




# Incidencia sobre los derechos de las trabajadoras de las recientes leyes españolas de igualdad (2022-2023)\*

## IMPACT OF RECENT SPANISH EQUALITY LAWS ON WOMEN WORKERS' RIGHTS (2022-2023)

**José Fernando Lousada Arochena**

Magistrado especialista de lo Social  
Tribunal Superior de Justicia de Galicia  
Doctor en Derecho y Graduado Social  
Profesor Asociado de Derecho Procesal  
Universidad de A Coruña  
[fernando.lousada@udc.es](mailto:fernando.lousada@udc.es)  0000-0002-4629-0539

Recibido: 01.04.2023 | Aceptado: 19.04.2023

### RESUMEN

Durante el 2022 y los primeros meses del 2023 hemos asistido en España a la publicación de hasta cuatro leyes sobre igualdad: la Ley de igualdad de trato y no discriminación; la Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual; la Ley para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI; y la Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. En el presente estudio se analiza de manera crítica la incidencia que dichas cuatro leyes han tenido sobre los derechos laborales y de Seguridad Social de las mujeres trabajadoras.

### ABSTRACT

During 2022 and the first months of 2023, we have witnessed the publication of up to four laws on equality in Spain: the Law on equal treatment and non-discrimination; the Organic Law of comprehensive guarantee of sexual freedom; the Law for the real and effective equality of trans people and for the guarantee of the rights of LGTBI people; and the Organic Law that modifies the organic law on sexual and reproductive health and the voluntary interruption of pregnancy. This study critically analyzes the impact that these four laws have had on the labor and social security rights of working women.

### PALABRAS CLAVE

Derechos de las trabajadoras  
Igualdad en el trabajo  
Seguridad Social

### KEYWORDS

Women workers' rights  
Equality at work  
Social Security

\* Este artículo se enmarca en el proyecto PID 2019-108526RB-I00/AEI/10.13039/501100011033, con título "Violencias de género y subordinación estructural: implementación del principio del *gender mainstreaming*", cuya investigadora principal es Juana María Gil Ruiz.

## SUMARIO

- I. LEY DE IGUALDAD DE TRATO Y NO DISCRIMINACIÓN
    - A. Definiciones fundamentales del derecho antidiscriminatorio español
      1. *Discriminación por asociación*
      2. *Discriminación por error*
      3. *Discriminación múltiple e interseccional*
      4. *Intolerancia*
    - B. Garantías del derecho a la igualdad de trato
  - II. ORGÁNICA DE GARANTÍA INTEGRAL DE LA LIBERTAD SEXUAL
    - A. La prevención de las violencias sexuales en la empresa
    - B. Derechos laborales individuales de las víctimas de violencia sexual
    - C. Protección por desempleo de las víctimas de violencia sexual
    - D. Pensión de orfandad y prestación de orfandad
  - III. LEY PARA LA IGUALDAD REAL Y EFECTIVA DE LAS PERSONAS TRANS Y GARANTÍA DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS LGTBI
  - IV. LEY ORGÁNICA DE SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA
    - A. Situación especial de incapacidad temporal por menstruación incapacitante secundaria
    - B. Situación especial de incapacidad temporal por la interrupción del embarazo
    - C. Situación especial de incapacidad temporal por gestación de la mujer desde el día primero de la semana trigésima novena
    - D. Algunas consideraciones críticas en relación con las situaciones de incapacidad temporal especial por salud sexual y reproductiva
    - E. Ampliación del descanso y las prestaciones de seguridad social por nacimiento y cuidado de menor
- Bibliografía

Durante el 2022 y los primeros meses del 2023 hemos asistido en España a la publicación de hasta cuatro leyes sobre igualdad: la Ley 15/2022, de 11 de junio, de igualdad de trato y no discriminación; la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual; la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI; y la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.

Ninguna de estas cuatro leyes (dos orgánicas y dos ordinarias) supone ni muchos cambios cuantitativos, ni tampoco cambios cualitativos, en los derechos laborales y de Seguridad Social de las trabajadoras, que siguen regidos por las normas preexistentes, contenidas en la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, en el Estatuto de los Trabajadores y sus disposiciones de desarrollo (Reales Decretos 901 y 902 de 2020, sobre planes de igualdad en las empresas e igualdad de retribuciones), en la Ley General de la Seguridad Social y en la Ley reguladora de la Jurisdicción Social.

Aunque ni han supuesto un cambio cualitativo, ni tampoco muchos cambios, todas ellas han impactado sobre ese núcleo normativo y, en consecuencia, sobre los derechos laborales y de Seguridad Social de las trabajadoras, siempre en la idea de mejorar esos derechos, si bien la técnica normativa utilizada genera no pocos

problemas aplicativos que oscurecen las mejoras, y en ocasiones los avances han tenido marcha atrás o se han quedado cortos. Pretende este estudio realizar una aproximación crítica a cuál ha sido ese impacto, y para ello se analizarán cronológicamente esas cuatro leyes.

## I. LEY DE IGUALDAD DE TRATO Y NO DISCRIMINACIÓN

Según se afirma en su Exposición de Motivos, la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, “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”. Carácter mínimo en el que se insiste en el articulado hasta en dos ocasiones: en el artículo 3.2 cuando se establece que “lo dispuesto en la presente Ley se entiende sin perjuicio de los regímenes específicos más favorables establecidos en la normativa estatal o autonómica por razón de las distintas causas de discriminación (art. 3.2), y en el artículo 7.2 cuando se establece que “la presente Ley consagra los niveles mínimos de protección y no perjudica las disposiciones más favorables establecidas en otras normas, debiendo prevalecer el régimen jurídico que mejor garantice la no discriminación”. Un carácter mínimo que también explica que allí donde la tutela antidiscriminatoria estaba más avanzada, nada se cambia, y de ahí que la LOIEMH salga indemne; y lo mismo cabe decir de la normativa social (ET, LGSS y LRJS).

Podríamos entonces llegar a la conclusión de que nada más hay que decir en orden a los derechos laborales y de Seguridad Social de las trabajadoras. Sin embargo, y precisamente por el carácter de mínimos de la Ley 15/2022, algunas de sus normas consolidan interpretaciones jurisprudenciales y doctrinales en aplicación de la LOIEMH, con lo cual, sin suponer avances reales, sí suponen mayor seguridad jurídica. Deberíamos añadir: aunque no siempre, pues la superposición de regulaciones genera en algunas ocasiones dudas interpretativas que van en demérito de la seguridad jurídica.

Veamos seguidamente que aporta la Ley 15/2022 a la tutela de la igualdad de los sexos<sup>1</sup> al hilo de las dos finalidades que (según acabamos de ver) declara su propia Exposición de Motivos: “(contener) las definiciones fundamentales del derecho antidiscriminatorio español y, al mismo tiempo, (albergar) sus garantías básicas”.

1. Análisis más amplios sobre los aspectos laborales de la Ley 15/2022 son los siguientes: Álvarez del Cuvillo, A.: “La Ley integral para la igualdad: un frágil puente entre el derecho europeo y la Constitución”, *Temas Laborales*, núm. 165, 2022, pp. 87-120; Ferrer Cortines, O. y Herrera Trujillo, M. J.: “Aspectos laborales de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y no discriminación, y su repercusión práctica”, *Jurisdicción Social: Revista de la Comisión de lo Social de Juezas y Jueces para la Democracia*, núm. 240, 2023, pp. 5-30; Lousada Arochena, J. F.: “Ley 15/2022, de 12 julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación: incidencia en el Derecho del Trabajo”, *Revista de Jurisprudencia El Derecho – Francis Lefebvre*, publicado el 29 de diciembre de 2022, disponible en <https://elderecho.com/ley-15-2022-igualdad-trato-no-discriminacion-derecho-del-trabajo>; Rojo Torrecilla, E.: “Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación. Una historia que empezó en 2011 y acabó (bien) en 2022. Notas a la Ley 15/2022 de 12 de julio, con especial atención al contenido laboral”, Blog de Eduardo Rojo, 19 de agosto de 2022, disponible en <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2022/08/ley-integral-para-la-igualdad-de-trato.html>.

## A. Definiciones fundamentales del derecho antidiscriminatorio

El derecho a la igualdad de trato y no discriminación (que, por supuesto, incluye el sexo como causa prohibida de desigualdad de trato o discriminación ex artículo 2.1 de la Ley 15/2022) se define en los siguientes términos literales (art. 4.1): “Queda prohibida toda disposición, conducta, acto, criterio o práctica que atente contra el derecho a la igualdad. Se consideran vulneraciones de este derecho la discriminación, directa o indirecta, por asociación y por error, la discriminación múltiple o interseccional, la denegación de ajustes razonables, el acoso, la inducción, orden o instrucción de discriminar o de cometer una acción de intolerancia, las represalias o el incumplimiento de las medidas de acción positiva derivadas de obligaciones normativas o convencionales, la inacción, dejación de funciones, o incumplimiento de deberes”.

Un problema interpretativo en relación con la igualdad de trato y no discriminación por sexo se produce en relación con la disposición (contenida después de la anterior en el artículo 4.2) según la cual “no se considera discriminación la diferencia de trato basada en alguna de las causas previstas en el apartado 1 del artículo 2 de esta Ley derivada de una disposición, conducta, acto, criterio o práctica que pueda justificarse objetivamente por una finalidad legítima y como medio adecuado, necesario y proporcionado para alcanzarla”. Sin embargo, la LOIEMH no prevé más exclusiones en el ámbito laboral que aquellas derivadas de la cláusula de buena fe ocupacional (art. 5<sup>2</sup>), cuyas exigencias, si bien parecidas, resultan más exigentes<sup>3</sup>. Y el carácter mínimo de la Ley 15/2022 no ampara redimensionar a la baja esas mayores exigencias.

Veamos seguidamente cuáles son las vulneraciones del derecho a la igualdad de trato y no discriminación según el artículo 4.1, luego definidas en el artículo 6 de la Ley 15/2022. Aunque solo nos detendremos en los conceptos de aquellas vulneraciones que suponen novedad sobre la situación precedente en el ámbito de las relaciones laborales.

### 1. Discriminación por asociación

La discriminación por asociación, también denominada discriminación por vinculación, discriminación por interposición, discriminación refleja o discriminación

---

2. Según el artículo 5.II de la LOIEMH, “no constituirá discriminación en el acceso al empleo, incluida la formación necesaria, una diferencia de trato basada en una característica relacionada con el sexo cuando, debido a la naturaleza de las actividades profesionales concretas o al contexto en el que se lleven a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado”. Véase también el artículo 69.3 de la LOIEMH, que regula la cláusula de buena fe comercial aplicable en el ámbito del acceso de bienes y servicios y su suministro. Más ampliamente, sobre las cláusulas de buena fe ocupacional y comercial y su interpretación jurisprudencial, me remito a Lousada Arochena, J. F.: *El derecho fundamental a la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 191-196.

3. Compárese el artículo 4.2 de la Ley 15/2022 con el artículo 5.II de la LOIEMH: aquel no limita su ámbito, este se refiere solo al “acceso al empleo, incluida la formación necesaria”, pero nada más; este utiliza una exigencia sin duda más estricta al hablar de “requisito profesional esencial y determinante”; además la cláusula de buena fe ocupacional ha sido aplicada muy restrictivamente por la jurisprudencia, mientras que aún está por ver la interpretación jurisprudencial que se da al artículo 4.2 de la Ley 15/2022.

transferida, adquiere carta de naturaleza con la STJUE de 17 de julio de 2008, caso *Coleman*, C-303/06<sup>4</sup>, que enjuiciaba el caso de una trabajadora a la que la empresa aplicaba un trato desigual y despectivo por solicitar permisos y reducción de jornada con el fin de atender a su hijo discapacitado. Por lo tanto, la circunstancia personal o social que motiva el trato peyorativo no concurre en la persona trabajadora, sino en alguno de sus allegados o persona asociada. Así, para apreciar la discriminación se atiende no solo a un sujeto sino en este caso a dos sujetos: el perteneciente al colectivo vulnerable y el represaliado.

Se ha cuestionado si la discriminación por asociación se puede aplicar al sexo pues todas las personas, hombres o mujeres, tienen relación con alguna mujer. Por ello, no cabe su aplicación con carácter general, pero sí cabría cuando la mujer se encontrase individualizada por algún motivo peyorativo (por ejemplo, sería una discriminación por asociación la sufrida por el hecho de ser hijo de una madre soltera; uno de los insultos más extendidos en nuestra cultura, llamarle a alguien hijo/a de puta, es otro ejemplo).

Jurisprudencialmente, la discriminación por asociación vinculada al sexo ha encontrado aplicación en la jurisprudencia constitucional y la jurisprudencia ordinaria.

- En la jurisprudencia constitucional, la STC 71/2020, de 29 de junio, consideró discriminación por asociación vinculada al sexo la denegación a una trabajadora de un permiso por hospitalización de su hermana a consecuencia del parto (en este caso, la persona asociante es una mujer por ser el parto un hecho femenino).
- En la jurisprudencia ordinaria, la STS 79/2020, de 29 de enero (RCUD 3097/2017) consideró discriminación por asociación vinculada al sexo la imprevisión de las prestaciones a favor de familiares en el Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez (en este caso, la persona asociante, causante de la prestación, es habitualmente una mujer pues, por el sustrato sociolaboral del SOVI, este seguro integraba mayormente mujeres).

La Ley 15/2022, en su artículo 6.2.a), define la discriminación por asociación “cuando una persona o grupo en que se integra, debido a su relación con otra sobre la que concurra alguna de las causas previstas en el apartado primero del artículo 2 de esta ley, es objeto de un trato discriminatorio”. Dados los antecedentes existentes, aquí la novedad se encuentra en la recepción legal del concepto que facilitará su aplicación.

## 2. Discriminación por error

Menos transitado por la jurisprudencia y la doctrina científica que la discriminación por asociación, la discriminación por error (o por una apariencia causante de un error

4. El estudio más completo en la materia en el presente es el de Maneiro Vázquez, Y.: *La discriminación por asociación: desafíos sustantivos y procesales*, Aranzadi, Cizur Menor, 2021.

en el sujeto discriminador) se define en el artículo 6.2.b) de la Ley 15/2022 como “aquella que se funda en una apreciación incorrecta acerca de las características de la persona o personas discriminadas”. Un ejemplo de discriminación por error en el ámbito de la discriminación por sexo es el despido de una trabajadora si el empresario cree que está embarazada porque lleva la ropa floja o ha engordado.

### 3. Discriminación múltiple e interseccional

Según el artículo 6.3.a) de la Ley 15/2022, “se produce discriminación múltiple cuando una persona es discriminada de manera simultánea o consecutiva por dos o más causas de las previstas en esta ley”. Mientras que su artículo 6.3.b) afirma que “se produce discriminación interseccional cuando concurren o interactúan diversas causas de las previstas en esta ley, generando una forma específica de discriminación”.

Estamos ante unos conceptos de importante trascendencia en el ámbito de la discriminación por sexo pues la discriminación por sexo presenta la característica de ser fácilmente acumulable a otras causas de discriminación (mujer y gitana, mujer y lesbiana, mujer con discapacidad, mujer mayor). De hecho, el nacimiento del concepto se debe a las feministas afroamericanas estadounidenses, pioneras en la construcción del concepto de interseccionalidad<sup>5</sup>, quienes querían poner de manifiesto la insuficiencia de las teorías tradicionales sobre la discriminación sexista y racial para explicar adecuadamente la interacción entre sexo/género y raza porque, aunque sirven para explicar la discriminación que puede sufrir una mujer negra en su condición de mujer (como la sufriría una mujer blanca) o racial (como la sufriría un hombre negro), o simultáneamente en su condición de mujer y racial (como la sufriría una mujer blanca y un hombre negro), no sirven para explicar la discriminación que, en un mismo contexto, no sufriría una mujer blanca o un hombre negro, pero sí puede sufrir una mujer negra.

Un ejemplo prototípico en el ámbito de las relaciones laborales es el de la mujer negra a quien se rechaza su ingreso como personal de fábrica en una empresa que tiene en plantilla mujeres blancas como personal administrativo (*white collar*) y hombres negros como personal de fábrica (*blue collar*). Y es que, si examinamos por separado sexo y raza, se podría llegar a concluir que la empresa no ha discriminado por ninguna de esas causas porque contrata mujeres y porque contrata personas de raza negra. Sin embargo, la mujer negra está en una situación diferente a los hombres

5. El primer estudio relevante sobre la cuestión es Crenshaw, K.: “Demarginalizing the intersection between race and sex: A black feminist critique of antidiscrimination doctrine, feminist theory and anti-racist politics”, *University of Chicago Legal Forum*, vol. I, 1989, pp. 139-167. De esta misma autora véase “Mapping the margins: Intersectionality, identity politics, and violence against women of color”, *Stanford Law Review*, vol. 43, 1991, pp. 1241-1299. También entre estos estudios pioneros el de Harris, A.P.: “Race and Essentialism in Feminist Legal Theory”, *Stanford Law Review*, Vol. 42, núm. 3, 1990, pp. 581-616. En Europa, el estudio pionero fue el de Makkonen, T., *Multiple, compound and intersectional discrimination: Bringing the experiences of the most marginalized to the fore*, Institute for Human Rights, Åbo Akademi University, Finlandia, 2002. En España, Rey Martínez, F.: “La discriminación múltiple, una realidad antigua, un concepto nuevo”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 84, 2008, pp. 251-283. Todos estos estudios son de fácil acceso *on line*.

negros y a las mujeres blancas que es lo que a la postre se encuentra en la base de su no contratación: los estereotipos asociados al trabajo físico le cierran el acceso como personal de fábrica y la falta de estudios por el gap racial les impide entrar como personal administrativo.

Con la discriminación interseccional se quiere superar las formas puntuales de discriminación para encontrar nexos en las estructuras o categorías de los sistemas de opresión que puedan explicar sus manifestaciones culturales, de clase, religiosas, etc. Porque no cualquier combinación de factores permitirá identificar a través de la interseccionalidad un grupo discriminado; cabrá exigir que la discriminación de sus miembros se base en estereotipos sociales negativos, lesivos para su dignidad, que tengan un perfil propio<sup>6</sup>. De ahí la oportunidad de mantener la distinción entre discriminación múltiple (no se identifica un prejuicio con un perfil propio) y la discriminación interseccional (en que se identifica un prejuicio con un perfil propio).

Siendo esto así, es un tanto desconcertante la redacción del artículo 6.3.c): “En supuestos de discriminación múltiple e interseccional la motivación de la diferencia de trato, en los términos del apartado segundo del artículo 4, debe darse en relación con cada uno de los motivos de discriminación”. Y es que, como se acaba de razonar, la utilización separada de cada uno de los motivos de discriminación puede no dar como resultado la existencia de discriminación, con lo cual la motivación de la diferencia no solo debe operar en relación con cada uno de los motivos de discriminación (lo que permitiría excluir la existencia de discriminación múltiple en los términos del artículo 6.3.a), sino también en relación con la específica forma de discriminación que se produce cuando concurren o interactúan diversas causas de las previstas en esta Ley (que es lo único que permitiría excluir la existencia de discriminación múltiple en los términos del artículo 6.3.b)<sup>7</sup>. En todo caso, el artículo 6.3.c) debe ser interpretado en este sentido con la finalidad de ofrecer coherencia lógica con el artículo 6.3.a) y 6.3.b).

Más cuidada es la redacción del artículo 6.3.d): “Igualmente, en supuestos de discriminación múltiple e interseccional las medidas de acción positiva contempladas en el apartado 7 de este artículo deberán atender a la concurrencia de las diferentes causas de discriminación”. Con esta redacción más cuidada, resulta evidente la posibilidad de medidas de acción positiva, por poner un ejemplo, consistentes en ayudas para

6. En este mismo sentido, véase Barrère Unzueta, M. A. y Morondo Taramundi, D.: “Subordinación y discriminación interseccional: elementos para una teoría del derecho antidiscriminatorio”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 45, 2011, pp. 15-42. En el mismo sentido, Lousada Arochena, J. F.: *El derecho fundamental a la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, ob. cit., pp. 243-250, y Lousada Arochena, J. F.: “Discriminación múltiple: el estado de la cuestión y algunas reflexiones”, *Revista de Derecho Social*, núm. 81, 2018, pp. 125-140, y en *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, núm. 41, 2018, pp. 29-40.

7. Veámoslo con un ejemplo histórico, pero no tan lejano en el tiempo: durante años se justificó, previa autorización judicial, la esterilización de las personas con discapacidad judicial declarada, lo que en su aplicación práctica afectaba a muchas más mujeres que hombres como consecuencia de la intersección de los prejuicios sexistas y capacitistas; la Ley Orgánica 2/2020, de 16 de diciembre, eliminó de nuestro derecho toda posibilidad de esterilización forzosa o no consentida de las personas con discapacidad. Otro ejemplo prototípico es el supuesto de las mujeres con discapacidad, quienes sufren más violencia de género o tienen tasas de empleo más bajas que las mujeres sin discapacidad y que los hombres con discapacidad, lo que obedece a que los prejuicios capacitistas adquieren relieves específicos cuando interseccionan con el sexo. Véase Lousada Arochena, J. F.: “Discriminación de las mujeres con discapacidad”, *Hablamos de Feminismo*, en página web de la Valedora do Pobo de Galicia.

la contratación laboral de mujeres con discapacidad que sean más intensas que las existentes para contratación de mujeres y para contratación en caso de discapacidad. Tales acciones positivas se podrían justificar tanto en discriminaciones simultáneas en el momento presente, como en discriminaciones sucesivas en el tiempo pues el artículo 6.3.a) se refiere a persona que “es discriminada de manera simultánea o consecutiva”.

#### 4. Intolerancia

La mayoría de los conceptos recogidos en el artículo 4 de la Ley 15/2022 aparecen luego definidos en su artículo 6. La mayoría, pero no todos, y de hecho se echa en falta la definición de intolerancia que resultaría un concepto novedoso en su aplicación a las relaciones laborales. El Consejo de Europa la define como “una falta de respeto a las prácticas o creencias distintas de la propia”, lo que incluye “el rechazo de las personas a quienes consideramos diferentes, por ejemplo los miembros de un grupo social o étnico distinto al nuestro, o las personas que son diferentes en su orientación política o sexual”. En el ámbito de la discriminación por razón de sexo, se podría identificar con la misoginia. Y la aplicación del concepto de intolerancia a las relaciones laborales es, hoy por hoy, potencial, estando por ver el recorrido que llegue a tener.

### B. Garantías del derecho a la igualdad de trato

Dentro de su Título II (“Defensa y promoción del derecho a la igualdad de trato y no discriminación”), y en particular dentro de su Capítulo I (“Garantías del derecho a la igualdad de trato y no discriminación”), la Ley 15/2022 contiene varias cláusulas jurisdiccionales de defensa de la igualdad que, en lo que se refiere al proceso laboral, quedan en buena medida cubiertas por las previsiones contenidas en la Ley reguladora de la Jurisdicción Social, lo que, dicho sea de paso, permite entender la ausencia de modificaciones concretas de dicha Ley rituarial laboral en las disposiciones adicionales (a diferencia de lo que acaece con la Ley de Enjuiciamiento Civil y con la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, que sí son sometidas a oportunas reformas).

Con todo, algunas de esas cláusulas sí suponen un par de novedades en el ámbito del proceso laboral en las que conviene detenerse, y que acaso hubieran justificado algunas adaptaciones de la LRJS, aunque en todo caso deben tomarse en consideración.

En primer lugar, y en cuanto a la atribución de responsabilidad patrimonial y reparación del daño causado, se dice que, “acreditada la discriminación 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” (art. 28). Aunque esta presunción de existencia de daño moral ya se estaba aplicando en la práctica judicial laboral, su recepción legal potencia la seguridad jurídica. La



presunción exonera al trabajador demandante de la prueba del daño moral, pero, a nuestro juicio, no lo exonera de pedirlo; dicho de otro modo, el órgano judicial no puede conceder indemnización por daños morales de oficio, solamente si el demandante la pide. Por lo demás, los daños personales de carácter físico y los daños materiales no están amparados en la presunción, con lo cual deberán ser probados para ser indemnizados.

En segundo lugar, y en cuanto a la legitimación para la defensa del derecho a la igualdad de trato y no discriminación (art. 29), se contempla una legitimación de las asociaciones y organizaciones legalmente constituidas que tengan entre sus fines la defensa y promoción de los derechos humanos que cumplan los dos siguientes requisitos: (a) “Que se hubieran constituido legalmente al menos dos años antes de la iniciación del proceso judicial y que vengan ejerciendo de modo activo las actividades necesarias para alcanzar los fines previstos en sus estatutos, salvo que ejerciten las acciones administrativas o judiciales en defensa de los miembros que la integran”. (b) “Que según sus estatutos desarrollen su actividad en el ámbito estatal o, en su caso, en un ámbito territorial que resulte afectado por la posible situación de discriminación”.

También se legitima (art. 40) a la Autoridad Independiente para la Igualdad de Trato y la No Discriminación para “ejercitar acciones judiciales (lo que incluye las laborales) en defensa de los derechos derivados de la igualdad de trato y la no discriminación conforme a lo dispuesto en esta Ley y en las distintas leyes procesales”.

Además de estas garantías jurisdiccionales, la Ley 15/2022 implementa un sistema de “infracciones y sanciones en materia de igualdad de trato y no discriminación” (así se rubrica el Título IV, comprensivo de los artículos 46 a 52). En el ámbito laboral, el problema surge porque la tipificación de estas infracciones (contenida en el artículo 47) se superpone con las tipificaciones de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social, y las sanciones asociadas a esas infracciones (contenidas en el artículo 48 de la Ley 15/2022) son más cuantiosas que las contempladas en la LISOS. Aun así, el principio de especialidad conduce, a nuestro juicio, a la aplicación de la LISOS.

## II. LEY ORGÁNICA DE GARANTÍA INTEGRAL DE LA LIBERTAD SEXUAL

Coherente con su integralidad, la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, contiene diversas normas relacionadas con las relaciones laborales, unas de trascendencia colectiva relacionadas con la prevención de las violencias sexuales en la empresa, y otras de trascendencia individual relacionadas con los derechos laborales y de Seguridad Social de las víctimas de violencia sexual.

### A. La prevención de las violencias sexuales en la empresa

A ello se dedica el artículo 12 de la LOLIS, titulado “prevención y sensibilización en el ámbito laboral”. Se trata de una disposición loable, pero no es tan novedosa como

podría pensarse con la lectura de su título, pues sustancialmente se limita a extender para las conductas de violencia sexual las medidas de prevención que para el acoso sexual y por razón de sexo se establecen en el artículo 48 de la LOIEMH.

El contenido del artículo 12 de la LOLiS comprende hasta cinco clases de obligaciones para las empresas, en gran medida clonadas del artículo 48 de la LOIEMH.

Primera clase de obligaciones de las empresas (art. 12.1.I de la LOLiS): “Las empresas deberán promover condiciones de trabajo que eviten la comisión de delitos y otras conductas contra la libertad sexual y la integridad moral en el trabajo, incidiendo especialmente en el acoso sexual y el acoso por razón de sexo, en los términos previstos en el artículo 48 de la (LOIEMH)”. No solo estamos ante una clonación del artículo 48 de la LOIEMH, además es una remisión expresa al mismo.

- *¿Se trata de una norma de aplicación general a todas las empresas?* Como asimismo ocurre con el artículo 48 de la LOIEMH, la respuesta debe ser afirmativa, aunque la empresa en cuestión no tenga obligación de realizar un plan de igualdad.
- *¿Qué alcance tiene la referencia a la integridad moral?* Se trata de una referencia lógica que conecta con el Convenio 190 de la OIT sobre violencia y acoso en el trabajo (2019), pero desconcertante porque va más allá del ámbito de la LOIEMH y de la LOLiS, que está limitado a la igualdad de género y a las violencias sexuales.

Segunda clase de obligaciones de las empresas (art. 12.1.II de la LOLiS): “Asimismo, deberán arbitrar procedimientos específicos para su prevención y para dar cauce a las denuncias o reclamaciones que puedan formular quienes hayan sido víctimas de estas conductas, incluyendo específicamente las sufridas en el ámbito digital”. De nuevo la clonación de una norma contenida en el artículo 48 de la LOIEMH, añadiendo la referencia específica a las violencias sufridas en el ámbito digital; pero curiosamente la norma contenida en el artículo 48 de la LOIEMH que fue objeto de clonación desaparece en la redacción que a este artículo se da en la LOLiS (disposición final 10ª).

- *¿Qué conductas comprenden las violencias sexuales sufridas en el ámbito digital?* Delitos de violencia sexual digital: *ciberstalking*, o ciberacoso; *grooming*; *revenge porn*; sextorsión; discurso de odio por causa de género (*gender hate speech*). Pero también otras formas de violencia digital en el ámbito del teletrabajo no necesariamente delictivas: desde la sobresaturación de mensajes hacia la persona trabajadora con la finalidad de hostigarla, hasta el caso, en cierto modo contrario, de apagón de comunicaciones para aislarla de la actividad de sus compañeros/as de trabajo.

Tercera clase de obligaciones de las empresas (art. 12.2.I de la LOLiS): “Las empresas podrán establecer medidas que deberán negociarse con los representantes de las personas trabajadoras, tales como la elaboración y difusión de códigos de buenas

prácticas, la realización de campañas informativas, protocolos de actuación o acciones de formación”. Otra vez aparece como modelo clonado el artículo 48 de la LOIEMH.

Pero aquí el artículo 12.2 tiene un añadido desconcertante: “De las medidas adoptadas, de acuerdo con lo dispuesto en el párrafo anterior, podrá beneficiarse la plantilla total de la empresa cualquiera que sea la forma de contratación laboral, incluidas las personas con contratos fijos discontinuos, con contratos de duración determinada y con contratos en prácticas. También podrán beneficiarse las becarias y el voluntariado. Asimismo, podrán beneficiarse de las anteriores medidas aquellas personas que presten sus servicios a través de contratos de puesta a disposición”.

Y decimos desconcertante en un doble sentido. Desconcertante porque todas estas personas deberían beneficiarse no solo “de las medidas adoptadas de acuerdo con lo dispuesto en el párrafo anterior”, también de las medidas adoptadas de acuerdo con el resto de los apartados del artículo 12 de la LOLiS. Desconcertante también porque, siendo las medidas de prevención dirigidas a la protección de hombres y mujeres frente a las violencias sexuales, no se entiende el uso del femenino respecto a las “becarias”.

Cuarta clase de obligaciones de las empresas (art. 12.2.III de la LOLiS): “Las empresas promoverán la sensibilización y ofrecerán formación para la protección integral contra las violencias sexuales a todo el personal a su servicio”. Aquí sí estamos ante obligaciones no recogidas explícitamente en el artículo 48 de la LOIEMH, por mucho que, a nuestro juicio, se pudieran entender implícitas en sus demás mandatos.

Quinta clase de obligaciones de las empresas (art. 12.2.IV de la LOLiS): “Las empresas deberán incluir en la valoración de riesgos de los diferentes puestos de trabajo ocupados por trabajadoras, la violencia sexual entre los riesgos laborales concurrentes, debiendo formar e informar de ello a sus trabajadoras”. Obligaciones que, en este caso, no estaban explícita ni implícitamente en el artículo 48 de la LOIEMH. Son totalmente nuevas. Y, añadimos, mal concebidas pues no es lógico que esta clase de obligaciones de las empresas dependan del sexo de quien ocupe el puesto de trabajo (“puestos de trabajo ocupados por las trabajadoras”): primero, porque las violencias sexuales las pueden sufrir igualmente los hombres; y segundo, porque supondría una segregación de sexos en las medidas de prevención de riesgos laborales. A nuestro juicio, la valoración se debe realizar para todos los puestos de trabajo de la empresa, aunque no los ocupen mujeres, e incluso aunque no haya mujeres en la empresa; en otro caso, se estaría dificultando a las trabajadoras el acceso a puestos de trabajo que, por estar antes ocupados por varones, no tendrían valoración de los riesgos de la violencia.

Hasta aquí las obligaciones de las empresas. El artículo 12 de la LOLiS agota su contenido (apartados 3 y 4) con la creación de un *label* a desarrollar mediante un Real Decreto: el distintivo “empresas por una sociedad libre de violencia de género”.

Se echa en falta, en este artículo 12, una referencia a las obligaciones de la representación legal del personal de la empresa. Referencia que sí contiene el artículo 48 de la LOIEMH, ya la contenía antes de la LOLiS, y esta le da nueva redacción con la finalidad de incluir, junto al acoso sexual y por razón de sexo, las referencias a las

violencias sexuales y de nuevo a los atentados contra la integridad moral: “Los representantes de los trabajadores deberán contribuir a prevenir la comisión de delitos y otras conductas contra la libertad sexual y la integridad moral en el trabajo, con especial atención al acoso sexual y el acoso por razón de sexo, incluidos los cometidos en el ámbito digital, mediante la sensibilización de los trabajadores y trabajadoras frente al mismo y la información a la dirección de la empresa de las conductas o comportamientos de que tuvieran conocimiento y que pudieran propiciarlos”.

## B. Derechos laborales individuales de las víctimas de violencia sexual

Con la finalidad de “establecer una malla protectora ante las personas más vulnerables”<sup>8</sup>, la LOLiS reconoce derechos laborales a favor de trabajadoras víctimas de violencias sexuales sustancialmente idénticos a los derechos laborales a favor de las trabajadoras víctimas de violencia de género contemplados en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género. De hecho, el artículo 38 de la LOLiS es trasunto casi literal del artículo 21 de la LOPIVG.

1. Según el artículo 38.1 de la LOLiS, trasunto casi literal del 21.1 de la LOPIVG, las trabajadoras víctimas de violencias sexuales “en los términos previstos en el Estatuto de los Trabajadores” tendrán derecho “a la reducción o a la reordenación de su tiempo de trabajo, a la movilidad geográfica, al cambio de centro de trabajo, a la adaptación de su puesto de trabajo y a los apoyos que precisen por razón de su discapacidad para su reincorporación, a la suspensión de la relación laboral con reserva de puesto de trabajo y a la extinción del contrato de trabajo”. Trasunto no del todo literal porque añade el derecho “a los apoyos que precisen por razón de su discapacidad para su reincorporación”, añadido desconcertante porque no nace de la situación de víctima de violencias sexuales, sino de la situación de discapacidad, e inútil porque, sin que nada se dijese, el derecho a la adaptación nace de las normas sobre discapacidad. Al efecto de dar efectividad a esta norma general, la LOLiS modifica el ET, en concreto sus artículos 37.8 (reducción o reordenación de su tiempo de trabajo), 40.4 (movilidad geográfica o cambio de centro de trabajo), 45.1.n) (suspensión de la relación laboral con reserva de puesto de trabajo), 49.1.m) (extinción del contrato de trabajo), 53.4.b) y 55.5.b) (nulidad del despido de la trabajadora por el ejercicio de los anteriores derechos, salvo procedencia del despido por motivos no relacionados con tal ejercicio). Todos estos artículos contemplan los derechos de las trabajadoras víctimas de violencia de género, a las que, tras su reforma, se equiparaban las víctimas de violencias sexuales.

8. En expresión de Baylos Grau, A.: “Notas sobre la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual”, *Según Antonio Baylos ...* (blog del autor), publicado el 10 de septiembre de 2022, disponible en: <https://baylos.blogspot.com/2022/09/notas-sobre-la-ley-organica-102022-de-6.html>.

Y en esta mini-reforma del ET se aprovechó para modificar el derecho a la movilidad geográfica o cambio de centro de trabajo en dos aspectos: su duración de seis meses se permite prorrogar hasta doce; finalizado ese plazo, al derecho de la trabajadora a optar entre el regreso a su puesto de trabajo anterior, o la continuidad en el nuevo, se completa con una tercera opción a “la extinción de su contrato, percibiendo una indemnización de veinte días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de doce mensualidades”.

Todos estos derechos, según la regulación dada en el ET, no son automáticos, sino “para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral”, es decir, el ejercicio del derecho debe coadyuvar a la protección o asistencia de la víctima.

2. Según el artículo 38.3 de la LOLiS, “las empresas que formalicen contratos de interinidad, siempre que el contrato se celebre con una persona desempleada, para sustituir a trabajadoras víctimas de violencia sexual que hayan suspendido su contrato de trabajo o ejercitado su derecho a la movilidad geográfica o al cambio de centro de trabajo tendrán derecho a una bonificación del 100% de las cuotas empresariales a la Seguridad Social por contingencias comunes durante todo el período de suspensión de la trabajadora sustituida o durante seis meses en los supuestos de movilidad geográfica o cambio de centro de trabajo”. Hasta aquí la norma es trasunto literal del artículo 21.3 de la LOPIVG; tan literal que se olvida que, tras la LOLiS, la duración en los supuestos de movilidad geográfica o cambio de centro de trabajo se puede ampliar hasta 12 meses sin que en relación al intervalo entre los 6 y los 12 meses se prevea la bonificación.

Por lo demás, el artículo 38.3 de la LOLiS (en línea con el artículo 21.3 de la LOPIVG) tiene un último inciso según el cual “cuando se produzca la reincorporación, esta se realizará en las mismas condiciones existentes en el momento de la suspensión del contrato de trabajo, garantizándose los ajustes razonables que se puedan precisar por razón de discapacidad”. Que la reincorporación se producirá en los mismos términos es algo de cajón, y la referencia a los ajustes razonables resulta desconcertante e inútil.

3. Según el artículo 38.4 de la LOLiS, trasunto también literal del artículo 21.4 de la LOPIVG, “las ausencias o faltas de puntualidad al trabajo motivadas por la situación física o psicológica derivada de las violencias sexuales se considerarán justificadas y serán remuneradas cuando así lo determinen los servicios sociales de atención o servicios de salud, según proceda, sin perjuicio de que dichas ausencias sean comunicadas por la trabajadora a la empresa a la mayor brevedad”. Como el artículo 21.4 de la LOPIVG, esta norma es completa en sí misma considerada, en consecuencia, directamente aplicable, de ahí que no necesita desarrollo en el ET, ni tampoco lo tiene.

Toda esta regulación merece, además de las críticas de técnica jurídica aludidas en párrafos precedentes (como la desubicación de las normas sobre apoyos y ajustes necesarios para las víctimas con discapacidad), algunas críticas adicionales de fondo.

La primera es la de que no se acaba de entender que, siendo asexuados los delitos sexuales, así como el acoso sexual y por razón de sexo, estos derechos no se reconozcan de manera bilateral, esto es tanto si la víctima es mujer como si es hombre. No cuestionamos la justificación de la unilateralidad de la protección a favor exclusivo de las víctimas mujeres en muchas ocasiones (en particular, si se trata de gestionar recursos limitados). Pero en concreto, en estos casos se hace difícil concebir que, ante un mismo delito, la empresa solo esté obligada a reconocer derechos a la trabajadora, pero no al trabajador, y menos lógico aún si el delito sufrido por este resulta ser más grave.

La segunda es la de que tampoco se acaba de entender que se impongan obligaciones económicas a las empresas, como es la indemnización en el supuesto de extinción del contrato a opción de la trabajadora en los supuestos de movilidad geográfica o cambio de centro de trabajo<sup>9</sup>. No significa esto que se prive a las víctimas de derechos económicos<sup>10</sup>, sino que quien debe responder de ellos sea el Poder Público.

No sabemos si por estos motivos, o si solo ha sido un error de bulto, pero el Poder Legislativo se ha apresurado a derogar la mayoría de estos derechos en la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI. Nos remitimos a su comentario.

### C. Protección por desempleo de las víctimas de violencia sexual

Según el artículo 38.2 de la LOLIS (en línea con el artículo 21.2 de la LOPIVG), las trabajadoras por cuenta ajena víctimas de violencias sexuales tendrán derecho a la protección por desempleo en los términos previstos en la LGSS. A tales efectos, se consideran situaciones legales de desempleo (según el artículo 267 de la LGSS, que equipara a las víctimas de violencias de género con las víctimas de violencia sexual):

---

9. Con respecto a esta extinción, “no se contempla ningún mecanismo de compensación de este gasto lo que merece una notable crítica al establecer, como medida de protección de la víctima, una extinción indemnizada sin culpa ni negligencia de la empresa, pero cuyo coste asume” (Rojas Nieto, P.: “Medidas laborales en la Ley de Garantía Integral de la Libertad Sexual”, *El Foro de Labos*, 15 de septiembre de 2022, disponible en: <https://www.elforodelabos.es/2022/09/medidas-laborales-en-la-ley-de-garantia-integral-de-la-libertad-sexual/>).

10. Resulta evidente “la ventaja implícita que supondría para las trabajadoras víctimas de violencia de género o violencia sexual, cuando fuera posible a la vista de sus circunstancias personales y las objetivas de su empresa, optar primero por la movilidad y, en un segundo momento, si no fuera posible el mantenimiento en el nuevo lugar ni el retorno al antiguo, proceder a la extinción con derecho a indemnización y a desempleo en su caso” (Álvarez Cuesta, H.: “Aspectos laborales de la Ley orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual”, en AA.VV.: *Los briefs de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Las claves de 2022*, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Madrid, 2022, pp. 291-294).

- “cuando se extinga la relación laboral ... por resolución voluntaria por parte del trabajador, en los supuestos previstos en los artículos 40 ... 49.1.m) ... del (ET)”;
- “cuando se suspenda el contrato por decisión de las trabajadoras víctimas de ... violencia sexual al amparo de lo dispuesto en el artículo 45.1.n) del (ET)”.

La situación legal de desempleo se justificará por comunicación escrita del empresario sobre la extinción o suspensión temporal de la relación laboral, junto con la orden de protección a favor de la víctima o, en su defecto, junto con cualquiera de los documentos a los que se refieren el artículo 23 de la LOPIVG o el 37 de la LOLiS.

Otra norma de interés en materia de desempleo es que el servicio público de empleo competente tendrá en cuenta la condición de víctima de violencia de género o de violencia sexual, a efectos de atemperar, en caso necesario, el cumplimiento de las obligaciones que se deriven del compromiso de actividad (art. 300 de la LGSS).

Por otro lado, la suspensión del contrato de trabajo tendrá la consideración de período de cotización efectiva a efectos de las correspondientes prestaciones de la Seguridad Social por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, nacimiento y cuidado de menor, desempleo y cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave (art. 165.5 de la LGSS, reformado al efecto por la LOLiS).

Todos los anteriores derechos de las trabajadoras por cuenta ajena se trasladan a las trabajadoras por cuenta propia gracias al artículo 38.4 de la LOLiS, según el cual (de nuevo en línea con el artículo 21.4 de la LOPIVG, es decir equiparando a las víctimas de violencia sexual con las víctimas de violencia de género), las trabajadoras por cuenta propia víctimas de violencias sexuales que cesen en su actividad para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral se les considerará en situación de cese temporal de la actividad, en los términos previstos en la LGSS, y se les suspenderá la obligación de cotización durante un período de seis meses que les serán considerados como de cotización efectiva a efectos de las prestaciones de Seguridad Social con base de cotización equivalente al promedio de las bases cotizadas durante los seis meses previos; su situación será considerada como asimilada al alta. A los efectos de desarrollo de esta norma, la LOLiS ha modificado un importante número de artículos en la LGSS: los artículos 329.1.b), 331.1.d), 332.1.c), 335.1.a), 335.2.d), 336.1.d), y 337.2.

Sin perjuicio de las críticas que hemos realizado a los derechos laborales que sirven de presupuesto al expuesto sistema de protección por desempleo, este, en sí mismo considerado, se encuentra bastante bien trabado al haber seguido a pies juntillas el sistema de protección por desempleo previsto para víctimas de violencia de género. Pero lo que ocurre es que, derogados los derechos laborales en los que se sustentaban muchos de estos derechos de protección social, el sistema ha resultado muy maltrecho, como veremos al analizar la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI.

## D. Pensión de orfandad y prestación de orfandad

Según el artículo 54 de la LOLiS, “en los casos de muerte en el marco de alguna de las conductas previstas en el apartado 1 del artículo 3, los hijos e hijas de las víctimas, cualquiera de sea la naturaleza de su filiación, por naturaleza o por adopción, podrán percibir una pensión, o, en su caso, una prestación de orfandad”, con remisión, para su regulación, a la LGSS, que, en su artículo 267, desarrolla dicha disposición.

## III. LEY PARA LA IGUALDAD REAL Y EFECTIVA DE LAS PERSONAS TRANS Y GARANTÍA DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS LGTBI

La Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI, apenas contiene unas pocas normas con incidencia sobre los derechos laborales y de Seguridad Social de las trabajadoras. Pero, con la excepción de una de esas normas (cuyo análisis dejaremos para el final), las demás que, en orden a modificar el ET, se contienen en la disposición final 14ª de la Ley Trans son de nulo alcance o de vuelta atrás con respecto a la LOLiS.

De nulo alcance son las modificaciones que, a través de la disposición final 14ª, se acometen en el artículo 11.4.b) y en el artículo 14.3 del ET. Y la calificamos de nulo alcance porque las redacciones derogadas y las redacciones reformadas son exactamente iguales en su contenido y alcance, y prácticamente iguales en cuanto a su redacción, y ello porque, para más inri todavía, las normas reformadas contienen fallos lingüísticos<sup>11</sup>.

De vuelta atrás son las modificaciones que, a través de la disposición final 14ª, se acometen en los artículos 37.8, 40.4, 45.1.n), 49.1.m), 53.4.b) y 55.5.b) del ET, pues todas estas normas recuperan las redacciones que las mismas tenían antes de la LOLiS.

*¿Supone una derogación realmente querida o se trata de un inconcebible error de bulto?*<sup>12</sup>. A falta de una corrección de errores de la Ley Trans (que iría más allá de una corrección de errores), o de una vuelta atrás en alguna disposición extravagante de una Ley cualquiera (que también podría en evidencia una pésima técnica legislativa), no resulta fácil defender una interpretación correctora: una interpretación analógica que integrase a las víctimas de violencias sexuales dentro de las víctimas de violencia

11. Véanse las redacciones reformadas: Artículo 11.4.b): “Las situaciones de incapacidad temporal, nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia, violencia de género, interrumpirán el cómputo de la duración del contrato”. Artículo 14.3: “Las situaciones de incapacidad temporal, nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia, violencia de género, que afecten a la persona trabajadora durante el periodo de prueba, interrumpen el cómputo del mismo siempre que se produzca acuerdo entre ambas partes”. En ambas redacciones reformadas se ha obviado, al final de las enumeraciones, la copulativa “y”, que sí se contenía, más correctamente, en las redacciones derogadas.

12. José María Goerlich Peset encuentra explicación del desbarajuste en “el uso del corta-pegar (en la tramitación parlamentaria) y la aparente separación estanca de los debates entre las dos leyes”, “¿Qué ha pasado con los derechos laborales de las víctimas de violencia sexual?”, *El Foro de Labos*, 7 de marzo de 2023, disponible en <https://www.elforodelabos.es/2023/03/que-ha-pasado-con-los-derechos-laborales-de-las-victimas-de-violencia-sexual/>.



de género (que sí mantienen los derechos laborales contemplados en el ET), chocaría con el restringido concepto de violencia de género de la LOPIVG (que se mantiene vigente); y una interpretación sistemática según la cual la protección por desempleo de la LGSS (que no se ha reformado) permitiría integrar los supuestos de hecho de los derechos laborales contemplados en el ET parece bastante arriesgado pues la LGSS regula derechos de protección social, mientras el ET regula derechos exigibles a las empresas.

A salvo que, en algún caso concreto, se pueda acudir a una interpretación correctora (lo que no descartamos), la única opción es considerar la derogación de todos los derechos laborales establecidos en el ET a favor de las trabajadoras víctimas de violencia sexual. Ciertamente, eran derechos con ciertos aspectos abiertos a la crítica. Pero la solución no estaba en derogarlos, sino en ampliarlos a todas las víctimas de violencias sexuales, mujeres u hombres, y en derivar su coste a los Poderes Públicos<sup>13</sup>.

Una derogación de los derechos laborales que trae consigo también la derogación de aquellas disposiciones que tienen esos derechos como presupuesto: el artículo 38.3 de la LOLiS sobre bonificación de contratos de interinidad; y las normas de la LGSS sobre la protección por desempleo de las trabajadoras por cuenta ajena (a salvo, como se ha dicho, de una interpretación correctora en algunos casos en concreto).

*¿Qué se salva de esa vuelta atrás?* Se salvan aquellos derechos laborales contemplados en el artículo 38 de la LOLiS que no se desarrollan en el ET: las ausencias o faltas de puntualidad al trabajo motivadas por la situación física o psicológica derivada de las violencias sexuales (art. 38.4, directamente aplicable).

También se salvan aquellas disposiciones de la LGSS que no tienen esos derechos como presupuesto: la protección por desempleo de las trabajadoras por cuenta propia. O sea (por disfuncional que sea), las trabajadoras por cuenta propia que sean víctimas de violencia sexual tienen derecho a desempleo, pero no las por cuenta ajena (salvo una fuerte interpretación correctora que se nos aparenta muy difícil de sustentar).

*¿Qué pasa con la acomodación del compromiso de actividad (art. 300 de la LGSS en la redacción dada por la LOLiS)?* Pues en principio se salvaría de las reformas de la Ley Trans porque no es una disposición que tenga como presupuesto los derechos laborales de la LOLiS. Ahora bien, la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de empleo (de la misma fecha que la Ley Trans), entra en el partido y directamente reforma el artículo 300 de la LGSS, que se limita a remitirse, en relación con el ahora denominado acuerdo de actividad, a lo dispuesto en la Ley 2/2023. Y en esta Ley 2/2023 no existe ninguna norma tan concreta como la establecida en el derogado artículo 300 de la LGSS. Ciertamente, lo que se decía en esa derogada norma se puede deducir aplican-

13. Parecidamente, según José María Goerlich Peset, "cabría aprovechar la ocasión para reflexionar hasta dónde deben alcanzar las medidas jurídico-laborales de apoyo a las distintas víctimas contempladas en los preceptos que nos ocupan: es posible sea razonable imponer a la empresa deberes de colaboración para la superación de las distintas situaciones que se atienden; pero no tengo claro lo sea tanto obligar al pago de una indemnización si la persona trabajadora opta por dejar el empleo". Ver Goerlich Peset, J. M.: "¿Qué ha pasado con los derechos laborales de las víctimas de violencia sexual?", ob. cit.

do la perspectiva de género de la que la Ley 2/2023 hace gala, además de que ello es obligado según el artículo 4 de la LOIEMH; pero era mejor mantener la norma tal cual estaba.

Fuera de estas normas de nulo alcance (criticables por la falta de técnica jurídica) o de vuelta atrás con respecto a la LOLiS (criticables por el borrado de derechos), la Ley Trans contiene una razonable norma (pues la protección de la gestación debe abarcar a toda persona gestante) cuando, a efectos de la suspensión del contrato por nacimiento y cuidado de menor regulada en el artículo 48.4 del ET, se dice que “el término de madre biológica incluye también a las personas trans gestantes”.

## IV. LEY ORGÁNICA DE SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA

La Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, introduce tres situaciones especiales de incapacidad temporal y contempla una mejora del descanso y prestaciones de Seguridad Social por nacimiento y cuidado de menor.

### A. Situación especial de incapacidad temporal por menstruación incapacitante secundaria

Con la finalidad de eliminar cualquier tipo de sesgo negativo en el ámbito laboral vinculado a la situación patológica de menstruación incapacitante secundaria o dismenorrea secundaria asociada a patologías tales como endometriosis, miomas, enfermedad inflamatoria pélvica, adenomiosis, pólipos endometriales, ovarios poliquísticos, o dificultad en la salida de sangre menstrual de cualquier tipo, pudiendo implicar síntomas como dispareunia, disuria, infertilidad, o sangrados más abundantes de lo normal, entre otros (Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/2003), se establece (artículo 5 ter de la Ley Orgánica de salud sexual y reproductiva) que “a fin de conciliar el derecho a la salud con el empleo, se reconoce a las mujeres con menstruaciones incapacitantes secundarias el derecho a una situación especial de incapacidad temporal”, que, en relación con el Régimen General de la Seguridad Social, se regula en la LGSS.

Situación protectora (art. 169 de la LGSS). La incapacidad temporal especial de menstruación incapacitante secundaria, calificada como contingencia común, se vincula a la necesidad de asistencia sanitaria y al impedimento para el trabajo. Como estas exigencias son las mismas establecidas para la situación ordinaria de incapacidad temporal, no estamos ante una real ampliación de la acción protectora. El sentido de la especialidad la debemos encontrar en la flexibilización o en la mejora de la regulación con relación a la de la situación ordinaria de incapacidad temporal.

*¿Qué es lo que se flexibiliza o mejora?* No se exigirán periodos mínimos de cotización, mientras que sí se exigen para la situación ordinaria de incapacidad temporal [art. 172.a) de la LGSS]; el subsidio se abonará a cargo de la Seguridad Social desde el día

de la baja en el trabajo (art. 173.1 de la LGSS), lo que supone una notable diferencia con respecto al subsidio ordinario por contingencias comunes cuyos tres primeros días son a cargo de la persona trabajadora, y desde el cuarto al dieciséis a cargo de la empresa, con lo cual a la vez se garantiza la cobertura de la trabajadora desde el primer día y se libera a la empresa del coste económico evitando la producción del indeseable efecto *boomerang* (a mayor protección de la mujer trabajadora, mayores reticencias a contratar mujeres); a los efectos del período máximo de duración de la situación de incapacidad temporal, y de su posible prórroga, cada proceso se considerará nuevo (art. 173.2 de la LGSS), y ello aunque la nueva baja médica por la misma o similar patología lo sea dentro de los ciento ochenta días naturales siguientes a la fecha de efectos de alta médica anterior (aquí estaría la mejora respecto al subsidio ordinario).

## **B. Situación especial de incapacidad temporal por la interrupción del embarazo**

También se reconoce como situación especial de incapacidad temporal por contingencias comunes la debida a la interrupción del embarazo, sea voluntaria o no, mientras reciba asistencia sanitaria por el Servicio Público de Salud y esté impedida para el trabajo. Así se establece en el artículo 7 bis, letra e, de la Ley Orgánica de salud sexual y reproductiva. Situación que, en relación con el RGSS, se regula en la LGSS.

Situación protectora (art. 169 de la LGSS). La incapacidad temporal especial por interrupción del embarazo, sea voluntaria o no, calificada como contingencia común, se vincula a la necesidad de asistencia sanitaria y al impedimento para el trabajo. Como estas exigencias son las mismas establecidas para la situación ordinaria de incapacidad temporal, no estamos ante una real ampliación de la acción protectora; el sentido de la especialidad se encuentra en la flexibilización o en la mejora de la regulación con relación a la de la situación ordinaria de incapacidad temporal.

*¿Qué es lo que se flexibiliza o mejora?* No se exigirán períodos mínimos de cotización, mientras que sí se exigen para la situación ordinaria de incapacidad temporal [art. 172.a) de la LGS]; el subsidio se abonará desde el día siguiente al de la baja en el trabajo, estando a cargo del empresario el salario íntegro correspondiente al día de la baja (art. 173.1 de la LGSS), lo que, suponiendo una mejora en relación con el subsidio ordinario de incapacidad temporal por contingencias comunes y una asimilación al subsidio ordinario por contingencias profesionales, supone una diferencia de no fácil explicación en relación con la situación especial de incapacidad temporal por menstruación incapacitante secundaria, en que se libra al empresario de la carga salarial.

Ahora bien, si la interrupción del embarazo es debida a accidente de trabajo o enfermedad profesional, la incapacidad temporal será por contingencia profesional, y en consecuencia se aplicarán las normas más favorables previstas para tales contingencias pues, aunque para ellas tampoco se exigen cotizaciones previas, y el subsidio a cargo de la Seguridad Social es también desde el día siguiente de la baja, estando el salario de la baja a cargo del empresario, hay otras ventajas como un cálculo de la

base reguladora más ajustado al salario realmente percibido o debido percibir, y una mayor cuantía (el 75% desde el día siguiente al nacimiento del derecho, mientras en el subsidio por contingencias comunes ese porcentaje se alcanza en el día veintiuno, antes es el 60%).

### **C. Situación especial de incapacidad temporal por gestación de la mujer desde el día primero de la semana trigésima novena**

También se reconoce como situación especial de incapacidad temporal por contingencias comunes la de gestación de la mujer desde el día primero de la semana trigésima novena. Así se dice en el artículo 7 bis, letra f), de la Ley Orgánica de salud sexual y reproductiva. Situación que, en relación con el RGSS, se regula en la LGSS.

Situación protectora (art. 169 de la LGSS). Aquí sí es una ampliación de la acción protectora pues no se exige asistencia sanitaria e imposibilidad para trabajar.

Para el acceso a esta situación especial, los periodos mínimos de cotización son los exigidos para la prestación por nacimiento y cuidado de menor (art. 172 de la LGSS, inferiores a los de la situación ordinaria de incapacidad temporal); el subsidio se abonará desde el día siguiente al de la baja en el trabajo, estando a cargo del empresario el salario íntegro correspondiente al día de la baja (art. 173.1 de la LGSS); salvo que la trabajadora hubiera iniciado anteriormente una situación de riesgo durante el embarazo, supuesto en el cual permanecerá percibiendo la prestación correspondiente a dicha situación en tanto esta deba mantenerse (art. 173.2 de la LGSS), lo que resulta lógico pues el subsidio de esa situación es superior al subsidio de incapacidad temporal.

### **D. Algunas consideraciones críticas en relación con las situaciones de incapacidad temporal especial por salud sexual y reproductiva**

Desde la perspectiva de la igualdad de género, la reconducción de estas situaciones a la incapacidad temporal, siendo más lógica en el supuesto de menstruación incapacitante secundaria, no lo es tanto (por no decir que no lo es nada) en los supuestos de interrupción del embarazo y de gestación de la mujer desde el día primero de la semana trigésima novena, en que la cercanía de estas situaciones con la situación de maternidad habría aconsejado una asimilación de la cobertura prestacional al subsidio por nacimiento y cuidado de menor (recordémoslo: se percibe desde el primer día en cuantía del 100% de la base reguladora), como, dicho sea de paso, la doctrina científica viene reclamando desde hace décadas en relación con la interrupción del embarazo<sup>14</sup>.

14. Véase el atinado estudio de Garrigues Giménez, A.: "¿Incapacidad temporal o maternidad? Interrupción de embarazo: la intersección de dos contingencias", en Ojeda Avilés, A. (coord.): *La incapacidad temporal*, Editorial Tecnos, Madrid, 1996, pp. 278-293. En el mismo sentido de reclamar una equiparación de la cobertura social del aborto

La incapacidad temporal especial en el supuesto de menstruación incapacitante secundaria tampoco se encuentra ajena a la crítica, y ello porque, precisamente por ese carácter especial, y por tendencialmente reiterarse cada mes, se posibilita el conocimiento empresarial de datos de salud de las trabajadoras, lo que puede vulnerar la confidencialidad de los datos médicos relacionados con las causas de las bajas, repercutir en los derechos de promoción profesional relegando a estas trabajadoras, e incluso en la propia estabilidad del empleo, y, en términos generales, conducir al efecto *boomerang* pues “al margen de los mayores beneficios de la incapacidad temporal en situación especial (...) el impacto general en el mercado laboral puede conllevar retrocesos en la inserción laboral de las mujeres en total igualdad que los hombres”<sup>15</sup>.

Algunas de estas críticas se moderarían si el Poder Legislativo hubiera incluido algunas modulaciones tendentes a corregir los indeseables efectos prácticos derivados de esos defectos de planteamiento. Pero esas modulaciones brillan por su total ausencia.

La más llamativa de esas carencias es que no se ha establecido una protección específica frente al despido estableciendo su nulidad si el despido se hubiera producido por ejercitar el derecho a la incapacidad temporal especial; en estos casos, se deberá acudir a la prohibición general de discriminación por razón de la condición de mujer, lo que, por no ser una nulidad automática, puede generar situaciones de desprotección.

También se echa en falta que no se hubiera exonerado a las empresas de la obligación de cotizar (el artículo 144.4 de la LGSS, reformado por la LO 1/2023, se encarga de corroborar el mantenimiento de esa obligación durante estas situaciones), o, cuando menos la contemplación de bonificaciones para la obligación empresarial de cotización si decide cubrir la baja de la trabajadora con un contrato de interinidad (lo que es una carencia muy llamativa en particular en el supuesto de gestación de la mujer desde el día primero de la semana trigésima novena, pues sí que tendrá esas bonificaciones cuando la mujer entre en descanso por nacimiento y cuidado de menor).

## E. Ampliación del descanso y las prestaciones de seguridad social por nacimiento y cuidado de menor

Un último cambio, este en el artículo 45.1.d) del ET, es que el contrato de trabajo podrá suspenderse por guarda con fines de adopción o acogimiento de menores cualquiera que sea su duración. Antes de la LO 1/2003, la duración debía ser superior a un año. Con lo cual se amplía a este supuesto el ámbito de aplicación del derecho al descanso y, consiguientemente, también el derecho a prestaciones de Seguridad Social.

---

con la maternidad, Lousada Arochena, J. F.: *El derecho fundamental a la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, ob. cit., p. 384.

15. Blázquez Agudo, E. M.: “La protección de las trabajadoras con menstruación incapacitante: ¿un beneficio o una medida con efectos perniciosos?”, *El Foro de Labos*, 8 de marzo de 2023, disponible en: <https://www.elforodelabos.es/2023/03/la-proteccion-de-las-trabajadoras-con-menstruacion-incapacitante-un-beneficio-o-una-medida-con-efectos-perniciosos/>.

## Bibliografía

- Álvarez Cuesta, H.: "Aspectos laborales de la Ley orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual", en AA.VV.: *Los briefs de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Las claves de 2022*, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Madrid, 2022, pp. 291-294.
- Álvarez del Cuvillo, A.: "La Ley integral para la igualdad: un frágil puente entre el derecho europeo y la Constitución", *Temas Laborales*, núm. 165, 2022, pp. 87-120.
- Barrère Unzueta, M. A. y Morondo Taramundi, D.: "Subordinación y discriminación interseccional: elementos para una teoría del derecho antidiscriminatorio", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 45, 2011, pp. 15-42.
- Baylos Grau, A.: "Notas sobre la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual", *Según Antonio Baylos ...* (blog del autor), publicado el 10 de septiembre de 2022, disponible en <https://baylos.blogspot.com/2022/09/notas-sobre-la-ley-organica-102022-de-6.html>.
- Blázquez Agudo, E. M.: "La protección de las trabajadoras con menstruación incapacitante: ¿un beneficio o una medida con efectos perniciosos?", *El Foro de Labos*, 8 de marzo de 2023, disponible en: <https://www.elforodelabos.es/2023/03/la-proteccion-de-las-trabajadoras-con-menstruacion-incapacitante-un-beneficio-o-una-medida-con-efectos-perniciosos/>.
- Crenshaw, K.: "Demarginalizing the intersection between race and sex: A black feminist critique of antidiscrimination doctrine, feminist theory and anti-racist politics", *University of Chicago Legal Forum*, vol. I, 1989, pp. 139-167.
- Crenshaw, K.: "Mapping the margins: Intersectionality, identity politics, and violence against women of color", *Stanford Law Review*, vol. 43, 1991, pp. 1241-1299.
- Ferrer Cortines, O. y Herrera Trujillo, M. J.: "Aspectos laborales de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y no discriminación, y su repercusión práctica", *Jurisdicción Social: Revista de la Comisión de lo Social de Juezas y Jueces para la Democracia*, núm. 240, 2023, pp. 5-30.
- Garrigues Giménez, A.: "¿Incapacidad temporal o maternidad? Interrupción de embarazo: la intersección de dos contingencias", en Ojeda Avilés, A. (coord.): *La incapacidad temporal*, Tecnos, Madrid, 1996, pp. 278-293.
- Goerlich Peset, J. M.: "¿Qué ha pasado con los derechos laborales de las víctimas de violencia sexual?", *El Foro de Labos*, 7 de marzo de 2023., disponible en: <https://www.elforodelabos.es/2023/03/que-ha-pasado-con-los-derechos-laborales-de-las-victimas-de-violencia-sexual/>.
- Harris, A. P.: "Race and Essentialism in Feminist Legal Theory", *Stanford Law Review*, vol. 42, núm. 3, 1990, pp. 581-616.
- Lousada Arochena, J. F.: *El derecho fundamental a la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- Lousada Arochena, J. F.: "Discriminación de las mujeres con discapacidad", *Hablamos de Feminismo*, en página web de la Valedora do Pobo de Galicia.
- Lousada Arochena, J. F.: "Discriminación múltiple: el estado de la cuestión y algunas reflexiones", *Revista de Derecho Social*, núm. 81, 2018, pp. 125-140
- Lousada Arochena, J. F.: "Discriminación múltiple: el estado de la cuestión y algunas reflexiones", *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, núm. 41, 2018, pp. 29-40.
- Lousada Arochena, J. F.: "Ley 15/2022, de 12 julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación: incidencia en el Derecho del Trabajo", *Revista de Jurisprudencia El Derecho - Francis Lefebvre*, publicado el 29 de diciembre de 2022, disponible en <https://elderecho.com/ley-15-2022-igualdad-trato-no-discriminacion-derecho-del-trabajo>

- Makkonen, T., *Multiple, compound and intersectional discrimination: Bringing the experiences of the most marginalized to the fore*, Institute for Human Rights, Åbo Akademi University, Finlandia, 2002.
- Maneiro Vázquez, Y.: *La discriminación por asociación: desafíos sustantivos y procesales*, Aranzadi, Cizur Menor, 2021.
- Rojas Nieto, P.: "Medidas laborales en la Ley de Garantía Integral de la Libertad Sexual", *El Foro de Labos*, 15 de septiembre de 2022, disponible en: <https://www.elforodelabos.es/2022/09/medidas-laborales-en-la-ley-de-garantia-integral-de-la-libertad-sexual/>).
- Rey Martínez, F.: "La discriminación múltiple, una realidad antigua, un concepto nuevo", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 84, 2008, pp. 251-283.
- Rojo Torrecilla, E.: "Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación. Una historia que empezó en 2011 y acabó (bien) en 2022. Notas a la Ley 15/2022 de 12 de julio, con especial atención al contenido laboral", *Blog de Eduardo Rojo*, 19 de agosto de 2022, disponible en <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2022/08/ley-integral-para-la-igualdad-de-trato.html>