadoras se reduce entre un cuarenta y un veinticinco por ciento, y ello partiendo de bases reguladoras ya diferentes y minoradas. Pero es que además esta minoración de retribuciones tiene un carácter definitivo hasta el inicio de la prestación de cuidado de menor, el alta por mejoría que permite trabajar o curación. Definitivo por cuanto, como ya se ha señalado, se ha regulado la imposibilidad de solicitar la valoración de su situación para determinar la relación entre su gestación y su puesto de trabajo a los efectos de ser beneficiaria de la superior prestación económica, puesto que la valoración requiere como requisito previo estar en situación de activo. Situación no viable en múltiples patologías relacionadas con el embarazo.

El objeto de la prestación de riesgo durante el embarazo tiene en su configuración legal como bien jurídico protegido no sólo la integridad física de la mujer trabajadora y gestante, sino que, el feto también se convierte en sujeto protegido en materialización de su derecho individual a la salud, nacido a través de la propia salud de la madre³². Con esta configuración, resulta absurda la diferencia en la protección conforme a la etiología común o profesional del riesgo³³ que se deriva de la configuración legal del riesgo durante el embarazo. Máxime cuanto la prestación por riesgo no surge porque exista un daño, sino para evitarlo, pues lo que se protege precisamente es el riesgo³⁴.

31 PANIZO ROBLES, J.A., 2002: 34.

32 ARENAS VIRUEZ, M., 2003: 117.

33 SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., 2002: 3.

34 AGUILERA IZQUIERDO, R. y GIL PLANA, J., 2020: 147.

Pese esta configuración legal, que obligatoriamente predetermina al feto como sujeto protegido, se parte de que el sujeto del derecho a esta prestación es exclusivamente la mujer gestante sana, dado que desde la situación de incapacidad temporal no se puede acceder a la de riesgo durante el embarazo³⁵. Por tanto, para la gestante con cualquier patología derivada del embarazo la prestación que procede es la propia de la incapacidad temporal, con la correspondiente minoración de ingresos³⁶.

III. SITUACIÓN DEL PERSONAL ESTATUTARIO GESTANTE

El personal estatutario es una *rara avis* en el derecho español. Si bien su carácter jurídico, históricamente considerado como un *tertium genus*³⁷ entre el personal laboral y funcionario ha sido superado por la redacción tanto del Ley 55/2003, de 16 de diciembre, por la que se aprueba el Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud (Estatuto Marco)³⁸ como del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (Estatuto Básico del Empleado Público)³⁹, en el que se determina definitivamente como personal con vínculo de carácter funcional⁴⁰, ello no supone una equiparación plena con la regulación funcional.

El desarrollo de su régimen jurídico, incluido el salarial, se contiene, en ejecución del mandato del artículo 149.1.18ª de la Constitución Española que determina la competencia exclusiva del Estado en la fijación de «las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y del régimen estatutario de sus funcionarios», en el Estatuto Marco.

El capítulo IX de este texto normativo regula las retribuciones del personal estatutario, diferenciando entre retribuciones básicas y complementarias,

35 RÍOS MESTRE, J.M., 2018: 113.

36 RODRÍGUEZ SANTOS, E., 2012: 161 a 174.

37 DE LA IGLESIA AZA, L., 2022: 35 a 55.

38 BOE de 17 diciembre 2003, núm. 301.

39 BOE de 31 de octubre de 2015, núm. 261.

40 LORENZO DE MEMBIELA, J.B., 2007: 1943-1956.

CANTERO MARTÍNEZ, J., 2008:32: «el Estatuto parte de una visión integral del empleo en la Administración y contempla de igual forma las normas especiales que deben resultar también aplicables al personal laboral de la Administración. La nueva norma no se limita, pues, a ser el estatuto de los funcionarios públicos, sino que va más allá y se alza como el Estatuto de todos los empleados públicos en su conjunto».

34: «decidió cimentar un nuevo concepto, el de empleado público, para referirse de forma global a todos aquellos empleados que desempeñan funciones retribuidas en las administraciones públicas al servicio de los intereses generales»

y dentro de estas, el artículo 43.2.b) incluye el complemento de atención continuada. Este complemento retribuye la disponibilidad de personal para la prestación de servicios sanitarios permanente, que exige la organización de turnos de guardia para atender las necesidades sanitarias tanto en sábados y domingos como en días festivos, y las 24 horas del día⁴¹. Se trata, por tanto, de una ampliación de jornada que se puede exigir a determinados trabajadores y a la que se le asigna un régimen jurídico diferenciado de la regulación de horas extraordinarias, conforme al art. 48.3 del Estatuto Marco⁴².

Su retribución en la nómina total de los Facultativos Especialistas de Área (FEA), suma cuantías que pueden superar el sesenta por ciento de la retribución total, y esto tiene una gran trascendencia en la situación de incapacidad temporal vinculada en exclusiva a la gestación.

El presente estudio se va a centrar en la situación del personal estatutario vinculado al Servicio Gallego de Salud (SERGAS), si bien con una argumentación extrapolable al resto de Comunidades Autónomas, dado que todas ellas implementaron medidas equivalentes en aplicación de las previsiones del Real Decreto-ley 20/2012, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad⁴³.

En este texto legal, y en el contexto de la crisis económica que atravesaba España, al igual que otros Estados de su entorno, como una de las medidas de limitación del déficit público se regulaba que cada Administración Pública determinaría respecto del personal a su servicio, los complementos retributivos que en concepto de mejora voluntaria de la acción protectora de la Seguridad Social corresponderían en las situaciones de incapacidad temporal. En concreto, su artículo 9.2 limitaba el complemento retributivo que en situaciones de incapacidad temporal se podría percibir de la siguiente manera: en caso de derivar de contingencias comunes hasta un máximo del cincuenta por ciento de las retribuciones del mes anterior a la incapacidad durante los tres primeros días; y hasta un máximo del setenta y cinco por ciento de esta misma cantidad entre los días cuarto y vigésimo. A partir del día vigésimo primero y hasta el nonagésimo, ambos inclusive, podría reconocerse la totalidad de las retribuciones básicas, de la prestación por hijo a cargo, en su caso, y de las retribuciones complementarias. En los supuestos de incapacidad temporal derivada de contingencias profesionales, el límite máximo de prestación complementaria a la de incapacidad temporal de la seguridad social sería el cien por cien de las retribuciones del mes anterior al de causarse la incapacidad.

41 NÚÑEZ LOZANO, M.C., 2006: 64.

42 CAIRÓS BARRETO, D.M., 2006: 40.

43 BOE de 14 de julio de 2012, núm. 168.

La aplicación de estas limitaciones generales se realizó en el ámbito gallego mediante la Ley 2/2013, de 27 de febrero, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Galicia para el año 2013⁴⁴, cuyo art. 22.2, minoraba las retribuciones en las situaciones de Incapacidad Temporal derivada de contingencias comunes.

Así, desde su entrada en vigor, el abono de los conceptos retributivos ligados a la prestación de una jornada complementaria o adicional a la jornada ordinaria requiere la acreditación de la prestación efectiva de estos. De esta forma, el precepto señala expresamente que en ningún caso se podrán satisfacer percepciones retributivas o asignaciones económicas, incluyendo las suplementarias o promediadas, derivadas de atención continuada, guardias o concepto equivalente cuando no exista prestación efectiva de los servicios motivada por situaciones de incapacidad temporal, salvo en aquellos supuestos expresamente contemplados en una norma con rango de ley. Por tanto, acoge la máxima limitación de retribuciones de entre las posibilidades por el Real Decreto-ley 20/2012, la máxima limitación de retribuciones.

La misma regulación se ha reiterado en las normas de ejercicios presupuestarios posteriores, perviviendo hasta el momento presente, y ello pese a que la Resolución de 14 de noviembre de 2022, de la Secretaría de Estado de Función Pública, por la que se publica el «Acuerdo Marco para una Administración del siglo XXI»⁴⁵, apartado tercero, determina la definitiva eliminación de las medidas de ajuste para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad implementadas en el año 2012, incluyendo dentro de las medidas a aplicar la reversión o derogación de aquellas que todavía se mantuviesen en vigor y que limitasen derechos. Específicamente incluía entre estas la regulación de la prestación económica de la situación de incapacidad temporal y de sus límites y el reconocimiento de complementos en determinados supuestos de incapacidad temporal.

Pese a las previsiones del Acuerdo, en el ámbito gallego se mantiene la limitación de retribuciones preexistente, aunque a la vista de este es evidente que existe vía legal para superar las limitaciones establecidas en el año 2012 en cuanto al percibo de conceptos retributivos tales como el promedio de la atención continuada en los períodos de incapacidad temporal, con independencia de la contingencia de la que derive. Pese a ello, no se ha procedido a alzar las limitaciones económicas implementadas en un momento económico totalmente diferente.

44 BOE de 18 de abril de 2013, núm. 93.

45 BOE de 17 de noviembre de 2022, núm. 276.

La trascendencia de la superación de estas limitaciones en el ámbito del personal estatutario es evidente. El hecho de que las situaciones en las que no es posible prestar servicios por circunstancias exclusivamente vinculadas a la gestación, pero no incluidas dentro del concepto de riesgo durante el embarazo, se protejan mediante la prestación de incapacidad temporal por contingencias comunes supone que a estas trabajadoras gestantes no se les abonará el promedio de las retribuciones complementarias por atención continuada. La no inclusión de este concepto salarial supone una merma muy elevada de su salario, merma que está vinculada en exclusiva a su situación gestacional y las posibles amenazas a su embarazo no vinculadas a la prestación de servicios.

A las trabajadoras gestantes, en la propia Ley 2/2013 que implementaba esta limitación, se les reconocía del derecho al percibo del promedio del complemento de atención continuada del año anterior a la fecha del pase a la situación de riesgo durante el embarazo, de forma equivalente a como sucedía en el supuesto de incapacidad temporal derivada de contingencias profesionales. Se excluye por tanto de tal promedio en exclusiva a las trabajadoras gestantes cuya situación de suspensión de la prestación de servicios se protege mediante la prestación de incapacidad temporal por contingencias comunes.

Esto supone que, en el caso de trabajadoras gestantes con vínculo estatutario, la diferencia de trato que supone el cobro de una u otra prestación en el caso no se limita al cuarenta o veinticinco por ciento de una base reguladora calculada de manera diferenciada, sino que puede ser muy superior por la exclusión del promedio de las percepciones derivadas del complemento salarial de atención continuada.

IV. ESTUDIO DE CASO

El supuesto estudiado parte de la situación de una trabajadora, personal estatutario con plaza en propiedad en la categoría de Facultativo Especialista de Área, con nombramiento en un Área Sanitaria y centro de trabajo deficitario en facultativos de esa especialidad. Su régimen de prestación de servicios incluye la prestación de servicios de atención continuada, que derivada del déficit de facultativos de su especialidad, da lugar a la prestación de múltiples módulos de atención continuada a lo largo del mes, con la correspondiente percepción de retribución complementaria de vinculada a estos servicios. La limitación en el número de profesionales aptos para prestar tales servicios da lugar a que este sometida a un régimen de guardias de presencia física de entre 4 y 5 módulos al mes.

Dicha facultativa ha estado en estado de gestación entre febrero y noviembre, y en el mes de mayo su médico de cabecera, conforme a informe remitido por el Servicio de Obstetricia y Ginecología, considera imprescindible que deje de prestar servicios por necesidad de reposo absoluto. La causa de la baja es sangrado con amenaza de aborto que requiere reposo absoluto.

Conforme al régimen legal, los partes de incapacidad temporal establecen como contingencia enfermedad común, y derivado de tal etiología, a la facultativa no se le abona el promedio de los conceptos salariales de atención continuada, reconocidos para las situaciones de riesgo durante el embarazo.

No se puede dejar de señalar que, por pura lógica, el elevado riesgo de aborto y la necesidad de reposo absoluto asociada a éste es incompatible con el trabajo, y en estos supuestos el embarazo en sí mismo considerado se debería interpretar como una situación de cierto riesgo para la salud, riesgo, propio e intrínseco que se ve acrecentado o activado con la prestación de servicios. Y ello por cuanto la recomendación clínica es el reposo, incompatible con la prestación de servicios, por lo que obligatoriamente esta situación debería poner en marcha del mecanismo de protección legalmente configurado a tal fin, la prestación de riesgo durante el embarazo. Como ha señalado Rodríguez Santos, «en ciertas ocasiones, riesgo específico laboral y riesgo clínico genérico pueden coincidir»⁴⁶.

Solicitada evaluación de su puesto de trabajo para valoración de su paso a la situación de riesgo durante el embarazo, se le comunica que, de conformidad con el art. 37 del RD 295/2009, no se puede realizar la evaluación de su puesto mientras no esté en situación de alta médica, lo que no se puede producir por la necesidad de reposo absoluto. No se le ofrece solución alguna para poder realizar la evaluación de su situación, y se le comunica que, de no poder prestar servicios deberá continuar en situación de incapacidad temporal durante el tiempo que persista el riesgo.

Derivado del alto número de módulos de atención continuada que la actora cubría, el promedio salarial que percibía por este concepto en el año anterior a su situación de incapacidad temporal asciende a 2.150 euros al mes, que desde el inicio de su incapacidad temporal no percibe. La pérdida económica se cuantifica en este caso en 12.600 euros en el tiempo de duración de la incapacidad temporal, pero a esta cantidad se le debe añadir la minoración de retribuciones durante el disfrute de las prestaciones de cuidado del menor y lactancia. Y ello por cuanto su base de cotización resulta minorada y, dado que no supera el tope máximo de cotización vigente, las posteriores prestaciones de cuidado de menor y lactancia sufrirán una merma proporcional.

46 RODRÍGUEZ SANTOS, E., 2012: 5.

En la situación de riesgo durante el embarazo los conceptos salariales derivados de la prestación de jornada complementaria derivada de la atención continuada se habrían abonado en el promedio del último año, dada su configuración como riesgo profesional.

En el caso de estudio ningún factor al margen del estado gestacional motiva la baja de la trabajadora. Por tanto, es innegable que la situación de incapacidad temporal de la facultativa se deriva directa y exclusivamente de su situación de gestación. Así lo señalan tanto los partes de baja como la totalidad de los informes del servicio de obstetricia, aunque ante la inexistencia de otra posible conceptualización, sus partes de baja determinen que la misma es de contingencias comunes.

De esta forma, la minoración de las retribuciones de la facultativa esta directa y únicamente vinculada con el embarazo.

V. SOLUCIÓN INTERPRETATIVA Y SOLUCION NEGOCIADA

El artículo 49.c) del Estatuto Básico del Empleado Público, determina que para las situaciones de maternidad se garantiza «la plenitud de derechos económicos» de la empleada pública, garantía que debe entenderse que ampara cualquier situación de ausencia relacionada con la maternidad, con independencia de que sean conceptualizadas como derivadas de contingencias comunes o de contingencias profesionales.

Pero resulta evidente que esta plenitud no es tal cuando se excluyen conceptos que, de forma segura por ser inherentes a la forma en la que está organizada la prestación del servicio, percibiría la gestante estando en activo. Así, en la situación de activo percibiría las retribuciones básicas y complementarias, y dentro de estas, los importes derivados de la prestación de atención continuada. Estando ausente por motivos relacionados con su gestación, al igual que se garantiza el cien por cien de sus retribuciones básicas y complementarias, se le debería garantizar el cien por cien de los importes económicos derivados de la atención continuada.

En este sentido, la Ley Orgánica 3/2007 -artículos 3, 5 y 8- determinan como uno de los principios básicos en materia de garantía de la igualdad efectiva entre mujeres y hombres en el desarrollo de su carrera profesional la eliminación por parte de la Administración de cualquier discriminación retributiva por razón de sexo, y resulta evidente que el estado gestacional se produce en exclusiva en las personas de un género, lo que supone que el trato diferen-

ciado de tal situación sea imperativo de la Ley⁴⁷. Entra por tanto este supuesto en los parámetros identificadores de la discriminación indirecta, dado que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúa en desventaja particular a las mujeres (gestantes) con respecto a los hombres, y esta disposición no puede justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima. En estos supuestos, un tratamiento formalmente igual, neutro, puede resultar ilegítimo porque sus efectos son perjudiciales para determinado colectivo.

Tal y como se ha señalado, este concepto de la discriminación indirecta «es consecuencia de la trasposición de la Directiva 2002/73/CE, que ha recogido en este punto una jurisprudencia consolidada en el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Aunque no es novedosa en nuestro Ordenamiento, donde ya se venía aplicando por la jurisprudencia, su plasmación en este texto tiene el sentido de consagrar su definitiva vigencia»⁴⁸.

Las normas que regulan las medidas de protección de la maternidad, y las posibles discriminaciones sufridas por esta causa, tienen una dimensión constitucional, por lo que su valoración no se debe limitar a la de la mera legalidad, sino que requiere ser analizada, tanto desde el prisma del derecho fundamental a la no discriminación por razón de sexo de las trabajadoras recogido en el artículo 14 de la Constitución Española, como del mandato de protección a la familia y a la infancia recogido en el artículo 39 del mismo texto⁴⁹. Por ello, esta dimensión constitucional debe estar presente en todas las decisiones adoptadas en esta materia, lo que implica una especial revisión de los criterios que se adopten en situaciones con alguna vinculación con la maternidad.

Así, la prohibición de discriminación, entre otros motivos «por razón de sexo», que deriva del derecho a la igualdad ha sido revisada por el Tribunal Constitucional en diversas Sentencias⁵⁰. En esta doctrina ha establecido que no sólo comprende la discriminación directa, sino también la indirecta, como tratamiento formalmente neutro o no discriminatorio que, por las diversas condiciones fácticas que se dan entre trabajadores de uno y otro sexo, produce discriminación. En el caso presente, por la retribución de las situaciones de incapacidad temporal derivadas directa y exclusivamente de la situación de embarazo.

Esta interpretación ha sido acogida en múltiples ocasiones por el Tribunal Constitucional, que ha llegado a señalar que «se habrá producido la lesión di-

47 PERIS CERVERA, R.M., 2006: 223.

48 VALPUERTA FERNÁNDEZ, R., 2007: 10.

49 PERÁN QUESADA, S., 2019: 129-141.

50 Sentencia del Tribunal Constitucional 162/2016 de 3 de octubre de 2016; Sentencia del Tribunal Constitucional 233/2006 de 5 de noviembre de 2007.

recta del art. 14 CE cuando se acredite que el factor prohibido representó el fundamento de una minusvaloración o de un perjuicio laboral, no teniendo valor legitimador en esos casos la concurrencia de otros motivos que hubieran podido justificar la medida al margen del resultado discriminatorio»⁵¹. Así, «la protección de la condición biológica y de la salud de la mujer trabajadora ha de ser compatible con la conservación de sus derechos profesionales, de suerte que la minusvaloración o el perjuicio causado por el embarazo o la sucesiva maternidad constituyen un supuesto de discriminación directa por razón de sexo»⁵².

La protección constitucional vinculada a factores diferenciales que inciden en las mujeres no se detiene en el embarazo y maternidad, sino que se extiende al ejercicio de los «derechos asociados a la maternidad», que afectan en modo singular a las mujeres. No se puede desconocer que en este caso el tipo de situación protegida se proyecta hacía un colectivo históricamente discriminado (el de las mujeres) pues biológicamente sólo ellas pueden verse afectadas por la imposibilidad de prestar servicios por razón del embarazo⁵³.

Legislativamente se ha incluido esta perspectiva constitucional en diversas normas, entre otras el antedicho Real Decreto Ley 6/2019 de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y ocupación, cuya Exposición de Motivos señala expresamente que el derecho a la igualdad de trato entre mujeres y hombres debe suponer la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo, y, especialmente, las derivadas de la maternidad, la asunción de obligaciones familiares y el estado civil.

En términos equivalentes el artículo 6 de la Ley Orgánica 3/2007 de Igualdad cuando define la discriminación indirecta por razón de sexo⁵⁴, y más recientemente, el artículo 4.1 de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y no discriminación⁵⁵, al prohibir «toda disposición, conducta, acto, criterio o práctica que atente contra el derecho a la igualdad».

Determinando el artículo 7 de la misma norma que, «cuando se presenten diferentes interpretaciones, se deberá preferir aquella que proteja con

51 Sentencia del Tribunal Constitucional 3/2007, de 15 de enero, recurso 6715/2003– FJ2.

52 Sentencia del Tribunal Constitucional 182/2005, de 4 de julio –recurso 2447/2002.

53 NOGUEIRA GUASTAVINO, M., 2008: 189.

54 «se considera discriminación indirecta por razón de sexo la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pone a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro, salvo que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados».

55 BOE de 13 de julio de 2022, núm. 167.

mayor eficacia a las personas o a los grupos que sean afectados por conductas discriminatorias o intolerantes».

Resulta evidente que las consecuencias negativas para la mujer trabajadora que se producen por circunstancias de salud derivadas de la situación de gestación deben ser evitadas, por ser esa la interpretación fundamental de los artículos 8 y 58 de la Ley Orgánica de Igualdad, y esa plenitud de derechos debe incluir las partidas económicas que, siendo ordinarias, son variables en su cuantía. Y ello porque es un valor superior del Ordenamiento Jurídico, art. 1.1. CE, y un principio integrado en éste, art. 4 LO 3/2007, por lo que, en base a este reconocimiento de derechos de la Ley Orgánica de igualdad, las trabajadoras en situación de incapacidad temporal por afecciones referidas al estado gestacional deben tener derecho a la totalidad de sus percepciones económicas. Esta interpretación es la única que cumple con las previsiones del artículo 7 de la Ley 15/2022, puesto que es la interpretación que protege la plenitud de derechos de la mujer gestante. Así se ha venido interpretando históricamente por el Tribunal Constitucional, al considerar como discriminación indirecta «aquel tratamiento formalmente neutro o no discriminatorio del que se deriva, por las diversas condiciones fácticas que se dan entre trabajadores de uno y otro sexo, un impacto adverso sobre los miembros de un determinado sexo»⁵⁶.

Pero es que, a mayor abundamiento, esta interpretación es la única acorde con la efectuada por el Tribunal de Justicia, entre otros, en los asuntos Thibault⁵⁷, C-117/01⁵⁸; asunto Richards⁵⁹ y C-451/16⁶⁰. Y ello pese a que en el momento de adopción de tales decisiones ni tan siquiera se había regulado expresamente el Derecho a la igualdad de retribuciones en los cuerpos normativos de la Unión Europea.

Actualmente este derecho debe entenderse como un derecho reforzado desde la publicación de la Directiva (UE) 2023/970 del Parlamento Europeo y del Consejo de 10 de mayo de 2023 por la que se fortalece la aplicación del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor a través de medidas de transparencia re-

56 Sentencia del Tribunal Constitucional 240/1999, de 20 de diciembre –recurso 2897/95–, FJ 6.

57 Sentencia de 30 de abril de 1998, asunto Thibault; Sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de abril de 1996, P contra S, C-13/94, ECLI:EU:C:1996:170.

58 Sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de enero de 2004, K.B., C-117/01, ECLI:EU:C:2004:7.

59 Sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de abril de 2006, Richards, C-423/04, ECLI:EU:C:2006:256.

60 Sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de junio de 2018, MB, C-451/16, ECLI:EU:C:2018:492.

tributiva y de mecanismos para su cumplimiento⁶¹. Esta regulación refuerza la ya contenida en la previa Directiva 2006/54/CE, así como en el artículo 141, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y en los artículos 21 y 23 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en los que se prohíbe toda discriminación por razón de sexo y se consagra el derecho a la igualdad de trato entre hombres y mujeres en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución.

Este amplio cuerpo normativo no solo contiene normas derivadas, sino que forma parte del cuerpo fundacional de la Unión Europea, y, por tanto, proporciona una base jurídica específica y directamente aplicable a los ciudadanos para la adopción de medidas destinadas a garantizar el principio de igualdad de oportunidades y de igualdad de trato en asuntos de empleo y ocupación.

De esta forma, el principio general aplicable, que por tanto debe orientar cualquier interpretación normativa, es el de indemnidad de la trabajadora durante y en cualquier cuestión relacionada con el embarazo en lo que a sus legítimos derecho y aspiraciones se refiere y, como no puede ser de otra forma, implica el principio de indemnidad retributiva.

Esta línea de razonamiento, más allá de los pronunciamientos tanto del Tribunal de Justicia como del Tribunal Constitucional enunciados, ha sido amparada también por el Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, en la Sentencia de 14 de junio de 2021, pese a que en el momento del supuesto enjuiciado aun no existía norma que amparase el abono de las retribuciones complementarias en la situación de riesgo durante el embarazo, legislado en fechas posteriores. Aun ante la ausencia de normativa directa que contemplase tal derecho, la citada Sentencia señala:

«Sobre la base del mandato del art. 4 de la LOI y de la doctrina del Tribunal Constitucional expuesta, (...) ante una posible situación de discriminación, no basta con valorar la razonabilidad de la diferencia de trato como si se tratara de un problema relativo a la cláusula general de igualdad, sino que el criterio de distinción debe someterse a un canon más estricto de legitimidad».

Siguiendo esta línea argumental, no es posible otra conclusión que la existencia de discriminación indirecta en el caso planteado.

En el caso de estudio se ha procedido al reconocimiento a estas trabajadoras del derecho a percibir el promedio de las percepciones por nocturnidad/festivos y atención continuada del último año en aquellos casos en los que se

61 DOUE de 17 de mayo de 2023, núm. 132.

reconoce la situación de riesgo durante el embarazo. Pero inicialmente no se ha procedido a efectuar el mismo reconocimiento en los supuestos de incapacidades temporales directa y exclusivamente derivadas de la situación de gestación, consideradas como contingencias comunes.

La inclusión dentro de las retribuciones que se abonan a estas trabajadoras en situación de riesgo durante el embarazo del promedio de las percepciones salariales derivadas de la atención continuada se produjo precisamente para subsanar la discriminación indirecta que se producía anteriormente, pero no se había realizado la misma subsanación en relación con las trabajadoras en situación de incapacidad temporal por afecciones directamente asociadas al embarazo.

La reivindicación sindical de la necesidad de poner fin a esta diferencia de trato se vio atendida por el Servicio Gallego de Salud en Mesa sectorial de 17 de marzo de 2023. Así, asumió la existencia de discriminación, y como medio para su superación, suscribió los «Acuerdos de la Mesa Sectorial en materia de protección de la maternidad y paternidad y otras situaciones de vulnerabilidad del personal del Servicio Galego de Saúde y entidades adscritas». Entre las medidas de protección reconocidas en tal Acuerdo, suscrito con la representación sindical, y derivadas del I Plan de Igualdad entre mujeres y hombres en el ámbito del SERGAS¹, el apartado I incluye:

«La Ley 9/2017, de 26 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas, modificada por la Ley 4/2021, de 28 de enero, de medidas .fiscales y administrativas, amparan esta medida contemplada en el eje 2.7 del I Plan de Igualdad sobre las situaciones de maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural y en los supuestos de adaptación de posto por causa del embarazo o de la realización de la lactancia natural, en las que el personal tiene derecho al percibo, en concepto de mejora de la prestación, además de las retribuciones que correspondan hasta llegar a la totalidad de las retribuciones básicas y complementarias de carácter fijo, a la media de las retribuciones variables abonadas en el año anterior al mes en que diese comienzo la correspondiente situación, en concepto de atención continuada derivada de la prestación de guardias, noches y festivos.

Además de estos supuestos, los principios de protección de la maternidad y la eliminación de discriminaciones por razón de sexo llevan a concluir la extensión, como situaciones protegidas, de los supuestos de incapacidad temporal por contingencias comunes derivadas de situaciones de embarazo, en particular en el caso de embarazo de alto riesgo o necesidad de reposo absoluto de la trabajadora en estado de gestación. Se trata de una medida necesaria, amparada por la normativa referenciada, además de la de igual-

1 <https://www.sergas.gal/Recursos-Humanos/Plan-igualdade-de-oportunidades?idioma=es>.

dad y las directivas europeas que la inspiran, con el fin de eliminar una posible discriminación retributiva por razón de sexo, ofreciendo condiciones de igualdad efectiva entre mujeres y hombres. Así, se acuerda la extensión de la referida medida del I Plan de Igualdad a los supuestos de profesionales embarazadas en situación de incapacidad temporal por contingencias comunes derivadas de embarazo de alto riesgo, por amenaza de aborto, y/o embarazo que requiera reposo absoluto de la trabajadora, debidamente acreditadas en informe médico emitido en el Sistema Sanitario Público».

Por tanto, el SERGAS reconoce en el propio texto del acuerdo la existencia de una situación discriminatoria, reconociendo el derecho de estas trabajadoras a no ser perjudicadas retributivamente por circunstancias exclusivamente vinculadas a la gestación. Pero, pese a la consolidada doctrina en materia de imprescriptibilidad del ejercicio de acciones basadas en la vulneración de derechos fundamentales, por todas, la sentencia del Tribunal Constitucional de 9 de marzo de 2007², no se ha dotado al reconocimiento de derechos de las trabajadoras gestantes de carácter retroactivo.

VI. CONCLUSIONES

El reconocimiento de la situación discriminatoria es un avance trascendente, pero no ofrece una solución a las trabajadoras gestantes en situación de incapacidad temporal directa y exclusivamente derivada de gestación anterior a la entrada en vigor del citado Acuerdo. De esta forma, este colectivo sigue sufriendo discriminación económica por causas inmediata y únicamente vinculadas con el estado gestacional, puesto que, tal y como se ha señalado, las previsiones del Acuerdo no tienen eficacia retroactiva.

Con independencia de que en la actualidad haya un instrumento normativo de obligado cumplimiento que reconoce los derechos de estas trabajadoras, la realidad es que, tal y como se ha desarrollado en este artículo, existen suficientes normas y cánones de interpretación para amparar el reconocimiento de los derechos salariales de este colectivo. Pero ¿es suficiente con la suscripción de Acuerdos que amparen a estas trabajadoras?, ¿es suficiente con la necesaria interpretación del actual ordenamiento jurídico de forma que no se produzca discriminación indirecta a las trabajadoras gestantes?

El hecho de que no se configure una protección específica para este tipo de situaciones, incardinándolas en la prestación de incapacidad temporal por contingencias comunes determina en sí mismo un error en su configuración.

2 Sentencia del Tribunal Constitucional de 9 de marzo de 2007, Recurso 7438/2006.

Si bien es cierto que en la actualidad esta prestación, en el caso del personal estatutario gallego, da lugar al percibo de la totalidad de las retribuciones básicas y complementarias de carácter fijo, ello deriva en exclusiva de una mejora voluntaria de las prestaciones de Seguridad Social. Por tanto, en el supuesto de considerarse necesarios nuevos ajustes presupuestarios, con supresión de mejoras voluntarias, se reiteraría la situación discriminatoria.

En el caso del personal estatutario de las Comunidades Autónomas que aún no han suscrito acuerdos equiparables al del Servicio Gallego de Salud, la minoración de retribuciones para las trabajadoras en situación de gestación que no ha sido valorada como de riesgo durante el embarazo no es exclusivamente de entre el cuarenta y el veinticinco por ciento de la base reguladora (también diferente y minorada) correspondiente a la determinada para la prestación de incapacidad temporal por contingencias comunes y la prestación de riesgo durante el embarazo, lo que ya sería discriminatorio, sino que supone una pérdida retributiva superior. Resulta innegable que concurre un supuesto de discriminación indirecta por razón de sexo, al no contemplar los factores asociados a la maternidad, al personal estatutario en situación equivalente al caso de estudio, por lo que procede la subsanación de tal vulneración.

Y esta subsanación solo se puede realizar por la vía del reconocimiento de la equiparación de sus retribuciones salariales con las reconocidas para las trabajadoras en situación de riesgo durante el embarazo. De esta forma, se les debe abonar la prestación del cien por cien de la base reguladora de contingencias profesionales que tiene reconocida esta prestación, incluyendo la media de las retribuciones variables (atención continuada derivada de la prestación de guardias localizadas y presenciales) abonadas en el año anterior al mes en el que se inició la situación de incapacidad temporal vinculada en exclusiva a la gestación.

Se impone una interpretación conforme a la igualdad de trato y no discriminación de las trabajadoras gestantes, tanto en relación con las trabajadoras en esta situación con anterioridad al Acuerdos suscrito en el ámbito gallego, como en relación con este colectivo en los servicios de salud del resto de España que aún no han adoptado medidas para superar esta evidente discriminación. Interpretación que debe garantizar plenamente los derechos de las profesionales estatutarias en estado de gestación, incluido el cobro de la totalidad de las percepciones económicas que se percibían en la situación de activo previa a la baja por gestación, como única manera de cumplir con el mandato tanto comunitario como constitucional de prohibición de discriminación por razón de género.

Este reconocimiento de derechos para un colectivo determinado, el del personal estatutario gestante, debe ser sólo el primer paso para el reconoci-

miento del derecho de la totalidad de las trabajadoras gestantes a percibir el cien por cien de sus retribuciones durante el tiempo en que no pueda prestar servicios por causas exclusivamente vinculadas con la gestación. Y ello por cuanto el hecho de que no se reconozca esta situación específica como un riesgo diferenciado, con su propia prestación asociada, es discriminatorio.

El estado gestacional no es una enfermedad, pero en aquellos supuestos en los que por situaciones vinculadas con el embarazo se deba dejar de prestar servicios por necesidad de reposo, por riesgo para la salud de madre o feto, debería configurarse como una tercera contingencia, con una superior protección equivalente a la contingencia profesional.

De esta forma, dentro de la acción protectora de la Seguridad Social debe incluirse una nueva prestación económica que asegure a las trabajadoras gestantes la percepción del cien por cien de sus retribuciones, fijas y variables, siempre y cuando su situación de imposibilidad de prestación de servicios tenga por única causa el embarazo.

Esta nueva prestación, derivada de una nueva contingencia, introduciría la óptica de la vertiente de género en la acción protectora de la Seguridad Social, continuando con la ampliación del abanico de causas de incapacidad temporal recién reconocidas.

De esta forma, la especial atención a las cuestiones de género que se incluye en el actual artículo 169.1 de la Ley General de la Seguridad Social, con la protección de tres nuevas situaciones que, ciertamente, sólo pueden afectar a las personas trabajadoras con sexo de nacimiento femenino, debe continuar evolucionando.

El reconocimiento de la situación especial de incapacidad temporal para la mujer trabajadora desde el primer día de la semana trigésimo novena de gestación es un primer paso, aunque equivocado en su configuración, puesto que para no tener carácter discriminatorio, esta situación especial incluida en la Ley General de la Seguridad Social por la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, debe aumentarse al cien por cien del promedio de las retribuciones de la trabajadora.

Desde ese inicial paso, se debe producir la ampliación de la protección a la totalidad del período de tiempo en el que la mujer gestante deba abandonar su puesto de trabajo por imposibilidad de prestar servicios directa y exclusivamente relacionada con su estado de gestación.

La diferencia de retribuciones entre las trabajadoras gestantes en situación de incapacidad temporal vinculada en exclusiva a factores relacionados

con la gestación y la correspondiente a la prestación de riesgo durante el embarazo, conforme a los principios interpretativos examinados, constituye una situación de discriminación indirecta, toda vez que, si bien la diferente regulación de ambas prestaciones constituye un criterio aparentemente neutro, en la situación descrita afecta de diferente manera a las personas trabajadoras de ambos géneros.

Se ha aceptado el derecho a la plenitud económica para las situaciones de riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural y nacimiento y cuidado de menor, y no existe justificación alguna que ampare que no se otorgue la misma protección a las situaciones actualmente protegidas por la prestación de incapacidad temporal por contingencias comunes cuando estas deriven única y exclusivamente del estado gestacional. A estos efectos, se podría establecer una tercera contingencia, una suerte de «contingencia especial por embarazo» que equiparase los derechos de las trabajadoras gestantes de manera que no sufran una pérdida económica derivada del embarazo. Prestación que además supondría un incentivo a la triste situación demográfica que sufre España.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- AGUILERA IZQUIERDO, R. y GIL PLANA, J., *Las prestaciones económicas por maternidad, paternidad y riesgo durante el embarazo y la lactancia natural*, Civitas, 2020.
- ARENAS VIRUEZ, M., «Riesgo durante el embarazo: causa de suspensión del contrato de trabajo y causa de despido nulo», *Consejo andaluz de relaciones laborales, Mergablum*, 2003.
- BALLESTER PASTOR, M.A., *La Ley 39/1999 de conciliación de la vida familiar y laboral: una corrección de errores con diez años de retraso*, Tirant lo Blanch, 2000.
- CAIRÓS BARRETO, D.M., «Seguridad y salud de la trabajadora embarazada, de parto reciente o en período de lactancia», *Lan Harremanak: Revista de relaciones laborales*, núm. 23, 2010.
- CAIRÓS BARRETO, D.M., «La ordenación del tiempo de trabajo del personal estatutario de los servicios de salud», *DS: Derecho y Salud*, Vol. 14, núm. extra 2, 2006.
- CANTERO MARTÍNEZ, J., «O Estatuto Básico do Empregado Público: Balance e perspectivas», *Administración & cidadanía: revista da Escola Galega de Administración Pública*, 2008, volumen 3, pág. 32.
- DE LA IGLESIA AZA, L., *Régimen jurídico del personal estatutario*, Editorial Bomarzo, 2022.
- FERNÁNDEZ ORRICO, F. J., *Las prestaciones de la Seguridad Social: Teoría y Práctica*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2009.

- FERNÁNDEZ-PEINADO MARTÍNEZ, A., *La adopción de medidas preventivas con motivo de la maternidad y sus efectos sobre la retribución de la trabajadora*, en *Protección a la Familia y Seguridad Social. Hacia un nuevo modelo de Protección Sociolaboral*, Laborum 2018.
- FERNÁNDEZ PRATS, C., *La protección de la incapacidad temporal en el régimen general de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, 2011.
- GARCIA VIÑA, J.: «La paternidad como situación protegida por la Ley Orgánica 3/2007», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* núm. 75, 2008.
- GORELLO HERNÁNDEZ, J., «La corresponsabilidad a través de la Seguridad Social: las nuevas prestaciones por nacimiento y lactancia», *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, Estudios Doctrinales, núm. 20, 3er Trimestre 2019.
- MANEIRO VÁZQUEZ, Y., «La discriminación por asociación desde la doctrina del Tribunal de Justicia hasta la doctrina judicial nacional. Nuevos retos de las ¿nuevas? formas discriminatorias», *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 463, 2021.
- MANEIRO VÁZQUEZ, Y., *La discriminación por asociación, desafíos sustantivos y procesales: Desde su creación por el Tribunal de Justicia a su recepción por la doctrina judicial española*, Thomson Reuters Aranzadi, 2021.
- MOLINA NAVARRETE, C., La «vinculación» a la jurisprudencia comunitaria como condición de efectividad de la tutela judicial, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, núm. 394, 2016.
- MONJAS BARRENA, M., «25 años de la Directiva 92/85 CEE sobre protección de la maternidad de la trabajadora», *Administración y Ciudadanía*, vol. 13, núm. 1, 2018.
- NOGUEIRA GUASTAVINO, M., «La doctrina constitucional sobre discriminación directa por razón de embarazo en el siglo XXI», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* núm. 73, 2008.
- NÚÑEZ LOZANO, M.C., «Retribuciones», *DS: Derecho y salud*, 2006, vol. 14, núm. 2.
- LÓPEZ ÍNSUA, B.M., *Conciliación de la vida laboral, personal y familiar versus Seguridad Social en el marco de una política coherente de bienestar social*, VVAA. «El derecho del trabajo y de la seguridad social en la encrucijada: retos para la disciplina laboral», SÁNCHEZ RODAS NAVARRO, C. (Dir), Ediciones Laborum, 2015.
- LORENZO DE MEMBIELA, J.B., «Aproximación crítica al nuevo Estatuto Básico del Empleado Público», *Actualidad Administrativa*, 16, 2007.
- PANIZO ROBLES, J.A., «La protección de la maternidad en la Seguridad Social (comentarios al Real Decreto 1251/2001 por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad y riesgo durante el embarazo)», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 34 2002.
- PERÁN QUESADA, S., «De la tutela diferenciada de la maternidad y la paternidad a la protección por nacimiento y cuidado de menor desde una perspectiva constitucional», *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*, núm. 20, 2019.

- PÉREZ CASTILLO, A.M.: «La prestación por paternidad en los casos de paternidad biológica, adopción y acogimiento. Análisis crítico», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, Monográfico 2008.
- PÉREZ GAZQUEZ, M.I., «Discriminación de género vinculada a la conciliación laboral y familiar. Avances y retos pendientes», VVAA., *Mujer, inclusión social y Derechos Humanos. Reflexiones desde las ciencias sociales y jurídicas*, Callejón García, L. (Coord), Thomson Reuters Aranzadi, 2021.
- PERIS CERVERA, R.M., «Una ley para la igualdad de hombres y mujeres», *Salud 2000: Revista de la Federación de Asociaciones para la defensa de la sanidad pública*, núm. 108, 2006.
- RÍOS MESTRE, J.M., «Prestación por riesgo durante el embarazo», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 2018, núm. 134.
- RODRÍGUEZ SANTOS, E., «Riesgo durante el embarazo e incapacidad temporal en los supuestos de embarazos de alto riesgo», *Aranzadi Social*, núm. 8, 2012.
- ROLDÁN MARTÍNEZ, A., «Trabajadora en Incapacidad Temporal por embarazo de riesgo que solicita la prestación por riesgo durante el embarazo», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, 2006, núm. 277.
- RODRÍGUEZ SANTOS, E., «Riesgo durante el embarazo e incapacidad temporal en los supuestos de embarazos de alto riesgo», *Aranzadi Social, revista doctrinal*, vol. 5, núm. 8, 2012.
- SÁNCHEZ PÉREZ, J., «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, núm. 453, 2020.
- SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., «El peligro potencial como presupuesto del riesgo durante el embarazo», *Aranzadi Social*, núm. 21, 2002, edición digital en westlaw.es.
- VALPUESTA FERNÁNDEZ, R., *Comentarios a la Ley para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Colección Actualidad, Centro de Estudios Andaluces, núm. 19, 2007. 10

Bajo el título «Manifestaciones de la discriminación en el trabajo: prevención y protección», el objetivo de esta obra colectiva es profundizar en los distintos tipos de discriminación en el trabajo, de forma y manera que puedan realizarse aportaciones para su prevención y para proteger a las personas trabajadoras.

Así, se pretende proporcionar fundamentos jurídicos relevantes para que las empresas puedan desarrollar con las máximas garantías los denominados planes de diversidad que algunos convenios colectivos ya contemplan, como anticipo de una posible obligación legal.

Para ello, la obra colectiva se compone de 30 capítulos.

Los primeros capítulos presentan un carácter propiamente introductorio, pues establecen el marco normativo, las bases de la actuación de la Inspección de Trabajo y de Seguridad Social y el acervo jurisprudencial existentes en la materia objeto de estudio.

Los capítulos siguientes contemplan aspectos de todas las causas de discriminación previstas en la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, con incidencia en el mundo del trabajo.

Por su parte, determinados capítulos se centran en materias concretas de las relaciones laborales en las que pueden manifestarse discriminaciones.

En definitiva, estamos ante una obra imprescindible para comprender el alcance o la proyección en el mundo del trabajo del derecho fundamental a la igualdad y a la no discriminación, más si cabe en una sociedad cada vez más compleja y con un principal reto: poner en el centro la dignidad que resulta inherente a toda persona por el mero hecho de haber nacido.

