

IGUALDAD DE TRATO Y NO DISCRIMINACIÓN EN LA SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL EN LA ERA DE LA DISRUPCIÓN DIGITAL

VIII Congreso Internacional y XXI Congreso Nacional de la
Asociación Española de Salud y Seguridad Social

IGUALDAD DE TRATO Y NO DISCRIMINACIÓN EN LA SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL EN LA ERA DE LA DISRUPCIÓN DIGITAL

VIII Congreso Internacional y XXI Congreso Nacional de la
Asociación Española de Salud y Seguridad Social

Esta publicación es parte del proyecto de I+D+i del Plan Nacional 2020, “Los Sistemas de Protección Social ante la incidencia de la disrupción digital”, Referencia: PID2020-115701RB-I00, financiado por MCIN/ AEI/10.13039/501100011033.



Edita:

Ediciones Laborum, S.L.
Avda. Gutiérrez Mellado, 9 - Planta 3ª, Oficina 21
30008 Murcia
Tel.: 968 24 10 97
E-mail: laborum@laborum.es
www.laborum.es

1.ª Edición, Ediciones Laborum S.L., 2024

ISBN Obra Completa - 978-84-10262-40-9

© Copyright de la edición, Ediciones Laborum, 2024

© Copyright del texto, sus respectivos autores, 2024

Ediciones Laborum, S.L. no comparte necesariamente los criterios manifestados por el/la autor/a en el trabajo publicado.

La información contenida en esta publicación constituye únicamente, y salvo error u omisión involuntarios, la opinión de su autor/a con arreglo a su leal saber y entender, opinión que subordinan tanto a los criterios que la jurisprudencia establezca, como a cualquier otro criterio mejor fundado.

Ni el editor, ni el/la autor/a, pueden responsabilizarse de las consecuencias, favorables o desfavorables, de actuaciones basadas en las opiniones o informaciones contenidas en esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley.

Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 o 93 272 04 45).

ÍNDICE

PRÓLOGO	I
<i>José Luis Monereo Pérez</i>	

CONFERENCIA INAUGURAL

LAS DIFERENCIAS DE TRATO RAZONABLES, OBJETIVAS Y CON UN PROPÓSITO LEGÍTIMO EN LA PROTECCIÓN A LA SALUD Y LA SEGURIDAD SOCIAL.....	7
<i>Antonio V. Sempere Navarro</i>	

I. INTRODUCCIÓN	7
II. UNA PARADOJA: EL VARÓN DISCRIMINADO (AL HILO DEL ARTÍCULO 60 LGSS).....	9
1. Normas en presencia	9
2. Pronunciamientos sobre el texto originario.....	13
3. Entronque jurisprudencial del texto vigente.....	18
4. Razones para dudar sobre la validez de la norma actual.....	19
5. Antecedentes del Auto de la Sala Cuarta	21
6. La suspensión de los procedimientos en curso ante el TS.....	23
III. LAS RAZONES ÉTNICAS O CULTURALES: MATRIMONIO POR EL RITO GITANO	24
1. Descripción formal de las sentencias glosadas	24
2. Síntesis de la doctrina.....	25
3. Necesidad de la inscripción registral.....	25
4. Doctrina de la STEDH en el caso Muñoz Díaz.....	25
5. Evolución social y ajustes razonables de la jurisprudencia	26
6. Las dudas.....	27

IV. ACCESO A LA JUBILACIÓN DE UNA PERSONA FÍSICA QUE ES EMPLEADORA.....	27
1. Continuidad o cese por imposibilidad subjetiva del empleador que sea persona física ...	27
2. La causa extintiva del artículo 49.1.g) ET	28
3. Doctrina sobre jubilación del empleador	28
4. Procedimiento e indemnización.....	32
5. La STJUE 11 de julio de 2024 (C-196/23, Plamaro).....	32
V. AJUSTES RAZONABLES Y PENSIÓN DE INCAPACIDAD PERMANENTE (EL CASO NA NEGRETA).....	33
1. Discapacidad y normas sociolaborales: una relación compleja.....	33
2. La prohibición de discriminar.....	34
3. La discapacidad y la incapacidad permanente.....	37
VI. UN RECORDATORIO DE LA LEY INTEGRAL SOBRE IGUALDAD.....	40
1. Ideas básicas.....	40
2. Motivos de discriminación proscritos.....	43
3. Dinámica de la tutela.....	53
4. Tipos de discriminación	54
5. La acción positiva.....	55
6. La indemnidad	56

PANEL PRIMERO

IGUALDAD EFECTIVA DE MUJERES Y HOMBRES EN LA SALUD Y ASISTENCIA SANITARIA

PONENCIAS

DISCRIMINACIONES RELACIONADAS CON LA INVALIDEZ Y EL DESPIDO 59

Belén del Mar López Insua

1. La discapacidad: un concepto evolutivo. La doctrina internacional y comunitaria	59
2. Un cambio de rumbo en los conceptos de incapacidad permanente y discapacidad.....	66
2.1. La protección de las personas con discapacidad: derechos, garantías y medidas	67
2.2. La ley Zero lo a escena: ¿avance o retroceso?.....	72
3. Un nuevo paso al frente en la doctrina comunitaria: la emblemática Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de enero de 2024 (C-631/22)	74
3.1. Hechos relevantes	74
3.2. Límites a la extinción del contrato por incapacidad permanente: Adaptación del puesto, derecho al empleo e igualdad de oportunidades.....	75
4. Bibliografía.....	79

LA SALUD DE LAS PERSONAS CANDIDATAS A UN EMPLEO: NO SABE NO CONTESTA 85

Pepa Burriel Rodríguez-Diosdado

1. De la salud y la nueva tutela antidiscriminatoria en las relaciones laborales	85
2. La discriminación por salud. Aproximación del estado de la cuestión	87
2.1. Cuatro ¿nuevos? supuestos de no discriminación.....	87
2.2. Salud y apariencia: posibles conexiones	91
3. Ingreso en la empresa. De la selección a la prevención	94
3.1. Marco inicial.....	94
3.2. Selección y prevención: juntas, pero no revueltas	95
4. Reflexiones finales.....	101

5. Bibliografía.....	102
EDADISMO Y DISCRIMINACIÓN EN LA ATENCIÓN A LA SALUD.....	105
<i>Olimpia Molina Hermosilla</i>	
1. Planteamiento general.....	105
2. Definición y tipologías de edadismo	106
2.1. Definición de edadismo	106
2.2. Tipologías de edadismo	107
3. La consideración del edadismo como problema internacional de vulneración de derechos humanos	108
3.1. En el ámbito internacional.....	108
3.2. Los fundamentos del derecho europeo a la igualdad y no discriminación por razón de edad.....	110
3.3. Fundamentos del derecho a la salud en el ámbito del Derecho Europeo.....	111
4. Tutela antidiscriminatoria desarrollada contra el edadismo.....	112
4.1. Formas de discriminación directa, indirecta y múltiple.....	112
4.2. La discriminación múltiple por razón de edad y sexo en el ámbito de la asistencia sanitaria	114
5. Actuaciones contra el edadismo y el sexismo llevadas a cabo en el ordenamiento jurídico español	114
5.1. Tratamiento constitucional del derecho a la igualdad y no discriminación	114
5.2. Tratamiento de la discriminación por razón de edad en la Ley 15/2022	116
6. Edadismo y su impacto sobre la salud de las personas mayores	118
6.1. Principales manifestaciones del edadismo en los sistemas de salud.....	118
6.2. Instrumentos de intervención contra el edadismo en el ámbito de la salud: el decenio del envejecimiento saludable 2021-2030	121
7. La necesidad de contemplación de las variables edad y género en el ámbito de la prevención de riesgos laborales.....	124
8. A modo de conclusiones.....	126
9. Bibliografía.....	127
IGUALDAD EN ACCESO Y PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE SALUD Y CUIDADOS. EL PAPEL DE LA CONCERTACIÓN SOCIAL.....	131
<i>Agustín Reoyo Jiménez</i>	
<i>Carlos Bravo Fernández</i>	
1. Introducción	131
2. Género y Salud	132
2.1. Factores biológicos que implica el sexo de la persona	132
2.2. Acceso y control de los recursos sociales, económicos, políticos y culturales por razones de género.....	133
2.3. Condicionantes profesionales en cuidados	134
3. Situación actual del sistema de cuidados de larga duración	135
4. Cambios demográficos.....	146
5. El género en el empleo de cuidados	147
5.1. Sanidad.....	147
5.2. Social	150
6. Evolución en el empleo en las actividades del SAAD Periodo 2020-2024.....	152
7. Concertación social.....	153

INTERRELACIÓN INCAPACIDAD PERMANENTE Y DISCAPACIDAD A EFECTOS DE ACCESO EN CONDICIONES DE IGUALDAD A LA SALUD Y A LA SEGURIDAD SOCIAL..... 159

Fco. Javier Fernández Orrico

1. Planteamiento de la cuestión objeto de análisis.....	159
2. Justificación del trato diferenciado.....	160
3. Relación entre la acción protectora del sistema especial para personas con discapacidad y la cobertura de la Seguridad Social.....	161
4. Incapacidad permanente y discapacidad.....	162
4.1. Perspectiva desde la incapacidad permanente.....	162
4.2. Óptica desde la discapacidad.....	163
4.3. Conexión incapacidad permanente-discapacidad.....	164
5. Acceso a la salud en condiciones de igualdad.....	165
6. Acción protectora de la Seguridad Social de personas con discapacidad en condiciones de igualdad.....	168
6.1. Exclusión del requisito de la edad.....	168
6.1.1. Contratación por trabajadores autónomos de hijos mayores de 30 años con discapacidad.....	169
6.1.2. La prestación por adopción de menores de edad mayores de seis años con discapacidad.....	169
6.1.3. La consideración como miembro de la unidad familiar de mayores de 26 años con discapacidad con relación al requisito de responsabilidades familiares en el subsidio por desempleo (a partir de 1 de noviembre de 2024).....	170
6.1.4. La consideración de hijos a cargo, para determinar el límite máximo o mínimo de la prestación por cese de actividad.....	170
6.2. Incrementos en la duración de la prestación.....	171
6.2.1. Incremento del tiempo de duración del subsidio por nacimiento y cuidado de menor en el supuesto de discapacidad del hijo o hija.....	171
6.2.2. Incremento del periodo de duración del subsidio en el supuesto especial de nacimiento y cuidado de menor.....	171
6.2.3. Incremento del periodo de duración de la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave.....	172
6.3. Reducción en la edad ordinaria de jubilación.....	173
6.4. Reducción del periodo de carencia exigido en la jubilación.....	174
6.4.1. Reducción del periodo de tiempo exigido de cotización con un grado igual o superior al 45% en el caso de personas con discapacidad y nuevo criterio sobre la consideración de la multidiscapacidad.....	174
6.4.2. El periodo de carencia exigido en la jubilación parcial para personas con discapacidad.....	175
6.5. Se mantiene el límite de pensiones en el supuesto de jubilación anticipada de personas con discapacidad.....	175
6.6. Beneficio del cuidador familiar de persona con discapacidad en la prestación familiar contributiva.....	176
6.7. Importe de la modalidad no contributiva en función del grado de discapacidad.....	177
6.7.1. Prestaciones familiares.....	177
6.7.2. Pensión de invalidez no contributiva.....	177
6.7.3. El ingreso mínimo vital.....	177
7. Reflexiones y propuestas.....	178

SOBRE LA DOBLE DISCRIMINACIÓN DE MUJERES CON DISCAPACIDAD EN EL ÁMBITO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL 181

Inmaculada Alonso Mas

1. Introducción	181
2. Concepto de discapacidad	183
3. Los derechos fundamentales desde una perspectiva interseccional: discapacidad y género	184
3.1. Ámbito internacional	184
3.2. Ámbito europeo	185
3.3. Ámbito nacional	187
4. Discriminación por razón de discapacidad y discriminación por razón de sexo	188
4.1. Ley para la igualdad de trato y no discriminación	188
4.2. La discriminación interseccional	189
4.2.1. La discriminación múltiple en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos	191
4.2.2. La discriminación interseccional en España	192
5. Conclusiones	193
6. Bibliografía	194

NO DISCRIMINACIÓN POR EDAD EN MATERIA PREVENTIVA: RETOS PENDIENTES 195

Raquel Poquet Catalá

1. Introducción	195
2. Marco normativo	196
2.1. Normativa reguladora	196
2.2. Soft Law	198
3. Conceptualización de persona trabajadora de edad madura	201
4. Prevención de riesgos laborales en las personas trabajadoras de edad madura	203
4.1. Adaptación del puesto de trabajo	203
4.2. Evaluación y planificación preventiva	206
4.3. Formación	206
4.4. Vigilancia de la salud	207
5. Personas trabajadoras de edad madura, prevención y negociación colectiva	208
6. Conclusión	210
7. Bibliografía	211

ACERCA DE LA DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE EDAD SUSTENTADA EN CARACTERES DE OBJETIVIDAD Y RAZONABILIDAD MEDIANTE UNA CONSTRUCCIÓN JUDICIAL: VINCULACIONES CON LA REVOLUCIÓN DIGITAL 213

Pompeyo Gabriel Ortega Lozano

1. Introducción: fuentes de la no discriminación por razón de edad y derechos de los mayores	213
2. El tratamiento de la discriminación directa e indirecta por razones de edad y la posible justificación objetiva y razonable en el ámbito del tribunal de justicia de la Unión Europea	217
2.1. Contexto normativo, cuestión prejudicial y antecedentes (asunto Hubertus John y Freie Hansestadt Bremen)	217
2.2. La voluntad de las partes y la edad de jubilación: fundamentos jurídicos de un caso interesante	220
2.3. Algunas reflexiones jurídicas consecuencia de la decisión adoptada por el TJUE	224
3. Sobre la triple comprobación de la objetividad, razonabilidad y proporcionalidad de las desigualdades: Mutatis Mutandi al caso europeo	226

4. ¿Puede la edad ser un elemento diferenciador válido siempre que existan motivos razonables para ello? Referencias sobre la superación del juicio de proporcionalidad	229
5. Reflexiones sobre revolución digital, IA (inteligencia artificial) y mercado laboral: colectivos más afectados	232
6. Bibliografía.....	237

LA IMPERIOSA NECESIDAD DE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN MATERIA DE SEGURIDAD Y SALUD LABORAL PARA LOGRAR LA EFECTIVA IGUALDAD DE TRATO Y NO DISCRIMINACIÓN EN LA SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL..... 241

Mª Belén Fernández Collados

1. El factor género como desencadenante de desigualdad en la protección social y la salud laboral	241
1.1. Género, desigualdad y protección social	241
1.2. Género, desigualdad y salud laboral.....	243
2. La perspectiva de género en la calificación de la contingencia: las enfermedades profesionales	245
2.1. Enfermedad profesional: sistema de lista cerrada y consecuencias de la falta de perspectiva de género	245
2.2. La integración de la perspectiva de género en la calificación de las enfermedades profesionales	248
3. La perspectiva de género en la prevención de riesgos laborales.....	250
4. Conclusiones	253
5. Bibliografía.....	255

PATOLOGÍAS ASOCIADAS A LA SALUD PSICOSOCIAL EN EL TRABAJO: DESAFÍOS DE SU CALIFICACIÓN JURÍDICA COMO CONTINGENCIAS PROFESIONALES..... 257

Sarai Rodríguez González

1. Entornos de trabajo seguros y saludables: la necesaria atención a la prevención de los riesgos psicosociales	257
2. La salud psicosocial en las iniciativas recientes de la Unión Europea	259
3. Las patologías vinculadas a la salud psicosocial como contingencias profesionales	263
4. La salud psicosocial como elemento clave en el proceso de reforma de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales	267
5. Bibliografía.....	270

LA ENFERMEDAD/SALUD COMO CAUSA DISCRIMINATORIA EN LAS RELACIONES LABORALES Y EN LA PROTECCIÓN SOCIAL..... 273

Miguel Ángel Almendros González

1. Introducción: enfermedad y derecho a la igualdad trato y no discriminación	273
2. La enfermedad como causa de discriminación prohibida	275
2.1. El concepto amplio de enfermedad y de otras circunstancias vinculadas a la salud	275
2.2. El reconocimiento legal de nuevas formas de discriminación por enfermedad	276
2.3. Excepciones: Diferencias de trato por enfermedad no discriminatorias	278
2.4. Consecuencias del trato discriminatorio: prohibición, protección y reparación, nulidad de pleno derecho.....	278
2.5. El debate sobre la exigencia de que el reconocimiento legal de la discriminación por enfermedad se hubiera realizado mediante Ley Orgánica	279
3. El ámbito objetivo de aplicación: no discriminación por enfermedad en el ámbito de las relaciones de trabajo y en la protección social	280
3.1. Prohibición de discriminación por enfermedad en las relaciones de trabajo	280
3.1.1. El acceso al empleo.....	280

3.1.2. Las condiciones de trabajo	282
3.1.3. La extinción del contrato de trabajo. Especial referencia a la nulidad del despido discriminatorio por enfermedad del trabajador.....	286
3.2. Prohibición de discriminación por enfermedad en la protección social	292
4. Bibliografía.....	293

EL CONSENTIMIENTO POR REPRESENTACIÓN EN LAS ACTUACIONES MÉDICAS SOBRE MENORES DE EDAD 295

Juan Miguel Díaz Rodríguez

1. Conveniencia médica y autonomía del paciente	295
1.1. <i>Lex artis</i> para los médicos y legislación sanitaria para los pacientes y su dignidad	296
1.2. El mal llamado “consentimiento informado”.....	297
1.3. ¿Tiene autonomía el paciente menor de edad?.....	298
2. El consentimiento informado de los pacientes menores de edad	299
2.1. El artículo 9.3.c de la Ley 41/2002 (junto al 9.4)	299
2.1.1. Posible consentimiento por representación si el paciente no tiene los 18 años cumplidos.....	301
2.1.2. Los menores de edad tienen autonomía como pacientes, también si carecen de capacidad intelectual y emocional para comprender el alcance de la intervención médica propuesta	302
2.1.3. Cuando existe grave riesgo, es necesario siempre el consentimiento por representación	302
2.1.4. ¿Oír al menor, sin tener en cuenta su opinión, como regla general?.....	303
2.1.5. Escuchar la opinión del menor es tenerla en cuenta, en función de su edad y madurez.....	303
2.1.6. ¿El menor es escuchado por sus representantes legales, no por el facultativo?.....	304
2.1.7. El menor tiene que ser informado siempre, pero no de forma excesiva	305
2.1.8. Consentimiento del menor (que sí sea capaz) acompañado del consentimiento de los representantes legales.....	306
2.1.9. Seguridad jurídica para el facultativo	306
2.1.10. Inteligencia artificial y mejoras considerables	307
2.2. La realidad: si el paciente es menor (de 16), consienten los padres.....	307
3. Dignidad del menor y consentimiento por representación	308
4. Conclusiones y propuesta de cambio normativo.....	309
5. Bibliografía.....	311

LOS PLANES DE PREVENCIÓN Y EVALUACIONES DE RIESGOS LABORALES EN CLAVE PERSPECTIVA DE GÉNERO ¿NO ES MOMENTO QUE LA EVALUACIÓN DE RIESGOS DEJE DE SER ANDROCÉNTRICA?..... 313

Mónica Ricou Casal

1. Introducción	313
2. El <i>desideratum</i> de una LPRL para todas las personas	314
2.1. Las motivaciones de la reclamación continua hacia la igualdad en salud laboral	314
2.2. Los riesgos laborales típicos de las mujeres trabajadoras: hacia la normalización	321
3. Los planes de prevención de riesgos no son un mero protocolo a cumplir.....	327
3.1. El olvidado deber empresarial de asegurar el cumplimiento real y efectivo de la actividad preventiva.....	327
3.2. ¿Externalización de la actividad preventiva?.....	328
4. La evaluación de riesgos con perspectiva de género	329
5. Conclusiones	330
6. Bibliografía.....	331

LA INCAPACIDAD PERMANENTE COMO DISCAPACIDAD Y LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO: MANDATO DE AJUSTES RAZONABLES Y CARÁCTER DISCRIMINATORIO DEL CESE	333
<i>Yolanda Fernández López</i>	

1. Introducción	333
1.1. La incapacidad permanente: normativa reguladora nacional	333
1.2. La extinción del contrato de trabajo con ocasión de la Incapacidad Permanente	334
2. Marco normativo internacional: concepto de discriminación y ajustes razonables	335
3. Doctrina jurisprudencial sobre supuestos extintivos.....	337
4. Cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea	339
5. Pronunciamientos judiciales posteriores a la STJUE de 18 de febrero de 2024: ¿despido improcedente o nulo?.....	344
6. Calificación de la decisión extintiva de la empresa	346
7. Modificación del artículo 49 del Estatuto de los Trabajadores	348
7.1. Elección voluntaria	349
7.2. Cómputo de plazos	349
8. Bibliografía.....	350

PANEL SEGUNDO

LA PROTECCIÓN FRENTE A LA DISCRIMINACIÓN Y SU REPARACIÓN

PONENCIAS

LAS DISCRIMINACIONES Y SU IDENTIFICACIÓN.....	351
<i>Wilfredo Sanguineti Raymond</i>	

1. Del viejo al nuevo derecho antidiscriminatorio	351
2. La discriminación y las discriminaciones.....	354
2.1. La noción general de discriminación.....	354
2.2. Los tres tipos básicos de discriminación	355
2.2.1. Discriminación directa	356
2.2.2. Discriminación indirecta.....	360
2.2.3. El acoso discriminatorio y el acoso sexual	366
2.3. Las variantes de la discriminación.....	369
2.3.1. Discriminaciones múltiples e interseccionales	369
2.3.2. Discriminaciones por asociación y por error	371
2.4. Órdenes de discriminar y represalias.....	372

LA TUTELA ANTIDISCRIMINATORIA EN LA DOCTRINA DEL TJUE.....	375
<i>Rosario Cristóbal Roncero</i>	

1. La dimensión antidiscriminatoria en la normativa de la Unión Europea.....	375
2. La tutela jurisdiccional del Derecho antidiscriminatorio de la Unión Europea, con especial referencia a la tutela judicial efectiva.....	379
3. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y su tutela antidiscriminatoria	383
4. Conclusiones	392

REPARACIÓN EFECTIVA Y DISUASORIA FRENTE A LAS DISCRIMINACIONES 393

José Fernando Lousada Arochena

1. Reparación efectiva y disuasoria frente a las discriminaciones en el contexto del derecho a la tutela judicial efectiva de la igualdad..... 393
2. Reparación efectiva y disuasoria frente a las discriminaciones en el derecho de la Unión Europea 395
 - 2.1. Primera oleada: las directivas sobre igualdad de los sexos del siglo xx 395
 - 2.2. Segunda oleada: las directivas de igualdad de los primeros años del siglo xxi..... 397
 - 2.3. Tercera oleada: el pilar social y nuevas directivas de igualdad de los sexos..... 400
3. Apoyatura constitucional del contenido de la sentencia apreciando discriminación..... 402
4. Reparación efectiva y disuasoria frente a las discriminaciones en las leyes de igualdad internas..... 402
 - 4.1. Disposiciones comunes para todas las igualdades 402
 - 4.2. Disposiciones específicas para determinadas igualdades..... 404
5. Reparación efectiva y disuasoria frente a las discriminaciones en la ley reguladora de la jurisdicción social 404
 - 5.1. Elenco de las posibles tutelas judiciales 405
 - 5.2. ¿Resulta posible imponer a la empresa una contratación forzosa? 406
 - 5.3. Tutela indemnizatoria: las fuentes normativas 406
 - 5.4. Tutela indemnizatoria: la aplicación judicial, en especial la problemática indemnización del daño moral..... 408
 - 5.5. Pero, ¿dónde está la eficacia disuasoria de la indemnización?..... 411
 - 5.6. Cuestiones de procedimiento en el ejercicio de las acciones 414
 - 5.6.1. Alegación y justificación de la cuantificación de la indemnización 414
 - 5.6.2. Supuestos de prejudicialidad en relación con vulneraciones constitucionales con trascendencia penal..... 414
 - 5.6.3. Comunicabilidad de los contenidos de los artículos 182 y 183 de la LRJS a los procesos citados en el artículo 184 de la LRJS..... 415
 - 5.6.4. Revisión de la cuantificación en vía de recurso 416
6. Bibliografía consultada (y no solo la citada) 417

TUTELA ANTIDISCRIMINATORIA EN MATERIA DE PROTECCIÓN SOCIAL Y COSA JUZGADA MATERIAL. EL COMPLEMENTO POR MATERNIDAD COMO LABORATORIO 419

Juan Bautista Vivero Serrano

1. Una materia poco estudiada: La cosa juzgada como posible “castigo” para los pioneros de la tutela antidiscriminatoria..... 419
2. Los complementos por aportación demográfica y para la reducción de la brecha de género como laboratorio privilegiado para el estudio de esta temática..... 421
3. Las vías complementarias para evitar que la cosa juzgada suponga un “castigo” para los pioneros de la tutela antidiscriminatoria..... 423
4. La consideración de la tutela antidiscriminatoria dispensada con el paso del tiempo por el tje (u otros altos tribunales) como novedosa causa de pedir que excluye el juego de la cosa juzgada..... 424
5. La excepción de la cosa juzgada en aras del principio de efectividad del derecho antidiscriminatorio de la Unión Europea: la extrapolación de la doctrina de las sentencias del TJUE de 22 de mayo de 2022..... 427
6. La excepción de la cosa juzgada en aras del principio constitucional de igualdad de trato..... 431

COMPATIBILIDAD ENTRE INCAPACIDAD PERMANENTE Y TRABAJO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. MODIFICACIÓN DE JURISPRUDENCIA POR EL TRIBUNAL SUPREMO ¿EN DISCORDANCIA CON LA ESTABLECIDA POR EL TJUE? 437

M^a. Vanesa García Del Cerro

1. Aspectos generales de la regla de incompatibilidad entre trabajo remunerado e incapacidad permanente 437
 - 1.1. Regulación actual..... 438
2. La marginalidad de la actividad como excepción a la regla general de incompatibilidad 439
3. Freno y marcha atrás de la aceptación por parte del Tribunal Supremo de la compatibilidad entre la IPA y GI con el desarrollo de una actividad laboral..... 440
 - 3.1. El elemento determinante: la marginalidad 441
 - 3.2. Nuevo cambio doctrinal. Un antes y un después 442
4. Primeras consecuencias del cambio: nuevo Criterio del INSS sobre incompatibilidad.. 443
5. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea: un paso adelante en la lucha contra la discriminación por discapacidad en el ámbito laboral..... 445
6. A modo de conclusiones..... 446
7. Bibliografía..... 448

LA REPARACIÓN DE LOS DAÑOS DERIVADOS DE LA DISCRIMINACIÓN ALGORÍTMICA Y DE LOS SISTEMAS DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL POR RAZÓN DE LA SALUD DEL TRABAJADOR..... 449

Ana Isabel García Salas

1. Introducción..... 449
2. La enfermedad y las condiciones de salud como factor de discriminación legalmente reconocido..... 452
3. El tratamiento de los datos de salud: la protección de los datos sensibles 454
4. Utilización de algoritmos e intervención de los sistemas de IA: el riesgo de deshumanización de las relaciones de trabajo..... 457
5. Discriminación por razones de salud a través de sistemas de IA y medidas a adoptar... 458
6. Los responsables de la discriminación algorítmica perpetrada por los sistemas de IA .. 463
 - 6.1. Sujetos responsables 464
 - 6.2. Criterios de imputación: la culpa y negligencia ¿de las máquinas? 466
7. Las distintas formas de reparación y las alternativas a la reparación económica..... 469

PRESTACIÓN POR NACIMIENTO Y CUIDADO DEL MENOR: DOS SUPUESTOS DE DISCRIMINACIÓN DEL VARÓN PROGENITOR 471

Javier Carballo de Jesús

1. La modificación de las prestaciones de paternidad y maternidad por el RD-Ley 6/2019 y el bien jurídico a proteger por la prestación de nueva creación 471
 - 1.1. El bien jurídico a proteger en la nueva prestación por nacimiento y cuidado del menor 472
2. La discriminación refleja en la protección por despido *ex art. 55.5.b) ET*..... 474
3. La discriminación directa del varón en la prestación por nacimiento en caso de premoriencia de su hijo *Nasciturus* 477
4. Conclusiones 481
5. Bibliografía..... 483
6. Relación de jurisprudencia y doctrina judicial 483

¿EL MANTENIMIENTO DEL EMPLEO TRAS LA DECLARACIÓN DE INCAPACIDAD PERMANENTE FRENTE A LA EXTINCIÓN AUTOMÁTICA DEL CONTRATO DE TRABAJO?: UNA APORTACIÓN SOBRE ALGUNAS DE LAS CONSECUENCIAS DE LA STJUE C-631/22 Y SU TRATAMIENTO EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA..... 485

Arturo Montesdeoca Suárez

1. Los derechos de las personas con discapacidad: la accesibilidad y continuidad en el empleo 485
2. Algunas de las consecuencias prácticas derivadas de la STJUE de 18 de enero de 2024 (C-631/22): El derecho-deber de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo.. 489
 - 2.1. Desde la extinción automática por la resolución de incapacidad permanente total emitida por el INSS a la elección de la persona trabajadora de solicitar la adaptación de su puesto de trabajo: ¿El nuevo procedimiento del art. 49.2 E) ET?..... 489
 - 2.2. La posible calificación de nulidad del despido de la persona trabajadora sin efectuar o justificar la imposibilidad de realizar los ajustes razonables en el puesto de trabajo..... 491
3. La participación de los agentes sociales en la inclusión, adaptabilidad y mantenimiento del puesto de trabajo a personas con discapacidad 493
 - 3.1. El V Acuerdo marco para el empleo y la negociación colectiva..... 493
 - 3.2. Las actuaciones de la negociación colectiva sobre discapacidad sobrevenida: Especial referencia en los convenios colectivos a la adaptabilidad del puesto de trabajo 494
4. Conclusiones 501
5. Bibliografía..... 504

LA IMPLANTACIÓN DE LA IGUALDAD A TRAVÉS DE LOS ACTUALES PLANES: LA HOJA DE RUTA EN MATERIA DE IGUALDAD A LA LUZ DEL REAL DECRETO-LEY 6/2019 507

Carlos José Martínez Mateo

1. Introducción 507
2. Notas preliminares a la lucha por la igualdad en los planos supranacional e interno 508
 - 2.1. Plano internacional..... 508
 - 2.2. Consideraciones al ordenamiento español y la irrupción de la Ley 6/2019 510
3. La lucha contra las causas generadoras de la desigualdad: La brecha salarial como paradigma..... 511
 - 3.1. Medidas para reducir la diferencia de ingresos 512
 - 3.2. Actuaciones estratégicas 513
4. El plan de igualdad de la empresa y su hoja de ruta..... 514
5. La problemática de adaptación a la igualdad 516
6. Los factores de neutralización de la implantación de los planes de igualdad..... 518
7. Conclusiones 519
8. Bibliografía..... 520

UNA EXPLICACIÓN DE LA RECIENTE E INADMISIBLE TEMERIDAD PROCESAL DEL INSS AL LITIGAR EN PROCESOS LABORALES ESPECIALES DE SEGURIDAD SOCIAL. A PROPÓSITO DE LOS CRITERIOS DE GESTIÓN NÚMS. 1/2020 Y 2/2021 DE LA SUBDIRECCIÓN GENERAL DE ORDENACIÓN Y ASISTENCIA JURÍDICA DE LA SEGURIDAD SOCIAL 523

Alberto Arufe Varela y Jesús Martínez Girón

1. Introducción 523
2. Los criterios de gestión de la subdirección general de ordenación y asistencia jurídica de la Seguridad Social y su localización..... 524
3. El criterio de gestión núm. 1/2020..... 525
4. El criterio de gestión núm. 2/2021..... 526

5. Epílogo.....	527
6. Bibliografía citada.....	527

ANÁLISIS TÉCNICO-JURÍDICO Y DE POLÍTICA DE DERECHO SOBRE EL COMPLEMENTO DE PENSIONES CONTRIBUTIVAS PARA LA REDUCCIÓN DE LA BRECHA DE GÉNERO..... 529

Farah Amaadachou Kaddur

1. Introducción y contextualización	529
2. Delimitación conceptual y naturaleza jurídica del complemento de brecha de género desde un enfoque de equidad en la distribución de responsabilidades parentales y su impacto económico.....	531
3. La dinámica del complemento para la reducción de la brecha de género.....	536
3.1. Beneficiarios	536
3.2. Requisitos.....	537
3.3. Cuantía	537
3.4. Efectos económicos	537
3.5. Incompatibilidades	538
3.6. Extinción.....	538
3.7. Expedientes internacionales.....	538
3.8. Solicitudes.....	538
3.9. Mantenimiento transitorio del complemento por maternidad	538
4. La protección de la maternidad y la corresponsabilidad en el cuidado de los hijos como fundamentos esenciales en la implementación del complemento de brecha de género.....	538
5. Conclusiones finales.....	542
6. Bibliografía: fuentes y recursos consultados	543

LA PROTECCIÓN SOCIAL FRENTE A LA VIOLENCIA DE GÉNERO. ESPECIAL REFERENCIA AL ACCESO A LAS PRESTACIONES..... 547

Ana Aguas Blasco

1. Introducción.....	547
2. Marco legal de la protección frente a la violencia de género.....	550
3. El impacto de la violencia de género en la protección social.....	554
3.1. En la normativa.....	554
3.2. En la jurisprudencia	558
3.3. Algunas consideraciones de la protección de las víctimas de violencia de género en la negociación colectiva.....	561
4. Conclusiones	563
5. Bibliografía.....	564

CALCULO DEL COEFICIENTE GLOBAL DE PARCIALIDAD RESPECTO DE LA PENSIÓN DE VIUDEDAD. RD-LEY 2/2023, DE 16 MARZO..... 567

Ana Gloria Azor Oliver

1. Introducción.....	567
2. Marco Normativo.....	568
3. La equiparación del trabajo a tiempo parcial y a tiempo completo a efectos de cómputo de periodos de cotización.....	569
4. Cómputo de los periodos de cotización. Artículo 247	570
5. Sentencia Tribunal Supremo de 9 abril 2024 (rec. 782/2021). Unificación de doctrina..	571
5.1. Supuesto de hecho	571
5.2. Sentencia impugnada: STSJ de Andalucía con sede en Sevilla de 24 julio 2020	571
5.3. Sentencia de contraste: STSJ de la Islas Canarias con sede en las Palmas de Gran Canaria, de 13 julio 2016.....	573

5.4. Doctrina TS (Unificación de doctrina): STS de 9 abril 2024	574
6. Conclusiones	576
7. Bibliografía.....	576

LA TUTELA CONTRA EL DESPIDO DISCRIMINARIO BASADO EN LA INCAPACIDAD PERMANENTE DEL TRABAJADOR..... 579

José Luis Monereo Pérez

Belén del Mar López Insua

1. La noción evolutiva de discapacidad en el Derecho Internacional General y en el Derecho Europeo: análisis doctrinal y jurisprudencial.....	580
2. Incapacidad permanente versus discapacidad: cambio de rumbo y criterios interpretativos en la doctrina judicial española	586
2.1. Mecanismos de protección y derechos de las personas con discapacidad.....	587
2.2. ¿Cambios tras la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y no discriminación?.....	593
3. La extinción del contrato basada en el previo reconocimiento de una incapacidad permanente total: estudio de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de enero de 2024 (C-631/22)	595
3.1. Hechos controvertidos.....	595
3.2. Adaptación del puesto, derecho al empleo e igualdad y límites a la extinción del contrato por incapacidad permanente.....	596
4. Bibliografía.....	599

LA (DES)PROTECCIÓN SOCIAL DE LAS PERSONAS MAYORES EN EL MANEJO DE LAS MODERNAS TECNOLOGÍAS. LA ATENCIÓN SANITARIA... 605

María del Carmen Burgos Goye

1. Planteamiento general.....	605
2. Las cifras no mienten destapan verdades	607
3. Régimen jurídico internacional	609
4. Tratamiento sectorial europeo	611
5. El ambiguo marco del ordenamiento jurídico interno	612
6. La atención sanitaria ante el desafío de los las nuevas tecnologías	614
6.1. De la telemedicina a la Inteligencia Artificial. Efectos en las personas de edad avanzada	620
7. En clave conclusiva	622
8. Bibliografía.....	623

PROTECCIÓN SOCIAL, DISCRIMINACIÓN Y TECNOLOGÍA EN LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO POR INADAPTACIÓN DE LA MUJER TRABAJADORA A LOS RAZONABLES CAMBIOS PROVOCADOS POR LA DISRUPCIÓN DIGITAL EN SU PUESTO DE TRABAJO 625

Sara Guindo Morales

1. Introducción	625
2. Ubicación de su regulación en el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.....	627
3. Fundamento y concepto.....	627
4. Presupuestos para su concurrencia	630
5. La modificación técnica/tecnológica operada en el puesto de trabajo	631
6. El puesto de trabajo afectado por las modificaciones técnicas/tecnológicas	633
7. La inadaptación de la persona trabajadora.....	633
8. Período de adaptación.....	634
9. Curso de formación	637

10. La garantía de la persona trabajadora de que el tiempo destinado a la formación se considerará tiempo de trabajo efectivo.....	640
11. La garantía de la persona trabajadora del salario medio que viniera percibiendo	641
12. Diferencias y similitudes con otras figuras afines.....	641
13. Conclusiones	643
14. Bibliografía	645

PANEL TERCERO

PROMOCIÓN DE LA IGUALDAD DE TRATO, NO DISCRIMINACIÓN Y ACCIONES POSITIVAS

PONENCIAS

GARANTÍAS DE LA IGUALDAD DE TRATO Y NO DISCRIMINACIÓN..... 649

María Areta Martínez

1. Introducción.....	649
2. El derecho a la igualdad ante la ley y el derecho a la no discriminación.....	652
3. La tutela judicial del derecho a la no discriminación ante la jurisdicción social (I): las garantías procesales	656
3.1. Introducción	656
3.2. La diversidad de procesos para instar la tutela judicial	657
3.3. Los principios de preferencia y sumeridad	660
3.4. La excepción del intento de conciliación extrajudicial	661
3.5. Los días hábiles para practicar las actuaciones judiciales.....	662
3.6. La legitimación activa para instar la tutela judicial.....	662
3.7. La intervención del Ministerio Fiscal.....	665
3.8. Las medidas cautelares	668
3.9. La prueba de la discriminación.....	668
3.9.1. La modulación de la regla general de la carga de la prueba de la parte actora.....	668
3.9.2. El dictamen de organismos públicos competentes en materia de igualdad.....	674
4. La tutela judicial del derecho a la no discriminación ante la jurisdicción social (II): las medidas para garantizar la reparación del derecho vulnerado	677
4.1. Introducción	677
4.2. La indemnización por daños morales.....	677
4.2.1. Introducción.....	677
4.2.2. La indemnización por daño moral en caso de despido nulo discriminatorio.....	679
5. La tutela administrativa del derecho a la no discriminación: el Derecho administrativo sancionador	687
6. La tutela judicial del derecho a la no discriminación ante la jurisdicción penal: el delito de discriminación en el empleo.....	690
6.1. Introducción	690
6.2. Los elementos que definen el tipo penal.....	691
6.3. La pena alternativa de prisión o multa.....	693
7. Bibliografía.....	694

PROMOCIÓN DE LA IGUALDAD DE TRATO Y LA NO DISCRIMINACIÓN..... 697

Patricia Nieto Rojas

1. La consecución de la igualdad entre hombres y mujeres como objetivo estratégico de la actuación de los poderes públicos.....	697
---	-----

1.1. La materialización de este compromiso. El mandato a los poderes públicos para la promoción de la igualdad entre hombres y mujeres.....	702
1.2. Algunas acciones concretas. El Plan Estratégico de Igualdad de Oportunidades.....	704
1.3. Las medidas de acción positiva como actuación promocional.....	705
1.4. El papel de Conferencia Sectorial de Igualdad en la consecución de este propósito....	708
1.5. El distintivo “Igualdad en la empresa”	709
1.6. El papel de los agentes sociales en la promoción de la igualdad entre hombres y mujeres	711
2. El papel de las administraciones públicas en la promoción de la igualdad de trato y no discriminación entre hombres y mujeres en el ámbito del empleo	713
3. Políticas públicas y acciones positivas para la promoción de la igualdad en la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación	714
3.1. Manifestaciones de este compromiso: La Estrategia Estatal para la Igualdad de Trato y la No Discriminación	717
3.2. La promoción de la igualdad a través del marco regulatorio respecto a subvenciones y regulación en materia de contratación pública.....	719
3.3. La creación de una Autoridad Independiente para la Igualdad de Trato y no Discriminación.....	721
3.4. La materialización de este compromiso por los sujetos privados. El papel de la responsabilidad social empresarial	723
4. Bibliografía citada	725

COMUNICACIONES

LA TELEMEDICINA COMO CONTENIDO DE LA ASISTENCIA SANITARIA: SU IMPACTO DESDE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO..... 729 *Ana Castro Franco*

1. La Telemedicina como componente de la E-Salud.....	729
1.1. Principales servicios	732
1.2. Áreas de aplicación	734
2. Regulación normativa en Europa y España.....	736
3. La desigualdad de género en la Telemedicina	742
3.1. Diagnóstico erróneo a mujeres y diferencias en el esfuerzo terapéutico.....	742
3.2. La incidencia de la brecha digital en la población femenina	744
4. Conclusiones	747
5. Bibliografía.....	748

BALANCE A LOS DIEZ AÑOS DEL RD-LEGISLATIVO 1/2013 EN LOS ÁMBITOS DE LA PROTECCIÓN Y DE LA ACCESIBILIDAD DIGITAL EN LA SEGURIDAD SOCIAL A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD SIN SUFRIR DISCRIMINACIÓN..... 753 *Francisco Javier Pozo Moreira*

1. Referencia doctrinal introductoria del enfoque del balance normativo decenal	753
2. El contexto de la aprobación de una “Ley General” sobre discapacidad en el RD-Ley 1/2013 y su contenido en materia de derechos de Seguridad Social.....	754
2.1. El alcance subjetivo y determinación del colectivo de personas protegidas en el RD-Legislativo 1/2013	754
2.2. La regulación de los derechos de Seguridad Social de las personas con discapacidad, en el periodo 2013 a 2024.....	756

2.3. La reforma del art. 49 CE de 2024, los poderes públicos encargados de la inclusión, los entornos universalmente accesibles y la necesidad específica de las mujeres y menores con discapacidad, en el periodo 2013 a 2024.....	757
2.3.1. Los poderes públicos impulsores de políticas inclusivas (para desplegar el mandato del art. 49 CE)	757
2.3.2. Los entornos universalmente accesibles a las personas con discapacidad (art.49 CE).....	759
2.4. La inclusión a través de prestaciones adecuadas del sistema de Seguridad social para las personas con discapacidad, en el periodo 2013 a 2024	761
2.4.1. Las personas con discapacidad en el modelo organizativo de la gestión del Sistema de la Seguridad Social	761
2.4.2. Las personas con discapacidad en el ámbito de la afiliación e inscripción en el Sistema.....	762
2.4.3. Las personas con discapacidad en el ámbito de las prestaciones no contributivas y contributivas	762
2.4.4. La aplicación jurisdiccional y las sanciones administrativas para la eficacia de la normativa de Seguridad social para las personas con discapacidad	763
3. Conclusión del balance de la aplicación y eficacia del RD-Legislativo 1/2013 en Seguridad Social	764

VIOLENCIA DE GÉNERO E IGUALDAD EN EL ACCESO A LA PENSIÓN DE VIUDEDAD. ANÁLISIS DE LAS CONTROVERSIAS MÁS RECIENTES

José Enrique Ruiz Saura

1. Introducción: Igualdad real y perspectiva de género	765
2. La importancia de la protección social frente a la violencia económica	766
3. La violencia de género y su incidencia en el acceso a la pensión de viudedad.....	767
3.1. La necesaria flexibilización de los medios probatorios de la violencia de género.....	768
3.2. El surgimiento y la consolidación de una doctrina jurisprudencial con perspectiva de género	770
4. Análisis de algunas de las controversias jurídicas más relevantes de los últimos años ...	771
4.1. Cuando la mujer solicitante había finalizado su derecho a percibir la pensión compensatoria de su maltratador.....	771
4.2. Cuando la violencia de género solo ha tenido lugar después de la separación o divorcio.....	772
4.3. La violencia de género en una pareja de hecho	773
4.3.1. Antecedentes jurisprudenciales	774
4.3.2. Cambio normativo	776
4.4. Violencia de género y nulidad matrimonial.....	776
5. Conclusiones	777
6. Bibliografía.....	778

TRABAJADORES MAYORES Y DIGITALIZACIÓN: LA NECESIDAD DE REMONTAR LA BRECHA

Rubén López Fernández

1. Introducción.....	781
2. La digitalización de la economía frente al reto demográfico	784
3. Problemas de salud asociados a la digitalización	786
3.1. Riesgos psicosociales.....	787
3.2. Otros riesgos.....	789
3.3. La desconsideración del legislador a efectos de la calificación como enfermedad profesional.....	790
3.4. La tecnología como herramienta de prevención de riesgos laborales	790
3.5. Los trabajadores mayores como colectivo especialmente sensible	791

4. Instrumentos normativos destinados al estiramiento de las vidas cotizatorias.....	792
4.1. Incremento de las bases de cotización máximas y de las cuantías máximas de la pensión de jubilación.....	794
4.2. Aumento flexible del cálculo de la base reguladora de la pensión	795
5. Conclusiones	796
6. Bibliografía.....	798
DERECHO A LA IGUALDAD DE TRATO Y NO DISCRIMINACIÓN EN LA ATENCIÓN SANITARIA.....	801
<i>Djamil Tony Kahale Carrillo</i>	
1. Introducción	801
2. Objeto de la norma	802
3. Ámbito subjetivo.....	803
4. Ámbito objetivo	806
5. Derecho a la igualdad de trato y no discriminación en la atención sanitaria.....	807
6. Conclusiones	816
7. Bibliografía.....	817
LOS ACCIDENTES DE TRABAJO DESDE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO Y LA NO DISCRIMINACIÓN EN LA ERA DIGITAL	819
<i>Lluís Franco Sala y Joan A. Alujas Ruiz</i>	
1. Evolución de la siniestralidad laboral desde una perspectiva de género.....	819
2. Seguridad y salud en el trabajo, sesgos de género e inteligencia artificial (IA)	830
3. Conclusiones	834
4. Bibliografía.....	835
EL EDADISMO Y SU INCIDENCIA EN EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL ESPAÑOL: CUANDO LA EXPULSIÓN DEL MERCADO DE TRABAJO POR RAZÓN DE EDAD SE INSTITUCIONALIZA	837
<i>Cristina Ramírez Bandera</i>	
1. Introducción: Conceptualización del “edadismo”	837
2. El edadismo y su tratamiento jurídico en el contexto laboral: Breve reseña normativa .	839
2.1. Ámbito internacional	839
2.2. Ámbito europeo	840
2.3. Ámbito nacional.....	841
3. La institucionalización de la expulsión del mercado de trabajo por razón de edad	844
3.1. El edadismo en el contexto de los despidos colectivos y su repercusión en el sistema de Seguridad Social: ¿la edad como criterio válido de selección?	845
3.2. La jubilación forzosa y su controvertida vigencia	847
3.2.1. El tratamiento jurídico-normativo de la jubilación forzosa en España: una historia de idas y venidas	847
3.2.2. La jubilación forzosa tras la reforma operada por la Ley 21/2021, de 28 de diciembre: la agri dulce sensación de una modificación positiva en una institución que no debiera existir.....	849
3.2.3. Breve referencia a la jubilación forzosa en el sector público.....	852
4. Conclusión: cuando el edadismo no se supera, sino que adquiere carta de naturaleza con aval legislativo y jurisprudencial.....	854
5. Bibliografía.....	855

UN ACERCAMIENTO A LAS CLAVES PARA LA PROMOCIÓN DE LA IGUALDAD DE TRATO Y NO DISCRIMINACIÓN EN EL SECTOR MARÍTIMO ESPAÑOL..... 857

Sandys Menoya Zayas

1. Introducción.....	857
2. Género y trabajo marítimo-pesquero	859
2.1. Impactos del reto demográfico y la digitalización en el sector marítimo-pesquero: ¿oportunidades o amenazas para las mujeres?.....	862
2.2. El contexto español.....	865
3. La promoción de la igualdad de trato y no discriminación en el sector marítimo-pesquero	866
3.1. Marco internacional	867
3.2. Marco europeo y comunitario	869
3.3. Marco nacional.....	870
3.3.1. ¿Dónde estamos?	871
3.3.2. ¿Qué falta por hacer?.....	874
4. Conclusiones	875
5. Bibliografía.....	876

ALGUNOS FLECOS EN LA REFORMA DE LA PROTECCIÓN SOCIAL DEL SISTEMA ESPECIAL PARA EMPLEADOS DEL HOGAR..... 877

Aránzazu Roldán Martínez

1. Introducción.....	877
2. Un poco de historia: del régimen especial al régimen general por medio de un sistema especial.....	878
3. Primera batalla: El reconocimiento del derecho a la protección de desempleo	881
3.1. La STJUE de 24 de febrero de 2022 (Asunto C-389/20) y la SJCO núm. 2 de Vigo de 17 de marzo de 2022 (Proc. 93/2020)	881
3.2. La respuesta normativa: el Real Decreto-Ley 16/2022.....	885
4. Segunda batalla: La consideración de los períodos trabajados en el SEEH como cotizados a los efectos de desempleo y FOGASA	888
4.1. La corrección de las situaciones discriminatorias anteriores al RDL 16/2022 derivadas del artículo 251.1.d) TRLGSS	888
4.2. Extensión de la interpretación correctora de la discriminación a la protección del FOGASA	890
5. Tercera batalla: La depuración de los efectos colaterales derivados de la falta de protección de desempleo.....	892
6. Bibliografía.....	893

LA OIT ANTE EL RETO DE LA IGUALDAD REAL Y EFECTIVA ENTRE HOMBRES Y MUJERES EN EL NUEVO CONTEXTO DIGITAL..... 897

Luis Antonio Rivero Bermúdez de Castro

1. Introducción.....	897
2. Situación laboral de la mujer en la revoluciones industriales. Finales del siglo XVIII a la actualidad	898
2.1. Dimensión histórica	898
2.2. Los derechos de la mujer y la influencia del capitalismo en el siglo XX	901
3. La protección de la igualdad en la actualidad: la OIT.....	903
3.1. Contexto actual.....	903
3.2. La igualdad en el trabajo y la brecha de género: Especial referencia a las resoluciones de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).....	904
3.3. La proyección en el derecho español.....	908
4. Conclusión.....	911

5. Bibliografía.....	912
ANÁLISIS CRÍTICO DE LA PROTECCIÓN DEL NÓMADA DIGITAL: ENTRE PRECARIEDAD Y PRIVILEGIO DIGITAL.....	915
<i>Irene Martínez Martínez</i>	
1. Introducción: El derecho a la Seguridad Social	915
2. El impacto de la tecnología en la movilidad de los trabajadores. El nomadismo digital	917
3. Protección social y transición digital	919
4. El estatuto jurídico de los nómadas digitales en España. Residencia y fiscalidad.....	920
5. La protección social de los nómadas digitales en España. Revisión crítica	922
5.1. Los nómadas digitales intracomunitarios	923
5.2. Los nómadas digitales extracomunitarios	929
6. Valoraciones finales	930
7. Bibliografía.....	931
AJUSTES Y DESAJUSTES EN LAS PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL PARA CON LAS PERSONAS TRABAJADORAS A TIEMPO PARCIAL..	933
<i>Francisco Javier Arrieta Idiakez</i>	
1. Introducción	933
2. Evolución histórica: El juego de los ajustes y desajustes constantes.....	934
2.1. Evolución sobre la forma de calcular la cotización	934
2.2. Evolución en materia de acción protectora	938
2.2.1. Evolución en la determinación de los períodos de carencia exigibles.....	938
2.2.2. Evolución en la determinación del importe de la prestación: el cálculo de las bases reguladoras.....	942
3. Regulación actual: El ajuste definitivo	945
3.1. Cálculo de la cotización	945
3.2. Acción protectora	949
3.2.1. Determinación de los períodos de carencia exigidos	949
3.2.2. Determinación del importe de las prestaciones: el cálculo de las bases reguladoras	949
EXPULSIÓN DE LOS TRABAJADORES MADUROS DEL MERCADO DE TRABAJO Y APORTACIÓN ECONÓMICA AL TESORO PÚBLICO EN CASO DE DESPIDO COLECTIVO: ¿UNA MEDIDA EFICIENTE?	953
<i>Alejandro Muros Polo</i>	
1. Premisa: El trabajador maduro como colectivo vulnerable	953
2. Estrategias de reestructuración empresarial basadas en la (mayor) edad del trabajador	956
3. La aportación económica al Tesoro Público en caso de despido colectivo	959
3.1. La lógica y funcionalidad de la medida	959
3.2. Requisitos para el nacimiento de la obligación.....	962
3.3. Cálculo de la aportación	965
3.4. Destino de los fondos recaudados	968
3.5. Procedimiento para la liquidación y pago.....	969
4. Problemas aplicativos y cuestiones conflictivas de la aportación económica al Tesoro Público	971
5. Bibliografía.....	974

DISCRIMINACIÓN EN EL TRATO A LAS PROFESIONALES COLEGIADAS POR CUENTA PROPIA INCORPORADAS EN MUTUALIDAD DE PREVISIÓN SOCIAL EN RELACIÓN CON LAS INCORPORADAS AL RETA EN MATERIA DE PROTECCIÓN POR NACIMIENTO Y CUIDADO DE MENOR..... 979

M Carmen Legua Rodrigo

1. Introducción.....	979
2. Evolución normativa	980
2.1. La obligatoriedad de incorporarse a un sindicato	980
2.2. Real Decreto 2504/1980	980
2.3. La determinante Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de Seguros Privados y las concreciones realizadas por Ley 50/1998, de 30 de diciembre, sobre Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social	983
2.3.1. Instrucciones de la Tesorería General de la Seguridad Social (en adelante TGSS) de Ley 30/1995 tras la reforma por Ley 50/1998	984
3. Opción entre RETA y Mutualidad: STS de 25 de enero 2000	986
4. Consecuencias del régimen de opción entre RETA y Mutualidad para prestaciones y permiso nacimiento y cuidado del menor	987
4.1. La nueva perspectiva tras Ley 27/2011, la disposición adicional cuadragésima sexta	988
5. La precaria protección de la maternidad y paternidad en las mutuas previsión social... ..	988
5.1. Cuando la madre en el ejercicio libre de su profesión está afiliada al RETA y su posible cesión al padre de la prestación	988
5.1.1. Comparación de prestación maternidad de profesionales incorporadas al RETA y prestación maternidad en RGSS.....	990
6. Cuando la madre en el ejercicio libre de su profesión esta afiliada a mutualidad alternativa.....	992
6.1. Evolución hacia un reparto de responsabilidades familiares	992
6.2. Prestaciones por nacimiento y cuidado del menor en mutualidades alternativas.....	995
7. Bibliografía.....	996

AUTOMATIZACIÓN Y DESIGUALDAD LABORAL: EFECTOS DE LA INTRODUCCIÓN DE ROBOTS EN LOS COLECTIVOS VULNERABLES 999

Aída Cabello Roldán

1. Introducción.....	999
2. La automatización en la era de la transformación digital.....	1000
2.1. Concepto y objetivos principales de la automatización.....	1001
2.2. Beneficios y desafíos generales de la automatización del trabajo.....	1003
3. Consecuencias de la automatización: ¿transformación en el empleo?	1006
3.1. La influencia de la introducción de robótica en el mercado de trabajo	1007
3.2. El auge de la robotización en el ámbito laboral: datos estadísticos	1009
3.3. Creación o destrucción de empleo: ¿una oportunidad o una amenaza para las personas trabajadoras?	1012
4. La desigualdad en el marco de la automatización: Los colectivos vulnerables.....	1014
4.1. Una perspectiva de la reestructuración de los mercados laborales.....	1015
4.2. Los colectivos más vulnerables frente al fenómeno de la automatización	1016
4.3. Breves apuntes sobre los efectos en el sistema de la Seguridad Social.....	1018
5. Conclusiones: Hacia una robótica inclusiva en el empleo.....	1019
6. Bibliografía.....	1021

PANEL CUARTO

LAS INSTITUCIONES ANTE LA IGUALDAD DE TRATO Y NO DISCRIMINACIÓN EN LA SALUD Y EN LA PROTECCIÓN SOCIAL

COMUNICACIONES

LA IMPORTANCIA DEL TRATO HUMANO EN LA ASISTENCIA SANITARIA DE LA SEGURIDAD SOCIAL PARA EVITAR DESIGUALDADES EN SU DERECHO 1025

Alvaro Javier San Martín Rodríguez

1. Introducción 1025
2. La digitalización del Sistema Nacional de Salud..... 1026
3. La cobertura legal de las drogodependencias en el sistema en el Sistema Nacional
de Salud y la importancia de la facilidad en los medios para el paciente 1027
4. Conclusiones 1033

UNA REVISIÓN DE LA NORMATIVA DE LA UNIÓN EUROPEA APLICABLE PARA REGULAR LA DISCRIMINACIÓN ALGORÍTMICA EN EL TRABAJO 1035

Beatriz Sánchez-Girón Martínez

1. Algunas pinceladas sobre el riesgo de discriminación en las decisiones tomadas
por la Inteligencia Artificial 1035
2. Antecedentes normativos aplicables a la Inteligencia Artificial..... 1038
- 2.1. El derecho antidiscriminatorio 1038
- 2.2. El derecho a la protección de datos 1041
- 2.3. El derecho a unas condiciones de trabajo transparentes 1044
3. La reciente regulación de la Unión Europea aplicable a la Inteligencia Artificial 1046
- 3.1. El insuficiente Régimen Jurídico de la Unión Europea y la necesidad de una
norma con contenido digital 1046
- 3.2. Directiva sobre el trabajo en plataformas 1047
- 3.3. Reglamento en materia de Inteligencia Artificial 1049
4. Conclusiones 1051
5. Bibliografía..... 1052

GÉNERO, INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y SALUD LABORAL. EL PAPEL DE LOS AGENTES SOCIALES 1055

Tamara Prieto Pérez

1. Introducción 1055
2. La toma de decisiones automatizadas como factor de riesgo 1056
3. La obligación empresarial de seguridad ante la Inteligencia Artificial 1058
4. Sesgos algorítmicos. Impactos adversos para la salud de las personas trabajadoras 1059
5. Afecciones en bienestar emocional 1061
6. Sistemas digitales destinados a la gestión de la prevención de riesgos laborales 1062
7. Evaluación de factores de riesgo 1063
- 7.1. Vigilancia continua..... 1063
- 7.2. Aceleración o aumento de la carga laboral..... 1065
8. Respuestas en el marco de la Unión Europea: Lagunas en materia de seguridad
y salud laboral 1066
9. Planes de igualdad y la protección de la seguridad y salud en un entorno laboral
surcado por la Inteligencia Artificial 1067

10. Ciberacoso contra las mujeres en la relación laboral automatizada mediante artilugios inteligentes.....	1068
11. El papel de los agentes sociales en materia de salud laboral vinculada con la Inteligencia Artificial	1070
12. Bibliografía	1070

IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD 1075

José Antonio González Martínez

1. Introducción.....	1075
2. Tratamiento de la normativa aplicable al concepto de personas con discapacidad	1076
2.1. Marco jurídico de referencia	1076
2.2. Concepto de discapacidad y su evolución	1079
3. Personas con discapacidad y su inclusión laboral	1082
3.1. Mujeres con discapacidad e inclusión laboral.....	1082
3.2. Recursos que favorecen la inclusión laboral de personas con discapacidad.....	1083
3.2.1. Empleo ordinario.....	1083
3.2.2. Empleo protegido	1085
3.2.3. Empleo autónomo	1086
4. Conclusiones	1087
5. Anexos.....	1090
6. Bibliografía.....	1091

LOS DERECHOS SOCIALES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO INTERNACIONAL Y COMUNITARIO..... 1093

Ana Nieves Escribá Pérez

1. Introducción.....	1093
2. Los derechos sociales en ordenamiento jurídico internacional.....	1095
2.1. La Declaración Universal de los Derechos Humanos.....	1095
2.2. El Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.....	1097
2.3. Los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo.....	1099
3. Los Derechos Sociales en Europa	1100
3.1. Emanados del Consejo de Europa.....	1100
3.1.1. La Carta Social Europea.....	1100
3.1.2. El Convenio Europeo de Seguridad Social.....	1103
3.2. Emanados de la Unión Europea	1104
3.2.1. Los Tratado de la Unión Europea.....	1104
3.2.2. La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea	1105
3.2.3. La Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores..	1106
4. Conclusiones	1106
5. Bibliografía.....	1107

PERSPECTIVAS SOBRE LA “NEODISCRIMINACIÓN” Y LA INCLUSIÓN DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL ÁMBITO LABORAL 1109

Gloria María Montes Adalid

1. Delimitación y protección de las personas con discapacidad en el mundo del trabajo: Especial referencia al marco legal español.....	1109
2. Barreras y discriminación en el empleo de personas con discapacidad	1111
2.1. El marco jurídico del derecho al trabajo para personas con discapacidad	1111
2.2. Tratamiento legislativo de la discriminación emergente en el mercado laboral: Un estudio preliminar	1113
2.3. Discriminación laboral hacia personas con discapacidad: manifestaciones tradicionales y “neodiscriminación”	1114

2.3.1. Implicaciones de la inteligencia artificial en los derechos de las personas con discapacidad: brechas, sesgos y caminos hacia la inclusión.....	1114
2.3.2. El despido discriminatorio por razón de discapacidad	1118
2.3.3. La negativa a proporcionar ajustes razonables y acciones positivas para personas con discapacidad.....	1120
2.3.4. Otras manifestaciones de discriminación laboral de las personas con discapacidad.....	1121
3. Medidas y recursos para abordar la discriminación laboral contra personas con discapacidad: El enfoque del modelo español de empleo.....	1122
3.1. El empleo protegido	1122
3.2. El tránsito del empleo protegido al ordinario	1123
3.3. Modalidades de empleo ordinario para los trabajadores con discapacidad	1123
3.3.1. La cuota de reserva.....	1123
3.3.2. El empleo por cuenta ajena	1124
3.3.3. El empleo con apoyo	1125
3.3.4. El empleo por cuenta propia	1125
3.4. La adaptación de puesto de trabajo y dotación de medios de protección personal....	1125
4. Reflexiones finales.....	1126
5. Bibliografía.....	1126

LA INCLUSIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL CONTEXTO DE LA DISRUPCIÓN DIGITAL..... 1129

Rafael José López Bedmar

1. Introducción	1129
2. Disrupción digital y su impacto en la sociedad	1130
2.1. Disrupción digital y transformaciones en el mercado laboral y la Seguridad Social ..	1130
2.2. Colectivos vulnerables	1131
3. El paradigma de las personas con discapacidad en los sistemas de protección social ..	1133
3.1. Las personas discapacitadas como colectivo vulnerable	1133
3.2. Protección social de las personas con discapacidad en el marco de la Era Digital	1135
3.3. La estrategia española sobre discapacidad 2022-2030	1137
4. Conclusiones	1138
5. Bibliografía.....	1139

UN ACCESO DESIGUAL EN LA RETIRADA DE LOS MEDICAMENTOS EN LA FARMACIA MARCADO POR LA DOCTRINA EUROPEA..... 1143

Isabel Marín Moral

1. Marco general español	1143
2. La farmacia comunitaria u oficina de farmacia	1145
3. La planificación farmacéutica: diferencias por territorio	1146
4. La receta electrónica: la interoperabilidad deseada.....	1148
5. La receta electrónica europea: otra necesaria interoperabilidad	1150
6. La venta online de medicamentos	1153
7. La venta a distancia y precio.....	1155
8. Venta a través de plataformas.....	1156
9. Cambios que anticipan una posible redefinición de la prestación farmacéutica y la planificación de las farmacias	1159
10. Conclusiones	1160
11. Bibliografía	1160

USO, VALIDEZ Y PRÁCTICA DE LA PRUEBA DIGITAL EN EL PROCEDIMIENTO SOCIAL 1163

José Iván Pérez López

- 1. Introducción 1163
- 2. La acomodación jurídica de la prueba digital en el ordenamiento jurídico estatal 1164
 - 2.1. Origen y normativa aplicable 1164
 - 2.2. El Real Decreto-Ley 6/2023, de 19 de diciembre..... 1166
 - 2.3. La prueba digital como fuente y medio de prueba..... 1167
- 3. La constitucionalidad de la prueba digital..... 1168
 - 3.1. La prueba digital y su implicación con derechos fundamentales..... 1170
 - 3.1.1. Respecto a los datos personales 1171
 - 3.1.2. Respecto a la vulneración del derecho a la intimidad 1172
 - 3.2. Contenido esencial de la prueba digital..... 1174
- 4. Tipos de prueba digital y su modo de aportación al proceso 1175
 - 4.1. El correo electrónico 1175
 - 4.2. WhatsApp 1176
 - 4.3. Grabación de voz 1177
- 5. Discriminación tecnológica en el proceso social..... 1178
 - 5.1. La brecha digital y su incidencia en la prueba digital..... 1179
- 6. Conclusiones 1183
- 7. Bibliografía..... 1185

CONSIDERACIÓN DE LA DIMENSIÓN HUMANA SOBRE LA DIMENSIÓN DIGITAL. OPORTUNIDADES, REFLEXIONES Y LÍMITES DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA SALUD LABORAL A LA DIGITALIZACIÓN AVANZADA DE LOS PUESTOS DE TRABAJO 1187

M. Carmen Aguilar Martín

- 1. Introducción 1187
- 2. El proceso de digitalización de las empresas y de los puestos de trabajo. Algunas tecnologías implicadas: luces y sombras 1189
- 3. Oportunidades para velar por el derecho a la salud laboral digital 1193
- 4. Los riesgos que conlleva un cambio en el modelo productivo. Especial atención a las brechas digital y de género y a la introducción de la perspectiva de género en seguridad y salud laboral..... 1195
- 5. La formación continua, completa, adaptada y adecuada en prevención de riesgos laborales, en competencias digitales y en desconexión digital..... 1198
- 6. Conclusiones 1200
- 7. Bibliografía y otras fuentes 1200

CONFERENCIA DE CLAUSURA

IGUALDAD Y SEGURIDAD SOCIAL. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA..... 1203

Agnes Ysebaert

- 1. Sentencia de 22 de febrero de 2024, Randstad empleo y otros (C-649/22, EU:C:2024:156) 1204
 - 1.1. Hechos, litigio principal y cuestión prejudicial 1204
 - 1.2. El concepto de “condiciones esenciales de trabajo y de empleo” 1206
 - 1.3. El alcance del principio de igualdad de trato 1208
 - 1.4. Conclusión..... 1209
- 2. Sentencia de 28 de noviembre de 2023, Commune D’Ans (C-148/22, EU:C:2023:924)..... 1210
 - 2.1. Hechos, litigio principal y cuestiones prejudiciales 1210

2.2. La primera cuestión prejudicial 1211

2.3. La segunda cuestión prejudicial..... 1214

3. Sentencia de 18 de enero de 2024, Ca Na Negreta (C-631/22, EU:C:2024:53)..... 1215

3.1. Hechos, litigio principal y cuestión prejudicial 1215

3.2. La aplicabilidad de la Directiva 2000/78..... 1217

3.3. Examen de las cuestiones prejudiciales 1217

3.4. Conclusión..... 1218

LA TUTELA ANTIDISCRIMINATORIA EN LA DOCTRINA DEL TJUE

ROSARIO CRISTÓBAL RONCERO

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Complutense de Madrid*

1. La dimensión antidiscriminatoria en la normativa de la Unión Europea

La dimensión transversal de la igualdad constituye la seña de identidad del Derecho antidiscriminatorio, propósito fundamental de la Unión Europea.¹

Las primeras Directivas sobre igualdad, en 1975 y 1976² contenían algunas medidas que pretendían asegurar la protección por conductas discriminatorias. En ellas, ya se decía que el principio de igualdad de trato suponía la ausencia de toda discriminación por razón de sexo y, desde entonces, dicho principio, se ha entendido referido a “la desigualdad de trato injustificada, derivada del hecho de ser mujer u hombre”³.

A este bloque normativo antidiscriminatorio se añadieron: la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social; la Directiva 86/378/CEE del Consejo, de 24 de julio de 1986,

¹ MONTÓYA MELGAR, A. (Dir.): *Igualdad de mujeres y hombres. Comentario a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres*, Ed. Thomson Civitas, Madrid, 2007.

² Directiva 75/117/CEE sobre la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores masculinos y femeninos, que amplió dicho principio al conjunto de los elementos y condiciones de la retribución; y, después, con la Directiva 76/207/CEE, de igualdad de trato en el acceso al empleo, la formación y promoción profesionales y las condiciones de trabajo.

³ MONTÓYA MELGAR, A. (Dir.): *Igualdad de mujeres y hombres. Comentario a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres*, cit., pág 58.

relativa a la igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de Seguridad Social; la Directiva 86/613/CEE del Consejo, de 11 de diciembre de 1986, relativa a la igualdad de trato entre hombres y mujeres en relación con el trabajo autónomo; la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la seguridad y salud de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia y prohibición de su despido; y, en fin, la Directiva 97/80/CE, de 15 de diciembre de 1997, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo, pero que, en poco tiempo, resultaron insuficientes, lo que implicó la adopción de nuevas normas que comprometieran a los Estados miembros a garantizar, de forma efectiva, el principio de igualdad y no discriminación.

La igualdad y la no discriminación han confluído de forma constante; precisamente la no discriminación es la proyección más importante de aquélla: un mecanismo específico para su realización⁴. De esta manera, cualquier análisis de las formas de tutela frente a la discriminación debe llevarse a cabo dentro de la configuración más general del derecho a la igualdad⁵.

La búsqueda de la igualdad explica que el Derecho social comunitario – desde el Tratado de la Comunidad Económica pasando por el Tratado de Ámsterdam y el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, hasta las normas de derecho derivado- haya ido desplegando sucesivas acciones normativas centradas, inicialmente en la dimensión retributiva, pero que se han ido extendiendo, con posterioridad, a otros ámbitos laborales como el acceso al empleo, la formación profesional o, en general, las condiciones de trabajo.

Un momento particularmente relevante en la evolución del principio antidiscriminatorio en el derecho de la Unión Europea es la aprobación del Tratado de Ámsterdam, que contempló la prohibición de discriminación de todo ser humano, incorporando nuevas causas de discriminación, denominadas de “nueva generación”, para luchar –no solo en el ámbito laboral- contra “la discriminación por motivo de sexo, de origen racial o étnico, religión y convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual” (art. 13 TCE).

A partir de este momento, el desarrollo del derecho antidiscriminatorio ha sido importante no sólo en el origen de la causa de discriminación sino también en la tutela antidiscriminatoria. Así,

1.- En el ámbito de la discriminación por razón de sexo, hay que destacar que algunas directivas suponen un intenso avance en la articulación de la tutela de este derecho en las últimas décadas, a saber:

-La Directiva 2004/113/CE, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro.

-La Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición)⁶.

⁴ DE NIEVES NIETO, N.: *El trabajo de la mujer en el Derecho de la Unión Europea. Del principio de igualdad de trato a la protección de la maternidad*, Aranzadi, 2019, pág. 313.

⁵ MONEREO PÉREZ, J.L.”Vulneración del derecho a la no discriminación por razón de sexo y principio de interpretación jurídica conforme a la eficacia de la tutela antidiscriminatoria: salarios de tramitación y despido nulo por embarazo”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, 2024, núm. 4.

⁶ A través de esta técnica de refundición se persigue, por un lado, garantizar la aplicación efectiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres con respecto a la retribución, el acceso al empleo, la formación profesional, las condiciones de trabajo y el régimen profesional de Seguridad Social, y por otro, asegurar la aplicación del principio de inversión de la carga de la prueba en los casos de discriminación entre hombres y mujeres. Al tratarse de un instrumento de refundición, su contenido es más extenso que el de las normas precedentes; descansa sobre el principio de igualdad de trato, se configura con carácter transversal e inspira todo el ordenamiento comunitario.

-La Directiva 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, establece requisitos mínimos para las empresas que permitan reforzar la aplicación del principio de igualdad de retribución por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor entre hombres y mujeres a través de medidas de transparencia retributiva y de mecanismos para su cumplimiento.

Esta Directiva, cuyo plazo de transposición finaliza el 7 de junio de 2026 desarrolla el principio de igualdad de retribución para un mismo trabajo o trabajo de igual valor, siguiendo la jurisprudencia consolidada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Tanto la STJUE de 1 de julio de 1986 C-237/85, Dato, como la de 17 de octubre de 1989 C-109/88, Danfoss, recogieron importantes pronunciamientos que, como analizaremos más adelante, han sido incorporado al texto final de la nueva Directiva, constatando, una vez más, la influencia de la jurisprudencia del TJUE en la conformación y consolidación del derecho antidiscriminatorio de la Unión Europea.

2.- Las causas de discriminación de “nueva generación” han pasado también a engrosar de forma sustancial el derecho antidiscriminatorio de la UE. Así,

-La Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico en cualquier ámbito (empleo, educación, seguridad social, salud, acceso a bienes y servicios).

-La Directiva 2000/78/CE 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, que establece un marco para evitar la discriminación por motivos de religión o creencia, discapacidad, edad y orientación sexual.

Existe una propuesta de Directiva que tiene por objeto aplicar el principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su religión o convicción, edad u orientación sexual fuera del contexto laboral. Con esta propuesta se trata de complementar el marco jurídico comunitario actual en el que la prohibición de discriminación por los motivos de religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación circunscrito al empleo, la ocupación y la formación profesional⁷

3.- La entrada en vigor del Tratado de Lisboa en diciembre de 2009 sirvió para reforzar las competencias de la UE en el ámbito de la igualdad de trato y no discriminación. En efecto, el art. 2 del Tratado de la Unión Europea define la igualdad como uno de los valores centrales en los que se fundamenta la Unión en el marco de una sociedad caracterizada por el pluralismo y la no discriminación. Por su parte, el art. 19 TFUE establece también que el Consejo de la Unión Europea, por unanimidad, y previa aprobación del Parlamento Europeo, podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial, o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual.

-La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, enuncia un principio antidiscriminatorio general, al prohibir en su artículo 21 toda discriminación, y en particular, las ejercidas por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro topo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual. También se

⁷ Propuesta de Directiva del Consejo por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual [SEC (2008) 2180, SEC (2008)2181, Bruselas 2-7-2008 COM (2008) 426 final, 2008/0140 (CNS)]

recoge una referencia interesante sobre principio discriminatorio por razón de género en el art. 23 Carta de los Derechos Fundamentales, en tanto que reconoce que la igualdad entre hombres y mujeres ha de estar garantizada en todos los ámbitos, específicamente, en materia de empleo, trabajo y retribución, e insiste en que tal principio no impide que se puedan adoptar o mantener medidas que ofrezcan ventajas a favor del sexo menos representado⁸.

-Por último, completaría el marco normativo antidiscriminatorio la propuesta de Directiva, denominada “Directiva Horizontal” para ampliarlo más allá del empleo, la protección por orientación sexual, creencias religiosas, discapacidad y edad⁹.

Estas normas conforman la tutela antidiscriminatoria en el Derecho de la Unión Europea, se caracterizan por las siguientes particularidades¹⁰:

1ª.-La protección antidiscriminatoria establecida en la UE se aplica sólo a las causas establecidas en el art. 19 TFUE “discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual” con el alcance que determinan las Directivas en desarrollo de cada una de ellas. En este sentido, señala Ballester Pastor¹¹, “la Unión Europea no ofrece protección frente a otras causas de trato diferenciado”. Y ello a pesar de que el art. 21 de la Carta de Derechos Fundamentales establece una cláusula de prohibición general de discriminación, al disponer la prohibición de toda discriminación “y, en particular, la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual”. Prohíbe, además, “toda discriminación por razón de nacionalidad en el ámbito de aplicación de los Tratados y sin perjuicio de sus disposiciones particulares” (art. 21.2 CDF). Sin embargo, los otros tratos diferenciados prohibidos por la Unión Europea (por ejemplo, por razón de contratación temporal, en la Directiva 99/70, de 28 de junio, sobre trabajo de duración determinada) no encuentran fundamento directo en el principio antidiscriminatorio (art. 19 y 157 TFUE) sino en las competencias de política social y laboral de la Unión Europea.

2ª.- La UE dispensa distinto rango de protección, en función de las causas de discriminación prohibida. Así:

- La discriminación por razón de género es la que cuenta con mayor grado de protección. Establece una prohibición de carácter directo e incondicionado (art. 157 TFUE)¹². Se extiende, de hecho, más allá de la discriminación por razón de sexo, abarcando también la discriminación por razón de género, y extendiendo su ámbito de protección a determinadas tareas o actitudes que suponen estereotipos de género, independientemente del sexo biológico de las personas, dando cabida así a las desventajas vinculadas a la construcción de roles de género¹³. Por ejemplo, la STJUE de 30 de septiembre, Asunto

⁸ MONEREO PÉREZ, J.L.”Vulneración del derecho a la no discriminación por razón de sexo y principio de interpretación jurídica conforme a la eficacia de la tutela antidiscriminatoria: salarios de tramitación y despido nulo por embarazo”, *cit.*

⁹ Resolución del Parlamento Europeo, de 19 de abril de 2023, sobre la lucha contra la discriminación en la Unión: la esperada Directiva horizontal contra la discriminación (2023/2582(RSP))

¹⁰ BALLESTER PASTOR, M.A: “El principio de igualdad de trato y no discriminación”, en NOGUEIRA GUASTAVINO, M., FONTINOPOULUS BASURKO, MIRANDA BOTO, J.M.: *Lecciones de Derecho Social de la Unión Europea*, Ed. Tirant lo Blanch, 2ª ed., 2024, 140-141.

¹¹ “El principio de igualdad de trato y no discriminación”, en NOGUEIRA GUASTAVINO, M., FONTINOPOULUS BASURKO, MIRANDA BOTO, J.M.: *Lecciones de Derecho Social de la Unión Europea*, *cit.*, 140.

¹² Por todas, STJUE de 17 de mayo de 1990, Asunto C-262/88, Barber.

¹³ BALLESTER PASTOR, M.A: “El principio de igualdad de trato y no discriminación”, en NOGUEIRA GUASTAVINO, M., FONTINOPOULUS BASURKO, MIRANDA BOTO, J.M.: *Lecciones de Derecho Social de la Unión Europea*, *cit.*, 141.

C-104/09, Roca Álvarez, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea entendió que concurría discriminación por tratarse de una norma que perpetuaba roles de cuidado.

- La discriminación por causas de “nueva generación” tiene un diferente marco de grado de protección, determinado por la configuración específica que fija cada Directiva, pero sin llegar al nivel de protección antidiscriminatoria por razón género (básicamente, las Directivas antidiscriminatorias por las causas de nueva generación admiten más excepciones que las Directivas antidiscriminatorias por razón de sexo).

3ª.- La UE establece un distinto ámbito material, según cuál sea la causa originaria de la discriminación y su ámbito de afectación. Así:

- Si es una causa de discriminación por razón de género su ámbito de protección será tanto el laboral (art. 157 TFUE y Directiva 2006/54) como el extralaboral (Directiva 2004/113 de 13 de diciembre de 2004).
- Sin embargo; las causas de “nueva generación” tienen, dentro del derecho de la Unión Europea, su protección limitada a la esfera laboral (Directiva 2000/78), salvo en el caso de la discriminación por razón de etnia.

Por lo demás, en la conformación y construcción de la norma de tutela antidiscriminatoria en el Derecho de la Unión Europea, es del todo necesario valorar la acción del Tribunal de Justicia de la UE, en la introducción, generalización y precisión de conceptos clave en el tratamiento de la discriminación.

2. La tutela jurisdiccional del Derecho antidiscriminatorio de la Unión Europea, con especial referencia a la tutela judicial efectiva

El Derecho de la Unión Europea ha venido exigiendo, desde los setenta, que los Estados miembros pongan a disposición de los afectados por la vulneración del principio de igualdad vías de reacción frente a las prácticas discriminatorias. Esta normativa ha ido ajustándose a lo largo de los años, de forma que el modelo originario se ha adaptado a la situación actual para que se corresponda a los estándares actuales de la tutela antidiscriminatoria.

La Directiva vigente 2006/54 dispone que los Estados miembros pueden establecer los mecanismos de reacción que estimen oportunos, siempre que prevean procedimientos judiciales que permitan exigir el cumplimiento de obligaciones a favor de toda persona que se considere perjudicada por la inaplicación del principio de igualdad de trato¹⁴. En todo caso:

- El derecho de los perjudicados a acudir la vía jurisdiccional conlleva para los Estados miembros la obligación de asegurar la protección del sistema jurídico frente a los casos concretos de vulneración del derecho a la igualdad.
- La respuesta a la reclamación “debe permitir que se garantice una tutela judicial efectiva y eficaz, y debe tener un efecto disuasorio real frente al empresario (STJUE de 02 de agosto de 1993, C-271/91, Marshall).
- A la vez, junto a este efecto disuasorio del empresario o sujeto que discrimina, en el caso de que la medida adoptada sea de índole indemnizatoria, ésta ha de ser adecuada al perjuicio sufrido, por ejemplo, debe compensar íntegramente los perjuicios efectivamente

¹⁴ DE NIEVES NIETO, N.: *El trabajo de la mujer en el derecho de la Unión Europea. Del principio de igualdad de trato a la protección de la maternidad*, Aranzadi, 2019, pág. 309.

sufridos a causa del despido discriminatorio, según las normas nacionales aplicables (STJUE de 02 de agosto de 1993, C-271/91, Marshall).

- La indemnización o medida disuasoria debe tender a la íntegra restitución del perjuicio sufrido. No es solo la técnica indemnizatoria la que procede emplear; la técnica anulatoria de la medida adoptada por el empresario que discrimina –en caso de que ésta sea una acción susceptible de ser declarada nula– parece no solo coherente con esos presupuestos, sino aún más perfecta desde el punto de vista de la finalidad perseguida¹⁵.
- Por lo demás, junto a la intensidad de la medida en sí misma, existen también condicionamientos de índole procesal, que abordan la naturaleza y requisitos del cauce procesal escogido para que la víctima haga valer sus derechos (STJUE de 29 de octubre de 2009, C-63/08, Virginie Pontin vs T- Comalux y STJUE de 27 de junio de 2024, C-284/23, Haus Jacobus).
- En fin, el recurso a la vía judicial no ha de verse obstaculizado por eventuales represalias o amenazas, es decir, debe operar, en todo caso, la garantía de indemnidad.

Completa este sistema de tutela un conjunto de medidas destinadas a dar participación a los agentes social para que fomenten el diálogo social en materia antidiscriminatoria tanto en las prácticas que se desarrollen en el lugar de trabajo, convenios colectivos, códigos de conducta, etc... En este sentido, la Directiva 2006/54, en su considerando 28, exige a los Estados miembros que “establezcan procedimientos adecuados para la aplicación efectiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres”, instándoles a adoptar en su normativa interna las medidas necesarias para que los afectados puedan invocar efectivamente sus derechos frente a los órganos competentes (art. 21 Directiva 2006/54).

En la aplicación de esta directiva, en particular, y del ordenamiento jurídico europeo, en general, es clave destacar, de nuevo, el papel tan relevante que está desempeñando el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, como su supremo intérprete, cuya competencia se extiende, entre otras, al conocimiento de cuantas cuestiones se planteen por los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, en relación con la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión (art. 267 TFUE)¹⁶.

En este sentido, el propio TJUE se ha encargado de subrayar, en su sentencia de 9 de septiembre de 2015, “la obligada remisión por los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de las peticiones de decisión prejudicial sobre la interpretación de un concepto, cuando existen resoluciones contradictorias de Tribunales inferiores acerca de la interpretación de un concepto incluido en norma comunitaria o cuando resulta difícil la interpretación del mismo entre los Estados miembros” (C-160/14, Ferreira da Silva Brito y otros).

Por tanto, resulta obligatorio para los Estados miembros el establecimiento de procedimientos judiciales para la defensa de los derechos de los empleados – o aspirantes a serlo¹⁷ – que se consideren perjudicados por una situación discriminatoria¹⁸.

¹⁵ CHARRO BAENA, P.: “Igualdad y discriminación de prohibición en el ámbito laboral”, en SEMPERE NAVARRO A.V. (Dir.). *Colección de Derecho del Trabajo y de Seguridad Social*, Vol. I., BOE, 2023, pág. 326.

¹⁶ MARTÍNEZ MIRANDA, M.: “La tutela antidiscriminatoria en la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, algunos pronunciamientos recientes”, en *XXVII Jornadas Catalanas de Derecho Social: Los nuevos retos del derecho del trabajo: cambios en la organización productiva y nuevos criterios jurisprudenciales*, Barcelona, 2017.

¹⁷ En este sentido, la STJUE de 21 de julio de 2011, C-104/10, Kelly y la STJUE de 19 de abril de 2012, C-415/10, Meister garantizaron la aplicación del principio de igualdad de trato aun cuando las personas concernidas eran “candidatos a acceder a un empleo durante el proceso de selección”.

¹⁸ DE NIEVES NIETO, N.: *El trabajo de la mujer en el Derecho de la Unión Europea. Del principio de igualdad de trato a la protección de la maternidad*, cit., pág. 313.

Se trata, en definitiva, de garantizar el cumplimiento de las obligaciones establecidas en la Directiva 2006/54 “en favor de toda persona que se considere perjudicada por la no aplicación en lo que a ella se refiere, del principio de igualdad de trato, incluso tras la terminación de la relación en la que se ha producido la discriminación”.

Siguiendo jurisprudencia reiterada del TJUE, el derecho a la tutela judicial efectiva garantiza que las acciones destinadas a reconocer y actuar frente a situaciones discriminatorias no sean menos favorables que los recursos semejantes del derecho interno de cada Estado Miembro¹⁹. Este derecho, se configura, a su vez, sobre la base de dos principios:

- Por un lado, el principio de equivalencia, es decir, la tutela de los derechos que el ordenamiento jurídico comunitario confiere a los justiciables no ha de ser menos favorable que la referida a recursos semejantes de Derecho interno. De la jurisprudencia comunitaria se desprende que, para pronunciarse sobre la equivalencia de las normas procesales, el órgano jurisdiccional nacional debe comprobar de manera objetiva y abstracta la similitud de estas normas desde el punto de vista del lugar que ocupan en el conjunto del procedimiento, del desarrollo de dicho procedimiento y de las particularidades de las normas²⁰.
- Por otro, el principio de efectividad, esto es, “los Estados miembros deben procurar que las infracciones del Derecho comunitario sean sancionadas en condiciones de fondo y de procedimiento análogas a las aplicables a las infracciones del Derecho nacional que tengan una índole y una importancia similares”. De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea se deduce que “en los casos en los que se plantee la cuestión de si una disposición procesal nacional hace imposible o excesivamente difícil, en la práctica, el ejercicio de los derechos que atribuye a los particulares el ordenamiento jurídico comunitario, dichas disposiciones deben analizarse también teniendo en cuenta el lugar que ocupan dentro del conjunto del procedimiento, de su desarrollo y de sus peculiaridades ante las distintas instancias nacionales”²¹.

La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, C-460/60, Paquay, reproduce las tesis de otras numerosas resoluciones del TJUE y que cita, a su vez, la sentencia de 21 de septiembre 1989, Asunto C-68/88, Comisión/Grecia y la de 22 de abril de 1997, Asunto C-180/95, Draempaehl. En este sentido, el TJUE, en su sentencia de 29 de octubre 2009, Asunto C-63/08, Virginie Pontin versus T- Comalux S. A, aclara que los plazos y requerimientos procesales en los diferentes ordenamientos jurídicos deben velar por el ejercicio adecuado del derecho a la tutela judicial efectiva. Esta doctrina se consolida y continúa reflejándose en la sentencia de 27 de junio de 2024, C-284/23, Haus Jacobus, en la que el TJUE afirma que “los inconvenientes procesales pueden vulnerar el principio de efectividad, y por consiguiente el principio de tutela judicial efectiva de los derechos conferidos a los justiciables por la Directiva 92/85”²².

¹⁹ CHARRO BAENA, P.: “Igualdad y discriminación de prohibición en el ámbito laboral”, en SEMPERE NAVARRO A.V. (Dir.). Colección de Derecho del Trabajo y de Seguridad Social, *cit.*, pág. 324.

²⁰ BAZ RODRÍGUEZ, J.: “Tutela judicial efectiva de los derechos de las trabajadoras embarazadas (RI § 409309)”, *Revista General de Derecho Europeo, Iustel*, n° 21, 2010.

²¹ “Es desde esa perspectiva desde la que procede tomar en consideración, en su caso, los principios sobre los que se basa el sistema jurisdiccional nacional, tales como la protección del derecho de defensa, el principio de seguridad jurídica y el buen desarrollo del procedimiento”, en BAZ RODRÍGUEZ, J.: “Tutela judicial efectiva de los derechos de las trabajadoras embarazadas (RI § 409309)”, *cit.*

²² BOGONI, M.: “La maternidad y la tutela judicial efectiva en supuestos de despidos por embarazo. A propósito de la STJUE de 27 de junio de 2024, C-284/23”, *Brief AEDTSS*, número 65, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2024.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha reconocido, en interés de la seguridad jurídica, la compatibilidad del Derecho comunitario con la fijación de plazos razonables por los Estados miembros; que, en línea con el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva, no tienen por qué ser de naturaleza tal que hagan imposible o excesivamente difícil en la práctica el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario²³ (STJCE 24-9-2002, C-255/00 *Grundig Italiana*, y STJCE 12-2-2008, C-2/06, *Kempter*).

En definitiva, la medida elegida ha de permitir que se garantice una tutela judicial adecuada y eficaz, en el sentido de equivalente y efectiva, para responder y reaccionar frente a las situaciones de discriminación que acontezcan, en el sentido de la Directivas antidiscriminatorias.

La tutela antidiscriminatoria no sólo se circunscribe al momento en el que la relación laboral está viva, sino que también se prolonga tras la extinción de la relación laboral, que haya dado lugar a la supuesta vulneración (considerando 32, Directiva 2006/54). Como ejemplo de ello, cabe citar la STJUE de 22 de septiembre, C-185/97, *Coote*. En este caso, la trabajadora había sido despedida por causa de su embarazo, por lo que interpuso una acción judicial alegando discriminación por razón de sexo. El empresario se negó a entregar a una agencia de colocación una carta de referencia de la Sra. Coote para que ésta accediera a un nuevo empleo. El Tribunal consideró que esta actitud del empleador podía privar a la trabajadora de la protección necesaria para preservar el principio de igualdad, en el sentido del art. 17.2 de la Directiva 2006/54. Lo que confirma que los trabajadores gozarán de dicha protección, incluso tras haber finalizado su relación laboral.

La Directiva 2006/54 garantiza incluso la protección de un empleado que defienda o testifique a favor de una persona, que sea defensor o testigo de una situación de discriminación (considerando 27). Por tanto, está previsto que, junto a los perjudicados, las organizaciones o personas jurídicas que tengan interés legítimo en velar por el cumplimiento del principio de igualdad puedan iniciar los procesos correspondientes.

No obstante, la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha matizado, en alguna ocasión, estas facultades. En este sentido, la STJUE de 25 de abril de 2013, aunque no referida a la igualdad por razón de sexo, pero sí a la igualdad y no discriminación en el empleo y la ocupación (art. 9.2 Directiva 2000/78), planteó la posibilidad de actuar ante los Tribunales a organismos que tuvieran un interés público en evitar una discriminación directa, ante la inexistencia del perjudicado concreto. En este asunto el Tribunal de Justicia de la Unión Europea consideró que el club de fútbol profesional que “había declarado no emplear a futbolistas homosexuales” debía considerarse una discriminación directa en la contratación. En este caso, incumbiría al “club de fútbol- empleador” probar que no se ha vulnerado el principio de igualdad de trato y no discriminación. En todo caso, con esta sentencia del TJUE se clarifica que la existencia de discriminación directa no exige que haya un denunciante identificable que alegue haber sido víctima de tal discriminación²⁴.

En definitiva, la protección frente a la discriminación queda garantizada a través de la tutela judicial efectiva, que asegura el derecho de la persona discriminada y/o interesada a obtener una resolución eficaz y justa, especialmente en los procedimientos de tutela de derechos

²³ BAZ RODRÍGUEZ, J.: “Tutela judicial efectiva de los derechos de las trabajadoras embarazadas (RI § 409309), *Revista General de Derecho Europeo*, Iustel, nº 21, 2010.

²⁴ En el mismo sentido, aunque referido a la igualdad y no discriminación por origen racial y étnico, STJUE de 10 de julio de 2008 (C-54/78), *Feryn*, según la cual “las declaraciones de públicas mediante las que un empleador da a conocer que, en el marco de su política de contratación, no empleará a trabajadores de determinado origen étnico o racial, bastan para presumir la existencia de una política de contratación directamente discriminatoria en el sentido del art. 8.1 de la Directiva 2000/43”.

fundamentales. El compromiso de prohibición de discriminación se concreta a través de las distintas y diferentes medidas que se recogen en las propias Directivas antidiscriminatorias²⁵, que asumen los Estados miembros, y que se ha ido tutelando, ahormando y forjando a través de la doctrina del TJUE.

Básicamente, el mecanismo sancionador que se activa ante situaciones de discriminación ha de llevar aparejado, al menos, alguno de los siguientes efectos jurídicos:

- La nulidad e ineficacia de los comportamientos y de sus consecuencias en la situación profesional del o la trabajadora afectados;
- La restitución de las cosas al ser y estado en que se encontraban, suprimiendo las consecuencias del comportamiento discriminatorio y evitándose su reiteración;
- El resarcimiento frente a los daños de toda índole (morales y materiales) generados por el comportamiento prohibido, teniendo presente que las indemnizaciones que podrán incluir indemnización a la víctima, como señala la Directiva 2006/54 “serán efectivas, proporcionadas y disuasorias” (art. 25)
- La protección de la víctima del acoso y de la discriminación, en sentido amplio, contra las represalias que pudieran derivarse del ejercicio de sus derechos de tutela (art. 24 de la Directiva 2006/54)²⁶.

Además, la tutela discriminatoria, recogiendo las distintas iniciativas legislativas de Directiva 2006/54, como las 2000/43 y 2000/78, así como también su propia doctrina menciona, entre los medios de reacción contra la discriminación, dos tipos expresos de medidas de índole y naturaleza muy distintas: la carga de la prueba y su reparto, en casos de reacción judicial; y la acción positiva en el marco de las discriminaciones indirectas, en los que no incidiremos porque serán abordado en otros Capítulos de esta obra.

3. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y su tutela antidiscriminatoria

Como ya se ha señalado, el TJUE ha declarado “la obligada remisión por los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de las peticiones de decisión prejudicial sobre la interpretación de un concepto, cuando existen resoluciones contradictorias de Tribunales inferiores acerca de la interpretación de un concepto incluido en norma comunitaria -en nuestro caso, el principio de igualdad y no discriminación- o cuando resulta difícil su interpretación entre los Estados miembros”.

Esta doctrina ha sido reconocida por la Sala Cuarta del Tribunal Supremo y, además, nos recuerda, en su sentencia de 30 de noviembre de 2016 (Rec. 1307/2015) que la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, en su art. 219.2, incorporó la posibilidad de alegar como doctrina de contradicción “la establecida (...) en las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en interpretación del derecho comunitario”. Se muestra así la relevancia de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión como vía para abordar la tutela antidiscriminatoria como mecanismo de protección de los derechos fundamentales de los trabajadores.

De todos es sabido que la protección dispensada por la jurisprudencia de la Unión Europa se ha extendido en los últimos años, protegiendo nuevas actuaciones y situaciones de

²⁵ BOGONI, M., considera que “profundizar en la tutela procesal es esencial para completar la dimensión práctica del derecho antidiscriminatorio”, en “La maternidad y la tutela judicial efectiva en supuestos de despidos por embarazo. A propósito de la STJUE de 27 de junio de 2024, C-284/23”, *cit.*, pág.4.

²⁶ CHARRO BAENA, P.: “Igualdad y discriminación de prohibición en el ámbito laboral”, *cit.*, pág. 326.

discriminación, que, en nuestro estudio, circunscribiremos a la discriminación por razón de sexo, discriminación retributiva por razón de género, maternidad y protección antidiscriminatoria por razón de sexo y la discriminación por las “causas de nueva generación”.

a) Discriminación por razón de sexo, discriminación retributiva por razón de género y maternidad y protección antidiscriminatoria por razón de sexo.

- a. Así, la discriminación por razón de sexo abarca la discriminación por razón de género, protegiéndose ante las situaciones que suponen estereotipos de género, independientemente del sexo biológico de las personas, y se aplica a cualquier aspecto de la relación laboral sea el que sea, directo o indirecto, incluyendo formación para el empleo, criterios de selección, sindicación (art. 14.1 Directiva 2006/54), y los regímenes profesionales de Seguridad Social (art. 5 Directiva 2006/54). También, se ha extendido el ámbito del trabajo a tiempo parcial, considerando que las discriminaciones a las personas trabajadoras a tiempo parcial constituyen discriminación por razón de sexo. Asimismo, se ha advertido un notable incremento de sentencias reconociendo el carácter discriminatorio de determinados preceptos de Seguridad Social (personas trabajadoras a tiempo parcial STJUE de 22 de noviembre de 2012, C-385/11, Elbal Moreno, y STJUE de 8 de mayo de 2019, Villar Laiz; ausencia de diferencias de edad entre hombres y mujeres para el acceso a la jubilación, STJUE de 5 de noviembre 2019, Comisión contra Polonia, y la denominada “contribución a la maternidad”, STJUE de 12 de diciembre de 2019, C-450/18, WA). La discriminación por razón de identidad sexual o transexualidad de la persona trabajadora constituye también una discriminación por razón de sexo (STJUE de 10 de abril de 1996, C-13/94, P v. S). Este pronunciamiento sobre discriminación por razón de sexo se diferencia de la discriminación que tiene como causa la opción sexual de las personas trabajadoras (STJUE de 12 de enero de 2023, C-356/21, TP). En esta línea, destaca un nuevo concepto, el de la transversalidad, que evidencia la tendencia expansiva de la tutela antidiscriminatoria (art. 29 Directiva 2006/54). El acoso por razón de género y por razón de sexo son también conductas diferenciadas por razón de sexo, y también, por razón de género, al igual que la discriminación directa e indirecta.
- b. También se ha desarrollado la protección discriminatoria de la Unión Europea en otros ámbitos, como la discriminación retributiva por razón de género.

La discriminación retributiva dispone, como ya se ha señalado, de una normativa y de una doctrina jurisprudencial consolidadas.

El TJUE ha entendido que para apreciar si unos trabajadores realizan un mismo trabajo al que se puede atribuir un mismo valor, se exige que se compruebe. Si atendiendo a determinados factores (naturaleza del trabajo, condiciones de formación y las condiciones laborales) se puede considerar si estos trabajadores se encuentran en situación comparable para determinar si se trata -o no- de un trabajo de igual valor. En efecto, la STJUE de 1 de julio de 1986 (C-237/85, Dato) señaló que tenía el mismo valor el puesto de peonaje (mayoritariamente masculino), que el de limpieza (mayoritariamente femenino) dado que, si el primero suponía esfuerzo físico, el segundo requería otras condiciones para tener en cuenta en la retribución (toxicidad, destreza y horarios variables). Se demuestra así la estrecha relación entre reforzamiento del derecho a la igual retribución por trabajo de igual valor.

Se requiere, además, que las condiciones determinantes de la retribución sean claras y tengan en cuenta todas las circunstancias concurrentes, conectadas con el trabajo desarrollado. La transparencia retributiva se alza como valor fundamental para asegurar la igualdad laboral entre hombres y mujeres, y determinar si la retribución inferior que percibe la mujer trabajadora es consecuencia de su sexo, y no de otros parámetros cuantitativos o cualitativos de la valoración del desempeño laboral de la trabajadora.

En efecto, el TJUE, además de los clásicos mecanismos de tutela en la Directivas antidiscriminatorias -los ya señalados de indemnización adecuada y efectiva, protección contra represalias, inversión de la carga de la prueba, arts.14-19 Directiva 2006/54-, prevé, en aplicación del art. 19 Directiva 2023/970 que, para determinar si existe discriminación retributiva por la realización de un mismo trabajo o trabajo de igual valor, la comparación se podrá hacer aunque la retribución no provenga del mismo empleador, bastando con que provenga de la misma fuente. También podrán compararse puestos de trabajo que se hubieran desarrollado en diferentes momentos. Asimismo, admite para la comparación cualquier mecanismo de prueba dirigido a probar que un trabajador hombre hubiera sido tratado de manera diferente²⁷.

En definitiva, el TJUE reconoce que el alcance de los conceptos “mismo trabajo”, “mismo puesto de trabajo” y “trabajo de igual valor” se ligan exclusivamente a la naturaleza del trabajo efectivamente realizado. Su efecto se extiende incluso a las situaciones en las que no se realiza un mismo trabajo sino un trabajo de igual valor. Lo contrario, “distinguir entre trabajos iguales o de igual valor a estos efectos, podría menoscabar y la consecución del objetivo que persigue la norma”²⁸.

c. La maternidad y protección antidiscriminatoria por razón de sexo

El art. 14 de la Directiva 2006/54 establece expresamente que la discriminación por razón de embarazo o maternidad constituye discriminación por razón de género. Ya desde el asunto Dekker, en la sentencia de 8 de noviembre de 1990 (C-177/88), el Tribunal de Justicia de la Unión Europea había señalado que “una diferencia de trato basada en el embarazo o la maternidad constituía una discriminación directa”. Se constata, así, cómo el TJUE ha ido configurando y ampliando su doctrina de protección antidiscriminatoria frente a cualquier trato desfavorable a las mujeres por causa de su embarazo o maternidad; protección que se recoge en el art. 157 TFUE y en el art. 2.2 c) de la Directiva 2006/54.

En efecto, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha elaborado una consolidada doctrina de intensa protección frente al embarazo o la maternidad, cuya tutela alcanza no sólo a la situación de embarazo o disfrute del permiso por maternidad sino también a los momentos previos al propio embarazo y a los posteriores al final del disfrute del correspondiente permiso. Así, en la sentencia de 26 de febrero de 2008 C-506/06, Mayr, el TJUE declaró que la protección de situación de embarazo debía extenderse también a los períodos preparativos de fecundación *in vitro*. Concluyó que la situación suponía un trato perjudicial para la mujer que

²⁷ BALLESTER PASTOR, M.A.: “El principio de igualdad de trato y no discriminación”, en NOGUEIRA GUASTAVINO, M., FONTINOPOULUS BASURKO, MIRANDA BOTO, J.M.: *Lecciones de Derecho Social de la Unión Europea*, cit., 2024, 148.

²⁸ MARTÍNEZ MORENO, C.: “Principio de igualdad retributiva y trabajos de “igual valor”: el alcance del efecto directo del art.157 TFUE. A propósito de la STJUE (Sala Segunda), de 3 de junio de 2021 (C-624/19), asunto Tesco Stores”, *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo. Laborum*, 2022, núm. 2, pág. 128.

accedía al tratamiento médico vinculado al embarazo, y que, por tanto, era de aplicación la Directiva 2006/54: “basta con que el despido esté relacionado con el embarazo para ser calificado como discriminación por razón de sexo”. También, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 11 de octubre de 2007 C-460/06, Paquay ha entendido que el ámbito de protección frente al despido se extiende al momento posterior al disfrute del permiso de maternidad, sobre todo, cuando en el que la decisión extintiva había sido preparada y decidida durante el período protegido.

Es necesario que exista relación de causa efecto entre el permiso por maternidad y el despido, tal como sucede en este caso en el que se había procedido a buscar sustituto a la trabajadora durante su embarazo. En definitiva, la doctrina antidiscriminatoria del TJUE protege la situación de embarazo en sentido amplio, incluyendo no sólo los actos preparatorios sino también alcanza el momento posterior al disfrute del permiso por maternidad.

Asimismo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea extiende su protección respecto de despidos provocados por la incapacidad de la trabajadora embarazada de asumir sus compromisos laborales. Tal es el caso de la STJUE de 14 de julio de 1994 (C-31/83, Webb), que declaró contrario al derecho de la Unión Europea la decisión de una compañía aérea británica de despedir a una trabajadora, que se incorpora a la empresa en sustitución de una trabajadora embarazada, “que una vez que había comenzado a trabajar, le comunicó su situación de embarazo”. Aunque el Tribunal británico entendió que el despido atendía a la previsible incapacidad para atender a la situación para la que había sido contratada -sustituir a la trabajadora embarazada-, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea negó que pudiera compararse la situación de incapacidad por embarazo a la de un hombre que sufriera incapacidad por razones médicas o de otra naturaleza y declaró que la falta de contratación de embarazadas, constituye una discriminación directa por razón de sexo. Por su parte, la STJUE de 5 de mayo de 1994 (Habermann, C-421/92) estimó que un contrato de trabajo por tiempo indefinido, relativo a un trabajo que debía ser realizado de noche y celebrado entre un empresario y una trabajadora que ignoraban la circunstancia del embarazo no podía ser declarado nulo alegando la prohibición legal de trabajo nocturno. En idéntico sentido, el TJUE resolvió, en su sentencia de 4 de octubre de 2001, (C-109/00, Asunto Tele Danmark), interpretando, en este supuesto, que el despido de una trabajadora, motivado por su embarazo, con independencia de si su contrato es temporal o indefinido, constituye también una discriminación directa por razón de sexo.

Apunta, además, que la trabajadora no tiene obligación de advertir su estado en el momento de la contratación; de hecho, su ocultación no puede entenderse como un incumplimiento del deber de lealtad, susceptible de justificar, por sí mismo, la decisión extintiva. En la sentencia de 3 de febrero de 2000, C-207/98, Mahlburg, el TJUE se pronunció sobre la prohibición de contratación de mujeres embarazadas, declarando que la norma comunitaria no permite al empresario negarse a contratar a una trabajadora embarazada por el mero hecho de que la ley nacional impidiera destinarla, desde el inicio y durante la gestación al puesto de trabajo por tiempo indefinido que se encontraba vacante.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su sentencia de 20 de junio de 2019, C-404/18, Hakelbracht se ha pronunciado sobre la negativa a contratar a una

candidata debido a su embarazo, así como sobre la protección de la trabajadora que intervino a favor de esa candidata, que también fue despedida. En esta sentencia el TJUE, realizando una interpretación “amplia”²⁹ y absolutamente motivada de la Directiva 2006/54, ha entendido que la protección de la discriminación por razón de sexo no sólo no puede determinar diferencias de trato en el momento de la contratación y/o en el desarrollo de la relación laboral, sino que también se extiende a todas las actuaciones “ya sean escritas o hubieran consistido en una declaración testifical, con independencia, en todo caso, de su carácter formal o informal”³⁰. Por tanto, incumbe al empresario la obligación de tomar decisiones organizativas razonables y proporcionadas que tiendan a suprimir la desigualdad de oportunidades en la empresa, desarrollando, para ello, comportamientos internos que eviten discriminaciones directas o indirectas en el ámbito de trabajo. La sentencia Hakelbracht es muy significativa porque extiende la protección antidiscriminatoria a personas que se ven perjudicadas profesionalmente por proteger a sujetos especialmente expuestos a conductas discriminatorias³¹, en nuestro caso, candidata en estado de gestación.

Este consolidado recorrido de protección de la mujer trabajadora embarazada, especialmente, en supuestos de despido, se ha intensificado a través de la sentencia de 27 de junio de 2024, C-284/23, Haus Jacobus. En ella, el TJUE ha reforzado la protección específica de estas trabajadoras, reiterando que la maternidad no debe constituir nunca un motivo de discriminación. Es más, conecta, de manera indisoluble, la protección de la maternidad con el derecho a la tutela judicial efectiva, garantizando no sólo que las medidas antidiscriminatorias se apliquen de forma efectiva, sino también que la vulneración de estos derechos pueda ser adecuadamente reparada³².

La maternidad y el embarazo son situaciones exclusivas de las mujeres, no son neutras – a diferencia, por ejemplo, de los permisos parentales y otros relacionados con el cuidado³³. Por ello, son las únicas situaciones en las que la normativa de la Unión Europea admite diferencias entre mujeres y hombres³⁴. Cualquier otra norma que distinga entre mujeres y hombres con una finalidad “supuestamente

²⁹ MONEREO PÉREZ, J.L. “Vulneración del derecho a la no discriminación por razón de sexo y principio de interpretación jurídica conforme a la eficacia de la tutela antidiscriminatoria: salarios de tramitación y despido nulo por embarazo”, *cit.*

³⁰ NIETO ROJAS, P.: “Nuevas manifestaciones de la protección del embarazo en la doctrina del TJUE”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, 2019, núm. 441.

³¹ Esta línea jurisprudencial de extensión de los efectos de la protección a personas que se ven perjudicadas por proteger a sujetos especialmente expuestos a conductas discriminatorias se inició, debido a causa de discapacidad con la STJUE de 17 de julio de 2008, C-303/06, Coleman.

³² BOGONI, M.: “La maternidad y la tutela judicial efectiva en supuestos de despidos por embarazo. A propósito de la STJUE de 27 de junio de 2024, C-284/23”, *cit.*

³³ En los permisos y derechos vinculados al cuidado el principal objetivo es asegurar que no existen obstáculos para que los hombres accedan a aquéllos a efectos de potenciar la corresponsabilidad. En este sentido, la Directiva 2019/1158, de 20 de junio de 2019, sobre conciliación de la vida familiar y profesional de los progenitores y cuidadores ha sido redactada con carácter neutro. Es una Directiva de conciliación, promueve medidas para favorecer la adaptación del trabajo a la persona con responsabilidad. En definitiva, fomenta la corresponsabilidad entre mujeres y hombres, en CRISTÓBAL RONCERO, R.: “La conciliación de la vida familiar y profesional en la Unión Europea”, *Revista de Estudios Jurídicos Laborales y de Seguridad Social*, núm. 8, 2024

³⁴ “Cualquier otra normativa que diferencia entre mujeres y hombres con una finalidad supuestamente protectora para las mujeres es contraria a las normas de la Unión Europea, si se trata de riesgos que concurren igual en hombres que en mujeres”, en BALLESTER PASTOR, M.A.: “El principio de igualdad de trato y no discriminación”, en NOGUEIRA GUASTAVINO, M. FONTINOPOULUS BASURKO, MIRANDA BOTO, J.M.: *Lecciones de Derecho Social de la Unión Europea*, *cit.*, págs. 155-157.

protectora”³⁵ es contraria al Derecho de la Unión Europea, si se trata de riesgos que concurren igual en hombres que en mujeres.

Como ya se ha señalado, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha declarado, que son contrarias al Derecho de la UE “las normas internas que prohíben el trabajo nocturno de las mujeres”, y que, además, no tienen como objetivo ocuparse de la distribución de las cargas familiares o de la organización familiar” (STJCE de 25 de julio de 1991, C-345/89, Stoeckel). Tras esta sentencia, las disposiciones relativas a la prohibición del trabajo nocturno, como condición históricamente prohibida para las mujeres, se limitaron a lo estrictamente justificado por el hecho biológico diferencial de la maternidad, incluido, como hemos señalado, las decisiones extintivas.

Igualmente, el TJUE ha declarado, en su sentencia de 11 de enero de 2000 (C-285/98, Kreil), que son contrarias a la normativa de la UE “las reglamentaciones internas que prohíben el acceso a determinadas profesiones -empleos militares que impliquen el uso de armas- para proteger su integridad cuando el mismo riesgo existe para hombres que para mujeres”.

Asimismo, son discriminatorias las normas que establecen beneficios exclusivos o preferentes para mujeres que sólo se justifican por el cuidado que se procura a los hijos, pero que no se aplica en igual medida a los hombres que llevan a cabo actividades de cuidado. Como ejemplo, cabe citar la STJUE de 30 de septiembre de 2010 (C-104/09, Roca Álvarez) que estableció, que el permiso de lactancia debía reconocerse, indistintamente, al padre y a la madre por su condición de progenitores en tanto que el objetivo del permiso de lactancia es, estrictamente, el cuidado o la alimentación del hijo, no la tutela de la madre a consecuencia del proceso biológico de haber tenido un hijo. O también la sentencia de 12 de diciembre de 2019 (C-366/99, WA), en la que el TJUE entendió que era discriminatorio el complemento de pensiones exclusivo para mujeres que hubiera cuidado hijos.

En otro orden de cosas, el TJUE también ha declarado que, en caso de coincidencia del permiso de maternidad con las vacaciones, aquel no queda absorbido por éste (STJUE de 18 de marzo de 2004, C-342/01, Merino Gómez) sino que se disfruta en un momento posterior. En esta línea, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea también se ha manifestado sobre la forma en que se coordina el permiso por maternidad y el permiso parental. En efecto, en la STJUE 20 de septiembre de 2007, C-116/06, Kiiski, ha entendido que su doctrina prohíbe el trato discriminatorio que resulta de la aplicación de una norma interna en relación con las condiciones de trabajo que sólo podía afectar a las mujeres, e implica una discriminación directa por razón de sexo.

Por lo demás, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en aplicación de la normativa comunitaria, también protege a las trabajadoras, en el desarrollo de su prestación de trabajo, en caso de embarazo y maternidad frente a la exposición ante determinados agentes. Para el TJUE todas las evaluaciones de riesgo deben prever la situación de riesgo para el embarazo o la lactancia. En este sentido, es clara la sentencia de 19 de octubre de 2017 (C-531/15, Otero Ramos, que abrió paso también, en caso de riesgo, al derecho de la trabajadora embarazada o en lactancia bien a la adaptación de su puesto de trabajo, bien al traslado a un puesto de trabajo compatible con su estado e incluso a quedar exenta de la prestación del servicio.

³⁵ DE NIEVES NIETO, N.: “El trabajo de la mujer en el Derecho de la Unión Europea”. Del principio de igualdad de trato a la protección por maternidad, *cit.*, pág. 244.

- b) Discriminación por las “causas de nueva generación”: etnia, religión, convicciones, edad y orientación sexual.

Las dos directivas antidiscriminatorias de “nueva generación” (Directiva 2000/43 y la Directiva 2000/78) coinciden con la Directiva 2006/54 en el alcance de los mecanismos de aplicación y reacción frente a la protección de la vulneración. Así:

- a. Se constituyen en normas de garantía mínima, de forma que serán válidos los preceptos que, en cada Estado, resulten más favorables (art. 27.2 Directiva 2006/54, art. 6 Directiva 2000/43 y art. 8 Directiva 2000/78).
- b. Se establece la obligación de que los Estados miembros configuren procedimientos judiciales y administrativos para la defensa de las víctimas de discriminación, que, en todo caso, debe garantizar la indemnización o la reparación, sin que esta pueda quedar fijada previamente (art. 18 Directiva 2006/54).
- c. Se dispone la inversión de la carga de la prueba, de manera que, frente a la presentación de indicios de discriminación, la carga de la prueba se traslada al demandado. Como ejemplo de un hecho que permite presumir la existencia de discriminación directa, cabe citar la STJUE de 10 de julio de 2008 C-54/07, Feryn, según la cual “las declaraciones públicas mediante las que un empleador da a conocer que, en el marco de su política de contratación, que no empleará a trabajadores de determinado origen étnico o racial, es suficiente para presumir la existencia de una política de contratación directamente discriminatoria, en el sentido del art. 8.1 de la Directiva 2000/43.
- d. Se fija la protección contra las represalias, esto es, la garantía de indemnidad. En este sentido el TJUE, en su sentencia de 20 de junio de 2019, extiende “la protección a cualquier persona que haya defendido a la víctima y no solo a quien haya actuado en el juicio por discriminación C-404/18, Asunto Hakelbracht.
- e. Se prevé el deber de información.
- f. Se favorece el diálogo social y con las organizaciones no gubernamentales en aras de fomentar las prácticas antidiscriminatorias.
- g. Se apuesta por la creación de organismos de promoción de la igualdad de trato y
- h. Se regula la obligación de los estados miembros de establecer un régimen de sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias. Se obliga, por tanto, a los Estados miembros a establecer en su ordenamiento jurídico interno medidas de eficacia suficiente para alcanzar el objetivo de la Directiva 2000/43 y a hacerlo de tal manera que esas medidas se puedan invocar efectivamente ante los órganos jurisdiccionales nacionales, también por una asociación, organización o persona jurídica tal y como se contempla en el art. 7.2 para que la tutela judicial sea real y efectiva, dejándoles al mismo tiempo la libertad de elegir entre las diferentes soluciones apropiadas para alcanzar tal objetivo³⁶. En este sentido, la STJUE de 15 de abril de 2021 (C-2021/269, Comisión Europea- Reino de España) ha señalado que cuando la reparación pecuniaria es la medida adoptada en caso de declaración de la existencia de discriminación, “debe ser adecuada, en el sentido de que ha de permitir que se compensen íntegramente los perjuicios efectivamente sufridos

³⁶ BALLESTER PASTOR, M.A.: “El principio de igualdad de trato y no discriminación”, en NOGUEIRA GUASTAVINO, M. FONTINOPOULUS BASURKO, MIRANDA BOTO, J.M.: *Lecciones de Derecho Social de la Unión Europea*, cit., págs. 155-157.

a causa de esta cuestión, según las normas nacionales aplicables”. En cambio, una sanción meramente simbólica no puede considerarse correcta y eficaz de la Directiva 2000/43. Por consiguiente, “el mero pago de un importe pecuniario, aunque sea reclamado por el demandante no garantiza la tutela judicial efectiva de una persona que solicita que se constate la existencia de la violencia de su derecho a la igualdad de trato que se deriva de la citada Directiva, en particular cuando el interés de esa persona no es económico, sino que se acrediten los hechos reprochados al demandado, así como su calificación jurídica”. Como ha señalado la doctrina, el mero pago de una cantidad de dinero sin que se reconozca la existencia de discriminación choca tanto con la función reparadora como con la función disuasoria que deben tener las sanciones previstas por los estados miembros³⁷.

En definitiva, para garantizar la protección frente a la discriminación por causas de nueva generación, en el sentido de la Directiva 2000/43 y la Directiva 2000/78 se articulan mecanismos similares. En el caso de la discriminación por razón de etnia, se prevé también como mecanismo antidiscriminatorio, la acción positiva con el fin de garantizar la plena igualdad en la práctica³⁸.

Al igual que la Directiva 2000/43, la Directiva 2000/78 “no afecta a las diferencias de trato por motivos de nacionalidad y se entenderá, sin perjuicio de las disposiciones y condiciones por las que se regula la entrada y residencia de nacionales de terceros países y de apátridas en el territorio de los Estados miembros y de cualquier tratamiento derivado de la situación jurídica de los nacionales de los terceros países y de los apátridas” (art. 3.2). Con esta expresión, las Directivas pretenden “zanjar los problemas derivados de la conexión entre la discriminación por raza y la discriminación por nacionalidad”³⁹.

Como ejemplo, la Directiva 2000/43 prohíbe las discriminaciones fundadas en el origen racial y étnico y no las basadas en la nacionalidad, que sólo quedarán incluidas en el ámbito de la aplicación de la Directiva cuando “cubran” una discriminación racial. En la práctica muchas discriminaciones por motivos étnicos o raciales esconden diferencias de trato fundadas en la nacionalidad. En todo caso, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha hecho una aplicación muy estricta de la excepción prevista en el art. 3.2 de la Directiva 2000/43. En este sentido, la STJUE consideró que las declaraciones de un empresario, en las que hacía referencia a su voluntad de no contratar a trabajadores “extranjeros” porque los clientes “no les dejaban entrar en sus casas”, debía considerarse una discriminación directa fundada en el origen racial o étnico. Lo que viene demostrar una estrecha relación entre la condición de extranjero y las discriminaciones fundadas en el origen racial o étnico⁴⁰.

Por su parte, la prohibición de discriminación basada en la religión o convicciones, que establece la Directiva 2000/78, tiene carácter imperativo como principio general del Derecho de la Unión Europea, establecida también el art. 21.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

³⁷ AGUILERA IZQUIERDO, R.: “Igualdad y no discriminación por origen racial o étnico; religión; convicciones; discapacidad; edad”, en GIL PLANA, J (Dir): *Derecho Social Internacional y de la Unión Europea*, Juruá, 2024, en prensa.

³⁸ SANCHÁ SAIZ, M.: “La tutela antidiscriminatoria del TJUE”, ELDERECHO.COM, Lefebvre, 2022.

³⁹ BALLESTER PASTOR, M.A.: “El principio de igualdad de trato y no discriminación”, en NOGUEIRA GUASTAVINO, M. FONTINOPOULUS BASURKO, MIRANDA BOTO, J.M.: *Lecciones de Derecho Social de la Unión Europea*, cit., págs. 155-157.

⁴⁰ SANCHÁ SAIZ, M.: “La tutela antidiscriminatoria del TJUE”, cit., 2022.

Esta prohibición es suficiente por sí sola para conferir a los particulares un derecho invocable como tal en un litigio que les enfrente en un ámbito regulado por el Derecho de la Unión⁴¹.

Como ejemplo de si una norma interna de una empresa que prohíbe llevar cualquier signo visible de convicciones políticas, filosóficas o religiosas en el lugar de trabajo constituye –o no– una discriminación directa por motivo de religión o convicciones, cabe señalar la STJUE de 15 de julio de 2021 (C-804/18 y C-431/19). En ella se aborda la cuestión concreta de si una empresa puede prohibir el uso de símbolos religiosos, en este caso el uso de velo por una trabajadora, si se demuestra que ello ocasiona un perjuicio frente a los clientes.

- Respecto al primer asunto (C-804/18) se ha presentado la cuestión en relación con la suspensión otorgada a la trabajadora, tras su negativa a respetar la prohibición impuesta por su empresa, una guardería, de llevar “cualquier signo visible de naturaleza política, filosófica o religiosa en el lugar de trabajo cuando estén en contacto con los padres o los hijos de estos”.
- En el contexto del segundo asunto (C-341/19) se presenta la cuestión en relación con la orden de otra empresa, en este caso una cadena de droguerías, a la persona trabajadora para que se “abstuviera de llevar, en el lugar de trabajo, signos de naturaleza política, filosófica o religiosa que fueran vistosos y de gran tamaño.”

Para el Tribunal “una norma de esta índole no constituye tal discriminación si atañe indistintamente a cualquier manifestación de esas convicciones y trata por igual a todos los trabajadores de la empresa, imponiéndoles de forma general e indiferenciada, especialmente una neutralidad indumentaria que se opone al uso de tales signos (STJUE de 14 de marzo de 2017, C-157/15). Si la norma, continua el TJUE, “se aplica de forma general e indiferenciada, no establece una diferencia de trato basada en un criterio ligado a la religión o las convicciones (STJUE de 15 de julio de 2021 (C-804/18 y C-431/19). “...Debe interpretarse en el sentido de que una diferencia de trato basada indirectamente en la religión o las convicciones, dimanante de una norma interna de una empresa que prohíbe a los trabajadores llevar cualquier signo visible de convicciones políticas, filosóficas o religiosas en el lugar de trabajo, puede estar justificada por la voluntad del empresario de seguir un régimen de neutralidad política, filosófica y religiosa ante sus clientes o usuarios, siempre que:

- “en primer lugar, este régimen responda a una verdadera necesidad de este empresario, necesidad que incumbirá a éste acreditar tomando en consideración especialmente las expectativas legítimas de dichos clientes o usuarios y las consecuencias desfavorables que sufriría sin tal régimen, habida cuenta de la naturaleza de sus actividades o del contexto en el que estas se inscriben;
- en segundo lugar, esa diferencia de trato sea apta para garantizar la correcta aplicación de dicho régimen de neutralidad, lo que implica que el mismo régimen sea seguido de forma congruente y sistemática, y,
- en tercer lugar, esa prohibición se limite a lo estrictamente necesario en consideración a la amplitud y la gravedad reales de las consecuencias desfavorables que el empresario pretende evitar mediante tal prohibición.”

Por consiguiente, la Directiva 2000/78 permite tener en cuenta el contexto propio de cada Estado miembro y reconocer a cada uno de ellos un margen de apreciación en el marco de la conciliación necesaria entre los diferentes derechos e intereses en juego, con el fin de garantizar un justo equilibrio entre estos.”

⁴¹ AGUILERA IZQUIERDO, R.: “Igualdad y no discriminación por origen racial o étnico; religión; convicciones; discapacidad; edad”, en GIL PLANA, J (Dir): *Derecho Social Internacional y de la Unión Europea*, Juruá, 2024, en prensa.

Por lo tanto, ante la cuestión planteada al TJUE, ha de entenderse que la normativa interna de una empresa, que sea susceptible de generar una discriminación directa para las personas trabajadoras [art. 2.2 a) Directiva 2000/78] “debe interpretarse en el sentido de que las disposiciones nacionales que protegen la libertad religiosa pueden tenerse en cuenta como disposiciones más favorables, en el sentido del artículo 8, apartado 1, de esta Directiva, al examinar el carácter adecuado de una diferencia de trato basada indirectamente en la religión o las convicciones.” En aras de la incidencia que esta doctrina antidiscriminatoria del TJUE tenga en nuestra jurisprudencia interna, cabe concluir lo siguiente: a) La normativa interna empresarial que prohíba a la plantilla llevar signos visibles relacionados con ideas políticas, filosóficas o religiosas mientras desempeñen su profesión, no se considerará discriminatoria, siempre que tal prohibición sea general e indiferenciada, b) la justificación de la voluntad del empresario deberá responder a una necesidad, que deberá acreditar no sólo atendiendo a las verdaderas expectativas de su clientela, sino también a las consecuencias desfavorables que sufriría si no aplicara tal prohibición, c) la existencia en la distinción de trato que se da con la prohibición para garantizar la referida neutralidad ha de ser aplicada de forma congruente y sistemática, limitándose a lo estrictamente necesario y d) la referencia del TJUE a que las disposiciones constitucionales del estado miembro que protegen la libertad religiosa pueden tenerse en cuenta como disposiciones más favorables, en el momento de examinar la adecuación de una diferencia de trato basada indirectamente en la religión o las convicciones propias.

En definitiva, la doctrina antidiscriminatoria del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en esta sentencia concreta, advierte que determinadas empresas, a través de su normativa interna, podrían delimitar el uso de elementos políticos, filosóficos y/o religiosos, como en los asuntos analizados, cuando se trate de una norma interna dada por el empresario, siempre que: a) general e indiferenciada, b) congruente y sistemática y c) neutra frente a los clientes, tanto si esa decisión suponen mantener la clientela como perderla.

4. Conclusiones

El impacto de la doctrina antidiscriminatoria del TJUE en la configuración de las garantías de protección frente a causas de discriminación es, sin duda, relevante y determinante. Su tratamiento se aborda desde una doble perspectiva:

- La primera, a través del ejercicio del derecho de tutela judicial efectiva, consolidado en las últimas décadas a través de los sólidos y motivados pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
- La segunda, aplicando un criterio interpretativo amplio y dinámico de la normativa europea para dar respuestas a las situaciones de discriminación que se plantean en el ámbito de las relaciones laborales; valorando el contexto concreto en el que se circunscribe la situación discriminatoria y, sobre todo, evitando cualquier espacio de impunidad que pueda suponer un obstáculo para el propósito de alcanzar de manera efectiva una igualdad real.

En definitiva, la doctrina antidiscriminatoria del TJUE tiende siempre hacia el objetivo de lograr la efectividad real del principio de igualdad en el ámbito de las relaciones laborales. Como se ha advertido a lo largo de estas páginas, es cierto que se han conseguido importantes avances, pero también es unánimemente reconocido que queda mucho trabajo por hacer⁴².

⁴² SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., FOLGOSO OLMO, A.: “Protección frente a represalias a quien se opone a una discriminación en el seno de la propia empresa. STJUE (Sala Tercera) de 20 de junio de 2019 (asunto C-404/18)”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, 2019, núm. 5.

REPARACIÓN EFECTIVA Y DISUASORIA FRENTE A LAS DISCRIMINACIONES

JOSÉ FERNANDO LOUSADA AROCHENA

Magistrado especialista de lo social – TSJ/Galicia

Doctor en Derecho / Graduado Social

Profesor asociado de Derecho Procesal Universidad de A Coruña

ORCID ID: 0000-0002-4629-0539

1. Reparación efectiva y disuasoria frente a las discriminaciones en el contexto del derecho a la tutela judicial efectiva de la igualdad

Nemo ius sine actione. Sin una protección jurisdiccional efectiva, los derechos son cuchillo sin hoja, campana sin badajo. De ahí la razón de ser del derecho a la tutela judicial efectiva de los derechos subjetivos e intereses legítimos. Y esa razón de ser es más evidente cuando hablamos del derecho a la igualdad porque, además de las dificultades comunes de toda tutela judicial, las leyes de igualdad tienen poderosos enemigos: los estereotipos y los prejuicios (de género, raciales, religiosos, edadistas, capacitistas, LGTBI-fobia) que son invisibles (pues tendemos a naturalizarlos justificándolos en la naturaleza de las cosas) y omnipresentes (pues impregnan todos los aspectos de la vida de las personas). Los estereotipos y prejuicios dificultan la identificación de la discriminación, su prueba, e incluso su reparación, dejando las leyes en agua de borrajas. Los estereotipos y prejuicios se introducen en la actividad de quienes operamos en el mundo jurídico y, en especial, en las resoluciones judiciales que, al asumirlos, conducen a la parcialidad judicial. Además, las mujeres encuentran obstáculos y dificultades para la efectividad, en pie de igualdad con los hombres, del derecho a la tutela judicial a causa de la desigualdad social y económica que padecen. Hemos dicho en muchas ocasiones (y es momento de reiterarlo otra vez) que los estereotipos y prejuicios son capaces de derogar las leyes, haciéndolas inaplicables

o demorando su aplicación, y de torcer la recta aplicación del Derecho. Sin una protección jurisdiccional efectiva, la igualdad no pasaría de ser una idea más o menos romántica.

De este modo, se plantea la necesidad dogmática de un derecho a la tutela judicial efectiva en perspectiva de género o, más ampliamente, con enfoque de derechos humanos. Precisamente, el Comité CEDAW ha dedicado una Recomendación General, la 33 (2015), a la problemática del acceso de las mujeres a la Justicia. Naciones Unidas y el Consejo de Europa han manifestado su preocupación por las actuaciones judiciales y procesales estereotípicas y prejuiciosas. Las directivas sobre igualdad de la Unión europea contemplan diversas normas al respecto de la defensa del derecho a la igualdad, tanto en el ámbito de la igualdad entre hombres y mujeres, como en la igualdad por el origen racial o étnico y por convicción o religiones, edad, discapacidad u orientación sexual. Por supuesto, estas previsiones aparecen, en mayor o menor medida, en las normas internas, tanto en las leyes de igualdad como en las leyes de procedimiento.

Una lectura muy general de las especialidades adoptadas en todos estos textos internacionales, europeos e internos, permite, a meros efectos didácticos, proponer una clasificación de las especialidades del derecho a la tutela judicial efectiva en perspectiva de género o con enfoque de derechos humanos, en cuatro grandes grupos de medidas:

1º. El primer grupo se refiere a las normas orgánicas: organización judicial, incluyendo presupuesto, medios personales y materiales, planta de órganos judiciales (evitando la lejanía de las sedes judiciales respecto a los lugares donde puede surgir el conflicto), composición equilibrada de los tribunales e incluyendo a los tribunales supremos, asistencia pública a las víctimas de discriminación y en su caso defensa procesal, o instauración de medios alternativos efectivos de resolución de conflictos.

2º. Un segundo grupo está vinculado con las normas procesales y, dado su carácter técnico procesal, en anteriores ocasiones hemos denominado este grupo como cláusulas de protección jurisdiccional efectiva de la igualdad: legitimaciones ampliadas, facilitación de la actuación en juicio, tramitación urgente, reglas flexibles sobre la carga de la prueba, valoración de las declaraciones, contenidos de la sentencia estimatoria, protección frente a represalias de la persona demandante o de quien apoya su demanda.

3º. Un tercer grupo se proyectaría sobre la aplicación práctica de las normas procesales para garantizar un efectivo acceso a la Justicia: se trataría de buenas prácticas en la tramitación de los procedimientos sobre igualdad de género o sobre cualquier otra causa de discriminación, y de buenas prácticas que garanticen la accesibilidad de las personas con discapacidad o de personas atravesadas por varias causas de discriminación (víctimas extranjeras, desconocedoras del idioma, de zonas rurales ...).

4º. Un cuarto grupo se refiere a la introducción de la perspectiva de género en el enjuiciamiento judicial, y más ampliamente, a la introducción del enfoque de derechos humanos, con la finalidad de evitar que los prejuicios prendan en las actuaciones procesales y, en particular, en las sentencias y otras resoluciones judiciales, y, en aquellos ámbitos en que sea procedente (paradigmáticamente en ámbitos jurídicos donde prima la tuición, como es el derecho laboral), con la finalidad de erradicarlos.

Como se puede fácilmente adivinar por la temática de esta ponencia y por el tiempo y espacio que le puedo dedicar, no vamos a analizar todas estas concreciones del derecho a la tutela judicial efectiva en perspectiva de género o enfoque de derechos humanos, ni siquiera podemos analizar uno de esos cuatro grupos, pero sí ha sido oportuno contextualizar la temática objeto de estudio dentro del entero conjunto normativo. Pues bien, dicha temática de estudio es el contenido de

la sentencia apreciando discriminación con la finalidad de conseguir una completa reparación efectiva y disuasoria por la vulneración de la igualdad, lo que tendría cabida sistemática dentro del segundo de los grupos de medidas a que se ha aludido: las cláusulas de protección jurisdiccional efectiva. A los efectos de abordar esa temática de estudio, comenzaremos con el análisis del Derecho de la Unión europea (epígrafe 2), luego el apoyadero constitucional (epígrafe 3) y el derecho nacional, tanto en sus desarrollos en las leyes de igualdad (epígrafe 4) como en la ley de procedimiento laboral (epígrafe 5).

2. Reparación efectiva y disuasoria frente a las discriminaciones en el derecho de la Unión Europea

El Derecho de la Unión europea ha conocido una importante evolución en cuanto a las cláusulas de protección jurisdiccional efectiva de la igualdad, y en particular en cuanto a la regulación del contenido de las sentencias estimatorias de discriminación, y a tales efectos, se podrían apuntar tres fases que coinciden con la periodificación usual de las directivas de igualdad en tres sucesivas oleadas normativas.

2.1. Primera oleada: las directivas sobre igualdad de los sexos del siglo xx

No contemplaban específicamente estas directivas clásicas unos determinados contenidos en la sentencia apreciando discriminación. Ahora bien, todas esas directivas, desde la primera (la Directiva 75/117/CEE¹) reconocían una garantía de defensa de derechos cuyo ejemplo modélico aparece en la segunda directiva de la saga de directivas clásicas de igualdad: la Directiva 76/207/CEE². Según su artículo 6, “los Estados miembros introducirán en su ordenamiento jurídico interno las medidas necesarias para que cualquier persona que se considere perjudicada por la no aplicación del principio de igualdad de trato ... pueda hacer valer sus derechos por vía jurisdiccional después de haber recurrido eventualmente, a otras autoridades competentes”. Una redacción con un notable éxito pues se reproduce en las posteriores directivas sobre igualdad de mujeres y hombres aprobadas en el Siglo xx: Directiva 79/7/CEE, Directiva 86/378/CEE, Directiva 86/613/CEE y Directiva 92/85/CEE³.

¿Qué se quiere decir con esos términos genéricos y un tanto herméticos de la disposición contenida en el artículo 6 de la Directiva 76/207/CEE, y sus trasuntos? Muy pronto, el TJUE consideró cumplida la transposición de la norma comunitaria con el artículo 24 de la Constitución italiana de 27/12/1947 donde se declara que “todos pueden actuar en juicio para la defensa de sus derechos e intereses legítimos” (STJUE de 26/10/1983, Comisión vs. Italia, C-163/82). Quedaba así claro que lo contemplado en la norma comunitaria es el derecho a acudir a un órgano judicial, es decir un derecho de acceso a la Justicia o a la tutela judicial efectiva de

¹ Ya en la Directiva 75/117/CEE del Consejo, de 10 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos, se contenía (en su artículo 6), una garantía de defensa de derechos, aunque muy tosca pues, sin referencia expresa a las reclamaciones judiciales, se hablaba de “medios eficaces que permitan velar por el respeto (al) principio (de igualdad de retribución)”.

² Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, 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.

³ El artículo 6 de la 76/207/CEE aparece reproducido en: (1) el artículo 6 de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, 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; (2) el artículo 10 de la Directiva 86/378/CEE del Consejo, de 24 de julio de 1986, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de Seguridad Social; (3) el artículo 9 de la Directiva 86/613/CEE del Consejo, de 11 de diciembre de 1986, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejerzan una actividad autónoma, incluidas las actividades agrícolas, así como sobre la protección de la maternidad; y (4) el artículo 12 de 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 la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia.

Juzgados y Tribunales. Es un derecho admitido con carácter general (no solo en relación con la igualdad de sexos) en la totalidad de los Estados miembros⁴ y el Convenio Europeo de Derechos Humanos⁵.

Se trata de un derecho de alcance absoluto, sin admitirse excepciones ni siquiera en materia de seguridad pública (el asunto se refería a un trabajo de policía en situación de graves disturbios internos), no pudiendo excluirse el control judicial dando carácter de prueba irrefutable a una certificación de la autoridad pública donde se afirme el cumplimiento de las exigencias para autorizar una excepción al principio de igualdad (STJUE de 15/04/1986, Johnston, C-222/84, que además reconoce efecto directo a la norma). Otro matiz destacado de la aplicación judicial es que el incumplimiento trasciende del plano procesal al plano sustantivo, es decir, su incumplimiento constituye una discriminación sexista sustantiva (STJUE de 29/10/2009, Pontin, C-63/0876).

Desvelado el sentido de la norma comunitaria, el Tribunal de Luxemburgo empezó a extraer importantes derivadas (cauces procesales adecuados, carga de la prueba, legitimación, plazos de recurso ...) y, en particular (en lo que interesa a nuestro estudio), los siguientes contenidos de la sentencia apreciando la discriminación:

1º. Los Estados miembros, para la sanción de una violación del principio de igualdad de mujeres y hombres, ostentan “la libertad de elegir entre las diferentes soluciones adecuadas para realizar sus objetivos”, sin estar obligados, en una discriminación en el acceso al empleo, a imponer al empresario contratar al trabajador. Ahora bien, si un Estado escoge la indemnización, “esta debe, en todo caso, para asegurar su eficacia y su efecto disuasorio, ser adecuada por relación a los perjuicios sufridos y debe, por tanto, ir más allá de una indemnización puramente simbólica como, por ejemplo, el reembolso de los gastos ocasionados por la candidatura” (STJUE de 10/04/1984, Colson and Kaman, C-14/83⁶, y STJUE de 10/04/1984, Hartz, C-79/93).

2º. No es acorde con las normas comunitarias un tope máximo fijado *a priori* para la indemnización derivada de un despido discriminatorio, ni la inexistencia de intereses derivados del tiempo transcurrido desde el despido discriminatorio hasta el pago efectivo de la indemnización (STJUE de 2.8.1993, Marshall II, C-271/91⁷).

⁴ Aunque en muchas constituciones este derecho no aparece expresamente recogido, se ha considerado implícito en el derecho al proceso debido o en otras exigencias democráticas; en Alemania en el artículo 20 de la Ley Fundamental de Bonn de 23 de mayo de 1949, que recoge la cláusula de Estado de Derecho. Otros textos constitucionales sí lo recogen expresamente. Así, el artículo 24 de la Constitución italiana de 1947 citado en el texto principal. El artículo 20 de la Constitución portuguesa de 25 de abril de 1976 “garantiza a todos el acceso al Derecho y a los Tribunales para defender sus derechos e intereses protegidos legalmente”. O el artículo 24 de la Constitución española de 28 de diciembre de 1979, que declara que “todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”.

⁵ En el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950) se establece, bajo la rúbrica “derecho a un proceso equitativo”, que “toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por las leyes, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella”. La tutela jurisdiccional se extiende al propio Convenio, en cuyo artículo 13, bajo la rúbrica “derecho a un recurso efectivo”, se establece que “toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales”.

⁶ Para la adecuada comprensión de esta sentencia comunitaria quizás sea conveniente referirse al cambio que supuso en el derecho alemán, explicado por DÄUBLER, W. (*Derecho del Trabajo*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1994, páginas 806 y 807). La aplicación del artículo 611, letra a), párrafo 2, del Código Civil, obligaba al empresario a indemnizar los daños que se originaban al trabajador por haber confiado en celebrar el contrato de trabajo, lo cual se entendía solo amparaba la reclamación de los gastos del envío de la solicitud para presentarse a la convocatoria, de donde, con cierta ironía, se le llamaba el artículo del franqueo. Después del Caso Colson and Kaman, la jurisprudencia germana ha rectificado su interpretación, admitiendo indemnizaciones superiores de hasta seis mensualidades, e incluso, de acreditar la candidatura rechazada que, de no mediar la discriminación, hubiera sido contratada, se le indemniza el valor del puesto de trabajo, lo que supone aplicar las indemnizaciones del despido.

⁷ La STJUE de 26/02/1986, Marshall I, C-152/84, consideró, en aplicación de la Directiva 76/207/CEE, despido discriminatorio el de una mujer “por la única causa de haber alcanzado o sobrepasado esta la edad a la que tiene

3º. Ahora bien, la legislación nacional *sí puede establecer a priori* un tope máximo individual de la indemnización por una no contratación discriminatoria cuando el empresario pueda probar que no habría obtenido la plaza vacante aunque la selección se hubiera efectuado sin discriminaciones, debido a la superior cualificación del candidato contratado. Pero la legislación nacional no puede establecer *a priori* un límite máximo global para la suma de las indemnizaciones que pueden reclamar las personas candidatas que hayan sido discriminados por razón de sexo con motivo de una contratación, cuando sean varias las personas candidatas que reclaman la indemnización (STJUE de 22/04/1997, Nils Draehmpaelh / Urania Immobilienservice, C-180/95).

4º. En el ámbito de la Seguridad Social Pública, el Tribunal de Justicia admite más flexibilidad, y a pesar de lo decidido sobre los intereses en el Caso Marshall II, no es obligado el pago de intereses sobre los atrasos de prestaciones aunque el atraso obedezca a discriminación sexista, sino solo a “reparar los perjuicios causados a un particular”, a concretar por el juez nacional (STJUE de 22/04/1997, Sutton, C-261/95). Lo que se compadece con la eficacia degradada de la directiva sobre seguridad social pública (Directiva 79/7/CEE), si bien no es claro que (aunque la Directiva 79/7/CEE no ha sido nunca reformada) esta doctrina sea mantenible a la vista de los importantes avances acaecidos en la normativa comunitaria sobre igualdad de mujeres y hombres.

5º. Los Estados miembros “deben procurar que las infracciones del Derecho comunitario sean sancionadas en condiciones de fondo y de procedimiento análogas a las aplicables a las infracciones del Derecho nacional que tengan una índole y una importancia similares” (STJUE de 11/10/2001, Paquay, C-460/06, donde, en aplicación combinada de la Directiva 92/85/CEE y el artículo 6 de la 76/207/CEE, se concluye que un despido discriminatorio notificado después del periodo de prohibición de despido por maternidad, pero iniciado antes, debe ser sancionado igual que si el despido se hubiera notificado en ese periodo). Lo cual supone aplicar al contenido de la sentencia los principios de equivalencia (según el cual la regulación no puede ser menos favorable que la referente a recursos semejantes de naturaleza interna), y de efectividad (según el cual la regulación no puede hacer prácticamente imposible o excesivamente difícil la efectividad del derecho) que el Tribunal de Luxemburgo ha aplicado en relación con la defensa de derechos (véase la STJUE de 01/12/1998, Levez / Jennings LTD, C-326/96).

2.2. Segunda oleada: las directivas de igualdad de los primeros años del siglo XXI

El Tratado de la Unión europea (Ámsterdam, 1998) supuso un importante avance del derecho a la igualdad. Con el empuje de la IV Conferencia Mundial de Beijing (1995), la Unión europea reconoció el principio de transversalidad de la dimensión de la igualdad de mujeres y hombres con el *máximo rango normativo* (artículo 3.2 del TUE, actual 8 del TFUE: “en todas sus acciones, la Unión se fijará el objetivo de eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad”). Además, se introdujo una cláusula competencial general para regular el derecho a la igualdad respecto a otras causas (artículo 13 del TUE, actual 19 del TFUE).

Pues bien, todas las directivas de igualdad aprobadas bajo este empuje contienen, inspirándose en los desarrollos jurisprudenciales, cláusulas de protección jurisdiccional efectiva en términos mejorados con respecto a las directivas de la primera oleada. El ejemplo modélico

derecho a una pensión del Estado, edad que es diferente para hombres y mujeres en virtud de la legislación nacional”. Como se trataba de una práctica generalizada en las Administraciones públicas británicas, ello generó un importante número de demandas dirigidas a reclamar una indemnización e intereses con riesgo de desequilibrio los presupuestos públicos y con un importante alboroto político de los euroescépticos. En este contexto, la House of Lords plantea la cuestión prejudicial Marshall II, cuya resolución por el TJUE generó una nueva oleada de euroescepticismo en Reino Unido.

de este perfeccionamiento normativo lo encontramos, primero en la Directiva 2002/73/CE⁸, y luego en la que la refundió, la Directiva 2006/54/CE⁹, aunque todas las directivas de igualdad de esta oleada contienen cláusulas de protección jurisdiccional efectiva, tanto las de igualdad de los sexos¹⁰, como las relativas a otras causas de discriminación¹¹. Ciertamente, las cláusulas ofrecen variedad de redacciones, pero sí buscan una misma finalidad, y para potenciar esa finalidad el Tribunal de Justicia las ha interpretado uniformemente, actuando como argamasa que atribuye unidad al conjunto. De ahí que lo que se diga para la Directiva 2006/54/CE se extiende a todas las directivas sobre igualdad por razón de sexo, y también por origen racial o étnico, o por convicciones o religión, discapacidad, edad u orientación sexual, y viceversa, lo que se diga para algunas de estas otras directivas, se extiende a aquella.

De la regulación contenida sobre defensa de los derechos en la Directiva 2006/54/CE, destacaremos, respecto a los contenidos de la sentencia, tres disposiciones.

En primer lugar, se mejora la redacción de la garantía general de defensa de derechos cuando se establece, en el artículo 17.1, que “los Estados miembros velarán por que, tras el posible recurso a otras autoridades competentes, incluidos, cuando lo consideren oportuno, procedimientos de conciliación, existan procedimientos judiciales para exigir el cumplimiento de las obligaciones establecidas con arreglo a la presente Directiva en favor de toda persona que se considere perjudicada por la no aplicación, en lo que a ella se refiera, del principio de igualdad de trato, incluso tras la terminación de la relación en la que supuestamente se haya producido la discriminación”. Ahora como antes, nos encontramos ante el reconocimiento de un derecho a la tutela judicial efectiva, al proceso debido o al acceso a la Justicia. Y ahora como antes, es un derecho absoluto. De ese derecho el Tribunal de Luxemburgo ha deducido los contenidos de la sentencia apreciando discriminación. Por ello, la amplitud del derecho puede dar lugar a nuevos desarrollos en orden al contenido de la sentencia apreciando discriminación que, por el hermetismo de su formulación, aún no han visto la luz en la jurisprudencia emanada del Tribunal de Luxemburgo. Quedémonos pues con esta disposición en la recámara pues en cualquier momento puede ser un argumento decisivo para interpretar el contenido normativamente exigido para una sentencia apreciando discriminación.

En segundo lugar, se introduce una disposición específica en relación con el contenido de la sentencia apreciando discriminación, el artículo 18 donde, bajo la rúbrica “indemnización o reparación”, se establece lo siguiente: “Los Estados miembros introducirán en sus ordenamientos jurídicos nacionales las medidas necesarias para garantizar la indemnización o la reparación, según determinen los Estados miembros, real y efectiva del perjuicio sufrido por una persona a causa de una discriminación por razón de su sexo, de manera disuasoria y proporcional al

⁸ 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. La 2002/73/CE modificó el artículo 6 de la 76/207/CEE.

⁹ Artículos 17, 18, 19, 23, 24 y 25 de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición).

¹⁰ Cláusulas semejantes (aunque no siempre idénticas) a las de la Directiva 2006/54/CE aparecen en: (1) los artículos 8, 9 y 10 de la Directiva del Consejo 2004/113/CE, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro; y (2) en los artículos 9 y 10 de 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 Consejo.

¹¹ Cláusulas semejantes (aunque no siempre idénticas) a las de la Directiva 2006/54/CE aparecen en: (1) los artículos 7, 8 y 9 de la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico; y (2) los artículos 9, 10 y 11 de la Directiva 2000/78/CE 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.

perjuicio sufrido. Dicha indemnización o reparación no podrá estar limitada por un tope máximo fijado *a priori*, excepto en aquellos casos en que el empresario pueda probar que el único perjuicio sufrido por el demandante como resultado de la discriminación en el sentido de la presente Directiva sea la negativa a tomar en consideración su solicitud de trabajo”.

En tercer lugar, y aunque no se incluye sistemáticamente dentro del capítulo de la Directiva 2006/54/CE dedicado a “recursos y cumplimiento” en el título III sobre “disposiciones horizontales”, sino dentro del capítulo, también incluido en ese título III, dedicado a “disposiciones horizontales generales” (anodino título que nada aporta), el artículo 23, sobre “sanciones”, dice lo siguiente: “Los Estados miembros establecerán el régimen de sanciones aplicable en caso de incumplimiento de las disposiciones nacionales adoptadas en cumplimiento de la presente Directiva, y adoptarán todas las medidas necesarias para garantizar su aplicación. Las sanciones, que podrán incluir la indemnización a la víctima, serán efectivas, proporcionadas y disuasorias...”.

No es en absoluto difícil encontrar las inspiraciones jurisprudenciales de estos artículos, y en particular del artículo 18 (remitimos a lo dicho en anterior epígrafe 1.2).

A su vez, el Tribunal de Justicia ha tenido ocasión de dictar nuevas sentencias sobre el contenido de la sentencia apreciando la discriminación, bien (en una ocasión) interpretando el artículo 18 de la Directiva 2006/54/CE, bien (en otras dos ocasiones) interpretando normas de alcance semejante recogidas en otras directivas de igualdad.

- STJUE de 17/12/2015, Arjona Camacho, C-407/14. Un Juzgado de lo Social de Córdoba se planteó la cuestión, en un supuesto de despido discriminatorio sexista, si la indemnización solo debía abarcar la reparación del daño (que cuantificaba en 3.000 euros), o podía incluir daños punitivos (en cuyo caso la indemnización podía alcanzar los 6.000 euros reclamados por la trabajadora). El TJUE responde lo obvio: “el artículo 18 de la Directiva 2006/54/CE ... debe interpretarse en el sentido de que, para que el perjuicio sufrido como consecuencia de una discriminación por razón de sexo sea efectivamente indemnizado o reparado de manera disuasoria y proporcionada, este artículo obliga a los Estados miembros que eligen la forma pecuniaria a introducir en su ordenamiento jurídico interno, según los procedimientos que determinen, medidas que establezcan el pago a la persona que ha sufrido un perjuicio de una indemnización que cubra íntegramente dicho perjuicio”. Lo que significa que los daños punitivos solo están incluidos si la ley nacional lo establece expresamente, pero no lo impone la Directiva.
- STJUE de 23/04/2020, Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI, C-507/18, que da una respuesta curiosa a una sencilla pregunta. La Corte suprema di cassazione de Italia quería saber si, en aplicación de la Directiva 2000/78/CE, una asociación de defensa de los derechos de igualdad adquiría, por ostentar un interés colectivo y no tener ánimo de lucro, legitimación para recurrir judicialmente y (en el extremo de interés a nuestro estudio) solicitar una indemnización. Pero lo que contesta el TJUE es que la Directiva 2000/78/CE no impide a una legislación nacional atribuir dicha legitimación y pedir una indemnización a una asociación con tales características. Con lo cual, aunque sea con un renglón torcido, el TJUE está dando por supuesto que la Directiva 2000/78/CE ni reconoce legitimación ni poder solicitar indemnización.
- STJUE de 14/09/2023, DX, C-113/22. Ante la situación derivada de que la entidad gestora (en el caso española: se trataba del INSS) había denegado un complemento de pensión (se trataba del complemento por aportación demográfica) a un solicitante varón después de que una sentencia había considerado (STJUE de 12/12/2019, WA, C-450/2018) que

la norma legal que solo reconocía ese complemento a las mujeres era discriminatoria, el Tribunal de Justicia aclaró (en aplicación del artículo 6 de la Directiva 79/7/CEE, versión original de la garantía de defensa) que “el órgano jurisdiccional nacional, que conoce de una demanda presentada frente a esa resolución denegatoria, debe ordenar a dicha autoridad no solo que conceda al interesado el complemento de pensión solicitado, sino también que le abone una indemnización que permita compensar íntegramente los perjuicios efectivamente sufridos como consecuencia de la discriminación, según las normas nacionales aplicables, incluidas las costas y los honorarios de abogado en que el interesado haya incurrido con ocasión del procedimiento judicial, en caso de que la resolución denegatoria se haya adoptado de conformidad con una práctica administrativa consistente en continuar aplicando la referida norma a pesar de la citada sentencia, obligando así al interesado a hacer valer su derecho al complemento en vía judicial”.

2.3. Tercera oleada: el pilar social y nuevas directivas de igualdad de los sexos

La potenciación del Pilar social de la Unión Europea acaecida en los últimos años ha supuesto un nuevo empuje en las directivas de igualdad que puede constituir una tercera oleada. De momento, se han aprobado, en 2019, una directiva sobre conciliación (Directiva 2019/1158¹²), en 2022, otra sobre equilibrio de género en la administración de sociedades cotizadas (Directiva 2022/2318¹³), en 2023, otra sobre transparencia retributiva y mecanismos para su cumplimiento (Directiva 2023/970¹⁴), y en 2024 dos sobre organismos de igualdad (Directivas 2024/1499¹⁵ y 2024/1500¹⁶).

De estas directivas, las de conciliación y, en especial, la de transparencia retributiva y mecanismos para su cumplimiento, contienen garantías de defensa de derechos, y entre ellas algunas relacionadas con eventuales contenidos de la sentencia.

En cuanto a la de conciliación (Directiva 2019/1158), contiene un artículo sobre “sanciones”, el 13, según el cual: “Los Estados miembros establecerán el régimen de sanciones aplicable a las infracciones de las disposiciones nacionales adoptadas en aplicación de la presente Directiva o de las disposiciones pertinentes ya en vigor relativas a los derechos que entran en el ámbito de aplicación de la presente Directiva y adoptarán todas las medidas necesarias para garantizar la aplicación de dichas sanciones. Las sanciones previstas serán efectivas, proporcionadas y disuasorias”.

En cuanto a la de transparencia retributiva (Directiva 2023/970), su regulación presenta sumo interés pues, además del detalle regulador en cuanto a la indemnización o reparación (artículo 16), admite la posibilidad de otras vías de reparación (artículo 17).

¹² Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo.

¹³ Directiva (UE) 2022/2381 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de noviembre de 2022 relativa a un mejor equilibrio de género entre los administradores de las sociedades cotizadas y a medidas conexas.

¹⁴ 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.

¹⁵ Directiva (UE) 2024/1499 del Consejo, de 7 de mayo de 2024, sobre las normas relativas a los organismos de igualdad en el ámbito de la igualdad de trato entre las personas con independencia de su origen racial o étnico, la igualdad de trato entre las personas en materia de empleo y ocupación con independencia de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, y la igualdad de trato entre mujeres y hombres en materia de seguridad social y en el acceso a bienes y servicios y su suministro, y por la que se modifican las Directivas 2000/43/CE y 2004/113/CE.

¹⁶ Directiva (UE) 2024/1500 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, sobre las normas relativas a los organismos de igualdad en el ámbito de la igualdad de trato y la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en materia de empleo y ocupación, y por la que se modifican las Directivas 2006/54/CE y 2010/41/UE.

Según el artículo 16, rubricado “derecho a indemnización”, “los Estados miembros se asegurarán de que todo trabajador que haya sufrido un perjuicio como consecuencia de la infracción de cualquiera de los derechos u obligaciones relativos al principio de igualdad de retribución tenga el derecho de reclamar y obtener una indemnización o reparación íntegra, según determine el Estado miembro, por dicho perjuicio” (apartado 1), aclarando que “la indemnización o reparación ... constituirá una indemnización o una reparación, según determinen los Estados miembros, real y efectiva por los daños y perjuicios sufridos, y será disuasoria y proporcionada” (apartado 2). Hasta aquí nada nuevo. Pero lo siguiente (apartado 3) sí que es interesante pues se contienen criterios en orden a interpretar qué se debe indemnizar o reparar. De un lado, se contempla un principio general de *restitutio in integrum*: “la indemnización o reparación restituirá a la parte que haya sufrido un perjuicio a la situación en la que se habría encontrado si no hubiera sido discriminada por razón de sexo o si no se hubiera producido ninguna infracción de los derechos u obligaciones relativos a la igualdad de retribución”. De otro lado, se detallan las partidas concretas a indemnizar o reparar: “los Estados miembros velarán por incluir en la indemnización o reparación la recuperación íntegra de los atrasos y las primas o pagos en especie correspondientes, el rescaramiento por la pérdida de oportunidades, los daños morales, cualquier perjuicio causado por otros factores pertinentes, entre los que se puede incluir la discriminación interseccional, así como los intereses de demora”. Finalmente, se establece que “la indemnización o reparación no estará sujeta a ningún límite máximo fijado previamente” (apartado 4), lo que supone separarse del criterio (establecido en el Caso Nils Draehmpaelh / Urania Immobilienservice) de posibilitar un tope individual cuando la empresa acredita que no hubiera contratado a la persona candidata aún sin mediar la discriminación; se trata de una separación en principio lógica pues cuando se trata de discriminaciones retributivas no hay un proceso competitivo como en una contratación.

Según el artículo 17, rubricado “otras vías de reparación”, “los Estados miembros velarán por que, en caso de infracción de los derechos y las obligaciones relativos al principio de igualdad de retribución, las autoridades competentes o los órganos jurisdiccionales nacionales puedan decidir, de conformidad con el Derecho nacional, a petición de la parte reclamante y a expensas de la parte reclamada: a) una medida por la que se ordene el cese de la infracción; b) una medida por la que se ordene la adopción de medidas para garantizar que se apliquen los derechos u obligaciones relativos al principio de igualdad de retribución” (apartado 1). ¿De qué medidas se trata? En el Preámbulo (51), la Directiva aclara que se trata de “medidas estructurales u organizativas” a adoptar por el empleador “para cumplir sus obligaciones en materia de igualdad de retribuciones”, poniendo al efecto varios ejemplos: “la obligación de revisar el mecanismo de fijación de la retribución con arreglo a una evaluación y una clasificación neutras con respecto al género; el establecimiento de un plan de acción para eliminar las discrepancias constatadas y reducir toda diferencia retributiva que no esté fundamentada; el suministro de información a los trabajadores para que sean más conscientes de su derecho a la igualdad de retribución; y la impartición de formación obligatoria para el personal de recursos humanos sobre igualdad retributiva y sobre técnicas de evaluación y clasificación profesional neutras con respecto al género”. Para garantizar el cumplimiento de las medidas expuestas, los Estados miembros “cuando la parte reclamada no cumpla una orden dictada en virtud del apartado 1 ... velarán por que sus autoridades competentes u órganos jurisdiccionales puedan, en su caso, imponer una multa coercitiva con el fin de garantizar el cumplimiento” (apartado 2). Nos encontramos, a no dudarlo, de una disposición novedosa cuya única pega es que la Directiva no parece imponer obligaciones cerradas a los Estados miembros, pues, como se deriva de la literalidad de la norma, las obligaciones de estos se reconducen a “velar” que las autoridades competentes o los órganos jurisdiccionales puedan imponer esta clase de medidas, y que, en caso de incumplimiento, puedan adoptar multas coercitivas. ¿Qué ocurre, pues, si los Estados miembros no velan por que

ello sea así, no trasponiendo la norma comunitaria? ¿Podrían entonces los sujetos legitimados reclamar esas medidas y coerciones y podrían entonces las autoridades competentes y los órganos jurisdiccionales acordarlas? Dicho de otro modo, ¿tiene la norma una eficacia directa?

Queda claro, en todo caso, que esta tercera oleada de directivas de igualdad viene pisando fuerte para la conseguir la efectividad de los derechos de igualdad, con especial incidencia en los contenidos de la sentencia estimatoria de discriminación. Veremos a partir de ahora cómo estas normas se trasponen en los Estados miembros y cómo son interpretadas, a través de cuestiones prejudiciales, por el Tribunal de Justicia.

3. Apoyatura constitucional del contenido de la sentencia apreciando discriminación

En el derecho nacional, la norma fundamental es el artículo 14 de la Constitución Española en cuanto avala la adopción de cualquier medida para evitar que la discriminación pueda prevalecer (“sin que pueda prevalecer”, se dice literalmente). Como la protección frente a la discriminación encuentra protección a través del recurso de amparo constitucional, también se debe tener en cuenta lo establecido, en relación con el contenido de la sentencia estimatoria de un amparo constitucional, en el artículo 55.1 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (LOTC):

“La sentencia que otorgue el amparo contendrá alguno o algunos de los pronunciamientos siguientes: a) Declaración de nulidad de la decisión, acto o resolución que hayan impedido el pleno ejercicio de los derechos o libertades protegidos, con determinación, en su caso, de la extensión de sus efectos. b) Reconocimiento del derecho o libertad pública, de conformidad con su contenido constitucionalmente declarado. c) Restablecimiento del recurrente en la integridad de su derecho o libertad con la adopción de las medidas apropiadas, en su caso, para su conservación”.

Y se debe tener en cuenta esta norma pues no tendría sentido que el alcance del recurso de amparo ordinario fuera diferente y menor que al del amparo constitucional.

4. Reparación efectiva y disuasoria frente a las discriminaciones en las leyes de igualdad internas

4.1. Disposiciones comunes para todas las igualdades

La Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación (LIIT), y como se explica en su Exposición de Motivos, “tiene la vocación de convertirse en el mínimo común normativo que contenga las definiciones fundamentales del derecho antidiscriminatorio español y, al mismo tiempo, albergue sus garantías básicas, conscientes de que, en su estado actual, la dificultad de la lucha contra la discriminación no se halla tanto en el reconocimiento del problema como en la protección real y efectiva de las víctimas”. De ahí que las disposiciones dedicadas al contenido de las sentencias estimatorias de la discriminación en los artículos 26, 27 y 28 de la LIIT presentan la relevancia derivada de su aplicación general para todas las causas de discriminación protegidas y con respecto a todos los órdenes jurisdiccionales.

Según el artículo 28 de la LIIT (que opera como disposición común), “la tutela judicial frente a las vulneraciones del derecho a la igualdad de trato y no discriminación comprenderá, en los términos establecidos por las leyes procesales, la adopción de todas las medidas necesarias para poner fin a la discriminación de que se trate”. Una afirmación general que, por su amplitud, posibilita la adopción de cualquier medida siempre que sea necesaria en orden a poner fin a la discriminación, lo que acaecerá cuando la medida, en atención al caso particular, sea pertinente

(esto es, adecuada) y sea útil (esto es, eficaz). Aunque esta afirmación general no se puede considerar novedosa pues del artículo 14 de la CE ya se deduce que es exigible adoptar cualquier medida para evitar que la discriminación pueda prevalecer (“sin que pueda prevalecer” dice la norma constitucional), también es verdad que la plasmación expresa de esta consideración en una ley ordinaria facilitará la adopción por los órganos judiciales de las medidas en el caso pertinentes y útiles en orden a poner fin a la discriminación.

La más radical consecuencia jurídica de un incumplimiento normativo es la nulidad de pleno derecho que el artículo 26 de la LIIT anuda a “las disposiciones, actos o cláusulas de los negocios jurídicos que constituyan o causen discriminación”. Tal consecuencia se concreta en el ámbito de un proceso judicial en una tutela anulatoria declarativa, que curiosamente no enumera el artículo 28, acaso para no repetir con el 26.

Sí enumera el artículo 28 otras posibles medidas: “el cese inmediato de la discriminación” (tutela interdictal), “pudiendo acordar la adopción de medidas cautelares dirigidas a la prevención de violaciones inminentes o ulteriores” (tutela cautelar), “la indemnización de los daños y perjuicios causados” (tutela indemnizatoria) y “el restablecimiento de la persona perjudicada en el pleno ejercicio de su derecho” (tutela restitutoria). Aunque es oportuna la referencia a la tutela cautelar, es llamativo que su inclusión se contemple en una oración subordinada en relación con la tutela interdictal de cese inmediato de la discriminación cuando es que la tutela cautelar, según las leyes de enjuiciamiento (tanto en la Ley de Enjuiciamiento Civil, artículos 726.2 y 727, como en la Ley reguladora de la Jurisdicción Social, artículos 79 y 180), tanto ampara el cese inmediato de la discriminación (tutela cautelar negativa) como otras medidas más amplias, e incluso la anticipación del resultado del litigio (tutela cautelar positiva); así, hubiera sido más oportuno citarla desgajada para acentuar su autonomía.

En particular, el artículo 27 de la LIIT se detiene en las tutelas indemnizatoria y restitutoria: “la persona física o jurídica que cause discriminación ... reparará el daño causado proporcionando una indemnización y restituyendo a la víctima a la situación anterior al incidente discriminatorio, cuando sea posible”. Acreditada la discriminación, la norma añade dos precisiones de interés (aunque su novedad sea relativa porque la doctrina judicial aplicando la legislación anterior discurría por los mismos derroteros):

(1) Una en relación con el alcance de la indemnización: “se presumirá la existencia de daño moral, que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso, a la concurrencia o interacción de varias causas de discriminación previstas en la ley y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido”. ¿Posibilita esta norma la imposición de oficio de una indemnización por daño moral una vez se haya acreditado la discriminación? A nuestro juicio, la literalidad de la norma no avala esa conclusión pues no dice que “acreditada la discriminación” se impondrá una indemnización por daño moral, sino que “se presumirá la existencia de daño moral”. Lo que sí posibilita la norma es que, con solo pedir la indemnización, esta se haya de conceder por daño moral a cuantificar según los criterios en la norma contemplados (circunstancias del caso, una o varias discriminaciones, gravedad de la lesión y difusión o audiencia del medio que la canalizó). En consecuencia, en los procesos sujetos al principio dispositivo (como es el proceso social) es necesario pedir la indemnización pero basta con pedirla para que, acreditada la discriminación, haya de concederse por daño moral. Si esto lo combinamos con que la jurisprudencia laboral se remite como criterio orientativo para el daño moral a la cuantía de las sanciones previstas en la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social, el mínimo previsto para estas se aplicará con solo pedirlo, y si la parte reclamante pretende una indemnización de mayor cuantía deberá acreditar la especial significación de uno o varios de los criterios de cuantificación previstos en

la norma para la reparación del daño moral, o deberá acreditar la existencia de daños físicos o materiales no amparados en dicha presunción.

(2) Y otra en relación con los sujetos obligados: “serán igualmente responsables del daño causado las personas empleadoras o prestadoras de bienes y servicios cuando la discriminación, incluido el acoso, se produzca en su ámbito de organización o dirección y no hayan cumplido las obligaciones (sobre la aplicación de métodos o instrumentos suficientes para su detección, la adopción de medidas preventivas, y la articulación de medidas adecuadas para el cese de las situaciones discriminatorias)”.

4.2. Disposiciones específicas para determinadas igualdades

Además de en la LIIT, encontramos disposiciones sobre los contenidos de las sentencias en los artículos 10 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOIEMH), y en el artículo 75 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (LGDPD).

Según el artículo 10 de la LOIEMH, rubricado “consecuencias jurídicas de las conductas discriminatorias” (sin centrarse en la tutela judicial efectiva, aunque obviamente dichas consecuencias podrán ser reclamadas judicialmente): “Los actos y las cláusulas de los negocios jurídicos que constituyan o causen discriminación por razón de sexo se considerarán nulos y sin efecto, y darán lugar a responsabilidad a través de un sistema de reparaciones o indemnizaciones que sean reales, efectivas y proporcionadas al perjuicio sufrido, así como, en su caso, a través de un sistema eficaz y disuasorio de sanciones que prevenga la realización de conductas discriminatorias”.

Según el artículo 75 de la LGDPD, rubricado “tutela judicial y protección contra represalias”: “1. La tutela judicial del derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad comprenderá la adopción de todas las medidas que sean necesarias para poner fin a la violación del derecho y prevenir violaciones ulteriores, así como para restablecer al perjudicado en el ejercicio pleno de su derecho. 2. La indemnización o reparación a que pueda dar lugar la reclamación correspondiente no estará limitada por un tope máximo fijado *a priori*. La indemnización por daño moral procederá aun cuando no existan perjuicios de carácter económico y se valorará atendiendo a las circunstancias de la infracción y a la gravedad de la lesión ...”.

Aunque examinadas las normas de la LIIT, de la LOIEMH y de la LGDPD, aparenta la existencia de una cierta dispersión en el derecho nacional, se debe alcanzar la misma conclusión que, en relación con el Derecho de la Unión europea, hemos alcanzado: se deben interpretar todas las normas las unas por las otras dada su misma finalidad de erradicación de la discriminación para alcanzar un resultado coherente de manera que, sea cual sea la igualdad implicada en el caso, las consecuencias deberían ser uniformes, a lo que coadyuva el carácter de normativa común que ostenta la LIIT.

5. Reparación efectiva y disuasoria frente a las discriminaciones en la ley reguladora de la jurisdicción social

Comoquiera que las leyes de igualdad se suelen remitir a las leyes de procedimiento en relación con las cláusulas de protección jurisdiccional efectiva de la igualdad, debemos acudir a tales leyes de procedimiento. Lo que ocurre es que, en concreto en relación con el contenido de las sentencias apreciando discriminación, la única ley de procedimiento (s.e.u.o.) que contiene

disposiciones específicas al respecto es la ley de procedimiento laboral, o sea la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (LRJS), que las contiene en sus artículos 182 y 183. Aunque tales disposiciones ya aparecían en las anteriores Leyes de Procedimiento Laboral de 1990 y de 1995, la LRJS, dentro de su propósito de “asignación al juez social de la función de garante ordinario de los derechos fundamentales” (según se afirma en su Exposición de Motivos), las mejoró sustancialmente, no solo por mejoras en las distintas tutelas (artículo 182), sobre todo por la regulación de la tutela indemnizatoria (artículo 183)¹⁷.

5.1. Elenco de las posibles tutelas judiciales

De conformidad con el artículo 182, apartado 1, de la LRJS: “La sentencia declarará haber lugar o no al amparo judicial solicitado y, en caso de estimación de la demanda, según las pretensiones concretamente ejercitadas: (a) declarará la existencia o no de vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas, así como el derecho o libertad infringidos, según su contenido constitucionalmente declarado, dentro de los límites del debate procesal y conforme a las normas y doctrina constitucionales aplicables al caso, hayan sido o no acertadamente invocadas por los litigantes; (b) declarará la nulidad radical de la actuación del empleador, asociación patronal, Administración pública o cualquier otra persona, entidad o corporación pública o privada; (c) ordenará el cese inmediato de la actuación contraria a derechos fundamentales o a libertades públicas, o en su caso, la prohibición de interrumpir una conducta o la obligación de realizar una actividad omitida, cuando una u otra resulten exigibles según la naturaleza del derecho o libertad vulnerados; (d) dispondrá el restablecimiento del demandante en la integridad de su derecho y la reposición de la situación al momento anterior a producirse la lesión del derecho fundamental así como la reparación de las consecuencias derivadas de la acción u omisión del sujeto responsable, incluida la indemnización que procediera en los términos señalados en el artículo 183”. O sea, y en línea con lo establecido en la LIIT, se distingue una tutela declarativa (la existencia de la vulneración denunciada y la concreción del derecho o libertad infringidos según su contenido constitucionalmente declarado), una tutela anulatoria (la nulidad radical de la conducta¹⁸), incluyendo la nulidad constructiva (interrumpir una conducta o realizar una conducta omitida), una tutela interdictal (cese inmediato del comportamiento antisindical, discriminatorio o vulnerador de derechos fundamentales), una tutela repositoria (la reposición de la situación al momento anterior a producirse el mismo), y una tutela indemnizatoria (la indemnización que procediera).

¹⁷ Las diferencias entre los contenidos de los actuales artículos 182.1 y 183 de la LRJS/2011, en relación con el precedente artículo 180.1 de la LPL/1995, son las siguientes: (1) Una mayor precisión de la declaración a realizar en la sentencia estimatoria, al exigir -lo que no hacía la LPL- la expresión del “derecho o libertad infringidos” declarando su vulneración “según su contenido constitucionalmente declarado, dentro de los límites del debate procesal y conforme a las normas y doctrina constitucionales aplicables al caso, hayan sido o no acertadamente invocadas por los litigantes”. (2) Una mayor precisión de la condena consistente -según la LPL- en “el cese inmediato del comportamiento contrario al derecho fundamental”, que se detalla -en la LRJS- como “el cese inmediato de la actuación contraria a derechos fundamentales o a libertades públicas, o en su caso, la prohibición de interrumpir una conducta o la obligación de realizar una actividad omitida, cuando una u otra resulten exigibles según la naturaleza del derecho o libertad vulnerados”. (3) La complementariedad de las condenas relativas a “la reposición de la situación al momento anterior a producirse la lesión del derecho fundamental así como la reparación de las consecuencias derivadas de la acción u omisión del sujeto responsable, incluida la indemnización que procediera” -sustancialmente iguales en la LPL y la LRJS-, con la condena a “el restablecimiento del demandante en la integridad de su derecho” -que no aparecía en la LPL-. (4) Una regulación detallada -que no existía en la LPL, ni en artículo 180.1 ni en ningún otro- de la indemnización por la vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas -a la que se dedica in extenso el artículo 183 de la LRJS-.

¹⁸ La expresión nulidad radical se utilizó históricamente para distinguir la nulidad del despido por motivos formales (o nulidad simple) y por vulneración de derechos fundamentales (o nulidad radical). Actualmente, la expresión está desfasada pues las nulidades del despido disciplinario u objetivo son principalmente por vulneración de derechos fundamentales, de ahí que la expresión nulidad radical, si algún sentido tiene hoy días, es “puro efecto pedagógico”, en expresión de TUDELA CAMBRONERO, G.: “Proceso de tutela de libertad sindical y demás derechos fundamentales”, en *Proceso laboral. Estudios en homenaje al Prof. Luis Enrique de la Villa Gil*, Lex Nova, Valladolid, 2001, p. 848.

5.2. ¿Resulta posible imponer a la empresa una contratación forzosa?

La discriminación en la fase precontractual nos conduce a cuestionar si es posible condenar a quien ha discriminado a la contratación forzosa de quien ha sido discriminado. Tal cuestión ha sido analizada con cierta profundidad en la doctrina civilista alemana, admitiéndose cuando concurren las siguientes tres condiciones: (1) que no haya alternativa en el mercado por prestarse el bien o servicio en régimen de monopolio, o cuando se produzcan situaciones de necesidad; (2) que el sujeto discriminador no haya celebrado un contrato con una persona tercera de buena fe; y (3) que estén determinados o sean determinables los elementos esenciales del contrato¹⁹.

No presenta la contratación forzosa en el ámbito laboral problemas tan intensos como en el civil entre otras cosas porque cada puesto de trabajo es un bien insustituible y las condiciones del contrato siempre están determinadas o son determinables aplicando leyes, reglamentos y convenios colectivos. Por ello, la STC 229/1992, de 14 de diciembre, no tuvo reparo en obligar a HUNOSA a contratar a la trabajadora a la que se había excluido del trabajo en el interior de la mina. Y la STC 173/1994, de 7 de junio, obligó a renovar un contrato temporal a una trabajadora embarazada en el Museo Reina Sofia. La determinación del contenido de la condena a contratar y su ejecución se deberían seguir, como ha apuntado nuestra mejor doctrina, por las normas del despido²⁰.

Cuando se trata de una discriminación colectiva (que es lo más usual si es discriminación indirecta), la contratación forzosa no resulta factible al no existir unas personas discriminadas perfectamente individualizadas a quienes contratar. ¿Puede entonces solicitarse la condena de la empresa a la adopción de una política de personal para reparar hacia el futuro la discriminación colectiva? De entrada, nada impide se acuerde ello en conciliación, lo cual, si bien se mira, sería algo semejante a acordar un plan de igualdad. Si esto es así, nada debería impedir se pudiese solicitar eso mismo judicialmente y se pudiese acordar en especial cuando, por las circunstancias propias del caso, sea identificable un interés cualificado para prevenir futuras discriminaciones²¹.

5.3. Tutela indemnizatoria: las fuentes normativas

La tutela indemnizatoria frente a una discriminación es una tutela en muchos aspectos más eficaz que el resto de las posibles tutelas, y en todos los casos complementaria de la otras tutelas aplicables, y ello por varias razones: (a) porque es aplicable en todos los casos, incluso en aquellos en que las demás tutelas resultan inaplicables o de muy difícil aplicación, como ocurriría con un acoso sin represalia, una no contratación discriminatoria o la adquisición del derecho por tercero de buena fe; (b) porque es el mejor mecanismo para la eficacia preventiva / disuasoria, haciendo realidad la máxima de que quien discrimina o lesiona un derecho fundamental, paga;

¹⁹ En la doctrina civilista española admiten la contratación forzosa en supuestos de discriminación bajo condiciones semejantes a las de la doctrina civilista alemana: GARCÍA RUBIO, M. P.: "Discriminación por razón de sexo y derecho contractual en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres", *Revista Derecho Privado y Constitución*, número 21, 2006; NAVAS NAVARRO, S.: "Negativa a contratar y prohibición de discriminar (Derecho comunitario y Derecho español)", *Anuario de Derecho Civil*, volumen 60, número 4, 2007; GIMÉNEZ COSTA, A.: "La negativa a contratar por razón de género en el derecho privado", en MESA MARRERO, C. / GRAU PINEDA, M. C. (coords.), *Mujeres, contratos y empresa desde la igualdad de género*, Tirant, Valencia, 2014.

²⁰ ALFONSO MELLADO, C. L.: "Comentario a STC 173/1994: la protección frente a las discriminaciones en el empleo", *Poder Judicial*, número 35, 1994; CAVAS MARTÍNEZ, F.: *El proceso laboral de tutela de libertad sindical y demás derechos fundamentales*, Aranzadi, Pamplona, 2004, páginas 376 y 377.

²¹ También a favor de la posibilidad de imponer al demandado la elaboración de un plan de igualdad en discriminaciones colectivas María Fernanda FERNÁNDEZ LÓPEZ, quien argumenta que "no existe en mi opinión obstáculo alguno para ello a la vista de la amplitud del pronunciamiento resarcitorio que autoriza el artículo 180 de la LPL (actual 182 de la LRJS), y daría su justa dimensión a la complejidad de la situación de fondo, que puede no ser abarcada en todos sus extremos por el pronunciamiento judicial", (*La tutela laboral frente a la discriminación por razón de género*, La Ley, Madrid, 2008, página 226).

y (c) porque permite reparar, no solo daños materiales y físicos, también los daños morales que son tan importantes en una materia donde está en juego la dignidad de la persona.

No resulta extraño, en consecuencia, el protagonismo que esta tutela ha adquirido en las últimas décadas a pesar del peso de la tradición histórica de nuestro Derecho del Trabajo en orden a reconocer solo indemnizaciones tasadas legalmente.

La brecha para romper con ese pasado comenzó con la Ley Orgánica de Libertad Sindical (1985), en cuyo artículo 15 se dice que “si el órgano judicial entendiese probada la violación del derecho de libertad sindical decretará ... la reparación consiguiente de sus consecuencias ilícitas”, lo que se interpretó como incluyendo la indemnización. La Ley de Procedimiento Laboral (1990) fue explícita al reproducir, en su artículo 179, ese mandato y agregando “incluida la indemnización que procediera”.

Gracias a esas parcas precisiones normativas, los tribunales laborales comenzaron a conceder indemnizaciones, en un primer momento en relación con conductas antisindicales, después en las situaciones de acoso sexual y algo más adelante de acoso moral, para finalmente reconocerlas para todas las conductas discriminatorias y vulneraciones de derechos fundamentales y libertades públicas en el ámbito de las relaciones laborales, hasta convertirse la indemnización en una pretensión adicionada a todas las demandas en que se alega discriminación o lesión de derechos fundamentales.

Sin duda alguna, en ese aspecto de generalización tuvieron mucho protagonismo la LOIEMH (2008) al resolver en sentido positivo la enojosa problemática de si era, o no, acumulable la indemnización a cualquier modalidad procesal especial y en particular a la acción de impugnación del despido, y la LRJS (2011), que contiene una regulación detallada de la tutela indemnizatoria, en su artículo 183, en los siguientes términos:

“1. Cuando la sentencia declare la existencia de vulneración, el juez deberá pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización que, en su caso, le corresponda a la parte demandante por haber sufrido discriminación u otra lesión de sus derechos fundamentales y libertades públicas, en función tanto del daño moral unido a la vulneración del derecho fundamental, como de los daños y perjuicios adicionales derivados.

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

3. Esta indemnización será compatible, en su caso, con la que pudiera corresponder al trabajador por la modificación o extinción del contrato de trabajo o en otros supuestos establecidos en el Estatuto de los Trabajadores y demás normas laborales.

4. Cuando se haya ejercitado la acción de daños y perjuicios derivada de delito o falta en un procedimiento penal no podrá reiterarse la petición indemnizatoria ante el orden jurisdiccional social, mientras no se desista del ejercicio de aquélla o quede sin resolverse por sobreseimiento o absolución en resolución penal firme, quedando mientras tanto interrumpido el plazo de prescripción de la acción en vía social”.

5.4. Tutela indemnizatoria: la aplicación judicial, en especial la problemática indemnización del daño moral

En aplicación de las anteriores normas positivas, no existe mayor problema en la indemnización de los daños materiales, algo más los físicos, y mucho más los morales.

Los daños materiales comprenden tanto el daño emergente (son los daños derivados de la lesión, acreditados usualmente con facturas), como el lucro cesante (son las ganancias dejadas de obtener, por ejemplo, a consecuencia de una relegación en ascensos). Quizás el aspecto más controvertido es si se pueden incluir como tales las costas y honorarios de abogados (en su caso, honorarios de graduados sociales), lo que se negó porque ello supone desvirtuar el principio de gratuidad del proceso laboral (STS de 11/05/2012, RCUd 1554/2011), en criterio seguramente necesitado de revisión a la vista de la doctrina contenida en la reciente STJUE de 14/09/2023, DX, C-113/22.

Para los daños físicos se ha admitido, razonablemente, que se utilicen para su cuantificación los baremos de tráfico (STS de 20/09/2007, RCUd 3326/06, en relación con la cuantificación de daños por días de baja tras agresión sexual en el trabajo).

Los daños morales son los de más problemática cuantificación. Al respecto, la jurisprudencia social ha discurrido a través de varias etapas que se detallan en la didáctica STS 3908/2017 de 5 de octubre (RCUd 2497/2015), en la cual se llega a reconocer que “la doctrina de la Sala en orden a la cuestión de que tratamos ... no ha tenido la uniformidad que sería deseable”. Veamos las etapas a las que aluce esa STS:

Primera posición: Inicialmente se asumió la concesión automática de la condena al pago de la indemnización por los daños morales causados, sin necesidad de que se acredite un específico perjuicio, dado que este perjuicio se presume con la vulneración del derecho (SSTS 09/06/1993, RCUd 3856/1992; STS 08/05/1995, RCO 1319/1994).

Segunda posición: Otras veces se asume la exigencia de bases y elementos clave de la indemnización reclamada que justifiquen suficientemente la misma y que estén acreditados indicios o puntos de apoyo suficientes en los que se pueda asentar la condena (STS 22/07/1996, RCO 7880/1995). Doctrina jurisprudencial que (este es un añadido del autor) se vio desacreditada con la STC 247/2006, de 24 de julio (en particular, en lo relativo a la necesidad de acreditar tales indicios o puntos de apoyo).

Tercera posición: Se aplica el criterio aperturista que actualmente informa el resarcimiento del daño moral argumentando que la “inexistencia de parámetros que permitan con precisión traducir en términos económicos el sufrimiento en que tal daño (moral) esencialmente consiste” conduce a “un mayor margen de discrecionalidad” y además “diluye en cierta medida la relevancia para el cálculo del *quantum* indemnizatorio de la aplicación de parámetros objetivos, pues los sufrimientos o menoscabos experimentados no tienen directa o secuencialmente una traducción económica” (STS 21/09/2009, RCUd 2738/2008; STS 11/06/2012, RCUd 3336/2011).

Doctrina actual: Se consolida la anterior tendencia en atención a la regulación de la LRJS (2011), de manera que la exigible identificación de “circunstancias relevantes para la determinación de la indemnización solicitada” se ha de excepcionar en el caso de “los daños morales unidos a la vulneración del derecho fundamental cuando resulte difícil su estimación detallada” (STS 17/12/2013, RCO 109/2012; STS 08/07/2014, RCO 282/2013; STS 02/02/2015, RCO 279/2013; STS 26/04/2016, RCO 113/2015; STS 649/2016 de 12 julio, RCO 361/2014). Esta doctrina, que es *más acorde con la naturaleza del daño moral*, ha ido acompañada con una

invocación, como criterio orientador para la cuantificación de la indemnización, a parámetros indemnizatorios varios (el baremo de cuantificación de las indemnizaciones por accidentes de tráfico; los criterios utilizados en la legislación sobre protección del derecho al honor; los principios europeo sobre responsabilidad civil), el más invocado ha sido, a no dudarlo, las cuantías de las sanciones pecuniarias previstas por la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social para las infracciones producidas en el caso enjuiciado. Al respecto, se suele argumentar que ese criterio ha sido admitido por la jurisprudencia constitucional (STC 247/2006, de 24 de julio) y en las últimas sentencias de las anteriormente citadas se le califica como un criterio judicial totalmente consolidado.

Hay cuatro sentencias recientes de interés en donde se ha aplicado la doctrina imperante de aplicar el baremo LISOS. No se trata de analizar su *thema decidendi*, que no es relevante más que incidentalmente, sino de verificar cómo, después de resolver el *thema decidendi* en el sentido de reconocer el derecho a indemnización, la Sala la cuantifica: la STS 179/2022, de 23 de febrero (RCUD 4322/2019), la STS 214/2022, de 9 de marzo (RCUD 2269/2019), la STS 356/2022, de 20 de abril (RCUD 2391/2019), y la STS 397/2023, de 6 de junio (RCUD 4538/2019). Las dos primeras y la última se alinean, ante la falta de mayores precisiones en la cuantía indemnizatoria mínima prevista para las sanciones muy graves en la LISOS (6.251 euros, actualmente serían 7.501 euros), mientras que la tercera impone una indemnización superior 60.000 euros).

- STS 179/2022²²: “La relación laboral apenas ha durado dos años ... siendo el salario medio del trabajador durante ese periodo de unos 1.300 euros mensuales, por lo que resulta manifiestamente excesiva y desproporcionada la suma reclamada por daños morales de 15.525 euros, una vez que la declaración de nulidad del despido ya comporta la readmisión del trabajador y el pago de los salarios dejados de percibir desde la fecha de resolución del contrato de trabajo”. Sobre la base de estos datos fácticos se razona que “el importe de la sanción prevista en el artículo 40 de la LISOS, a lo que se acoge el demandante como parámetro de referencia, parte de un mínimo de 6.251 euros hasta un máximo de 25.000 euros, por lo que es más razonable y adecuado fijar la indemnización en la suma correspondiente a la cuantía inferior de esa multa, que prudencialmente resulta más proporcionada y ajustada a las circunstancias del caso para resarcir en sus justos términos el perjuicio derivado del daño moral infringido al trabajador”.
- STS 214/2022²³: “La relación laboral ha durado alrededor de dos años, desde el 23 de diciembre de 2015 al 11 de agosto de 2017, siendo el salario bruto anual del trabajador durante ese periodo de 23.618,28 euros, por lo que resulta manifiestamente excesiva y desproporcionada la suma reclamada por daños morales de 25.000 euros, una vez que la declaración de nulidad del despido ya comporta la readmisión del trabajador y el pago de los salarios dejados de percibir desde la fecha de resolución del contrato de trabajo”. Sobre la base de estos datos fácticos se razona (en términos casi literalmente idénticos a los razonados en la citada sentencia anterior) que “el importe de la sanción prevista en el artículo 40 de la LISOS, a lo que se acoge el demandante como parámetro de referencia, partía para las faltas muy graves en el caso de infracciones en materia de relaciones laborales, en su grado mínimo de la cantidad de 6.251 euros hasta un máximo de 25.000 euros, por lo que es más razonable y adecuado fijar la indemnización en la

²² Comentada por MONEREO PÉREZ, J. L.: “Despido nulo por vulneración derechos fundamentales, resarcimiento del daño moral y modo “prudencial” de cuantificación de la indemnización”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, número 3, 2022.

²³ Comentada por GARCÍA ROMERO, B.: “Indemnización adicional por daño moral derivado de la vulneración de derechos fundamentales en el supuesto en el que, por dicha vulneración, el despido es declarado nulo”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, número 4, 2022.

suma correspondiente a la cuantía inferior de esa multa, que prudencialmente resulta más proporcionada y ajustada a las circunstancias del caso para resarcir en sus justos términos el perjuicio derivado del daño moral infringido al trabajador”.

- STS 356/2022: “En multitud de ocasiones el recurso a la utilización de los elementos que ofrece la cuantificación de las sanciones de la LISOS no resulta, por sí mismo, suficiente para cumplir con relativa precisión la doble función de resarcir el daño y de servir de elemento disuasorio para impedir futuras vulneraciones del derecho fundamental. Esto es debido a que la horquilla de la cuantificación de las sanciones en la LISOS para un mismo tipo de falta (leve, grave, muy grave) resulta ser excesivamente amplia ... Por ello, el recurso a las sanciones de la LISOS debe ir acompañado de una valoración de las circunstancias concurrentes en el caso concreto. Aspectos tales como la antigüedad del trabajador en la empresa, la persistencia temporal de la vulneración del derecho fundamental, la intensidad del quebrantamiento del derecho, las consecuencias que se produzcan en la situación personal o social del trabajador o del sujeto titular del derecho infringido, la posible reincidencia en conducta vulneradoras, el carácter pluri ofensivo de la lesión, el contexto en el que se haya podido producir la conducta o una actitud tendente a impedir la defensa y protección del derecho transgredido, entre otros que puedan valorarse atendidas las circunstancias de cada caso, deben constituir elementos a tener en cuenta en orden a la cuantificación de la indemnización ... La Sala, teniendo en cuenta la duración de la relación entre las partes (en torno a los 18 años), así como el resto de circunstancias del caso, especialmente el hecho de que se encontrara el trabajador una situación de IT cuyo origen estaba relacionado con los aspectos que, finalmente, dieron lugar a la violación de su derecho fundamental, estima adecuada la cantidad de 60.000 euros, que supone alrededor de dos anualidades de su salario y se sitúa en la franja media de las referidas sanciones del texto vigente de la LISOS y del que se encontraba en vigor al tiempo de producirse los hechos y que resulta más proporcionada y ajustada a las circunstancias del caso para resarcir en sus justos términos el perjuicio derivado del daño moral infligido al trabajador, a la vez que puede resultar disuasoria de futuras posibles conductas de ataque a los derechos fundamentales de los trabajadores”.
- STS 397/2023²⁴: En este supuesto litigioso, el abordaje de la cuestión es diferente a los tres casos anteriores: no es el trabajador demandante quien reclama una indemnización que, por unos u otros motivos, se le ha denegado en la sentencia recurrida en unificación de doctrina, y la sentencia de casación, después de despejar esos motivos entra a cuantificar la indemnización dentro de los límites en que se ha planteado el debate; en este caso es la empresa quien, como tema principal de debate, reclama una reducción de la indemnización que se había cuantificado en la sentencia recurrida conforme al mínimo establecido para la infracción correspondiente en la LISOS, argumentando la empresa que su decisión lesiva fue una sola, y si fueron dos las trabajadoras afectadas, se debería considerar reducir en proporción esa cuantía. Ante esta cuestión litigiosa, la doctrina contenida en la STS 397/2023 resulta ser sencilla: “Admitido como válido el baremo de la LISOS para fijar la indemnización debida por daño moral a la actora -como razona la sentencia de instancia-, que es el importe de la multa del grado mínimo señalada para las infracciones muy graves (artículo 40.1.c) de la LISOS), y entendiéndose comprendida la presente en la muy grave prevista en el art. 8.12 de la misma Ley, con importe de 6.251 a 25.000 euros, que se fija en el importe mínimo de 6.251 euros, esta cuantía ha de

²⁴ Que ha comentado quien esto escribe (LOUSADA AROCHENA, J. F.: “La cuantificación de la indemnización por vulneración de derechos fundamentales en el proceso laboral: la cuantía mínima del baremo LISOS como derecho necesario”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, número 6, 2023).

aceptarse como válida, sin que sea aceptable rebajar el importe por debajo del baremo, indiscutiblemente aceptado por las partes”.

Puesta esta doctrina en el contexto legal reseñado en los párrafos anteriores, y situada dentro de la evolución jurisprudencial, en particular las últimas sentencias analizadas, la conclusión sale de suyo: la cuantía mínima de la sanción establecida para la infracción correspondiente en la LISOS opera como mínimo de derecho necesario en los pleitos de despido calificado de nulo pues (1) se aplica incluso en el supuesto de no haberse argumentado en demanda los parámetros de cuantificación de la indemnización por vulneración de derechos fundamentales, y (2) se aplica individualmente, aunque el acto empresarial vulnerador de derechos haya afectado a más de una trabajadora. Como ha destacado la doctrina científica, “puede ser razonable, en definitiva, seguir manteniendo la LISOS como norma básica para la concreción de la indemnización, pero parece oportuno (quizá incluso necesario) implementar legal o jurisprudencialmente una serie de parámetros o criterios adicionales que, teniendo en consideración la gravedad de la conducta empresarial, el daño moral infligido, y el contexto laboral en el que se produce, faciliten el refinamiento de la indemnización de una manera más depurada”²⁵.

¿Sigue siendo cuantía mínima la del baremo LISOS, o esta debe subir en los supuestos de discriminación una vez que la LIIT establece unas cuantías ligeramente superiores (su artículo 48 sitúa el mínimo de las infracciones graves en 10.001 euros, siendo la tipificación de las infracciones graves en el artículo 47 de la LIIT el equivalente a la tipificación de las conductas discriminatorias como las infracciones muy graves de la LISOS)? No es fácil ofrecer una respuesta en buena técnica jurídica. En principio, la LISOS es *lex specialis* en el ámbito laboral pero la LIIT es *lex posterior*, además de *lex specialis* en materia de discriminación. En todo caso, no se trata aquí de decidir una aplicación directa ni de la LISOS ni de la LIIT, sino de tomar sus criterios indemnizatorios como orientativos y la cuestión es que la indemnización se ajuste a los parámetros fijados en el artículo 183 de la LRJS, y normas concordantes.

5.5. Pero, ¿dónde está la eficacia disuasoria de la indemnización?

De conformidad con el artículo 183, apartado 2, de la LRJS, “el tribunal se pronunciará sobre la cuantía del daño, determinándolo prudencialmente cuando la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa, para resarcir suficientemente a la víctima y restablecer a

²⁵ ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: *La cuantificación de la indemnización por daño moral por trasgresión de derechos fundamentales en los despidos nulos*, BOE, Madrid, 2023, p. 214. Sobre esta base, el autor propone una fórmula de cálculo del daño moral en los siguientes términos: “Podría proponerse, en definitiva, como fórmula de cálculo que la indemnización se situase en el límite o frontera que marca el salario mensual de la persona trabajadora como indemnización mínima y el salario anual como indemnización máxima, situando la indemnización por daño moral, en términos generales, en la cuantía que resulte de adicionar a la cuantía prevista en la LISOS como sanción mínima ante la comisión de infracciones muy graves, un salario mensual del trabajador por cada lesión de un Derecho Fundamental que haya acontecido. Con ello se lograría la consecución de dos objetivos. En primer lugar, que todas las transgresiones de Derechos Fundamentales de todos los trabajadores encuentren una misma respuesta indemnizatoria mínima por parte del ordenamiento jurídico, con independencia de la duración del contrato o del tipo de actividad profesional que se desarrolle. Se mire como se mire, la transgresión de un mismo Derecho Fundamental debería tener la misma sanción para cualquier persona trabajadora. Y, en segundo lugar, que todas las indemnizaciones van a tener un cierto grado de exclusividad e individualidad, en función del parámetro salarial mensual, que es perfectamente conocido y empleado por el ordenamiento laboral para otro tipo de indemnizaciones. Posteriormente, después de obtener esa suma o cuantía mínima de la indemnización (compuesta, se reitera, por la adición a los 7501 euros de la suma de su salario mensual) se procedería a aquilatar la indemnización complementaria multiplicando el salario mensual por el múltiplo de los parámetros de gravedad apreciados que se relacionan con las circunstancias contextuales enunciadas (u otras igualmente pensables). Así, si se apreciara dos parámetros de gravedad la indemnización se compondría de dos sumandos: la “indemnización base” (compuesta por la suma de 7501 euros más el salario mensual de la persona trabajadora) más la “indemnización agravada” o complementaria (que resultaría de multiplicar el salario mensual por el número de factores de gravedad apreciados en el caso concreto). Por último, si apreciamos una intensidad lesiva especialmente grave, que acumule varios (cuatro o cinco) factores de gravedad de la conducta lesiva empresarial, podríamos razonar en saltar de grado, del mínimo al medio de la LISOS, o incluso al máximo, para aquellas vulneraciones individuales de expansión colectiva y que afecten a la totalidad de trabajadores de una empresa” (ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: *La cuantificación ...*, obra citada, páginas 216 y 217).

ésta, en la medida de lo posible, en la integridad de su situación anterior a la lesión, así como para contribuir a la finalidad de prevenir el daño”. Si prescindimos del inciso “determinándolo prudencialmente cuando la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa” (que se relaciona con la indemnización del daño moral y en cuya interpretación la jurisprudencia se ha recreado), lo que queda de la norma es que el tribunal se pronunciará sobre la cuantía del daño “para resarcir suficientemente a la víctima y restablecer a ésta, en la medida de lo posible, en la integridad de su situación anterior a la lesión, así como para contribuir a la finalidad de prevenir el daño”. O sea, la norma recoge la doble eficacia resarcitoria y disuasoria de la indemnización por discriminación o vulneración de derechos fundamentales, y ello desvinculádonlo de la cuestión de la reparación del daño moral.

Una relectura de la jurisprudencia nos deja cierta desazón pues, más allá de la reproducción de la norma o algunas alusiones generales, no se suele hacer mayor desarrollo acerca de la eficacia disuasoria. La propia existencia de la eficacia disuasoria de la indemnización por discriminación ha sido objeto de cuestionamiento por motivos varios. Se ha dicho, en este sentido, que la indemnización tendría una finalidad exclusivamente resarcitoria, debiendo buscarse la finalidad disuasoria en las sanciones administrativas y, en su caso, en la sanción penal de las conductas discriminatorias. Que una indemnización con finalidad disuasoria es excéntrica en nuestro ordenamiento jurídico laboral, y sería asumir la figura de los daños punitivos anglosajona. También se ha dicho que la función disuasoria de la indemnización quedaría cubierta con la indemnización de los daños morales que la jurisprudencia ahora admite con naturalidad.

Ninguna de estas objeciones es totalmente correcta y alguna de ellas es totalmente desajustada a la vista de nuestro ordenamiento jurídico²⁶, y a los efectos de precisar la cuestión es oportuno volver sobre la literalidad del artículo 183, apartado 2 de la LRJS, y la normativa comunitaria que le sirve de apoyo (a saber, las directivas sobre igualdad de género, y en particular el artículo 18 de la Directiva 2006/54/CE).

El artículo 18 de la Directiva 2006/54/CE no impone ni la indemnización disuasoria, ni los daños punitivos. Literalmente lo que establece (basándose en la jurisprudencia previa del TJUE) es que “los Estados miembros introducirán en sus ordenamientos jurídicos nacionales las medidas necesarias para garantizar la indemnización o la reparación, según determinen los Estados miembros, real y efectiva del perjuicio sufrido por una persona a causa de una discriminación por razón de sexo, de manera disuasoria y proporcional al perjuicio sufrido”. Y la STJUE Arjona Camacho (analizada *ut supra*) no se ha salido de este derrotero: los Estados miembros pueden elegir la reparación o la indemnización para cumplir la finalidad disuasoria y no están obligados a implementar, aunque pueden hacerlo, la figura de los daños punitivos. Ahora bien, dentro de esa libertad de los Estados miembros, el resultado final debe garantizar una respuesta que debe ser “disuasoria y proporcional al perjuicio sufrido”.

Por lo tanto, la disuasión se puede conseguir, según el Derecho de la Unión europea, tanto con la reparación como con la indemnización, que es una opción libre para los Estados miembros, o ser ambas necesarias para la eficacia de la disuasión en la medida en que lo exigido es garantizar una respuesta “disuasoria y proporcional al perjuicio sufrido”. Trasladando esta apreciación a nuestro derecho interno, y refiriéndonos a un supuesto prototípico, la eficacia disuasoria frente a un despido discriminatorio probablemente se consiga, en un buen número de supuestos, con la readmisión obligatoria más una indemnización resarcitoria del daño pues la readmisión obligatoria no cubre la totalidad de los perjuicios a resarcir, y en particular no cubre en ningún

²⁶ Muy interesantes son las críticas a todos estos cuestionamientos, y otros, realizadas por BALLESTER PASTOR, M. A.: “El proceloso camino hacia la efectividad y adecuación de las indemnizaciones por vulneración de derechos fundamentales”, *Revista de Derecho Social*, número 69, 2015, páginas 34 a 43.

caso el daño moral (aparte otros posibles daños, como la pérdida de la salud, en el supuesto de que esos posibles daños se aleguen y acrediten oportunamente en juicio).

Ahora bien, hay cuando menos dos escenarios en donde no se garantiza una respuesta “disuasoria y proporcional al perjuicio sufrido”, y aquí debemos volver la vista al Derecho de la Unión europea y a su desarrollo por el Tribunal de Luxemburgo:

1ª. Cuando no es aplicable ninguna reparación diferente a la indemnización, que, por lo tanto, deberá ser resarcitoria y disuasoria pues sino no se conseguiría la respuesta “disuasoria y proporcional al perjuicio sufrido”, y esto nos sitúa, precisamente, en los casos judicializados ante el TJUE que dieron lugar al contenido vigente del artículo 18 de la Directiva 2006/54/CE: la STJUE Colson and Kaman; la STJUE Hartz; y la STJUE Nils Draehmpaelh / Urania Immobilienservice. Estos tres casos se referían a ordenamientos jurídicos (el alemán y el danés) donde la respuesta ante una discriminación en el acceso al empleo no contempla una contratación forzosa obligatoria, con lo cual no cabe más reparación que la indemnización y, consiguientemente, esa indemnización deberá de ser disuasoria además de resarcitoria.

2ª. Cuando, aun existiendo la posibilidad de reparación, la misma unida a la indemnización resarcitoria no consigue una eficacia disuasoria completa, y esto nos sitúa, precisamente, en otro caso judicializado ante el TJUE de los que dieron lugar al contenido vigente del artículo 18 de la Directiva 2006/54/CE: la STJUE Marshall II. Este caso se refería a un ordenamiento jurídico (el inglés) que posibilitaba una política de personal en las administraciones públicas según la cual eran despedidas las trabajadoras que alcanzaban la edad legal de jubilación, más baja que para los varones, con lo cual la indemnización, además de resarcir el daño, debía corregir aquella política, no bastando, en consecuencia, con una indemnización con un tope legal fijado *a priori*.

Y esto no es más ni menos que lo que dice, en sus precisos términos, el artículo 183, apartado 2, de la LRJS, pues se exige que la indemnización tenga la doble finalidad, de un lado, de “resarcir suficientemente a la víctima y restablecer a ésta, en la medida de lo posible, en la integridad de su situación anterior a la lesión”, y de otro lado, de “contribuir a la finalidad de prevenir el daño”. Con lo cual (y los verbos utilizados resultan relevantes), la finalidad reparadora busca “resarcir suficientemente”, mientras que la finalidad disuasoria busca “contribuir a ... prevenir el daño”, dando como presupuesto que otras tutelas, incluyendo la indemnizatoria dirigida al resarcimiento, tienen esa finalidad disuasoria que, sin embargo, puede no ser completa, y de ahí que se contribuye a ella con la indemnización disuasoria. Es decir, y siguiendo con el ejemplo prototípico del despido discriminatorio, es perfectamente posible (por ejemplo, en supuestos donde el despido obedezca a una política de personal generalizada en una administración pública o en una gran empresa) que la finalidad disuasoria no quede cubierta con la readmisión de la persona trabajadora y el resarcimiento de sus daños, sino que sea necesaria una cuantía superior para considerar efectivamente cubierta la finalidad disuasoria de la reparación más la indemnización.

Hemos de precisar que, en el caso ejemplificado y en otros posibles en que ni siquiera quepa una reparación *in natura*, la indemnización del daño moral no agota la finalidad disuasoria de la reparación o indemnización, pues, aunque pueda tener una eficacia disuasoria en sí mismo considerada, la misma no agota la finalidad preventiva pues esta tiene un componente social que va más allá del resarcimiento del daño y está dirigido a fortalecer la confianza en el cumplimiento de la Ley y en el Sistema judicial. No podemos aceptar, en consecuencia, que la jurisprudencia analizada en páginas precedentes, que acepta con naturalidad la indemnización del daño moral y lo cuantifica sobre el parámetro de las cuantías de las sanciones contempladas en la LISOS, tenga por sí misma una finalidad disuasoria que, en todos los casos, excluya la indemnización con

finalidad disuasoria acumulada a la reparación y a la indemnización resarcitoria. Debemos estar, en consecuencia, a cada caso judicializado para llegar a la solución que, en ese caso concreto, permita un resultado reparatorio y/o indemnizatorio que garantice una respuesta, valorada en su conjunto, “disuasoria y proporcional al perjuicio sufrido”.

Recapitulando: la reparación frente a la conducta discriminatoria en alguna de las tutelas contempladas en el artículo 182 de la LRJS (declarativa, anulatoria, interdictal y repositoria) se debe complementar con una indemnización resarcitoria en los términos establecidos en el artículo 183 de la LRJS, incluyendo el daño moral, y ello en muchos casos, garantiza una respuesta, valorada en conjunto, “disuasoria y proporcional al perjuicio sufrido”; pero habrá casos en que, por no existir ninguna tutela efectiva más allá de la indemnización, o porque, aun existiendo alguna otra tutela efectiva además de la indemnización, no se garantice una respuesta que, valorada en su conjunto, sea “disuasoria y proporcional al perjuicio sufrido”. Será en estos casos, interpretados a la luz del Derecho de la Unión europea y de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, sin llegar a ser daños punitivos, la finalidad disuasoria tendrá una virtualidad específica para cuantificar la indemnización del artículo 183 de la LRJS.

5.6. Cuestiones de procedimiento en el ejercicio de las acciones

5.6.1. Alegación y justificación de la cuantificación de la indemnización

La LRJS, en su artículo 179.3, obliga a expresar en la demanda “los hechos constitutivos de la vulneración (y) el derecho o libertad infringidos”. Pero no las tutelas ejercitadas, siendo habitual que, en el suplico de la demanda, se transcriba el contenido de su artículo 182. Sin embargo, en no pocas ocasiones resultará conveniente, para prevenir alegatos de indefensión por los sujetos demandados, la especificación de otras condenas más concretas. La cuestión conecta con la posibilidad de solicitar pretensiones no expresamente recogidas en la norma, como la publicidad de la sentencia de condena dentro del entorno de la empresa, que pueden ser acogidas si, siendo solicitadas, son necesarias para la reparación del derecho y no son desproporcionadas a dichos fines.

A lo que sí obliga el artículo 179.3 de la LRJS (y fue una novedad con respecto a la LPL) es a expresar, con igual claridad a hechos y derecho, “la cuantía de la indemnización pretendida, en su caso, con la adecuada especificación de los diversos daños y perjuicios” en unos términos que en parte recogen y en parte matizan la jurisprudencia previa a la LRJS. En parte la recogen porque, desde la STS de 22/07/1996, RCU 3780/1995, se exige que, en la demanda, se concreten, cuando menos, las bases de cálculo de la indemnización. Y en parte la matizan porque se establece la salvedad de los daños morales de difícil estimación detallada, conectando con la STC 247/2006, de 17 de julio, que deriva el daño de la vulneración del derecho²⁷.

5.6.2. Supuestos de prejudicialidad en relación con vulneraciones constitucionales con trascendencia penal

De acuerdo con el artículo 4.1 de la LRJS, “la competencia de los órganos jurisdiccionales del orden social se extenderá al conocimiento y decisión de las cuestiones previas y prejudiciales no pertenecientes a dicho orden, que estén directamente relacionadas con las atribuidas al mismo” (principio general de colaboración jurisdiccional). Únicamente se produce el efecto devolutivo

²⁷ Como apunta (en razonable opinión) FOLGUERA CRESPO, J. A., “la norma va a requerir probablemente una nueva elaboración jurisprudencial, porque la ley parte ahora de la presunción de existencia del daño, al menos del daño moral, mientras que los daños y perjuicios materiales y personales adicionales a ese primer daño presunto son los que deben ser probados”, *Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social*, dirigidos por FOLGUERA CRESPO, J. A. / SALINAS MOLINA, F. / SEGOVIANO ASTABURUAGA, M. L., Editorial Lex Nova, Valladolid, 2011, página 686.

en el supuesto del artículo 4.3 de la LRJS: “Hasta que las resuelva el órgano judicial competente, las cuestiones prejudiciales penales suspenderán el plazo para adoptar la debida decisión solo cuando se basen en falsedad documental y su solución sea de todo punto indispensable para dictarla” (supuesto excepcional de separación jurisdiccional).

Por ello, en los supuestos de violación de derechos fundamentales, aunque sean delito o falta (caso típico del acoso sexual), se pueden utilizar las acciones laborales de manera independiente a las acciones penales. ¿Incluso la acción laboral indemnizatoria? La STS de 05/06/2005, RCU 1838/04, ha considerado que, si concurre con la laboral, la vía penal es preferente en relación con la indemnización, de donde, solo si en ella no resulta satisfecha la acción indemnizatoria, se podría reclamar en la vía laboral, quedando interrumpido el plazo de prescripción durante el trámite del proceso penal.

Tal doctrina jurisprudencial, con alguna matización, es la base del artículo 183.4 de la LRJS, donde se establece que “cuando se haya ejercitado la acción de daños y perjuicios derivada de delito o falta en un procedimiento penal no podrá reiterarse la petición indemnizatoria ante el orden jurisdiccional social, mientras no se desista del ejercicio de aquella o quede sin resolverse por sobreseimiento o absolución en resolución penal firme, quedando mientras tanto interrumpido el plazo de prescripción de la acción en vía social”. La matización a que se ha aludido al principio de este párrafo se encuentra en la posibilidad de reclamar la indemnización en vía laboral, aún en trámite la vía penal, en el supuesto de hacer reserva de ejercicio de la acción civil.

En cualquier caso, el artículo 183.4 de la LRJS se limita a resolver el supuesto de concurrencia de la vía penal con la vía laboral, pero (literalmente interpretado) no obliga a la víctima a acudir a la vía penal para reclamar la indemnización (lo que, además, chocaría con el artículo 177.4 de la LRJS), de modo que, aunque el órgano judicial social considere la existencia de indicios constitutivos de un ilícito penal, no se puede declarar incompetente si la víctima no ha ejercitado la acción penal, sin perjuicio de que el órgano judicial, en la sentencia, acuerde enviar testimonio al Ministerio Fiscal para depuración de las responsabilidades penales (exclusivamente las penales, pues para las civiles concretadas en la indemnización la víctima ha optado por acciones laborales).

5.6.3. Comunicabilidad de los contenidos de los artículos 182 y 183 de la LRJS a los procesos citados en el artículo 184 de la LRJS

La LPL decía, en su artículo 182, que, “no obstante lo dispuesto en los artículos anteriores, las demandas por despido y por las demás causas de extinción del contrato de trabajo, las de disfrute de vacaciones, las de materia electoral, las de impugnación de estatutos de los sindicatos o de su modificación y las de impugnación de convenios colectivos en que se invoque lesión de libertad sindical u otro derecho fundamental, se tramitarán inexcusablemente con arreglo a la modalidad procesal correspondiente”.

Tal norma dio lugar a dudas aplicativas, pues según algunas sentencias, la remisión de la tutela de derechos fundamentales a esas modalidades procesales suponía una exclusión de las reglas especiales de la modalidad procesal de tutela de derechos fundamentales, de manera que (por poner el ejemplo más usual) en un juicio de despido se podía alegar la discriminación para conseguir la nulidad, pero no se podía acumular una indemnización por discriminación o vulneración de derechos fundamentales.

Frente a esta tesis de remisión excluyente, se fraguó la tesis de remisión acumulativa, interpretando la norma en el sentido de permitir la aplicación acumulativa tanto de las

especialidades de las modalidades procesales a las que se remitía como de las especialidades de la modalidad procesal de tutela de derechos fundamentales²⁸.

La más conocida de las discusiones generadas entre ambas tesis la resolvió la LOIEMH al admitir la acumulación de la indemnización en esas otras modalidades procesales especiales. Mientras se tramitaba la LOIEMH, el TS, cambiando su previa doctrina excluyente, asimismo lo admitió (STS de 17/05/2006, RCU 4372/2004).

El artículo 184 de la LRJS, aunque mantiene la remisión inexcusable de determinadas pretensiones de tutela de derechos fundamentales a las correspondientes modalidades procesales especiales, establece expresamente (lo que no hacía la LPL) la unificación de las garantías procesales exorcizando el riesgo de debilitación de la tutela efectiva a través de la intercomunicabilidad entre las garantías establecidas en la modalidad procesal especial de tutela de derechos fundamentales (artículos 177 a 183) y las garantías establecidas en las modalidades procesales especiales a que se remite la el artículo 184; esa intercomunicabilidad se consigue a través de las dos siguientes reglas:

1ª. De un lado, con la previsión (contenida en el artículo 184) de canalización de las pretensiones de tutela de derechos fundamentales a través de las modalidades procesales especiales a las que inexcusablemente se remite ese artículo, al establecer que esas pretensiones “se tramitarán inexcusablemente, con arreglo a la modalidad procesal correspondiente a cada una de ellas, dando carácter preferente a dichos procesos y acumulando en ellos ... las pretensiones de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas con las propias de la modalidad procesal respectiva”. Norma que se compadece con lo regulado para la acumulación de las acciones en el artículo 26.2.

2ª. De otro lado, con la previsión (contenida en el artículo 178.2) de que “cuando la tutela del derecho deba necesariamente realizarse a través de las modalidades procesales a que se refiere el artículo 184, se aplicarán en cuanto a las pretensiones de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas las reglas y garantías previstas en este Capítulo, incluida la citación como parte al Ministerio Fiscal”. De donde, cuando la tutela se realice a través de las modalidades procesales especiales del artículo 184, se les aplicarán a ellas tanto las normas relativas a las pretensiones sustantivas como las normas sobre garantías procesales establecidas en los artículos 177 a 183 de la LRJS.

5.6.4. Revisión de la cuantificación en vía de recurso

Una precisión final en orden a la tutela indemnizatoria discurre al hilo de la jurisprudencia sentada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en el sentido de respetar la discreción judicial del órgano de instancia en la cuantificación de la indemnización, “de aquí que no quepa impugnar con consistencia jurídica la determinación que, de forma razonada, hace la Sala de instancia del perjuicio originado a los trabajadores” (STS de 23/12/2003, RCO 46/2003). O sea, la revisión de la cuantía indemnizatoria en recurso únicamente es posible cuando su determinación “resulta irrazonable o desproporcionada” (como afirma la STS de 12/12/2005, RCO 59/2005).

²⁸ La tesis de la remisión acumulativa surgió de las críticas y propuestas de los primeros comentaristas de la LPL/1990: VALDÉS DAL-RÉ, F.: “El proceso de protección de la libertad sindical y demás derechos fundamentales”, en el libro colectivo *Estudios sobre la nueva Ley de Procedimiento Laboral*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1991, páginas 662 a 666; BAYLOS GRAU, A. / CRUZ VILLALÓN, J. / FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F.: *Instituciones de Derecho Procesal Laboral*, Editorial Trotta, Madrid, 1991, páginas 193 y 194; ALBIOL MONTESINOS, I. / BLASCO PELLICER, A.: *Proceso de tutela de libertad sindical y otros derechos fundamentales*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, páginas 23 a 28. Y se acabó convirtiendo en la tesis predominante en la doctrina científica, siendo poco a poco acogida en la aplicación judicial, y, al final, ha sido la doctrina inspiradora de la LOIEMH y de la LRJS.

6. Bibliografía consultada (y no solo la citada)

- ALBIOL MONTESINOS, I. / BLASCO PELLICER, A.: *Proceso de tutela de libertad sindical y otros derechos fundamentales*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- ALFONSO MELLADO, C. L.: “Comentario a STC 173/1994: la protección frente a las discriminaciones en el empleo”, *Poder Judicial*, número 35, 1994.
- ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: *La cuantificación de la indemnización por daño moral por trasgresión de derechos fundamentales en los despidos nulos*, BOE, Madrid, 2023.
- BALLESTER PASTOR, M. A.: “El proceloso camino hacia la efectividad y adecuación de las indemnizaciones por vulneración de derechos fundamentales”, *Revista de Derecho Social*, número 69, 2015.
- BAYLOS GRAU, A. / CRUZ VILLALÓN, J. / FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F.: *Instituciones de Derecho Procesal Laboral*, Editorial Trotta, Madrid, 1991.
- CARDENAL CARRO, M.: *La indemnización en los procesos de tutela de la libertad sindical (Un estudio jurisprudencial del razonamiento acerca de su pertinencia)*, Editorial Thomson Aranzadi, Pamplona, 2006.
- CAVAS MARTÍNEZ, F.: *El proceso laboral de tutela de libertad sindical y demás derechos fundamentales*, Aranzadi, Pamplona, 2004.
- DÄUBLER, W.: *Derecho del Trabajo*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1994.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F.: *La tutela laboral frente a la discriminación por razón de género*, La Ley, Madrid, 2008.
- FOLGUERA CRESPO, J. A. / SALINAS MOLINA, F. / SEGOVIANO ASTABURUAGA, M. L. (dirs.): *Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social*, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2011.
- GARCÍA ROMERO, B.: “Indemnización adicional por daño moral derivado de la vulneración de derechos fundamentales en el supuesto en el que, por dicha vulneración, el despido es declarado nulo”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, número 4, 2022.
- GARCÍA RUBIO, M. P.: “Discriminación por razón de sexo y derecho contractual en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres”, *Revista Derecho Privado y Constitución*, número 21, 2006.
- GIMÉNEZ COSTA, A.: “La negativa a contratar por razón de género en el derecho privado”, en MESA MARRERO, C. / GRAU PINEDA, M. C. (coords.), *Mujeres, contratos y empresa desde la igualdad de género*, Tirant, Valencia, 2014.
- LOUSADA AROCHENA, J. F.: “La carga de la prueba y el acceso a la justicia en los casos de discriminación por razón de sexo”, *Revista del Poder Judicial*, número 89, 2009.
- *El derecho fundamental a la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- “Tutela judicial de la igualdad de sexos en el Derecho Comunitario”, en MOYA AMADOR, R.(dir.) y SERRANO FALCÓN, C. (coord.), *Estudios sobre los diversos aspectos jurídicos del trabajo de la mujer*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2016.

- “La cuantificación de la indemnización por vulneración de derechos fundamentales en el proceso laboral: la cuantía mínima del baremo LISOS como derecho necesario”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, número 6, 2023.
- MONEREO PÉREZ, J. L.: “Despido nulo por vulneración derechos fundamentales, resarcimiento del daño moral y modo “prudencial” de cuantificación de la indemnización”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, número 3, 2022.
- NAVAS NAVARRO, S.: “Negativa a contratar y prohibición de discriminar (Derecho comunitario y Derecho español)”, *Anuario de Derecho Civil*, volumen 60, número 4, 2007.
- TUDELA CAMBRONERO, G.: “Proceso de tutela de libertad sindical y demás derechos fundamentales”, en *Proceso laboral. Estudios en homenaje al Prof. Luis Enrique de la Villa Gil*, Lex Nova, Valladolid, 2001.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “El proceso de protección de la libertad sindical y demás derechos fundamentales”, en el libro colectivo *Estudios sobre la nueva Ley de Procedimiento Laboral*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1991.

TUTELA ANTIDISCRIMINATORIA EN MATERIA DE PROTECCIÓN SOCIAL Y COSA JUZGADA MATERIAL. EL COMPLEMENTO POR MATERNIDAD COMO LABORATORIO

JUAN BAUTISTA VIVERO SERRANO
Catedrático de Derecho del Trabajo
Universidad de Salamanca
Magistrado (suplente) del TSJ de Madrid

1. Una materia poco estudiada: La cosa juzgada como posible “castigo” para los pioneros de la tutela antidiscriminatoria

Uno de los aspectos menos estudiados de la tutela antidiscriminatoria, por utilizar esta terminología amplia y de gran tradición en la Unión Europea, comprensiva no solo de la no discriminación en sentido estricto, sino también de la más amplia igualdad de trato (dualidad de principios y derechos del art. 14 CE), es el juego obstativo de la cosa juzgada material, del efecto negativo de la cosa juzgada del artículo 222.1 LEC, con o sin aplicación de la preclusión del artículo 400 LEC, también conocida como cosa juzgada virtual o implícita¹.

Juego obstativo para los que podrían denominarse pioneros de la tutela antidiscriminatoria, es decir, las personas que se arriesgan a pleitear para obtener la correspondiente tutela antidiscriminatoria mucho antes de que dicha tutela tenga visos de prosperar ante la ausencia

¹ Sobre la cosa juzgada, NIEVA FENOLL, J., *La cosa juzgada*, Atelier, Barcelona, 2006, CALAZA LÓPEZ, S., *La cosa juzgada*, La Ley, Madrid, 2009, EZURMENDIA ÁLVAREZ, J., *Reflexión contemporánea sobre la cosa juzgada. Comparación entre modelos de Civil Law y Common Law*, Bosch, Barcelona, 2021, y DOMÍNGUEZ BARRAGÁN, M^a. L., *La cosa juzgada en el proceso civil*, Atelier, Barcelona, 2024.

todavía de intervenciones judiciales de alto nivel, del Tribunal Supremo, del Tribunal Constitucional, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE, en adelante) y, de forma menos habitual, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH, en adelante).

Son esos pioneros los que a fuerza de pleitear y recurrir los primeros pronunciamientos judiciales adversos logran que acabe sentando jurisprudencia el Tribunal Supremo. Son esos mismos pioneros los que, deliberadamente o no, acaban permitiendo que algunos jueces o tribunales planteen una cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional o una cuestión prejudicial ante el TJUE.

Lo cierto es que mientras las personas que adoptan una postura pasiva y no pleitean hasta tener la certidumbre de haber sido objeto de un trato discriminatorio o de un trato desigual injustificado logran la correspondiente tutela antidiscriminatoria con relativa facilidad, con el terreno jurídico ya bien trillado, en su caso incluso sin necesidad de acudir a la jurisdicción competente, los pioneros que no tuvieron suerte judicial y fueron objeto de una sentencia firme desestimatoria de su pretensión de tutela antidiscriminatoria se enfrentan al calvario de procurar lograr en un segundo intento la tutela antidiscriminatoria en cuestión, siempre con la espada de Damocles de la excepción procesal de la cosa juzgada del artículo 222.1 LEC, con o sin invocación de la preclusión del 400 LEC.

Una situación, la appena apuntada, que constituye un ejemplo de libro de la sempiterna tensión entre la necesidad de poner definitivamente fin a todo pleito, sin que pueda volver a repetirse (con el riesgo de alteración de lo ya fallado) en el futuro ese mismo pleito, como elemental exigencia de la seguridad jurídica a la que sirve el complejo instituto procesal de la cosa juzgada, y la búsqueda de la justicia material, del acierto judicial². Una tensión en la que hasta no hace mucho la cosa juzgada ha sido legal y jurisprudencialmente privilegiada, asistiendo en lo que va de siglo XXI a una relativa crisis de la otrora sacrosanta cosa juzgada, con diferentes vías para su matización o su relegación en el caso concreto. Ocasión habrá de volver sobre este particular con mayor detenimiento más adelante.

La tensión a la que se acaba de hacer referencia no es exclusiva ni del Derecho social (laboral y de protección social) ni de la tutela antidiscriminatoria, pero ciertamente encuentra en la tutela antidiscriminatoria proyectada sobre el Derecho social su principal campo de juego.

Tres razones, al menos, contribuyen a ese especial protagonismo. Primera, en materia de no discriminación e igualdad de trato las personas que a modo de pioneros deciden pleitear para hacer valer la correspondiente tutela antidiscriminatoria suelen enfrentarse a un panorama jurídico de aparente licitud, el de las normas estatales, las normas convencionales, las prácticas empresariales o la praxis administrativa que plasman una diferencia de tratamiento jurídico que solo tras la correspondiente intervención jurisdiccional pasa de la apariencia de licitud a la contravención del ordenamiento jurídico. Segunda razón, la tutela antidiscriminatoria en el campo social constituye la avanzadilla que con el tiempo acaba afectando a otros ámbitos jurídicos y ello tanto en clave nacional como en clave europea. Y tercera y última razón, en la jurisdicción social mucho más que en la jurisdicción civil los institutos procesales en general admiten una mayor flexibilidad o relajación que conecta con la relativización que el principio dispositivo experimenta en este orden jurisdiccional, expresión última de la conexión que tanto las normas sustantivas laborales como las correspondientes normas procesales tienen con el principal principio informador del entero Derecho del trabajo, el principio de protección de

² Así, por ejemplo, CALAZA LÓPEZ, S., *La cosa juzgada*, op. cit., pp. 46 ss. y EZURMENDIA ÁLVAREZ, J., *Reflexión contemporánea sobre ...op. cit.*, pp. 46 ss.

los trabajadores. Algo reivindicado muy tempranamente por el Tribunal Constitucional (STC 3/1983).

Campo de juego privilegiado que en los últimos años encuentra en la tutela antidiscriminatoria en materia de protección social, de la mano sobre todo de la recurrente intervención del TJUE, su cénit. De ahí la incorporación de una ponencia como esta en un Congreso internacional y nacional que lleva por título “Igualdad de trato y no discriminación en la salud y protección social en la era de la disrupción digital”.

2. Los complementos por aportación demográfica y para la reducción de la brecha de género como laboratorio privilegiado para el estudio de esta temática

Si, tal y como se acaba de decir, la tensión entre la seguridad jurídica y el acierto judicial o justicia material, con la cosa juzgada como telón de fondo, alcanza su cénit en el campo de la tutela antidiscriminatoria en materia de protección social, los mejores ejemplos dentro de este campo pueden encontrarse últimamente en los dos complementos de pensiones contributivas de seguridad social que han compartido sucesivamente un mismo solar legal, el artículo 60 LGSS. Primero, el complemento por maternidad o aportación demográfica. Y, después, tras el Real Decreto-ley 3/2021, el complemento para la reducción de la brecha de género³. Se trata de un laboratorio privilegiado para el estudio de esta temática⁴.

En efecto, hasta que la STJUE, de 12 de diciembre de 2019, cambió el paso y puso fin a la titularidad exclusivamente femenina del complemento por maternidad o aportación demográfica los centenares o miles de varones (padres de dos o más hijos) que no se conformaron con la denegación administrativa del complemento y acudieron a la jurisdicción social (o a la contencioso-administrativa para el régimen de clases pasivas) vieron como esta respaldaba el criterio administrativo aferrándose a la literalidad de la normativa legal española, sin plantearse, salvo en muy contadas excepciones, el planteamiento de una cuestión prejudicial ante el TJUE o la presentación de una cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional⁵.

Cuando muchos de esos varones, pioneros de la tutela antidiscriminatoria sin éxito judicial, vieron como los varones que habían permanecido de brazos cruzados se apuntaron al efecto llamada de la STJUE, de 12 de diciembre de 2019, y obtuvieron judicialmente el complemento en cuestión, intentaron obtenerlo mediante una segunda solicitud se encontraron con el muro de la cosa juzgada material del artículo 222.1 LEC. Un muro que a día de hoy sigue invocando la Administración de seguridad social.

Sin salir del complemento por maternidad o aportación demográfica, los varones que tras el efecto llamada de la STJUE solicitaron por vez primera el complemento por maternidad no lograron obtenerlo en sede administrativa, al amparo del restrictivo criterio de gestión establecido al respecto⁶, viéndose obligados a pleitear para obtener judicialmente lo que en derecho les correspondía, lógicamente una vez arrumbada por el TJUE la titularidad exclusivamente femenina del complemento por maternidad. Muchos de esos varones incluyeron en su demanda

³ Por todos, VIVERO SERRANO, J. B., *Del complemento por maternidad al complemento para la reducción de la brecha de género*, Comares, Granada, 2021 y MALDONADO MOLINA, J. A., “El controvertido complemento por maternidad (por aportación demográfica): Un repaso de las principales cuestiones debatidas judicialmente, desde la STJUE de 12 de diciembre de 2019 a la de 14 de septiembre de 2023”, en *Trabajo y Derecho*, 2023, núm. 106.

⁴ Un esbozo del posible juego de la cosa juzgada en relación con el complemento por maternidad puede verse en VIVERO SERRANO, J. B., *Del complemento por ... op. cit.*, pp. 126 ss.

⁵ Cuestiones prejudiciales y cuestiones de inconstitucionalidad de las que se da cuenta en VIVERO SERRANO, J. B., *Del complemento por ... op. cit.*, pp. 29 ss.

⁶ Criterio de gestión 1/2020, de 31 de enero de 2020, de la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica del INSS, disponible en el portal de transparencia del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones.

una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por la Administración de la seguridad social por el hecho de abocarlos innecesariamente a la vía judicial para la obtención de una prestación que en buena lid debería haberseles reconocido en sede administrativa. Muy mayoritariamente los jueces y tribunales al tiempo que reconocieron el complemento denegaron radicalmente la indemnización interesada, llegando a contar incluso con el beneplácito del Tribunal Supremo⁷.

Cuando tiempo después la STJUE, de 14 de septiembre de 2023, estableció que la innecesaria judicialización del reconocimiento del complemento por maternidad a favor de los varones tenía que ser objeto de una indemnización específica, sin perjuicio del resarcimiento parcial del daño patrimonial derivado de la retroactividad sin límites del reconocimiento judicial del complemento, ya amparada por el Tribunal Supremo español⁸, los varones que no habían incluido en la correspondiente demanda una petición expresa de indemnización pudieron pleitear de nuevo sobre este exclusivo extremo, sin riesgo de topar con el muro del efecto negativo de la cosa juzgada material, habiendo quedado imprejuizado en el primer pleito la controversia en torno a la indemnización por innecesaria obtención judicial del complemento, no operando, con anterioridad a la fecha de la STJUE de septiembre de 2023, la preclusión o cosa juzgada virtual del artículo 400.1 LEC relativa al *petitum*. Así lo ha dicho ya el Tribunal Supremo, bien es cierto que *obiter dicta*⁹. Por cierto, no parece que la cosa juzgada virtual del 400 LEC pueda proyectarse más allá de la *causa petendi* y afectar también al *petitum*, aunque la jurisprudencia iniciada por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en noviembre de 2022 haya puesto patas arriba este controvertido asunto entre la doctrina procesalista¹⁰.

En cambio, los pioneros que se arriesgaron a incluir en sus demandas la pretensión adicional de indemnización y la vieron rechazada antes de la STJUE, de 14 de septiembre de 2023, cuando interesaron la indemnización por segunda vez se encontraron (y lo siguen haciendo a día de hoy) con el muro de la cosa juzgada material del artículo 222.1 LEC.

Dejando al margen el complemento por maternidad o aportación demográfica, en el que podrían ponerse otros ejemplos de la tensión entre la seguridad jurídica y el acierto judicial, siempre con el telón de fondo de la cosa juzgada¹¹, el nuevo complemento para la reducción de la brecha de género muy probablemente ocasionará los mismos problemas creados por el anterior complemento por maternidad, incluido el relativo a la cosa juzgada.

Así, ante la muy restrictiva titularidad masculina del complemento para la reducción de la brecha de género algunos varones (padres de uno o más hijos) que no cumplen escrupulosamente los requisitos de acceso y que lo ven denegado en vía administrativa lo han interesado en vía judicial, abocados de antemano al fracaso¹², salvo los pocos casos en los que se ha planteado

⁷ STS, 4ª (Pleno), 17-5-2023, rcud 2222/2022, objeto de una dura reseña crítica a cargo de VIVERO SERRANO, J. B., “Las sentencias anotadas”, en *Trabajo y Derecho*, 2023, núm. 105.

Criterio de la sentencia de mayo de 2023 posteriormente rectificado por la STS, 4ª (Pleno), 15-11-2023, rcud 5547/2002, a resultados de la STJUE, de 14 de septiembre de 2023.

⁸ STS, 4ª (Pleno), 30-5-2022, rcud. 3192/2021, seguida de otras muchas.

⁹ STS, 4ª, 29-11-2023, rcud 4014/2021, F. J. 5, seguida de otras muchas en el mismo sentido *obiter dicta*.

¹⁰ Véase PICÓ I JUNOY, J., “El art. 40 LEC: una norma tan bienintencionada como peligrosa”, en *InDret*, 2023, núm. 2, pp. 516 ss.

¹¹ Otros ejemplos que tienen que ver con la retroactividad de los efectos económicos, con la prescripción, con la titularidad para un único progenitor, con el importe de la indemnización por innecesaria judicialización y, por último, con la minoración del importe tras el reconocimiento del nuevo complemento para la reducción de la brecha de género a favor de la progenitora de los mismos hijos.

¹² Por poner solo un ejemplo, la STSJ del País Vasco, 1-7-2022, rec. 1435/2022.

una cuestión prejudicial ante el TJUE y en función de lo que acabe resolviéndose¹³. Pues bien, si finalmente el TJUE acabara tumbando el nuevo complemento, algo muy probable a la vista de la tozuda resistencia legislativa a la modificación de los aspectos más controvertidos de la regulación introducida por el Real Decreto-ley 3/2021¹⁴, todos los varones que hubieran esperado pasivamente tendrían posibilidades de obtener el reconocimiento administrativo y/o judicial, salvo que las progenitoras de los mismos hijos ya lo tuvieran reconocido, mientras que los pioneros que tuvieran una sentencia firme contraria al reconocimiento del nuevo complemento tendrían que asistir con resignación al fracaso administrativo de su segundo intento de reconocimiento, al amparo de la cosa juzgada material del artículo 222.1 LEC.

3. Las vías complementarias para evitar que la cosa juzgada suponga un “castigo” para los pioneros de la tutela antidiscriminatoria

Vaya por delante que no se pretende en este trabajo cuestionar el poliédrico e histórico instituto procesal de la cosa juzgada, una pieza maestra de toda administración de justicia, presente tanto en los sistemas de *civil law* como en los de *common law*¹⁵. Y, por si lo anterior fuera poco, un instituto con inequívoco fundamento constitucional en el principio de seguridad jurídica del 9.3 CE y en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva¹⁶. Y respeto del Derecho de la Unión Europea de la mano de la jurisprudencia del TJUE¹⁷.

Tampoco pretende esta contribución alinearse con quienes, con agrado o sin él, ven en la línea inaugurada por el TJUE en sus sentencias de mayo de 2022, a las que después se hará referencia, una crisis inevitable de la cosa juzgada¹⁸.

De forma mucho más modesta y desde una perspectiva puramente pragmática, que huye deliberadamente de la abstracción y de la extrapolación facilona, se busca aquí encontrar las vías más adecuadas para que la cosa juzgada no se convierta ineludiblemente en el muro infranqueable que penalice o “castigue” a los pioneros de la tutela antidiscriminatoria en materia social, muy en particular en el ámbito de la protección social. Pioneros sin los cuales, se recuerda una vez más, las intervenciones decisivas de los altos tribunales españoles o europeos nunca llegarían a producirse.

Tres son las vías a explorar en este trabajo. La primera, la consideración de la intervención judicial decisiva de un alto tribunal (sobre todo, del TJUE) como una novedosa causa de pedir o *causa petendi*. La segunda, la exceptuación de la cosa juzgada en aras del principio de efectividad del Derecho de la Unión Europea. Y la tercera, la exclusión de la cosa juzgada como exigencia del principio constitucional de igualdad de trato.

¹³ Se han presentado hasta la fecha tres cuestiones prejudiciales a cargo de los siguientes jueces y tribunales: Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Juzgado de lo Social núm. 3 de Pamplona y Juzgado de lo Social núm. 5 de Santander. Las mismas pueden verse en el ATS, 4ª (Pleno), 4-4-2024, rcud 4933/2022, mediante el que se suspende la tramitación del correspondiente recurso de casación para la unificación de doctrina a la espera del pronunciamiento del TJUE, fundamental para la resolución del recurso de casación.

¹⁴ Véase VÍVERO SERRANO, J. B., *Del complemento por ..., op. cit.*, pp. 180 ss.

¹⁵ EZURMENDIA ÁLVAREZ, J., *Reflexión contemporánea sobre ..., op. cit., passim*.

¹⁶ Entre otras muchas, SSTC 77/1983 y 159/1987.

¹⁷ “A este respecto, es preciso recordar la importancia que reviste el principio de cosa juzgada tanto en el ordenamiento jurídico de la Unión como en los ordenamientos jurídicos nacionales. Así, el Tribunal de Justicia ya ha tenido ocasión de precisar que, con el fin de garantizar tanto la estabilidad del Derecho y de las relaciones jurídicas como la recta administración de la justicia, es necesario que no puedan impugnarse las resoluciones judiciales que hayan adquirido firmeza tras haberse agotado las vías de recurso disponibles o haber expirado los plazos previstos para el ejercicio de tales recursos” (véanse, en particular, las sentencias de 6 de octubre de 2009, Asturcom Telecomunicaciones, C40/08, apartados 35 y 36, y de 26 de enero de 2017, Banco Primus, C421/14, apartado 46).

¹⁸ Por todos, PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A. J., “La cosa juzgada ha muerto (y los principios procesales vilipendiados)”, en *Actualidad Civil*, 2022, núm. 7-8, versión digital.

Son vías no excluyentes sino complementarias, que se refuerzan entre sí. Y vías con un alcance muy diferente, pues mientras la primera pretende delimitar de forma restrictiva el efecto negativo de la cosa juzgada material del artículo 222.1 LEC, las otras dos tienen un carácter más drástico y buscan exceptuar o neutralizar el juego del referido efecto negativo bajo determinadas circunstancias.

Las dos primeras vías son por el momento, al menos en el campo de la tutela antidiscriminatoria, más un ejercicio teórico que una realidad jurídica, asentada normativa o judicialmente. En cambio, la tercera vía tiene ya un notable recorrido jurisprudencial detrás, aunque no por ello resulte clara su afirmación; al contrario.

4. La consideración de la tutela antidiscriminatoria dispensada con el paso del tiempo por el tñue (u otros altos tribunales) como novedosa causa de pedir que excluye el juego de la cosa juzgada

La primera vía para intentar no penalizar o “sancionar” a los pioneros de la tutela antidiscriminatoria en materia social consiste no tanto en exceptuar el efecto negativo de la cosa juzgada material del 222.1 LEC cuanto en defender una concepción restrictiva de la triple identidad (partes, *petitum* y *causa petendi*) necesaria para la operatividad del instituto procesal en cuestión¹⁹. Concepción restrictiva proyectada sobre la *causa petendi* y más en concreto sobre la fundamentación jurídica.

De conformidad con esta tesis, si entre el primer y el segundo pleito entre las mismas partes y para una misma pretensión *stricto sensu* o *petitum* (por ejemplo, el complemento por maternidad a favor de un varón padre de dos o más hijos) se produjera la intervención de un alto tribunal español o europeo que otorgara por fin cobertura jurídica a la tutela antidiscriminatoria que se viniera interesando hasta ese momento sin éxito judicial (la STJUE, de 12 de diciembre de 2019, por seguir con el ejemplo del complemento por maternidad a favor de varones), la dimensión jurídica de la causa de pedir del segundo pleito, centrada precisamente en la intervención del alto tribunal español o europeo, ya no sería la misma que la del primer pleito y no entraría en juego en el segundo pleito el efecto negativo de la cosa juzgada material del artículo 222.1 LEC proveniente del primer pleito.

Y es que, por continuar con el ejemplo del complemento por maternidad interesado por varones padres de dos o más hijos, en el segundo pleito el fundamento jurídico de la pretensión de reconocimiento judicial del complemento por maternidad o aportación demográfica no consistiría en la inaplicación de la titularidad exclusivamente femenina del complemento contemplada por el artículo 60 LGSS (versión anterior a la reforma operada por el RDL 3/2021) a la luz de la Directiva 79/7, 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. Y no consistiría en la inaplicación de la norma legal española aparentemente contraria a la Directiva europea porque dicho fundamento jurídico podría haberse empleado ya en el primer pleito, con la consiguiente activación de la cosa juzgada virtual del artículo 400.2 LEC. El fundamento jurídico del segundo pleito sería directamente la intervención del alto tribunal europeo en materia antidiscriminatoria, la STJUE, de 12 de diciembre de 2019, que evidentemente no podría haberse invocado en el primer pleito anterior a esa fecha, excluyendo así la invocación del 400.2 LEC²⁰. Sería, por tanto, un fundamento jurídico novedoso, una nueva causa de pedir ante la que no podría oponerse el muro del efecto negativo de la cosa juzgada material del 222.1 LEC.

¹⁹ Sobre la triple identidad, por todos, CALAZA LÓPEZ, S., *La cosa juzgada ...*, op. cit., pp. 74 ss.

²⁰ Permitiría apoyar esta tesis la STS, 4ª, 29-11-2023, rcud 4014/2021, F. J. 5, aunque su doctrina (*obiter dicta*, eso sí) se refiera a la cosa juzgada virtual del 400.1 LEC en lugar de a la cosa juzgada virtual del 400.2 LEC. Sentencia seguida de otras muchas en el mismo sentido.

Es verdad que esta tesis podría resultar contraria a la consolidada jurisprudencia del Supremo sobre la cosa juzgada material, según la cual el cambio jurisprudencial acaecido entre el primer y el segundo pleito entre las mismas partes y para la misma pretensión (incluido, evidentemente, el criterio jurisprudencial *ex novo*), a diferencia del cambio normativo, no podría considerarse una nueva causa de pedir y menos aún un hecho nuevo del 222.2 LEC²¹.

Sucede, sin embargo, que en materia de tutela antidiscriminatoria la intervención de los altos tribunales españoles y europeos no supondría sin más un cambio jurisprudencial sin variación del Derecho en vigor objeto de interpretación y/o aplicación, sino algo cualitativamente distinto, a saber, la “expulsión” del ordenamiento jurídico de la normativa declarada discriminatoria en sentido estricto, o bien afectada por una declaración de desigualdad de trato injustificada. En un escenario así, la sentencia del alto tribunal que dispensara la tutela antidiscriminatoria no solo afectaría a las partes del concreto pleito, sino que iría mucho más allá y desplegaría efectos *erga omnes* y cuasi normativos. Desde este punto de vista, la intervención del alto tribunal español o europeo en materia de tutela antidiscriminatoria, dada la singularidad de sus efectos, más próximos a un genuino cambio normativo que a un mero giro jurisprudencial, constituiría un nuevo fundamento o causa de pedir que alejaría el efecto negativo de la cosa juzgada material.

Es el caso, desde luego, de las sentencias del TJUE que declaran que una norma española es contraria a una norma europea sobre igualdad de trato y no discriminación. El ejemplo recurrente de la STJUE, de 12 de diciembre de 2019, para la que la titularidad exclusivamente femenina del complemento por maternidad o aportación demográfica es contraria a la Directiva 79/7, con la consiguiente extensión del complemento también a los varones padres de dos o más hijos en lugar de la supresión del complemento sin más²².

Y también lo es de las sentencias del Tribunal Constitucional que declaran que una norma legal española es contraria a los principios de igualdad de trato y no discriminación del artículo 14 CE, con la sanción de nulidad o expulsión del ordenamiento jurídico de la norma legal contraria a la Constitución (art. 39.1 LOTC) y la extensión del beneficio legal al colectivo objeto de discriminación. Así, por ejemplo, la discriminación indirecta por razón de sexo de las personas trabajadoras a tiempo parcial, de conformidad con la STC 91/2019, de 3 de julio, relativa al cálculo de la pensión por jubilación²³.

Igualmente, las sentencias del Supremo dictadas en el proceso de impugnación de convenios colectivos (arts. 163 y ss. LRJS a los que remite el 184 LTJS), con declaración de vulneración convencional de los principios de igualdad de trato y no discriminación, anulan los correspondientes preceptos convencionales y han de ser publicadas en el mismo boletín oficial en que se hubiese publicado el convenio colectivo objeto de anulación en todo o en parte (art. 166.3 LRJS). Adviértase que esta modalidad procesal especial podría iniciarse por el Ministerio Fiscal (art. 165.1.a) LRJS) a resultas de algún pleito individual o colectivo que hubiera concluido con una sentencia firme que contuviera una declaración de contravención convencional de los

²¹ En este sentido, la STS, Sala de lo Social, 10-5-1988, recurso en infracción de la ley. Asimismo, entre otras muchas, las SSTs, 4ª, 13-6-2008, rcud 809/2007, y 21-1-2010, rcud 57/2009. Véase, en el mismo sentido, MOLINS GARCÍA-ATANCE, J., “Los límites de la cosa juzgada en el proceso social”, en *Aranzadi Social*, 2006, pp. 3 y ss. de la versión digital.

²² Así, la STS, 4ª (Pleno), 17-2-2022, rcud 3379/2021, seguida de otras muchas en el mismo sentido. También para el régimen de clases pasivas del Estado, la STS, 3ª, 25-11-2021, rec. 4535/2020.

²³ Entre otros muchos, BENITO BENÍTEZ, Mª. A., “La vulneración del derecho de igualdad y de la prohibición de la discriminación sexista en el cálculo de la pensión de jubilación de las personas trabajadoras a tiempo parcial”, en *Revista de Derecho de la Seguridad Social-Laborum*, núm. 21, 2019, pp. 153 y ss., y TOSCANI GIMÉNEZ, D., “Los problemas del acceso a la pensión de jubilación de los trabajadores temporales y a tiempo parcial. Comentarios a la STJUE de 8 de mayo de 2019 y STC 91/2019, de 3 de julio”, en *Revista de Derecho de la Seguridad Social-Laborum*, núm. 21, 2019, pp. 163 y ss.

referidos preceptos constitucionales, con efectos solo *inter partes*, aunque aviso del Ministerio Fiscal por parte del órgano judicial competente. Es precisamente en esos pleitos individuales, sobre todo si no hubiera ningún pleito de conflicto colectivo por medio, en los que los pioneros de la tutela antidiscriminatoria podrían verse perjudicados por el efecto negativo de la cosa juzgada material del 222.1 LRJS, sirviendo la tesis que ahora se defiende como antídoto frente a una interpretación de la norma ritual española que pudiera actuar como “sanción” de los pioneros en un eventual segundo pleito entre las mismas partes y con la misma pretensión en liza; que no con la misma causa de pedir, siempre con arreglo a la tesis que se viene defendiendo.

Particular atención merecen las sentencias sobre tutela antidiscriminatoria del TJUE y del Tribunal Constitucional español.

Respecto de las sentencias del TJUE, se trata de reforzar la condición de novedosa causa de pedir y consiguiente inaplicación del efecto negativo de la cosa juzgada material del artículo 222.1 LEC. El refuerzo combina argumentos de Derecho nacional y de Derecho de la Unión Europea.

Empezando por los argumentos de Derecho nacional, los mismos hay que buscarlos en la consolidada jurisprudencia del Supremo que extiende el peculiar efecto positivo de la cosa juzgada de las sentencias de conflicto colectivo del artículo 160.5 LRJS no solo a los pleitos individuales pendientes de resolución o que puedan plantearse en el futuro, de conformidad con la literalidad de la norma legal ritual, sino también a los pleitos individuales anteriores a la sentencia de conflicto colectivo y afectados por el instituto de la cosa juzgada²⁴. Para dicha jurisprudencia, cuando entran en colisión dos tipos de resoluciones judiciales con las garantías formales y materiales de la cosa juzgada, las de tipo colectivo han de primar siempre sobre las de tipo individual, siendo uno de los argumentos principales el efecto *erga omnes* y cuasi normativo de las sentencias de conflicto colectivo²⁵.

En cuanto a los argumentos de Derecho de la Unión Europea, es de sobra sabido que la jurisprudencia del TJUE respeta la soberanía nacional en materia de normas procesales (autonomía procesal), incluidas las relativas al instituto de la cosa juzgada, con la salvedad de que dichas normas rituales respeten los principios de equivalencia y de efectividad, que son principios europeos de construcción jurisprudencial²⁶. Dejando al margen todo lo relativo al

²⁴ Por todas, STS, 4ª (Pleno), 19-7-2018, rcud 903/2017.

Véase MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., “La cosa juzgada material positiva en el proceso social. Configuración legal y aportación jurisprudencial”, en *Revista de Trabajo y Seguridad Social-CEF*, 2019, núm. 437-438, pp. 23 ss.

²⁵ Literalmente: “La sentencia colectiva tiene efectos cuasi normativos porque define el sentido en que se ha de interpretar la norma discutida o el modo en que ésta ha de ser aplicada. Por ello participa de alguna manera del alcance y efectos que son propios de las normas, extendiendo su aplicación a todos los afectados por el conflicto: “se trata de una prejudicialidad que presenta unas connotaciones tan específicas que muy bien podría calificarse de prejudicialidad normativa, en tanto en cuanto la sentencia que se dicta en el proceso de conflicto colectivo define el sentido en que se ha de interpretar la norma discutida o el modo en que ésta ha de ser aplicada, y por ello participa de alguna manera del alcance y efectos que son propios de las normas, extendiendo su aplicación a todos los afectados por el conflicto, pero con categoría de norma para que cada uno, tomando tal sentencia en su declaración de premisa “iuris”, pueda ejercitar las pertinentes acciones individuales de condena bajo el amparo de aquella sentencia que puso fin al proceso de conflicto colectivo” [...] Y que el efecto de cosa juzgada previsto en tal precepto (el art. 160.5 de la LRJS) “da a la sentencia colectiva [...] un efecto especial de carácter regulador o, como dijo nuestra sentencia de 30 de junio de 1994, normativo, en la medida en que “...define el sentido en el que ha de interpretarse la norma discutida o el modo en que ésta ha de ser aplicada, y por ello participa de alguna manera del alcance y efectos que son propios de las normas, extendiendo su aplicación a todos los afectados por el conflicto”” (entre otras muchas, SSTs, 4ª, 8-9-2020, rrcud 1719/2018 y 2645/2018).

²⁶ Literalmente: “Por lo tanto, el Tribunal de Justicia ya ha reconocido que la protección del consumidor no es absoluta. En particular, ha considerado que el Derecho de la Unión no obliga a un tribunal nacional a dejar de aplicar las normas procesales internas que confieren fuerza de cosa juzgada a una resolución, aunque ello permitiera subsanar la infracción de una disposición, cualquiera que sea su naturaleza, contenida en la Directiva 93/13 (véanse, en particular, las sentencias de 6 de octubre de 2009, Asturcom Telecomunicaciones, C-40/08, EU:C:2009:615, apartado 37, y de 21 de diciembre de 2016, Gutiérrez Naranjo y otros, C-154/15, C-307/15 y C-308/15, EU:C:2016:980, apartado 68), siempre

principio de efectividad, que será objeto de tratamiento exhaustivo en el siguiente apartado, el principio de equivalencia supone que las normas procesales nacionales a través de las cuales discurre procedimentalmente una pretensión sustantiva amparada en el Derecho europeo (la tutela antidiscriminatoria en lo que aquí interesa) “no sean menos favorables que las que rigen situaciones similares sometidas al Derecho interno”²⁷.

Pues bien, si conforme al Derecho interno español, en la interpretación del Tribunal Supremo, ha de prevalecer la cosa juzgada de las sentencias de conflicto colectivo sobre la cosa juzgada de las sentencias individuales anteriores en el tiempo, debido fundamentalmente a los singulares efectos cuasi normativos de las sentencias de conflicto colectivo, ese mismo criterio ha de servir, de conformidad con el principio europeo de equivalencia, para otorgar prioridad a las sentencias del TJUE sobre las sentencias españolas anteriores en el tiempo, rodeadas unas y otras de las características propias de la cosa juzgada. Y es que si las sentencias de conflicto colectivo tienen efectos *erga omnes* y cuasi normativos otro tanto ha de decirse de las sentencias del TJUE, al menos en materia de tutela antidiscriminatoria en el campo social.

De hecho, este mismo razonamiento, anclado en el principio de equivalencia y proyectado sobre la cosa juzgada, ha sido ya empleado en una mediática sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid sobre temática europea (conversión automática o no en fijos de los trabajadores indefinidos no fijos), bien es cierto que en un voto particular²⁸.

Mayor complejidad presentan las sentencias del Tribunal Constitucional en materia de tutela antidiscriminatoria en el ámbito social. Mayor dificultad por el hecho de que todos los argumentos hasta el momento utilizados podrían ceder ante la claridad del artículo 40.1 LOTC, que salvaguarda expresamente la cosa juzgada propia de las sentencias firmes aplicativas de la norma legal posteriormente declarada inconstitucional y nula por el Alto Tribunal.

A la vista de la disparidad de criterios según la novedosa causa de pedir, a efectos del 222.1 LEC, fuese una sentencia del TJUE o una sentencia del Tribunal Constitucional español, y de la injusticia de dicha disparidad para los pioneros de la tutela antidiscriminatoria en materia social, habría que acabar con la misma por la vía legal o por la vía jurisprudencial, sirviendo para ello tanto la jurisprudencia del Tribunal Constitucional como la del Supremo. Ni que decir tiene que aquí se defiende una evolución que no perjudique a los pronunciamientos del Tribunal Constitucional frente a los del TJUE, que no minusvalore los primeros frente a los segundos. En fin, que en uno y otro caso no pueda entrar en juego la cosa juzgada material en detrimento de los pioneros de la tutela antidiscriminatoria en materia social.

5. La exceptuación de la cosa juzgada en aras del principio de efectividad del derecho antidiscriminatorio de la Unión Europea: la extrapolación de la doctrina de las sentencias del TJUE de 22 de mayo de 2022

La segunda vía mediante la que procurar evitar la “sanción” a los pioneros de la tutela antidiscriminatoria en materia social es más drástica que la anterior, en la medida en que no postula una interpretación restrictiva de la excepción procesal de la cosa juzgada material, sino lisa y llanamente la exceptuación del instituto procesal bajo determinadas circunstancias.

que, no obstante, se respeten los principios de equivalencia y efectividad, conforme a la jurisprudencia recordada en el apartado 39 de la presente sentencia” (parágrafo 42 de la STJUE (Gran Sala), 17 de mayo de 2022, asunto C-600/19).

²⁷ Entre otras muchas, STJUE (Gran Sala), 17 de mayo de 2022, asunto C-600/19, parágrafo 39.

²⁸ Se trata del voto particular del magistrado López Parada (con adhesión de cuatro magistrados más) a la STSJ de Madrid, 10-4-2024, rec. 753/2021. También resulta interesante la doctrina sobre la cosa juzgada sentada por la sentencia de la mayoría de los magistrados, que incluye la jurisprudencia sobrevenida del TJUE como novedosa causa de pedir que excluye la aplicación del 222.1 LEC. En sentido contrario, el voto particular discrepante del magistrado Yuste Moreno.

Esas circunstancias, sin embargo, otorgan a la excepción un muy reducido campo de actuación, limitado a la defensa del Derecho de la Unión Europea y no en todos los casos, sino exclusivamente cuando la aplicación judicial de la excepción procesal de cosa juzgada material choque frontalmente con el principio de efectividad del Derecho europeo, algo más factible en el campo del Derecho antidiscriminatorio en materia social que en otros campos, con la salvedad de la tutela de los consumidores frente a las cláusulas contractuales abusivas en el que realmente esta vía tiene su origen jurisprudencial europeo.

En efecto, es en el ámbito del control judicial de oficio de las posibles cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores, al amparo de los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13, en el que el TJUE ha recordado en numerosas ocasiones la autonomía procesal de los Estados miembros y la importancia dentro de esta del principio de cosa juzgada, sin perjuicio de la posibilidad excepcional de inaplicar las normas procesales nacionales en aras de la salvaguarda de los principios europeos de equivalencia y efectividad²⁹. Del principio de equivalencia algo se ha dicho ya en el apartado anterior, correspondiendo ahora un mínimo esbozo del alcance del principio de efectividad del Derecho de la Unión Europea³⁰.

“Por lo que se refiere al principio de efectividad, el Tribunal de Justicia ha declarado que cada caso en el que se plantee la cuestión de si una disposición procesal nacional hace imposible o excesivamente difícil la aplicación del Derecho de la Unión debe analizarse teniendo en cuenta el lugar que ocupa dicha disposición dentro del conjunto del procedimiento, su desarrollo y sus peculiaridades, así como, en su caso, los principios en los que se basa el sistema jurisdiccional nacional, tales como la protección del derecho de defensa, el principio de seguridad jurídica y el buen desarrollo del procedimiento (sentencia de 22 de abril de 2021, Profi Credit Slovakia, C-485/19, EU:C:2021:313, apartado 53). Sin embargo, el Tribunal de Justicia ha estimado que el respeto del principio de efectividad no puede llegar al extremo de suplir íntegramente la total pasividad del consumidor afectado (sentencia de 1 de octubre de 2015, ERSTE Bank Hungary, C-32/14, EU:C:2015:637, apartado 62)”³¹.

La frecuente invocación por parte del TJUE del principio de efectividad del Derecho de la Unión Europea como posible limitación de la autonomía procesal de los Estados miembros, con inclusión del instituto de la cosa juzgada, con especial relevancia de la STJUE, de 26 de enero de 2017, asunto C-421/14 (Banca Primus)³², no había tenido en realidad ninguna aplicación efectiva hasta las cuatro sentencias de la Gran Sala, de 17 de mayo de 2022, dos de ellas relativas a España: una sobre la cosa juzgada material (asunto C-600/19; Ibercaja Banco) y otra sobre la prohibición de la *reformatio in peius* (asunto C-869/19; Unicaja Banco)³³. Aplicación efectiva del principio de efectividad del Derecho de la Unión Europea que tarde o temprano afectará a la

²⁹ Véanse las notas a pie número 17 y 26.

³⁰ QUESADA LÓPEZ, P. M., *El principio de efectividad del Derecho de la Unión Europea y su impacto en el Derecho procesal nacional*, Iustel, Madrid, 2019.

³¹ Parágrafo 44 de la STJUE (Gran Sala), de 17 de mayo de 2022, asunto C-600/19.

³² Muy interesantes las reflexiones de PÉREZ DAUDÍ, V., “Los efectos de la STJUE, de 3 de marzo de 2020, sobre IRPH en las sentencias firmes dictadas por los jueces nacionales”, en *Diario La Ley*, núm. 9591, 11 de marzo de 2020, versión digital, BECH SERRAT, J. M., “Cláusulas suelo y autonomía procesal en la Unión Europea: ¿por qué no hacer una excepción a la cosa juzgada?”, en *InDret*, 2018, núm. 1, pp. 1 ss. de la versión digital, y SÁNCHEZ GARCÍA, J., *La cosa juzgada en el ámbito de los consumidores y los efectos retroactivos de las cláusulas suelo declaradas abusivas*, Vlex, Barcelona, 2017.

³³ Entre otros muchos, ALBA CLADERA, F., “Preclusión y cosa juzgada como obstáculos para los derechos del consumidor. Límites y perspectivas de futuro en España a la luz de la última jurisprudencia del TJUE”, en *Justicia*, 2023, núm. 1, pp. 385 ss., y DAMIÁN MORENO, J., “Legalidad procesal y principio de efectividad a la luz de la doctrina del TJUE”, en *Justicia*, 2023, núm. 1, pp. 43 ss.

jurisprudencia constitucional española de la mano del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva³⁴.

Vaya por delante que nada hay en la doctrina del TJUE de 17 de mayo de 2022 que impida su traslación fuera del ámbito originario de la tutela de los consumidores articulada por la Directiva 93/13. Al contrario, las premisas sobre las que descansa dicha doctrina se cumplen a la perfección en el campo que aquí interesa, el de la tutela antidiscriminatoria europea en materia social.

Las premisas en cuestión, por lo que a la exceptuación del instituto procesal de la cosa juzgada se refiere, son tres: primera, la competencia de oficio del órgano judicial nacional que intervenga en el primer pleito para la defensa del Derecho de la Unión Europea. Segunda premisa, la falta de defensa expresa del Derecho de la Unión Europea por parte del órgano judicial nacional en el primer pleito en el que dicha defensa tendría que haberse activado. Tercera y última premisa, la no pasividad total del justiciable.

Para trasladar dichas premisas, y la correspondiente doctrina del TJUE de mayo de 2022 sobre la exceptuación del instituto de la cosa juzgada, al ámbito de la tutela antidiscriminatoria europea en materia social nada mejor que seguir el ejemplo del complemento por maternidad o aportación demográfica.

Por lo pronto, ninguna duda cabe de que en el primer pleito en el que cualquier varón padre de dos o más hijos hubiera interesado el reconocimiento judicial del complemento por maternidad o aportación demográfica, lógicamente con anterioridad a la STJUE de 12 de diciembre de 2019, el órgano judicial de instancia tendría de oficio que haber contrastado la titularidad exclusivamente femenina del complemento, de conformidad con la versión entonces vigente del artículo 60 LGSS, con el Derecho antidiscriminatorio nacional y europeo, esto es, con el artículo 14 CE y con la Directiva 79/7, 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. Y ello al margen de la invocación expresa o no en la demanda del Derecho antidiscriminatorio en cuestión.

Recuérdese que en la jurisdicción social la demanda no tiene que venir necesariamente acompañada de fundamentación jurídica alguna (art. 80.1 LRJS), lo que otorga al principio *iura novit curia* en la instancia la mayor intensidad posible. Adicionalmente, el Derecho antidiscriminatorio tiene, por supuesto, carácter imperativo, y en el ámbito de las prestaciones de seguridad social rige el principio de irrenunciabilidad (art. 3 LGSS).

La segunda de las premisas es la más importante, ya que condiciona la exceptuación en el segundo pleito de la cosa juzgada material derivada del primer pleito al hecho de que en el primer pleito el órgano judicial competente no hubiera manejado de forma expresa el Derecho de la Unión Europea aplicable al caso, privando de esta manera al justiciable de recurrir la resolución judicial invocando en el recurso precisamente la aplicación del Derecho de la Unión Europea supuestamente favorable a la pretensión del justiciable; incluso, propiciando, en su caso, el planteamiento de una cuestión prejudicial ante el TJUE.

En el ejemplo que se está empleando, si la sentencia de instancia hubiera denegado el reconocimiento judicial del complemento por maternidad interesado por un varón padre de dos o más hijos antes de la STJUE, de 12 de diciembre de 2019, y en la desestimación de la demanda el juez de lo social (o de lo contencioso-administrativo en el régimen de clases pasivas) se hubiera limitado a manejar la normativa española aplicable al caso, el artículo 60 LGSS y, quizá también,

³⁴ En este sentido, los dos interesantes votos particulares discrepantes a la STC 151/2022, de 30 de noviembre, con el incidente de nulidad de actuaciones del 241 LOPJ como telón de fondo.

el artículo 14 CE³⁵, pero sin mención alguna del Derecho antidiscriminatorio europeo (muy en particular, la Directiva 79/7), el demandante podría perder la oportunidad de hacer valer a su favor en el recurso de suplicación dicho Derecho antidiscriminatorio europeo, incluida la petición de una eventual cuestión prejudicial ante el TJUE. Podría en el supuesto extremo renunciar a la presentación del recurso de suplicación sin tener conocimiento a través de la sentencia de instancia de la existencia de un Derecho antidiscriminatorio europeo potencialmente favorable a su pretensión, lógicamente mediante una aplicación y/o interpretación distinta de la defendida por el órgano judicial en la instancia.

En un escenario como el apenas descrito, y sin perjuicio de lo que después se dirá sobre la tercera premisa, si tras la STJUE, de 12 de diciembre de 2019, el varón padre de dos o más hijos volviera a pleitear con la intención de obtener judicialmente el complemento por maternidad o aportación demográfica denegado en sede administrativa por segunda vez, el efecto negativo de la cosa juzgada material derivado del primer pleito debería ser exceptuado en aras del principio de efectividad del Derecho de la Unión Europea (Directiva 79/7), sacrificado silenciosa e indebidamente en el primer pleito³⁶.

La tercera de las premisas de la doctrina del TJUE de mayo de 2022 es la no pasividad total del justiciable. Aunque se trate de una premisa sin apenas explicación en las sentencias del TJUE, parece razonable entender que la defensa activa del Derecho de la Unión Europea por parte del justiciable tendría que ir más allá del hecho mismo de pleitear por segunda vez pese a tener una primera sentencia firme en contra. Ya en el primer pleito el justiciable tendría que haber desplegado una mínima defensa de su pretensión con amparo en el Derecho europeo, aunque fuese muy elemental y tosca, sin cita precisa y fundamentada del Derecho europeo en cuestión.

De nuevo en el ejemplo que se está siguiendo, el varón padre de dos o más hijos en el primer pleito tendría que haber suplicado el reconocimiento judicial del complemento por maternidad o aportación demográfica mediante como mínimo la alegación de su derecho o interés a no ser objeto de una discriminación o de un trato desigual injustificado, sin necesidad de una precisa y fundamentada invocación del Derecho antidiscriminatorio europeo, concretado en la Directiva 79/7, incompatible con la titularidad exclusivamente femenina del complemento defendida en su momento por el legislador español. Recuérdese, una vez más, que el artículo 80.1 LRJS no exige fundamentación jurídica de la demanda.

En conclusión, una muy interesante vía, por el momento más teórica que real, de protección de los pioneros de la tutela antidiscriminatoria frente al muro de la cosa juzgada material, limitada a los supuestos amparados por el Derecho antidiscriminatorio europeo, extraordinariamente relevante en el ámbito social, eso sí. Una vía menos compleja que la de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador arbitrada por el muy restrictivo artículo 32.5 de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público, censurado, por cierto, por el TJUE en el recurso por incumplimiento interpuesto por la Comisión Europea³⁷.

³⁵ Los casos de las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas por el Juzgado de lo Social núm. 6 de Murcia, inadmitidas a trámite por los AATC 61/2018 y 106/2018, sin mención alguna del Derecho de la Unión Europea contrario a la titularidad exclusivamente femenina del complemento por maternidad *ex* artículo 60.1 LGSS (versión anterior a la modificación operada por el Real Decreto-ley 3/2021).

³⁶ En ese sentido, VIVERO SERRANO, J. B., *Del complemento por ...*, *op. cit.*, pp. 128-130.

³⁷ STJUE (Gran Sala), 28 de junio de 2022, asunto C-278/20.

6. La exceptuación de la cosa juzgada en aras del principio constitucional de igualdad de trato

La tercera y última de las vías para procurar proteger a los pioneros de la tutela antidiscriminatoria en materia social frente al obstáculo del efecto negativo de la cosa juzgada material del artículo 222.1 LEC es la única de las tres que tiene cierto recorrido en la realidad jurídica. Recorrido jurisprudencial para ser precisos. Ahora bien, de inmediato habrá ocasión de comprobar que esta vía tiene notables limitaciones en la práctica, pudiendo beneficiar solo a determinados pioneros de la tutela antidiscriminatoria con una primera sentencia desfavorable y firme a sus espaldas. Aunque algún pronunciamiento aislado del Supremo, que será objeto de consideración al final del apartado, podría abrir las puertas a la extensión de esta vía, con la consiguiente protección del grueso de los pioneros de la tutela antidiscriminatoria en materia social.

Todo arranca de la STC 307/2006, de 23 de octubre, que vino a exceptuar la excepción procesal de cosa juzgada material de la mano del principio constitucional de igualdad de trato³⁸. Sentencia que otorgó el amparo al beneficiario de la pensión por incapacidad permanente total reconocida por vía judicial (año 1999) y con una base reguladora sin aplicación de la entonces inexistente doctrina judicial del paréntesis sobre el periodo previo de incapacidad laboral transitoria, no habiéndose podido beneficiar poco después el interesado, por el juego de la cosa juzgada material, de la revisión de oficio de la base reguladora de las pensiones por incapacidad permanente reconocidas en vía administrativa practicada por el INSS. Revisión al alza de la base reguladora al amparo de la nueva jurisprudencia del Supremo (año 2000) favorable a la aplicación de la doctrina del paréntesis. Para el Alto Tribunal, la diferencia de trato dispensada por el INSS suponía la vulneración del principio constitucional de igualdad de trato, no pudiendo servir la cosa juzgada como justificación de la diferencia de trato.

La jurisprudencia constitucional partidaria de la exceptuación de la cosa juzgada material en aras del principio constitucional de igualdad de trato, que descansa inequívocamente en la diferente actuación del INSS tras un cambio jurisprudencial del Supremo, con penalización de quienes tuvieran una sentencia firme anterior al nuevo criterio jurisprudencial, lógicamente de sentido contrario al mismo, pronto fue acogida por el Tribunal Supremo para casos idénticos al resuelto por el Tribunal Constitucional³⁹ y para casos no idénticos pero sí muy similares⁴⁰.

Una jurisprudencia nacida en el ámbito de la seguridad social, aunque no necesariamente restringida a dicho ámbito. En cualquier caso, recuérdese que el principio constitucional de igualdad de trato, distinto del principio de no discriminación, no rige en las relaciones entre particulares, salvo que dichas relaciones se concreten en normas contenidas en convenios colectivos estatutarios⁴¹. Esta limitación subjetiva, obviamente, no despliega sus efectos en materia de seguridad social donde siempre actúan poderes públicos o sujetos privados (mutuas colaboradoras) en el ejercicio de potestades administrativas.

³⁸ Un comentario crítico de esta sentencia del Tribunal Constitucional puede verse en MOLINS GARCÍA-ATANCE, J., “Los límites de ...”, *op. cit.*, versión digital.

³⁹ Entre otras, la STS, 4ª, 21-1-2010, rcud 57/2009.

⁴⁰ Por ejemplo, las SSTs, 4ª, 22-4-2010, rcud 1888/2009. Más recientemente, la STS, 4ª, 18-5-2018, rcud 3552/2016.

⁴¹ SSTC 34/1984 y 36/2011, entre otras muchas, referidas a la inaplicación del principio constitucional de igualdad en el ámbito de las relaciones privadas. Respecto de la aplicación de ese principio a la autonomía colectiva concretada en los convenios colectivos estatutarios, por todas, la STC 177/1988. Y la aplicación para los empleadores públicos en la STC 34/2004.

La proyección de esta tercera vía sobre el laboratorio privilegiado del complemento por maternidad o aportación demográfica arroja un panorama de sobresaliente interés, que aconseja un análisis detallado en lugar de global.

Empezando por el supuesto extremo de los pioneros de la tutela antidiscriminatoria en el referido laboratorio privilegiado, es decir, el de los varones padres de dos o más hijos que antes de la STJUE, de 12 de diciembre de 2019, vieron confirmada judicialmente la denegación administrativa del complemento, hay que recordar que en un primer momento, ya tras la STJUE de diciembre de 2019, la Administración de la seguridad social siguió denegando en sede administrativa el complemento por maternidad o aportación demográfica interesado por los varones⁴². Tiempo después, en cambio, la Administración de la Seguridad Social empezó a reconocer en sede administrativa, salvo en algunos supuestos que no vienen al caso, el complemento interesado por los varones, siempre que no tuvieran ninguna sentencia firme confirmatoria de la denegación administrativa de la primera solicitud del complemento⁴³.

Esa actuación de la Administración de la seguridad social encaja perfectamente en la diferencia de trato censurada primero por la STC 307/2006 y posteriormente por numerosas sentencias del Tribunal Supremo. La denegación del complemento interesado por segunda vez por el solo hecho de tener una sentencia firme confirmatoria de la primera denegación administrativa constituye una actuación administrativa contraria al principio constitucional de igualdad de trato, cuya reparación exige exceptuar el efecto negativo de la cosa juzgada material del artículo 222.1 LEC.

Los tribunales superiores de justicia de las comunidades autónomas, salvo contadas excepciones⁴⁴, todavía no han tenido ocasión de abordar esta problemática, sin que resulte sencillo conocer lo que pueda estar sucediendo en los juzgados de lo social, aunque todo apunta a que el grueso de los beneficiarios potenciales del complemento por maternidad se están resignando ante el muro de la cosa juzgada material opuesto por la Administración de la seguridad social, con una muy escasa litigiosidad judicial, comprensible tras haber experimentado con anterioridad a la STJUE, de 12 de diciembre de 2019, el fracaso judicial. Con todo, tarde o temprano la controversia acabará escalando hasta el Tribunal Supremo.

Y para cerrar este supuesto extremo, téngase muy en cuenta que en el régimen de clases pasivas del Estado la Administración competente está denegando el complemento por maternidad solicitado por segunda vez por los varones mediante la simple invocación de la llamada cosa juzgada administrativa, esto es, la firmeza de la primera resolución administrativa denegatoria del complemento no combatida administrativa y/o judicialmente en su momento con éxito (art. 28 LJCA). Invocación de la cosa juzgada administrativa que la jurisdicción contencioso-administrativa está dando por buena por el momento⁴⁵. Ello sin perjuicio de que

⁴² Criterio de gestión 1/2020, de 31 de enero de 2020, de la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica del INSS, mencionado en la nota número 6.

⁴³ El primer y tímido cambio se aprecia en el Criterio de gestión 35/2021, de 2 de diciembre de 2021, de la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica del INSS. Criterio a su vez modificado, en sentido todavía más favorable a los varones padres de dos o más hijos, por el Criterio de gestión 5/2024, de 8 de marzo de 2024, de la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica del INSS. Estos criterios están disponibles en el portal de transparencia del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones.

⁴⁴ La STSJ de la Rioja, 23-12-2021, rec. 218/2021, aprecia de oficio el efecto negativo de la cosa juzgada material del 222.1 LEC pese a que en el anterior pleito no se discutió en ningún momento sobre el complemento por maternidad, sino exclusivamente sobre el grado de incapacidad permanente, habiendo el INSS reconocido una IPT y la jurisdicción social en ese primer pleito una IPA. En sentido contrario, y para un supuesto muy parecido, la STSJ de la Rioja, 22-2-2024, rec. 6/2024, que no considera aplicable la cosa juzgada material del 222.1 LEC. Tampoco lo considera aplicable la STSJ del País Vasco, 31-1-2023, rec. 1898/2022.

⁴⁵ Por ejemplo, las SSTSJ de la Comunidad de Madrid, c-a, 25-1-2024, recls. 505/2021 y 1104/2021.

siempre pueda acudir a la revisión de oficio del artículo 106 LPACAP, alegando la nulidad del correspondiente acto administrativo *ex* artículo 47.1.a) LPACAP. Nótese que solo en el régimen de clases pasivas puede invocarse la denominada cosa juzgada administrativa, no así en el resto de regímenes de la seguridad social en los que opera la reclamación administrativa previa del artículo 71 LRJS, cuya interpretación por el Tribunal Supremo descarta la operatividad de la cosa juzgada administrativa⁴⁶.

Más allá del supuesto extremo del que se acaba de dar cuenta, y sin ánimo exhaustivo, existen otros aspectos del controvertido régimen jurídico del complemento por maternidad o aportación demográfica en los que también hay que plantearse la excepción o no de la cosa juzgada en aras del principio constitucional de igualdad de trato.

El caso, por ejemplo, de la indemnización por el perjuicio derivado de la innecesaria obtención del complemento por maternidad en sede judicial debiendo haberlo visto reconocido en sede administrativa. Indemnización por la innecesaria judicialización que atenta contra la Directiva 79/7 como ha tenido ocasión de manifestar la STJUE, de 14 de septiembre de 2023, seguida de inmediato por el Tribunal Supremo, cambiando de hecho su previa doctrina de signo contrario a la indemnización⁴⁷. Sucede que la Administración de la seguridad social, con el INSS a la cabeza, está interpretando que la reclamación en sede administrativa de la pertinente indemnización (1800 euros según el Supremo) no puede ser resuelta por dicha administración al no estar en juego una genuina prestación de seguridad social, encauzando a las personas interesadas a la vía de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, competencia de la ministra de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones. Una vía por el momento colapsada, a la espera de que pueda encontrarse alguna fórmula jurídica que permita reconocer la indemnización a la Administración de la Seguridad Social.

Lo cierto es que cuando quien solicita la indemnización es un beneficiario del complemento por maternidad que en el correspondiente pleito no interesó de forma expresa la indemnización, la vía de la responsabilidad patrimonial queda abierta, mientras cuando quien presenta la solicitud de la indemnización es un beneficiario del complemento por maternidad con denegación judicial firme de la indemnización interesada en el mismo pleito en el que se obtuvo el reconocimiento del complemento, el efecto negativo de la cosa juzgada material del 222.1 LEC se erige en obstáculo aparentemente insalvable para la depuración de la responsabilidad patrimonial. De nuevo, una diferencia de trato al amparo de la cosa juzgada incompatible con el principio constitucional de igualdad. Está por ver, eso sí, cuál será la postura de los tribunales de lo social y de lo contencioso-administrativo sobre este particular. Aquí se defiende, evidentemente, la excepción de la cosa juzgada material al socaire del principio constitucional de igualdad de trato. Es razonable que así lo acabe entendiendo también la jurisdicción social. Más difícil será que lo haga la jurisdicción contencioso-administrativa.

Y por poner un último ejemplo, relativo a los efectos económicos retroactivos del reconocimiento judicial del complemento, concretados conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la fecha misma del hecho causante de la pensión contributiva objeto del complemento, más allá, en su caso, de la retroactividad máxima de tres meses del artículo 53.1 LGSS⁴⁸. Sucede que la Administración de la seguridad social está reconociendo en sede administrativa el complemento con la retroactividad coincidente con la fecha del hecho causante de la pensión complementada, sin la limitación de tres meses del 53.1 LGSS, salvo en el caso de los beneficiarios del complemento que lo hubieran obtenido judicialmente con una sentencia firme

⁴⁶ Véase VIVERO SERRANO, J. B., *Del complemento por ...*, *op. cit.*, pp. 123 ss.

⁴⁷ Véase la jurisprudencia citada en la nota número 7.

⁴⁸ STS, 4ª (Pleno), 30-5-2022, rcud 3192/2021, seguida de otras muchas en el mismo sentido.

que limitara la retroactividad a los tres meses del 53.1 LGSS, algo muy frecuente en su momento, antes de que el Tribunal Supremo pusiera orden y unificara las doctrinas contradictorias sobre este extremo. Hay, por cierto, pronunciamientos judiciales que consideraban aplicable en este escenario el artículo 222.1 LEC, sin plantearse una posible vulneración del principio constitucional de igualdad de trato⁴⁹.

Esta diferencia de trato dispensada por la Administración de la seguridad social, con aparente cobertura jurídica en la cosa juzgada material, constituye una vulneración del principio constitucional de igualdad, cuyo respeto pasa por la exceptuación del juego del 222.1 LEC. Así probablemente acabará reconociéndolo el Tribunal Supremo cuando esta problemática escale hasta el mismo.

Se deja para el final el pronunciamiento aislado del Tribunal Supremo que parece haberle dado a la exceptuación de la cosa juzgada material en aras del principio constitucional de igualdad de trato un amplísimo ámbito de aplicación, que desborda los estrechos contornos de la excepción dibujados por la STC 307/2006.

Se trata de la STS, 4ª, 11-7-2023, recurso de casación 34/2021, que se pronuncia sobre un supuesto de discriminación de los fijos discontinuos respecto de los trabajadores a tiempo completo en materia de trienios, debiendo computarse para los fijos discontinuos tanto los periodos de actividad como los periodos de inactividad, de conformidad con el nuevo criterio del TJUE, seguido después por el Tribunal Supremo⁵⁰. Para el Tribunal Supremo los fijos discontinuos de la Agencia de la Junta de Andalucía afectados por el conflicto colectivo no pueden verse perjudicados por una sentencia firme anterior al nuevo criterio sentado por el TJUE y el Tribunal Supremo español. A diferencia de la sentencia de instancia, el Alto Tribunal descarta la cosa juzgada material del 222.1 LEC en aras del principio constitucional de igualdad de trato.

Aunque este pronunciamiento aislado del Tribunal Supremo reivindica la STC 307/2006, así como la jurisprudencia del Supremo surgida de inmediato a su amparo, lo cierto es que va mucho más allá de donde fue en su día el Tribunal Constitucional. Y es que para el Tribunal Constitucional la clave de la exceptuación de la cosa juzgada del 222.1 LEC radica en la existencia de una diferencia de trato cometida por un mismo sujeto, el INSS en el caso de autos. En cambio, en la sentencia del Supremo de julio de 2023 no hay diferencia de trato cometida por un mismo sujeto, la Agencia de la Junta de Andalucía empleadora, pues todos los fijos discontinuos de la misma son tratados de la misma forma, en atención a una sentencia firme anterior al nuevo criterio sentado por el TJUE y el Tribunal Supremo.

Lo que queriendo o sin querer viene a hacer el Tribunal Supremo en su pronunciamiento aislado de julio de 2023 es cuestionar la consolidada jurisprudencia según la cual un cambio de criterio jurisprudencial sin cambio normativo por medio no constituye una nueva causa de pedir que permita eludir el efecto negativo de la cosa juzgada material del 222.1 LEC⁵¹. Un cuestionamiento apoyado en el principio constitucional de igualdad de trato defendido por la STC 307/2006, pero en el que la diferencia de trato censurada sería la cometida por el poder judicial por no permitir que los asuntos resueltos con carácter firme a partir de un criterio judicial posteriormente superado puedan volver a ser enjuiciados y resueltos conforme al nuevo criterio.

⁴⁹ STSJ de Castilla y León/Valladolid, 31-3-2023, rec. 489/2023. Y STSJ del País Vasco, 17-10-2023, rec. 1041/2023.

⁵⁰ STS, 4ª, 19-11-2019, rcud 2309/2017, y otras muchas posteriores en la misma línea.

⁵¹ Se remite a la jurisprudencia citada en la nota número 21.

Si este pronunciamiento aislado llegara a consolidarse todo cambio jurisprudencial relevante abriría las puertas a una nueva litigación orientada a la aplicación del nuevo criterio frente al anterior de signo contrario y ya firme, lógicamente siempre que la situación jurídica controvertida lo permitiera y con el alcance en que lo permitiera (prescripción, etc.). Supondría no tanto una excepción de la cosa juzgada en aras del principio constitucional de igualdad de trato cuanto una restrictiva interpretación de la triple identidad que exige para la activación del efecto negativo de la cosa juzgada material el artículo 222.1 LEC. El cambio jurisprudencial relevante se erigiría así en una novedosa causa de pedir en comparación con la causa de pedir del primer pleito, sin que la cosa juzgada virtual del 400.2 LEC pudiera entrar en liza a la fuerza. Habrá que estar muy atentos.