

# LEX LABORUM

BOLETÍN JURÍDICO SOCIAL DE LA ASOCIACIÓN JUDICIAL FRANCISCO DE VITORIA.

Nº4 | noviembre 2023



## SUMARIO:

### **EL LARGO PROCESO EN DEFENSA DE LA SALUD LABORAL DE LA CARRERA JUDICIAL**

María José Hernández Vitoria Presidenta Sala Social TSJ Aragón.

### **LA EFECTIVA IGUALDAD DE RETRIBUCIÓN ENTRE HOMBRES Y MUJERES.**

M<sup>a</sup> del Carmen Pérez Sibón. Magistrada. Sala de lo Social TSJ Andalucía.

### **TRABAJO A DISTANCIA. TIEMPO DE TRABAJO: TRATAMIENTO DE LAS INTERRUPCIONES EN LA PRESTACIÓN DE TRABAJO A DISTANCIA POR CORTES EN EL SUMINISTRO ELÉCTRICO O DE RED.**

### **PAUSAS PARA ATENDER A LAS NECESIDADES FISIOLÓGICAS**

Ana Sancho Aranzasti Magistrada Sala Social Audiencia Nacional

### **LA DOCTRINA DEL TJUE SOBRE EL COMPLEMENTO POR APORTACIÓN DEMOGRÁFICA**

Rosa M<sup>a</sup> González De Patto Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seg. Social.

Universidad de Granada

Nº4 noviembre 2023

## LEX LABORUM

Boletín Jurídico Social de la Asociación Judicial Francisco de Vitoria.  
ajfv@ajfv.es

### COMITÉ EDITORIAL:

Susana María Molina Gutiérrez.  
Óscar López Bermejo.  
María del Pilar Giménez Pérez.  
Martín José Mingorance Gacía.

Edita: Asociación Judicial Francisco de Vitoria.  
C/ Alberto Bosch nº 5, Bajo A, Madrid.

Diseño: Raspabook  
Diseño: Fotografía escogida por Óscar.

ISSN: 2605-275X

### EXENCIÓN DE RESPONSABILIDAD:

Exención de responsabilidad: “Las opiniones, comentarios y hechos consignados en cada artículo efectuados por los autores son de su exclusiva responsabilidad y no han de ser necesariamente compartidos por los miembros del Comité Editorial y, por tanto, no se asume responsabilidad de los mismos por parte de estos y de la Asociación Judicial Francisco de Vitoria. Asimismo, el Comité Editorial y la Asociación Judicial Francisco de Vitoriano se hacen responsables, en ningún caso, de la credibilidad y autenticidad de los trabajos”.

# Sumario

03

## EL LARGO PROCESO EN DEFENSA DE LA SALUD LABORAL DE LA CARRERA JUDICIAL

María José Hernández Vitoria  
Presidenta Sala Social TSJ Aragón.

17

## LA EFECTIVA IGUALDAD DE RETRIBUCIÓN ENTRE HOMBRES Y MUJERES.

M<sup>a</sup> del Carmen Pérez Sibón  
Magistrada. Sala de lo Social TSJ Andalucía.

25

## TRABAJO A DISTANCIA. TIEMPO DE TRABAJO: TRATAMIENTO DE LAS INTERRUPCIONES EN LA PRESTACIÓN DE TRABAJO A DISTANCIA POR CORTES EN EL SUMINISTRO ELÉCTRICO O DE RED. PAUSAS PARA ATENDER A LAS NECESIDADES FISIOLÓGICA

Ana Sancho Aranzasti  
Magistrada Sala Social Audiencia n.

31

## LA DOCTRINA DEL TJUE SOBRE EL COMPLEMENTO POR APORTACIÓN DEMOGRÁFICA. REFLEXIONES CRÍTICAS A PROPÓSITO DE LA STJUE DE 14 DE SEPTIEMBRE DE 2023.

Jesús Lahera Forteza.  
Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social  
Universidad Complutense.

# EL LARGO PROCESO EN DEFENSA DE LA SALUD LABORAL DE LA CARRERA JUDICIAL

## COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL PLENO DE LA SALA CUARTA DEL TS DE 22/09/2023 (CASACIÓN 128/22)

María José Hernández Vitoria  
Presidenta Sala Social TSJ Aragón.

### INTRODUCCIÓN

El título de este texto alude a la existencia de un largo proceso que ha desembocado en la sentencia del Pleno de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo (“TS”) de 22/9/22, dictada en recurso de casación 128/22, pero en realidad esa expresión se invoca en un doble sentido.

Por un lado, en lenguaje común, como extenso camino temporal en la concreción de los elementos integrantes del derecho a la salud de los miembros de la carrera judicial. En esa senda ha habido que deslindar campos y conceptos distintos, distinguiendo entre la normativa de regulación de los órganos judiciales y la de ordenación de jueces y magistrados/as y, por lo que se refiere a estos últimos, separando los aspectos que afectaban a su salud en el ámbito profesional, el régimen retributivo, el disciplinario y otros varios tales como permisos y licencias.

Por otra parte, en lenguaje técnico jurídico, como el dilatado tiempo que comenzó con una demanda de conflicto colectivo ante la Sala de lo Social de la Audiencia

Nacional presentada el 17/7/2017 y ha sido finalmente resuelta seis años después por sentencia de la Sala Cuarta de 22/9/23, periodo a lo largo del cual tanto esa Sala como la Tercera del TS han ido desbrozando algunos aspectos que se han revelado sustanciales a la hora de fundamentar la resolución de 22/9/22.

Por ambas razones entiendo que el comentario de esa densa y extensa sentencia de 22/9/23 requiere la reseña de unos antecedentes en los que dar cabida no solo a una parte de los hechos declarados probados en ese litigio sino también a otros que no figuran en su relato fáctico. Solo el conjunto de unos y otros nos proporciona una idea de la dificultad y amplitud del problema jurídico al que da respuesta esa resolución judicial, cuyos ejes principales consisten en determinar si en la evaluación de los riesgos laborales de los miembros de la carrera judicial está incluida la carga de trabajo como riesgo psicosocial; de existir esa inclusión, cuál es el Órgano competente para tutelar el derecho a la salud puesto en peligro por ese riesgo; y, finalmente, resolver si ese Órgano ha cumplido tal deber de tutela.

## II. ANTECEDENTES

Conforme se acaba de indicar, paso a reseñar los antecedentes a considerar para fijar el recto sentido de la sentencia que centra nuestra atención. Intentaré hacerlo de la forma más resumida posible y por orden cronológico. Son éstos:

-31/5/2000: El Pleno del Consejo General del Poder Judicial (en adelante “CGPJ”) aprobó para todos los órganos judiciales unos módulos con los que se pretendía determinar su carga de trabajo, así como el rendimiento orientativo de todos los integrantes de la carrera judicial.

-27/5/03: Se publica en el BOE la Ley 15/2003, de 26 de mayo, reguladora del régimen retributivo de las Carreras judicial y Fiscal.

-9/10/03: Acuerdo del Pleno del CGPJ de 9 de octubre de 2003, determinando la actuación del Servicio de Inspección del CGPJ a partir de las resoluciones computables dictadas por jueces y magistrados incluidas por los letrados de la Administración de Justicia en los boletines trimestrales que constan en el Servicio de Estadística.

-3/12/03: El Pleno del CGPJ aprueba el Reglamento 2/2003, de 3 de diciembre, para el cumplimiento de la Ley 15/2003. En proceso instado por la asociación judicial “Francisco de Vitoria” (en adelante “FV”) ese Reglamento fue declarado nulo en la sentencia del Pleno del TS (3ª) de 3/3/2006 (recurso 14/2004), por no responde a la habilitación que el art. 8.1 de la dicha ley confería al Consejo, ya que éste no

había fijado los objetivos de rendimiento para cada órgano judicial de forma individualizada, al haber optado por establecer unos módulos de dedicación a partir de unas categorías generales y sin valorar de manera pormenorizada las distintas incidencias de cada procedimiento. Tras esta sentencia que anuló los citados módulos a efectos retributivos, éstos se siguieron aplicando por el Servicio de inspección del CGPJ en materias distintas a la retributiva, como la disciplinaria.

-26/12/03: Se publica en el BOE la LO 19/2003, de 23 de diciembre, cuyo artículo uno, apartado 110, modificó el art. 403 LOPJ, dando nueva regulación al régimen de retribuciones de jueces y magistrados, estableciendo que estarían integradas por un componente fijo y otro variable por objetivos que valorase específicamente el rendimiento individual de cada miembro de la carrera judicial y acordando que una ley desarrollase las retribuciones de éstos.

-22/4/10: El Acuerdo del CGPJ de 22/4/2010 redujo en un 13% los módulos establecidos en el Reglamento 2/2003, medida de carácter provisional y aplicable a los solos efectos de la concesión de licencias, permisos, compatibilidades, adopción de medidas de refuerzo y régimen disciplinario.

-4/7/2010: Acuerdo firmado por varias Asociaciones Judiciales y el Ministerio de Justicia estableciendo un plan de actuación para la distribución de las retribuciones variables correspondientes al año 2010, cuyos criterios se han seguido

aplicando en los sucesivos años.

-15/12/2010: El CGPJ y el Ministerio de Justicia suscriben un “Convenio para la creación y seguimiento de un sistema de prevención de riesgos laborales y de vigilancia de la salud de los miembros de la carrera judicial” dentro del ámbito de aplicación de la L 31/95, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, previendo implantar un Plan de Prevención de Riesgos Laborales (en adelante “PPRL”) de la carrera judicial mediante evaluación inicial de riesgos para la seguridad y la salud de los afectados así como su actualización y revisión.

-28/4/11: El Pleno del CGPJ aprueba el Reglamento 2/2011, de la Carrera Judicial.

-21/5/12: Constitución de la Comisión Nacional de Seguridad y Salud Laboral de la carrera judicial (“CNSS”), compuesta por representantes del CGPJ, seis representantes de la carrera judicial y personal del Servicio de Prevención creado por el CGPJ.

-11/10/12: Acuerdo del Pleno del CGPJ aprobando el “Estudio de la medición de carga de trabajo por entrada de Juzgados y Tribunales”, determinando su carga de trabajo con carácter experimental hasta el 31/3/13.

-19/9/13: Se acuerda la aprobación definitiva del Acuerdo citado en el párrafo anterior. La Administración del Estado lo recurrió ante la Sala Tercera del TS y por sentencia de 9/10/14 (recurso 497/13) fue anulado, sobre la base de que del [artículo 110.3](#) LOPJ resulta la

intervención del Ministerio de Justicia cuando un Acuerdo del CGPJ afecte a las competencias de ese Ministerio, lo que era el caso, por cuanto se refería de modo general a la medición de la carga de trabajo de los órganos jurisdiccionales, afectando tanto al personal de la Administración de Justicia ajeno al CGPJ como a la Administración que provee de medios humanos y materiales a dichos órganos.

-16/1/14: Reunión de la CNSS reclamando la necesidad de incluir en el Plan de prevención de riesgos laborales de la carrera judicial el riesgo de la carga de trabajo.

-27/1/15. La Comisión Permanente (en adelante “CP”) del CGPJ aprueba el Plan de prevención de riesgos laborales de la carrera judicial para los años 2015/2016.

-17/2/2015: la CP del CGPJ aprueba abordar el proceso de elaboración de unos nuevos módulos de rendimiento a los efectos de las competencias exclusivas que le atribuye la LOPJ y otras inherentes al estatuto judicial, así como para la determinación de la carga de trabajo a los efectos de la salud y seguridad de los integrantes de la carrera judicial.

-10/3/16: La CP del CGPJ aprueba tomar conocimiento de la comunicación recibida de las cuatro asociaciones judiciales sobre su acuerdo conjunto para que el plan de actuación para la distribución de las cantidades asignadas a la carrera judicial como retribuciones variables del año 2015 se ajustara a los criterios que se venían aplicando desde 2010.

-27/7/16: la CP del CGPJ toma nota del informe del Gabinete técnico del CGPJ donde se distinguen tres “círculos concéntricos” o distintas esferas de carga de trabajo de la carrera judicial: interior, relativo a responsabilidad disciplinaria; medio, sobre rendimiento de los miembros de la carrera judicial a efectos retributivos; exterior, referido a la salud laboral de jueces y magistrados/as, precisando respecto a estos últimos que debe atenderse a criterios personalizados para su concreción.

-17/12/16: El CGPJ elabora un “Documento de trabajo sobre cargas de trabajo a efectos de salud. Mapa judicial de riesgos y alertas”.

-21/3/17: El CGPJ proroga el Plan de prevención de riesgos laborales de la carrera judicial 2015/2016.

-29/11/18: Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, por el que se aprueba el Reglamento 2/2018, para el cumplimiento de la Ley 15/2003, de 26 de mayo, reguladora del régimen retributivo de las Carreras Judicial y Fiscal, en lo relativo a las retribuciones variables por objetivos de los miembros de la Carrera Judicial. Impugnado este Acuerdo por la Asociación Judicial “JJDD” ante la Sala Tercera del TS, este Órgano dictó sentencia desestimatoria en 9/7/2020 (recurso de casación núm. 46/2019).

-28/12/18: Orden JUS/1415/2018, de 28 de diciembre, por la que se publica el Acuerdo de 20/12/18 entre el CGPJ y el Ministerio de Justicia para la determinación del sistema de medición de la carga de

trabajo de los órganos judiciales (BOE 29-12-2018). Adoptado al amparo del art. 560 LOPJ, ese Acuerdo se justificaba por el tiempo transcurrido tras la fijación de los módulos vigentes desde el año 2003 y la variación producida desde entonces en sus cargas de trabajo, teniendo por objeto fijar, en función del módulo de entrada de asuntos, la carga que podía soportar cada tipo de órgano jurisdiccional, considerado en su conjunto, como instrumento adecuado para la toma de las decisiones que afectaban a la creación de órganos o incremento de plazas judiciales, aprobación de medidas de refuerzo, planes de urgencia, y, en su caso, medidas de prevención de riesgos laborales.

-2/3/23: Sentencia de la Sala Tercera de TS de 2/3/23 (recurso núm. 412/2021): Fue dictada al hilo del recurso planteado por dos magistradas contra un acuerdo de la CP del CGPJ referido a una actuación inspectora del órgano jurisdiccional donde aquéllas prestaban servicios. En esa resolución judicial el TS señala la diferencia entre el indicador técnico aplicado para establecer el rendimiento de jueces y magistrados y el aplicado para obtener datos relativos al rendimiento de los órganos judiciales, diciendo: (i) El Reglamento 2/2018 es el instrumento utilizado para fijar las retribuciones variables por objetivos de los miembros de la carrera judicial. (ii). El indicador técnico establecido en el Acuerdo del Pleno del CGPJ de 31 de mayo de 2000 (perfeccionado por el de 9/10/03 y revisado por el de 22/4/2010) tiene por objeto obtener datos relativos al rendimiento de los órganos judiciales

“a los solos efectos de la concesión de licencias, permisos, compatibilidades, adopción de medidas de refuerzo y régimen disciplinario”, no habiendo quedado afectado por la disposición derogatoria única del Reglamento 2/2018. (iii) En consecuencia, se siguen dos sistemas de medición de carga de trabajo de la carrera judicial: uno para las retribuciones y otro para las cuestiones indicadas. (iv) Correlativamente, la valoración del rendimiento a efectos retributivos descansa en la declaración que hacen los jueces y magistrados/as donde identifican el número y clase de resoluciones; en cambio, la determinación de su dedicación a los restantes fines se hace por el Servicio de Inspección a partir de las resoluciones computables incluidas por los letrados de la Administración de Justicia en los boletines trimestrales que constan en su Servicio de Estadística.

-2/3/23: Sentencia de la Sala Tercera del TS de fecha 2/3/23 (recurso núm. 5219/2021): Resuelve la reclamación presentada por una magistrada contra el Ministerio de Justicia solicitando el reconocimiento de su derecho al descanso de 11 horas ininterrumpidas por cada día de trabajo en servicio de guardia, el derecho a ser compensada por las horas de descanso diario que no disfrutó durante las 40 guardias que había realizado en un determinado periodo o, subsidiariamente, una indemnización por los perjuicios causados por la ausencia de reconocimiento a ese descanso. Se sustentaban esas pretensiones en los [artículos 3 y 5](#) de la Directiva 2003/88/CEE, de 4 de noviembre de

2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo. EL TS desestimó la demanda, diciendo que la competencia para resolver sobre los derechos profesionales que a los miembros de la carrera judicial pueda reconocer dicha normativa corresponde al CGPJ y no al Ministerio de Justicia.

### **III. DEMANDAS DE CONFLICTO COLECTIVO PRESENTADAS ANTE LA JURISDICCIÓN SOCIAL POR LAS ASOCIACIONES JUDICIALES EN MATERIA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS DE LA CARRERA JUDICIAL VINCULADOS A LA CARGA DE TRABAJO**

#### **III.1. Los tres procesos de conflicto colectivo planteados por las asociaciones judiciales ante la jurisdicción social en esta materia.**

Hemos visto en el apartado “Antecedentes” del presente texto que ante la Sala Tercera del TS se han seguido tres procesos instados por distintas asociaciones judiciales (recursos 14/04, 497/13 y 412/21) en materias que no versaban directamente sobre la salud laboral de la carrera judicial pero sí afectaban indirectamente en ella, en la medida que venían a plantear que los módulos de rendimiento considerados a efectos de fijar la retribución variable de jueces y magistrados/as se fijaban sin tener en cuenta la carga real de trabajo que soportan y su consiguiente efecto en la salud laboral de los afectados. Ahora hay

que referir otros tres procesos seguidos ante el orden social, también promovidos por asociaciones judiciales, en los que sí planteaban de forma específica el incumplimiento de la regulación de la carga de trabajo a efectos de salud laboral de la carrera judicial. Queda así en evidencia la complejidad de las diversas aristas del tema y la litigiosidad que suscita. Esos pleitos son:

-13/11/14. JJDD inicia proceso de conflicto colectivo ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional (AN) en el procedimiento nº 321/14, dirigido contra el CGPJ y el Ministerio de Justicia, requiriendo el cumplimiento de evaluación inicial de los riesgos, incluidos los psicosociales, para la seguridad y salud de jueces y magistrados/as integrantes de la carrera judicial. Tras la reunión de la CNSS de 16/1/14 citada en los “antecedentes” de este texto, presentó escrito de desistimiento y así se acordó por decreto de 17/3/15.

-25/5/16. Nueva demanda de conflicto colectivo presentada por JJDD ante la AN en materia de declaración del incumplimiento por parte del GGPJ y del Ministerio de Justicia de su obligación de regular la carga de trabajo a efectos de salud laboral de jueces y magistrados/as. También fue desistida.

-26/7/17. Demanda de conflicto colectivo 251/201 formulada ante la Sala de lo Social de la AN por las asociaciones judiciales Asociación Juezas y Jueces para la Democracia (JJpDD), Asociación de Jueces y Magistrados Francisco de Vitoria (AFV), Asociación Profesional de

la Magistratura (APM) y la Asociación Foro Judicial Independiente (FJI) contra CGPJ, Ministerio de Justicia, Comunidad Autónoma Valenciana, Comunidad Autónoma de Galicia, Comunidad Autónoma de Madrid, Comunidad Autónoma de Navarra, Comunidad Autónoma del País Vasco, Comunidad Autónoma de Canarias, Comunidad Autónoma de Cantabria, Comunidad Autónoma de Cataluña, Comunidad Autónoma de La Rioja, Comunidad Autónoma de Andalucía, Comunidad Autónoma de Aragón, Comunidad Autónoma del Principado de Asturias y Ministerio Fiscal.

### **III.2. Fases de desarrollo de ese tercer proceso.**

Esa demanda ha seguido complejos avatares judiciales que han dado lugar dentro del mismo proceso a tres sentencias de la AN y otras tantas del TS en recursos de casación ordinaria interpuestos contra las sentencias dictadas en instancia:

#### **1º) Primera sentencia de la Sala de lo Social de la AN de 12/2/2018.**

Quienes enjuicamos procesos de conflicto colectivo somos conocedores de la cascada de excepciones procesales que suelen invocar los demandados. Esta vez no se quedaron atrás los codemandados. En el juicio oral de este proceso de conflicto colectivo el CGPJ invocó las excepciones de incompetencia de jurisdicción por razón de la materia, falta de legitimación



activa de los demandantes, inadecuación de procedimiento y defecto en el modo de proponer la demanda o falta de acción. Por su parte el Ministerio de Justicia y varias Comunidades Autónomas alegaron falta de legitimación pasiva. La sentencia de la AN de 12/2/2018 estimó la excepción de incompetencia de jurisdicción, remitiendo para su enjuiciamiento a la Sala Especial de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Supremo.

El 24/6/2019 la Sala de lo Social del Tribunal Supremo dictó sentencia (recurso de casación núm. 123/2018) estimando el recurso de los actores y declarando la competencia del orden jurisdiccional social para conocer de todas las cuestiones litigiosas que se promuevan para garantizar el cumplimiento de las obligaciones legales y convencionales en materia de prevención de riesgos laborales y, en concreto, de las pretensiones deducidas en la demanda de conflicto colectivo que da origen al presente procedimiento.

### **2º) Segunda sentencia de la Sala de lo Social de la AN de 11/9/19.**

Devueltas las actuaciones a ese órgano judicial para que, partiendo de su competencia jurisdiccional, resolviera las demás cuestiones suscitadas oportunamente por las partes procesales, recayó sentencia de fecha 11/9/2019, estimando la excepción de inadecuación de procedimiento, por no considerar idónea la modalidad procesal empleada por los actores.

Nuevo recurso ante el TS, quien por sentencia de 29/9/21 (casación núm. 123/2018) resolvió que el haber acogido dicha excepción era improcedente, y devolvió las actuaciones al Órgano judicial de instancia para que resolviese sobre las restantes excepciones alegadas y, en su caso, sobre el fondo del asunto.

### **3º) Tercera sentencia de la Sala de lo Social de la AN de 7/2/22.**

Otra vez devueltas las actuaciones a la AN, recayó nueva sentencia de 7/2/22. Decisiones de la AN: desestima las excepciones opuestas por los codemandados (incompetencia de jurisdicción, inadecuación de procedimiento, falta de legitimación activa de los actores, falta de legitimación pasiva-alegada por todas las Comunidades Autónomas demandadas, salvo la Comunidad Autónoma del País Vasco-) y, en cuanto al fondo del asunto, lo desestimó, absolviendo a todos lo codemandados. El argumento principal de esa decisión, muy sintetizado, mantiene que la resolución del conflicto exige dilucidar básicamente si la obligación asumida por el CGPJ en el apartado 5.2 del PPRL le obligaba a regular con carácter general y abstracto las cargas de trabajo de salida para cada órgano judicial con arreglo a criterios de salud laboral, a lo que la AN contestó negativamente, al entender que lo que el CGPJ había asumido era su obligación de intervenir concretamente en las cargas de trabajo de aquellos órganos en los que se revelase efectivamente la concurrencia de riesgo derivado de dichas cargas, fuera por las

circunstancias materiales existentes o por circunstancias personales que justificasen dicha medida.

Volvió a recurrirse ese pronunciamiento en casación ordinaria, siendo resuelto por el TS en sentencia de Pleno de fecha 22/9/23 (recurso 128/22).

#### **IV.- LA DOCTRINA DE LA SENTENCIA DE PLENO DE LA SALA CUARTA DEL RECURSO DE CASACIÓN Nº 128/2022**

El recurso de casación formulado por las asociaciones demandantes ante el TS planteó la nulidad de la sentencia de la AN de 7/2/22 por dos cuestiones procesales, instó la revisión del relato fáctico y pidió la estimación de la demanda. En impugnación de recurso el Abogado Estado, en nombre del CGPJ y del Ministerio de Justicia, siguiendo la tónica de las excepciones invocadas en la instancia, sostuvo la inadmisión del recurso, por incumplimiento de requisitos formales; la Junta de Andalucía y la Generalitat Valenciana sostuvieron la pérdida sobrevenida de objeto. El Ministerio Fiscal se pronunció en contra de la estimación del recurso.

El TS rechaza todas esas objeciones que se acaban de indicar y entra a resolver el fondo del recurso. Su extensa y densa argumentación de fondo queda asentada en cinco puntos principales, expuesta sustancialmente a lo largo de

los fundamentos de derecho octavo y siguientes, los cuales giran en torno a las cuestiones siguientes:

**IV.1.- Preliminar: La diferencia entre el régimen jurídico de la carga de trabajo de los órganos judiciales y la carga de trabajo de los miembros de la carrera judicial, así como los distintos efectos de esta última carga, con la consiguiente distinción de competencias en la regulación de las materias afectadas.**

Regulación de la carga de trabajo de los órganos judiciales:

Es competencia conjunta del CGPJ con el Ministerio de Justicia (art. 560.1.21ª LOPJ). Actualmente se rige por el Acuerdo de 20 de diciembre de 2018, como anexo de la Orden JUS/1415/2018, de 28 de diciembre. Características del índice de medición establecido en ese Acuerdo: (i) Su finalidad consiste en fijar en función del “módulo de entrada de asuntos” la carga de trabajo que puede soportar cada tipo de órgano jurisdiccional, considerado en su conjunto, de manera que se disponga de un instrumento adecuado para la toma de las decisiones que afectan a la creación de órganos o incremento de plazas judiciales, aprobación de medidas de refuerzo, planes de urgencia y, en su caso, medidas de prevención de riesgos laborales. (ii) Ese índice es el módulo general para todo el conjunto nacional por cada tipo de órgano judicial, pudiendo ser complementado con otros criterios derivados de circunstancias ocasionales o de la realidad socioeconómica. (iii) El

módulo es independiente del que pudiera fijar el CGPJ para otros fines, como pueden ser la medición del cumplimiento de objetivos asociados a la productividad o a efectos disciplinarios.

Regulación de las retribuciones variables por objetivos de jueces y magistrados:

Se encuentra en la ley 15/2003 y se caracteriza por: (i) Depender del rendimiento individual acreditado por cada juez o magistrado en el desempeño de sus funciones jurisdiccionales y profesionales. (ii) Competencia para su determinación: cuando la fijación de los objetivos o su modificación pueda afectar a las retribuciones variables, el Acuerdo que lo apruebe deberá contar con informe favorable del Ministerio de Justicia y, si la modificación tuviese repercusión presupuestaria, deberá ser informada favorablemente por el Ministerio de Hacienda (art. 8. de dicha ley). (iii) La valoración del rendimiento a efectos retributivos descansa en la declaración que hacen los jueces y magistrados y de la identificación en ella de la clase de resoluciones dictadas.

Determinación de la dedicación de los miembros de la carrera judicial con fines no retributivos:

Corresponde al Servicio de Inspección del CGPJ a partir de las resoluciones computables dictadas por jueces y magistrados/as incluidas por los letrados de la Administración de Justicia en los boletines estadísticos trimestrales que

constan en su Servicio de Estadística, conforme al citado Acuerdo del Pleno del CGPJ de 9/10/03.

### **IV.2. La respuesta del TS a la primera pretensión de demanda:**

*“Que se declare que el CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL ha incumplido su obligación, documentada en el Plan de Prevención de Riesgos Laborales de la Carrera Judicial 2015-2016, de regular la carga de trabajo de jueces/zas y magistrados/as a efectos de salud laboral”.*

La posición de la AN:

La AN había desestimado esta pretensión entendiéndola que la regulación de la carga de trabajo a efectos de salud laboral está condicionada, entre otros factores, por las previsiones en materia de retribuciones variables de la Ley 15/2003, por lo que habría que contar con el informe legalmente preceptivo del Ministerio de Hacienda para su estimación y tal informe no existía.

El TS razona que no comparte ese criterio, si bien el que esta discrepancia se traduzca en la estimación de la indicada pretensión de demanda dependerá de si se aprecia que el CGPJ ha incumplido sus obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales y, concretamente, la de regular la carga de trabajo a efectos de salud laboral.

¿Cuál es el alcance de esa obligación según la STS de 22/9/23?

Acude aquí el TS a la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, cuyo art 14.1 acuerda que *“Los trabajadores tienen derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo”*. Acude también al Acuerdo de 28 de abril de 2011, del Pleno del CGPJ, por el que se aprueba el Reglamento 2/2011, de la carrera judicial, cuyo art. 317 prescribe: *“1. Los jueces y magistrados tienen derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el ejercicio de sus funciones .2.- “El CGPJ promoverá cuantas medidas y actuaciones resulten necesarias para la salvaguardia del derecho enunciado en el número anterior, en consonancia con lo establecido en la normativa sobre prevención de riesgos laborales”*.

Y con estas bases normativas concluye la sentencia de 22/9/23:

*“...es en este contexto, y como una de las “medidas y actuaciones” a que hace referencia el artículo 317.2 del Reglamento 2/2011 del CGPJ, en el que se estableció la previsión de que “el CGPJ regulará la carga de trabajo de la carrera judicial a efectos de salud laboral” (apartado 5.2 PPRL).*

*Es así el propio CGPJ el que, en cumplimiento del artículo 317.2 del Reglamento 2/2011 del CGPJ, y en última instancia del artículo 14.2 LPRL, y a fin de salvaguardar el derecho a la protección eficaz en materia de seguridad y salud (artículo 14.1 LPRL y artículo 317.2 del Reglamento 2/2011 del CGPJ), se ha obligado a regular la carga de trabajo a*

*efectos de salud laboral”*.

¿Ha cumplido el CGPJ esa obligación de regular la carga de trabajo de los integrantes de la carrera judicial a efectos de salud laboral?

Admitiendo que no se puede negar lo mucho que el CGPJ ha llevado a cabo en materia de prevención de riesgos laborales, con la decisiva intervención y participación de las asociaciones judiciales, el TS constata que el CGPJ todavía no ha fijado los módulos definitivos que regulan la carga de trabajo de jueces y magistrados, al margen de cuáles sean los rasgos y características que vayan a tener esos nódulos. En consecuencia, resuelve que el CGPJ no ha cumplido de forma completa y definitiva la previsión contenida en el apartado 5.2 PPRL consistente en regular la carga de trabajo de la carrera judicial a efectos de salud laboral, toda vez que solo la ha cumplido de forma provisional o parcial.

### **Conclusión:**

Se estima la primera pretensión de la demanda de conflicto colectivo.

### **IV.3. La respuesta del TS a la segunda pretensión de demanda**

*“Que se declare que la metodología y procedimiento empleada en el “DOCUMENTO DE TRABAJO MAPA JUDICIAL*

*DE RIESGOS Y SISTEMA DE ALERTAS” es inadecuado al fijar la carga de entrada de los órganos jurisdiccionales como criterio para evaluar riesgos para la salud de los miembros de la carrera judicial por sobrecarga de trabajo”.*

El TS dice a propósito del criterio y el método utilizables en la fijación de la carga de trabajo de jueces y magistrados/as:

Atención a los factores personales individualizados.

La prevención de riesgos laborales obliga necesariamente a atender los factores personales individualizados, pues *“A ello apunta el “Documento sobre cargas de trabajo a efectos de salud. Mapa judicial de riesgos y sistema de alertas”, cuando hace referencia a la “hoja de salud” del juez/a. Debe tenerse en cuenta, en este sentido, que es principio general de la acción preventiva el de “adaptar el trabajo a la persona” (artículo 15.1 d) LPRL) y que la evaluación de riesgos debe atender, no solo a las características de los puestos de trabajo, sino también a las características de los “trabajadores” que deben desempeñarlos ( artículo 16.2 LPRL)”.*

Método para llevar a cabo esa evaluación:

El TS indica que parece razonable que a efectos de salud laboral se deben tener en cuenta las cargas de salida del juez y magistrado/a, si bien constata que el apartado 5.2 PPRL nada precisa sobre cómo ha de regularse la carga de trabajo

de la carrera judicial a efectos de salud laboral, ni sobre qué módulos (de entrada, de salida, etc.), criterios o indicadores deben utilizarse, de modo que la carga de salida no tiene que ser necesariamente el criterio a utilizar, y menos con carácter exclusivo o cuasi exclusivo, ni se descarta que puedan tenerse también en cuenta, siquiera sea de forma complementaria, las cargas de entrada del órgano judicial del que sea titular el juez o magistrado/a, como tampoco otros posibles criterios adicionales.

Conclusión:

Se desestima la segunda pretensión de demanda.

#### **IV.4. La respuesta del TS a la tercera pretensión de demanda**

*“Que se condene al CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL a regulación de la carga de trabajo de jueces/zas y magistrados/as a efectos de salud laboral conforme a un criterio de dedicación o rendimiento adecuado para la identificación de los riesgos de carácter psicosocial de los miembros de la Carrera Judicial y que, además, tenga en cuenta circunstancias personales y del órgano, y ello en un plazo máximo de tres meses desde la fecha de la sentencia.*

*Subsidiariamente se condene al CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL a la inmediata regulación la carga de trabajo de jueces/zas y magistrados/as a efectos de salud laboral conforme a un criterio*

*adecuado, distinto a la carga de entrada del órgano judicial, para la identificación de los riesgos de carácter psicosocial de los miembros de la Carrera Judicial”.*

La posición del TS:

Conforme al razonamiento seguido al resolver la primera pretensión de demanda, concluye que sí procede condenar al CGPJ a que cumpla el deber de regular la carga de trabajo de los integrantes de la carrera judicial a efectos de salud laboral, pero en cuanto a los criterios que debe aplicar para asumir tal deber dice:

*“...no resulta posible condenar al CGPJ, como se pretende, a que regule la carga de trabajo de la carrera judicial a efectos de salud “ conforme a un criterio de dedicación o rendimiento adecuado para la identificación de los riesgos de carácter psicosocial de los miembros de la carrera judicial y que, además, tenga en cuenta circunstancias personales y del órgano”, pues nada de lo anterior dispone ni emana, exactamente en esos términos, del apartado 5.2 PPRL. Tampoco se puede condenar al CGPJ, como se pretende de forma subsidiaria, a la “regulación de la carga de trabajo de jueces/zas y magistrados/as a efectos de salud laboral conforme a un criterio adecuado, distinto a la carga de entrada del órgano judicial, para la identificación de los riesgos de carácter psicosocial de los miembros de la carrera judicial.” Y ello -de nuevo se dirá- porque del apartado 5.2 PPRL no dimana la imposibilidad de utilizar la carga de entrada del órgano judicial.*

*Y, en fin, tampoco se puede condenar al CGPJ a que se regule la carga de trabajo de la carrera judicial a efectos de salud laboral en el plazo de tres meses, como se pretende de forma principal, o, inmediatamente, como se pretende de forma subsidiaria, por la misma razón de que el apartado 5.2 PPRL no establece plazo alguno para cumplir con la previsión de regular la carga de trabajo a los efectos indicados”.*

Conclusión:

Estimación parcial de la tercera pretensión de demanda, en el sentido de que el CGPJ debe proceder a regular la carga de trabajo de la carrera judicial pero no necesariamente en la forma pedida por los demandantes.

#### **IV.5. La respuesta del TS a la cuarta pretensión de demanda**

*“Que se condene al CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL a que regule la carga de trabajo de los miembros de la carrera judicial a efectos de salud laboral con carácter independiente, y sin perjuicio de que pueda hacerlo previa o simultáneamente, a la regulación de la carga de trabajo a otros efectos (retributivo, disciplinario o cualquier otro)”.*

El TS remite a lo razonado en el fundamento de derecho octavo de su sentencia en cuanto a la distinción entre la regulación legal de la carga de trabajo de los órganos judiciales y la de jueces y tribunales, con distinta normativa y

efectos para estos últimos y diferentes competencias: carga de trabajo que puede soportar un órgano jurisdiccional ( párrafo primero del artículo 560.1.21ª LOPJ); carga de trabajo a efectos disciplinarios de jueces y magistrados/as (párrafo segundo del artículo 560.1.21ª LOPJ); rendimiento individual y módulos de dedicación a efectos de la retribución variable por objetivos ( artículos 7 y 8.1 de la Ley 15/2003); protección de seguridad y salud de jueces y magistrados (artículo 317 del Reglamento 2/2011 del CGPJ).

De ahí concluye que, estando establecidas normativamente las cargas de trabajo a distintos efectos, resulta innecesario condenar al CGPJ a hacer algo que ya existe.

Conclusión:

Se desestima la cuarta pretensión de demanda.

### **IV.6. Decisión final de la sentencia:**

Se estima parcialmente el recurso de casación y, en su consecuencia, se acuerda:

*“Casar y anular parcialmente la sentencia de la sala de lo social de la Audiencia Nacional 15/2022, 7 de febrero de 2022 (proc. 251/2017), en el sentido de: estimar la primera pretensión de la demanda de conflicto colectivo, por lo que se declara que el Consejo General del Poder Judicial ha incumplido su obligación, documentada en el apartado 5.2 del Plan de Prevención de Riesgos Laborales Carrera Judicial (2015-2016), de regular la carga de trabajo de la carrera judicial a efectos de salud*

*laboral; estimar parcialmente la tercera pretensión de aquella demanda, por lo que se condena al Consejo General del Poder Judicial a regular la carga de trabajo de la carrera judicial a efectos de salud laboral; y confirmar el resto de pronunciamientos de la sentencia recurrida”.*

### **V.- CONCLUSIONES**

La STS de 22/9/23 trae luz al largo y debatido tema de si el art. 5.2 del Plan de prevención de riesgo laborales de la carrera judicial implica el deber de regular la carga de trabajo a efectos de salud laboral de jueces y magistrados/as, considerando tal carga como riesgo laboral que debe ser abordada desde una perspectiva preventiva psicosocial de carácter general, no como una actuación reactiva ante un riesgo o daño individual. El debate sobre esa cuestión consta que ya fue planteado en la reunión de la CNSS de 16/1/14, citada en los antecedentes de este escrito. Ahora, nueve años más tarde, el TS ya ha despejado la cuestión, respondiendo que ese deber existe, que es carga del CGPJ proceder a su cumplimiento y que ese deber, aun reconociendo los indudables avances realizados en la materia, no ha sido del todo cumplido. En consecuencia, da la razón en este punto a las asociaciones judiciales demandantes, aunque descarta que el CGPJ deba actuar necesariamente conforme al criterio pedido en demanda ni en el plazo (tres meses) que éstas requerían.

A raíz de estas cuestiones deja también sentado el TS que la normativa de

prevención de riesgos laborales emanada de la Unión Europea (Directiva 223/88/CEE, del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo y demás disposiciones en la materia) y la consiguiente normativa interna española que la ha traspuesto a nuestro ordenamiento (Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales, y reglamentos de desarrollo) es plenamente aplicable a la carrera judicial. Esto obliga a tener muy presente la doctrina que emana del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en esta materia, incluyendo las responsabilidades que conlleva su inobservancia.

Recordamos respecto a esta última cuestión que el día 2/3/23 fue fecundo para la Sala Tercera del TS en el dictado de cuatro sentencias que afectaban directamente al régimen de la carrera judicial. Una de ellas no es relevante para el tema que estamos abordando. De las restantes ya hemos hecho cita a dos en los antecedentes de este escrito: la que resolvió el recurso 412/21, clarificando los diversos sistemas de medición de carga de trabajo de la carrera judicial; y la que resolvió el recurso 5219/21, respondiendo a una cuestión sobre tiempo de trabajo de guardia exigible a los miembros de la carrera judicial conforme a los arts. 3 y 5 de la Directiva 2033/88/CEE. En este momento tenemos que incluir la cita de una última sentencia de la misma fecha que resolvió el recurso 450/21, en la que, a raíz de la estimación de un recurso sobre impugnación en la provisión de una plaza de magistrado, se reconoce al recurrente su derecho a ser indemnizado por los perjuicios causados por la indebida denegación del derecho que le correspondía. Pues bien, habida cuenta de la conexión entre el respeto a las reglas de salud laboral de la carrera judicial y el derecho fundamental a la salud tutelado en el art. 15 CE, con las correlativas responsabilidades en caso de incumplimiento, cabría preguntarse, tras la STS de 22/9/22 ¿surgen nuevas expectativas de conflicto judicial?



# LA EFECTIVA IGUALDAD DE RETRIBUCIÓN ENTRE HOMBRES Y MUJERES.

LA DIRECTIVA (UE) 2023/970, DE 10 DE MAYO DE 2023.  
OBJETIVOS, MEDIDAS Y NOVEDADES.

M<sup>a</sup> del Carmen Pérez Sibón.

Magistrada. Sala de lo Social Tribunal Superior de Justicia de Andalucía.

## I.INTRODUCCIÓN, ANTECEDENTES Y CONTEXTO EN QUE SE ELABORA LA DIRECTIVA 2023/790.

### A) Contexto internacional.

El Diario Oficial de la Unión Europea de 17 de mayo de 2023 ha publicado la 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 (en adelante, “la Directiva”).

La Directiva entró en vigor a los veinte días de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea, y obliga a los Estados miembros a transponerla antes del 7 de junio de 2026.

La obligación que tienen los poderes públicos de garantizar la efectividad del principio de igual retribución por trabajos, no solo iguales, sino de igual valor, en la actualidad es un principio indiscutible. Se formuló por primera vez

en el Preámbulo de la Constitución de la OIT de 1919, y el Convenio número 100 de 1951 lo configuró de forma expresa, como así mismo lo hizo –en el ámbito de la Unión Europea– 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. La igualdad retributiva por trabajos de igual valor constituye uno de los elementos esenciales del principio de igualdad real y efectiva entre mujeres y hombres. Desde esta Directiva hasta la actualidad, la prohibición de diferente retribución por trabajo de igual valor ha dado lugar a una consolidada doctrina jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (por citar, SSTJCEE de 1 de julio de 1986, asunto Dato, C-237/85, STJCEE de 17 de octubre de 1989, asunto Danfoss, C-109/88) y en similares términos se ha venido pronunciando el Tribunal Constitucional.

Aunque dicha legislación no exige formalmente la eliminación de las diferencias salariales entre hombres y mujeres, su reducción forma parte del pilar europeo de derechos sociales,

y una prioridad en la estrategia de igualdad de género de la UE 2020-2025, formando parte de los objetivos de desarrollo sostenible de Naciones Unidas, que deben alcanzarse para 2030. Ya la Recomendación de la Comisión, de 7 de marzo de 2014, sobre el refuerzo del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres a través de la transparencia, establecía que los Estados debían optar por alguna de las medidas que la resolución proponía.

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, proscribía la discriminación directa e indirecta por razón de sexo en el conjunto de los elementos y condiciones de retribución para un mismo trabajo o para un trabajo al que se atribuye un mismo valor.

El gran reto de la discriminación retributiva por razón de sexo en este momento está claramente en la discriminación indirecta por incorrecta valoración de los puestos de trabajo y la falta de transparencia en los sistemas retributivos. En 2020 la evaluación de las disposiciones de la Directiva 2006/54/CE constató que la aplicación del principio de igualdad de retribución se veía entorpecida por dicha falta de transparencia y de seguridad jurídica en torno al concepto de «trabajo de igual valor», así como los obstáculos procedimentales a los que se enfrentan las personas discriminadas, de forma que no salen a la luz con facilidad sesgos y discriminaciones de género en las

estructuras retributivas de las empresas.

En definitiva, la mayoría de los Textos normativos Fundamentales en el Derecho de la Unión Europea –y en general en Derecho Internacional– contemplan en su regulación el derecho fundamental de igualdad de sexos, y en particular, de igualdad de retribución por un trabajo de igual valor.

Pero a pesar de ello, la brecha salarial de género persiste en la actualidad. Los datos estadísticos muestran esta realidad. Se parte de un 12,7% de diferencia salarial media entre sexos, existiendo una gran diferencia entre los países de la Unión Europea. Las razones a que obedece esta diferencia retributiva son muchas y no vamos a analizarlas ahora (cargas familiares, techo de cristal, contratación parcial...), brecha que además se acentúa con la edad y que se ha mantenido prácticamente invariable en la Unión Europea durante la última década a pesar de las regulaciones existentes.

Junto a lo indicado, no debe olvidarse que la situación creada por la pandemia COVID afectó de forma negativa y desproporcionada a las mujeres, pero evidenciando por otra parte el alto valor socioeconómico del trabajo de las mismas en los servicios de primera línea, (atención sanitaria e infancia, limpieza, asistencia social, atención residencial a personas mayores y dependientes), las cuales tienen, sin embargo, un escaso reconocimiento y visibilidad. Este incremento de la desigualdad incentivó así mismo la idea de la necesidad de una nueva regulación de la materia.

En este contexto, constatados los obstáculos existentes para la consecución de una real igualdad en materia retributiva entre sexos, -consistentes fundamentalmente en la falta de transparencia, de medidas reparatoras y sancionadoras de los incumplimientos, en la ambigüedad de los conceptos manejados (“trabajo de igual valor”), y en los complejos cauces procedimentales para la impugnación de las conductas discriminatorias- se hacía necesario la toma de nuevas medidas que fueran realmente eficaces y que permitieran aflorar -y sancionar- los sesgos para eliminar la discriminación retributiva. A ello se encamina la Directiva 2023/970, en la que centramos este estudio.

### B) Contexto en el ordenamiento español.

En el ordenamiento español el principio de igualdad retributiva por trabajo de igual valor se regula en el artículo 28 del Estatuto de los Trabajadores aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, precepto modificado por el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación.

Lo cierto es que el legislador español se ha situado a la vanguardia de los ordenamientos europeos con las herramientas diseñadas en el Art. 28 del Estatuto de los Trabajadores y desarrolladas reglamentariamente en el Real Decreto 902/2020, de 13 de octubre, de igualdad retributiva entre mujeres y

hombres. La promulgación de los Reales Decretos 901/2020, de planes de igualdad y su registro, y 902/2020, no solo ha significado un punto de inflexión en la gestión de la igualdad en la empresa española, sino también una legislación novedosa y ambiciosa dentro del entorno de los países de la UE, al ser la única que acometía de forma global y completa las recomendaciones de la Comisión Europea sobre transparencia salarial de 2014. Pero aun cuando muchas de estas medidas ya están contempladas en la legislación española, otras -creadas por la nueva Directiva- implican una mayor exigencia para las empresas.

### C) Derecho comparado.

Los datos estadísticos sobre la brecha salarial de género parten de un 12,7% de diferencia salarial media entre sexos, existiendo una gran diferencia entre los países de la Unión Europea. Con datos de 2021, la mayor brecha la ostentaba Estonia (20,5%), mientras las más bajas eran las de Rumanía (3,6%) y Eslovenia (3,8%). España (a pesar de mostrar una posición pionera en cuanto a legislación protectora en esta materia) se sitúa en un 8,9%, siendo Luxemburgo el único país del espacio común que ha conseguido cerrar de forma efectiva la brecha salarial de género.

Por el contrario, aplicando similares medidas de transparencia salarial como las que ahora constituyen el objeto de esta Directiva, en diversos Estados se han evidenciado muestras claras de los beneficios obtenidos en cuanto a la reducción de la brecha salarial.

Así, la legislación danesa, que exige la presentación de informes internos sobre retribución, consiguió que esta información redujera las diferencias salariales entre hombres y mujeres en un 13 %.

Por su parte, un estudio del Reino Unido mostró que la brecha salarial en la remuneración por horas se redujo un 18 % tras la adopción de una legislación sobre transparencia salarial, en 2017.

Y otro estudio sobre la divulgación pública de los salarios en las universidades canadienses obtuvo resultados estimativos de una reducción de la brecha salarial de género de entre el 20 % y el 40 % desde que se legisló al respecto, a finales del siglo XX.

## **II. OBJETIVOS Y MEDIDAS.**

Sobre la meta fundamental y central de poner fin a la brecha salarial entre mujeres y hombres que ocupen un mismo puesto de trabajo o que tengan una actividad laboral que sea del mismo valor, las medidas para su alcance pueden sintetizarse en las que a continuación exponemos, sin perjuicio de un análisis más exhaustivo posterior:

-Transparencia –medida primordial que inspira toda la Directiva– fundamentalmente basada en una adecuada y suficiente información del trabajador, antes del contrato, durante el mismo y con posterioridad.

-Efectividad de las medidas (mecanismos procesales, sancionadores, reparadores,

de intervención de las Administraciones y organismos, asociaciones sindicales...)

-Ampliación de los distintos ámbitos de aplicación (personal, material, procesal)

-Redefinición de conceptos a estos efectos (retribución, trabajos de igual valor, relación laboral)

-Adopción de medidas de reparación y disuasorias (sanciones, multas coercitivas)

-Facilitación de los procesos de impugnación de situaciones de discriminación retributiva (medidas procesales, burocráticas, de representación ...).

## **III. Transparencia.**

La nueva Directiva establece la obligación de que las organizaciones informen a la autoridad nacional pertinente sobre la brecha retributiva de género que hayan detectado. Las empresas de más de 250 empleados deberán hacerlo anualmente y las de entre 100 y 249, cada tres años. Las organizaciones más pequeñas solo lo harán de forma voluntaria, aunque la Directiva deja la puerta abierta a que los Estados miembros también se lo exijan.

Con base en esta información, si las empresas detectan una diferencia salarial de género superior al 5% que no puedan justificarse por criterios objetivos, deberán adoptar medidas, que habrán de partir siempre de una evaluación retributiva elaborada de

forma conjunta con los representantes de los trabajadores.

Así mismo, la transparencia se regula en la fijación de las retribuciones y progresión retributiva, información que los empleadores deberán poner a disposición de su personal de manera fácil con criterios objetivos y neutros con respecto al género; en el derecho concedido a los trabajadores a solicitar y a recibir información por escrito sobre su nivel retributivo individual y sobre los niveles retributivos medios, desglosados por sexo, información que podrán solicitar y recibir a través de sus representantes o de un organismo de fomento de la igualdad; la información habrá de facilitarse en un plazo razonable, y en todo caso en los dos meses siguientes a la solicitud; información en formato accesible para las personas con discapacidad; aportación de información en las materias especificadas en la Directiva; la información se facilitará por el empresario a todos sus trabajadores, a sus representantes, a la inspección de trabajo y al organismo de fomento de la igualdad, a petición de estos, e incluso se facilitará la información correspondiente a los cuatro años anteriores, si está disponible; realización en cooperación con los representantes de los trabajadores, de una evaluación retributiva conjunta cuando se cumplan determinadas condiciones con el fin de detectar, subsanar y evitar diferencias de retribución.

#### IV. Redefinición de conceptos.

La Directiva amplía considerablemente, a los efectos tratados en la misma, conceptos tales como los de:

A)- **“Trabajador”**. La Directiva engloba a todos los trabajadores, incluidos los trabajadores a tiempo parcial, los trabajadores con contrato de duración determinada, los vinculados laboralmente con una empresa de trabajo temporal, los que se encuentren en puestos directivos, los trabajadores domésticos, los trabajadores a demanda, los trabajadores intermitentes, los retribuidos mediante vales, los trabajadores de las plataformas digitales, los trabajadores con empleos protegidos, los trabajadores en prácticas y los aprendices, e incluso a los solicitantes de empleo (transparencia retributiva previa).

Efectúa la Directiva una especial referencia a trabajadores de sexo binario o tercer género, pero sin regulación específica en el Texto, reconociendo su existencia pero sin recoger intervención alguna al respecto de los Estados miembros, ni precisar nada sobre su aplicación a estos supuestos.

B) **“Relación laboral”**. Se instrumenta un concepto amplio y no formal de la existencia de un concepto que debe guiarse por los hechos relativos al trabajo que realmente se desempeña, y no por la descripción de la relación ofrecida por las partes.

C) **“Retribución”**, se fundamenta en un concepto extensivo al salario o a

cualesquiera otras gratificaciones, en efectivo o en especie, que los trabajadores reciban directa o indirectamente de su empleador en razón de su empleo (concepto ya contemplado en la jurisprudencia del TJUE, en sentencias de 9-2-1982, asunto Garland, C-12/81; de 9-6-1982, Comisión de las Comunidades Europeas contra Gran Ducado de Luxemburgo, C-58/81; de 13-7-1989, caso Rinner-Kühn, C-171/88; de 27-6-1990, caso Kowalska, C-33/89; de 4-6-1992, caso Bötel, C-360/90; de 13-2-1996, Gillespie y otros, C-342/93; de 7-3-1996, Freers y Speckmann, C-278/93; de 30-3-2004, asunto Alabaster, C-147/02).

## V. Ámbito de aplicación.

Examinado ya el amplio ámbito material al que se aplica la Directiva (concepto expansivo de las retribuciones y de la información a facilitar) debe destacarse así mismo la gran extensión con la que se regula el ámbito personal o subjetivo.

A) En relación con los **empleadores**, se incluye a todos, tanto del sector público como privado.

B) Por parte de los **trabajadores**, también a todos, siempre que tengan un contrato de trabajo o una relación laboral según se definen en el Derecho, los convenios colectivos o las prácticas vigentes en cada Estado miembro, y teniendo en cuenta lo establecido por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, como ya hemos especificado en anteriores apartados.

Importante novedad de la Directiva es que incluye a trabajadores, solicitantes

de empleo e incluso extrabajadores.

C) En cuanto a los **solicitantes de empleo**, las organizaciones deberán comunicarles el salario inicial o la banda retributiva del puesto ofertado. Esto podrá hacerse en el propio anuncio de empleo o antes de la entrevista. Se establece así mismo que las empresas no podrán pedir información sobre el historial retributivo de los candidatos.

D) Finalmente, respecto de los **“extrabajadores”**, el artículo 14 de la Directiva establece que los procedimientos para reclamar en caso de incumplimiento de sus mandatos deberán ser de fácil acceso para los trabajadores y quienes actúen en su nombre, *“incluso después de que haya terminado la relación laboral durante la que se haya producido la presunta discriminación”*.

E) Especial referencia a personas con **discapacidad**. La Directiva prevé (Art. 8) que la información que haya de darse a los solicitantes de empleo y a los trabajadores, se lleve a cabo teniendo en cuenta sus discapacidades particulares, en un formato y con una forma de asistencia y apoyo adecuada que garanticen su acceso a la información y la comprensión de ésta. Cuando proceda, será de aplicación la Directiva (UE) 2016/2102 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2016, sobre la accesibilidad de los sitios web y aplicaciones para dispositivos móviles de los organismos del sector público.

### V. Vías de reparación y Régimen de sanciones.

Se regula el derecho a una indemnización o reparación íntegra en caso de violación del derecho que deberá ser real y efectiva por los daños y perjuicios sufridos, y así mismo disuasoria y proporcionada, que habrá de incluir la recuperación íntegra de los atrasos y las primas o pagos en especie correspondientes, el resarcimiento por la pérdida de oportunidades, los daños morales, cualquier perjuicio causado por otros factores pertinentes, y los intereses de demora, sin poder estar sujeta a ningún límite máximo fijado previamente.

Se permite que los Estados puedan prever otras vías de reparación, siempre a petición de la parte reclamante y a expensas de la parte reclamada, tales como que se ordene el cese de la infracción y la adopción de medidas para garantizar que se apliquen los derechos u obligaciones relativos al principio de igualdad de retribución, con multa coercitiva (Art. 17) para garantizar su cumplimiento.

En relación con las sanciones (Art. 23 y ss), se prevé en la Directiva la intervención de las inspecciones de trabajo para requerir el Registro Retributivo y se analizarán los casos en los que las mujeres reciban un salario inferior a los hombres ocupando el mismo puesto de trabajo.

Las empresas podrían ser sancionadas según el régimen de infracciones y sanciones de la Ley sobre Infracciones y

Sanciones en el Orden Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, en función de la gravedad de los hechos, estimándose las sanciones entre 626 € y 225.018 €.

### VII. Aspectos procesales.

#### A) **Reglas especiales en materia de prueba**, incluyen:

-La inversión de la carga de la prueba, cuando una persona que se considere perjudicada demuestre hechos que permitan presumir una discriminación retributiva directa o indirecta, o cuando el empleador no haya cumplido las obligaciones de transparencia retributiva exigidas en la Directiva. Esto no se aplicará a los procedimientos penales, salvo que el Derecho nacional disponga otra cosa.

-Mecanismos para probar la realización del mismo trabajo o de un trabajo de igual valor. La evaluación de si se encuentran en una situación comparable no se limitará a situaciones en las que las personas trabajadoras presten servicio para el mismo empleador, sino que se ampliará a la fuente única que determine las condiciones de retribución, y no se limitará a los trabajadores que estén empleados al mismo tiempo que el trabajador o la trabajadora de que se trate. Cuando no pueda determinarse ningún referente de comparación real, se permitirá utilizar cualquier otra prueba para demostrar la presunta discriminación retributiva, incluidas estadísticas o una comparación de cómo se trataría a un trabajador en una situación comparable.

-Medidas para facilitar el acceso a las pruebas, instando a los Estados Miembros para que las autoridades competentes o los órganos jurisdiccionales nacionales puedan ordenar a la parte reclamada que exhiba cualquier prueba que obre en su poder.

B) Reglas en materia de representación.

Se regula la posibilidad de que las asociaciones, organizaciones, organismos de fomento de la igualdad y representantes de los trabajadores u otras entidades con interés legítimo en garantizar la igualdad entre hombres y mujeres puedan participar en cualquier procedimiento administrativo o judicial respecto a una presunta infracción de los derechos u obligaciones relativos al principio de igualdad de retribución, actuando en nombre o en favor de todo trabajador que sea presunta víctima, con la autorización de dicha persona.

C) costas procesales

Los Estados miembros garantizarán que en los asuntos en los que la demanda por discriminación retributiva no prospere, pueda valorarse la exención del pago de las costas cuando a pesar de ello se observaran motivos fundados para interponerla.

D) Reglas sobre prescripción,

Los plazos de prescripción no deben comenzar a correr antes de que la parte reclamante tenga conocimiento de una infracción, o quepa esperar razonablemente que lo tenga.

## BIBLIOGRAFÍA

“*Exégesis de la jurisprudencia actual sobre desigualdad y discriminación retributiva*”.Autores: Consuelo Ferreiro Regueiro (Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social, ISSN 2660-4647, N<sup>o</sup>. 155, 2023)

“*La reducción de la brecha salarial de género a través de la transparencia en la política retributiva y la valoración neutra de puestos de trabajo*”.Autores: Patricia Nieto Rojas. Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social, ISSN 2660-4647, N<sup>o</sup>. 155, 2023)

“*Igualdad retributiva para trabajos de igual valor y transparencia salarial, una vuelta de tuerca más desde Europa*” Beatriz Ardid Capital humano: revista para la integración y desarrollo de los recursos humanos, ISSN 1130-8117, ISSN-e 2253-8453, N<sup>o</sup> 378, 2022.

“*Las nuevas leyes de transparencia salarial de la UE buscan igualar los sueldos de hombres y mujeres*” 17 mayo 2023 18:50 CEST Assistant Professor in Law, University College Dublin Adjunct professor, IE University Laura Carlson Professor in Law, Stockholm University

Comunicados de la Red de Expertos en Derecho de la Unión Europea (REDUE) (13/2023)

“*Un nuevo instrumento para garantizar la igualdad efectiva*” María Eugenia Guzmán, Miguel Rodríguez-Piñero y Luciano Murriel. Derecho Laboral en PwC Tax & Legal



# TRABAJO A DISTANCIA. TIEMPO DE TRABAJO: TRATAMIENTO DE LAS INTERRUPCIONES EN LA PRESTACIÓN DE TRABAJO A DISTANCIA POR CORTES EN EL SUMINISTRO ELÉCTRICO O DE RED. PAUSAS PARA ATENDER A LAS NECESIDADES FISIOLÓGICAS.

Ana Sancho Aranzasti  
Magistrada Sala Social Audiencia Nacional

## I. Introducción.

Se da una respuesta por el Tribunal Supremo a cuestiones atinentes al régimen de trabajo a distancia, hasta entonces no resueltas por el Alto Tribunal, atinentes a tratamiento de los tiempos en los que se producen caídas en el suministro de luz o internet así como las pausas para atender a necesidades fisiológicas. Todo ello al amparo de la normativa ya derogada pero vigente al momento de plantearse el conflicto colectivo, derivada del RD 28/2020, de 22 de septiembre de trabajo a distancia, actualmente sustituido por la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia.

## II. Problema suscitado. Hechos y antecedentes.

La Sala Cuarta del Tribunal Supremo resuelve el recurso de casación ordinario interpuesto frente a la sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional de fecha 10 de mayo de 2021, dictada en proceso de conflicto colectivo número 105/2021. La demanda que dio origen

a las actuaciones se interpone por la Federación de Servicios a la Ciudadanía de Comisiones Obreras, a la que se adhirieron el resto de sindicatos comparecientes frente a la empresa Extel Contact Center SAU. El escrito rector, planteaba dos pretensiones diferenciadas:

1ª.- La primera, que caso de producirse durante la jornada de teletrabajo incidentes debidos a desconexiones que impidiesen la prestación, por ser imprescindibles para la misma, como cortes en el suministro de luz o conexión de internet, ajenos a las personas trabajadoras, la empresa computase el tiempo que dure aquél como tiempo efectivo de trabajo, sin que deban los trabajadores recuperar ese tiempo ni sufrir descuento alguno en sus retribuciones, siempre y cuando se aportase justificación de la empresa suministradora del servicio sobre la existencia y duración de la incidencia.

2ª.- El derecho del personal que presta servicios para la demandada al uso del lavabo para atender sus necesidades fisiológicas por el tiempo imprescindible y la correlativa obligación de la empresa de registrar estas pausas de forma

separada del resto de descansos y pausas contempladas en el convenio colectivo de Contact Center. En relación a esta pretensión se indicó en el juicio que sólo uno de los centros de trabajo de la empresa, sito en Málaga, habilitaba la posibilidad a sus trabajadores de registrar las pausas para acudir al aseo a través de una clave específica (Aus 2), mientras que en el resto de los centros de trabajo, el personal se veía obligado a utilizar el tiempo de descanso para comer o para PVD's, descontándose de estos descansos el tiempo utilizado para atender a dichas necesidades.

La empresa demandada se opuso a las citadas pretensiones argumentando que: a) en relación con la primera pretensión, que la aplicación del art. 30 E.T llevaba a considerar que la situación de desconexión por falta de suministro eléctrico de los trabajadores que teletrabajaban no era una falta de ocupación efectiva que afectase a la empresa, existiendo un Acuerdo Marco suscrito con CCOO y que cuando dicha falta de suministro tenía lugar con relación a los trabajadores que prestaban servicios presencialmente, el tiempo se dedicaba a formación; b) en cuanto a la segunda pretensión, se opuso la empresa por considerar que no existía regulado un descanso de aseo y que en todo caso la empresa no impedía a los trabajadores acudir al mismo, sin que dichas ausencias debieran ser consideradas como de trabajo efectivo pues nada dice el Convenio al respecto. Y en relación a la plataforma de Málaga en el año 2.009 la empresa recibió un requerimiento de la ITSS para que eliminase la clave Aus 2 del registro de ausencias.

La Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, con cita del art. 1.1 ET en cuanto remarcando la nota de ajenidad en la prestación de trabajo, y con cita del RD-ley 28/2020, de trabajo a distancia, concluye que la citada norma hace suyo el principio en la ajenidad de los medios en sus arts. 11 y 12, invocando la igualdad en derechos de los trabajadores a distancia y presenciales (art. 4 RD-ley 8/2020) y cita de los arts. 30 y 45.1 ET concluye que ha de estimarse la primera de las pretensiones ejercitadas en demanda por cuanto que:

- 1) Si la caída del suministro de red eléctrica o de internet no comporta consecuencia alguna para los trabajadores presenciales, el principio de equiparación a estos de los trabajadores a distancia consagrado en el art. 4.1 del RD-ley citado no puede comportar para estos últimos consecuencia distinta.
- 2) El principio en la ajenidad en los medios, incluso en el ámbito del teletrabajo, comporta que el funcionamiento defectuoso de los mismos, por causa no imputable al trabajador, ha de recaer sobre el empleador, obligado a proporcionar los medios adecuados para su desempeño.
- 3) El hecho de que el trabajador o un tercero concierte los contratos de suministro, no exonera al empleador de su obligación de dar ocupación al trabajador, si perjuicio de adopción de medidas sustentadas en fuerza mayor o

reclamación de los perjuicios ocasionados al a compañía suministradora del servicio.

En cuanto a la segunda pretensión, la Sala con cita de los preceptos del convenio colectivo aplicable y STJUE de 14-5-2019- asunto Deustche Bank-estima la misma, al entender que a excepción del centro de trabajo de Málaga, se está obligando al trabajador a dilatar en el tiempo una necesidad fisiológica no posponible, registrando un descanso no programado por la empresa, lo que en el trabajo a distancia se traduce en una vulneración de la dignidad del trabajador, al no permitirse registrar pausas, cuando se está conectado de forma permanente tanto telefónica como digitalmente. Por ello, se reconoce el derecho del personal que presta servicios para la demandada al uso del aseo para atender sus necesidades fisiológicas por el tiempo imprescindible y la correlativa obligación de la empresa de registrar estas pausas de forma separada del resto de descansos y pausas contempladas en el convenio colectivo de Contact Center.

### **III. Posición de las partes en el recurso de casación.**

Se interpone frente a la citada resolución, recurso de casación ante la Sala Cuarta del Tribunal Supremo por la empresa demandada, amparando el mismo en dos motivos diferenciados:

- a) El primero, ex art. 207 e) de la LRJS, en el que se denuncia la infracción del art. 30 ET, en relación con el art. 5 del Real Decreto-ley 8/2020, de

17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, y el RDL 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia.

Se sostiene por la empresa que el supuesto enjuiciado no se encuentra regulado por el RD-ley 28/2020, siendo que las condiciones de teletrabajo se adoptaron en acuerdo firmado por empresa y el sindicato demandante, el 12 de marzo de 2020, y por ende son las que rigen aquellos sin que en ellas nada se disponga en orden a que las incidencias en el suministro de luz o de la red en los domicilios de los teletrabajadores sea tiempo efectivo de trabajo. Y que además, nos encontraríamos ante un conflicto de intereses, que no jurídico.

- a) El segundo, con igual amparo procesal, denunciándose la infracción de los arts. 24 y 54 del Convenio colectivo estatal del Sector, en relación con el art. 34.4 y 17.1 ET.

Entiende la empresa que reconocer el derecho del trabajador a distancia a registrar las pausas para el uso del lavabo y atender a sus necesidades fisiológicas, y correlativa obligación de la empresa de registro de esas pausas de forma separada del resto de descansos implica ampliar el tiempo de descanso que fija la norma colectiva y el Estatuto de los Trabajadores.

Tanto los sindicatos demandantes como el Ministerio Fiscal abogaron por la desestimación del recurso interpuesto.

## IV.- Normativa aplicable al caso.

Para resolver la controversia, el Alto Tribunal acude en primer lugar a la doctrina sobre el conflicto de intereses, reseñando que dicha cuestión, constituye cuestión nueva al no haberse planteado en la instancia. Añade en cualquier caso que conforme a la citada doctrina<sup>1</sup>, el objeto de la controversia, no podría verse rechazado por la presencia de un conflicto de intereses, pues lo que se invoca por la recurrente es que las pausas por caída de suministros, son tiempo de trabajo, contraviniéndose el art. 4 del RD 28/2020, cuya estimación provocaría un pronunciamiento sobre el fondo.

Y en cuanto a las pretensiones principales reseña:

- a) Que la resolución de la controversia, queda sujeta a las previsiones del RD-ley 28/2020, pues el acuerdo alcanzado el 12-3-2020 entre empresa y CCOO se hizo durante la situación de pandemia, de suerte que una vez superada ésta, debieran aplicarse

<sup>1</sup> Contenida en STS de STS 532/2021, de 14 de mayo (rec. 183/201) en la que se dispone que: “la doctrina que esta Sala ha establecido en relación con los conflictos colectivos de intereses, en contraposición a los conflictos colectivos jurídicos o de interpretación, propio de la modalidad procesal que aquí se ha activado, parte de que estos últimos dan respuesta a una controversia que se solventa aplicando una norma jurídica, pues lo que se cuestiona es la existencia, el alcance, el contenido o los sujetos de una relación jurídica establecida por la ley o por el convenio colectivo, o afectada por decisión o práctica de empresa, en tanto se están cambiando de alguna manera las condiciones de trabajo y, como es lógico, surge la confrontación litigiosa, a diferencia del conflicto de intereses o económico cuya finalidad es la modificación del orden jurídico preestablecido que solo puede ser superado por la actividad negociadora de las partes.

la regulación instaurada a raíz de la aprobación del RDley 8/2020.

- b) Con cita de los arts. 42, 7 i)3, 114, y 125 del RD-ley 8/2020, de 22 de septiembre concluye que: “el tratamiento del personal el tratamiento de las condiciones laborales del personal que presta servicios mediante el teletrabajo no pueden ser de peor condición que las del

<sup>2</sup> Art. 4 RD-ley 8/2020, de 22 de septiembre: 1. Las personas que desarrollan trabajo a distancia tendrán los mismos derechos que hubieran ostentado si prestasen servicios en el centro de trabajo de la empresa, salvo aquellos que sean inherentes a la realización de la prestación laboral en el mismo de manera presencial, y no podrán sufrir perjuicio en ninguna de sus condiciones laborales, incluyendo retribución, estabilidad en el empleo, tiempo de trabajo, formación y promoción profesional [...]

2. Las personas que desarrollan trabajo a distancia no podrán sufrir perjuicio alguno ni modificación en las condiciones pactadas, en particular en materia de tiempo de trabajo o de retribución, por las dificultades, técnicas u otras no imputables a la persona trabajadora, que eventualmente pudieran producirse, sobre todo en caso de teletrabajo”.

<sup>3</sup> Art. 7.i RD-ley /2020, de 22 de septiembre: Contenido del acuerdo de trabajo a distancia: i) Procedimiento a seguir en el caso de producirse dificultades técnicas que impidan el normal desarrollo del trabajo a distancia

<sup>4</sup> Art. 11. RD-ley /2020, de 22 de septiembre: 1. Las personas que trabajan a distancia tendrán derecho a la dotación y mantenimiento adecuado por parte de la empresa de todos los medios, equipos y herramientas necesarios para el desarrollo de la actividad, de conformidad con el inventario incorporado en el acuerdo referido en el artículo 7 y con los términos establecidos, en su caso, en el convenio o acuerdo colectivo de aplicación. 2. Asimismo, se garantizará la atención precisa en el caso de dificultades técnicas, especialmente en el caso de teletrabajo

<sup>5</sup> Art. 12 RD-ley /2020, de 22 de septiembre: 1. El desarrollo del trabajo a distancia deberá ser sufragado o compensado por la empresa, y no podrá suponer la asunción por parte de la persona trabajadora de gastos relacionados con los equipos, herramientas y medios vinculados al desarrollo de su actividad laboral. 2. Los convenios o acuerdos colectivos podrán establecer el mecanismo para la determinación, y compensación o abono de estos gastos.

trabajo presencial de forma que si en el caso presente, los cortes de suministro de luz o de red que puedan producirse en los centros de trabajo de la demandada no conlleva que sus trabajadores presenciales deban recuperar el tiempo de trabajo afectado por dichas incidencias o no se les reduce el salario, tampoco ello puede afectar a quienes prestan servicios mediante el teletrabajo”. Se añade asimismo que “(y) a ello no se opone el que en el caso del trabajo presencial se pudiera ocupar ese tiempo de interrupción de la actividad en formación ya que, al margen de que ello no está declarado probado, resulta que el art. 9 del RDL 28/20206, como no podía ser de otra forma, también contempla el derecho a la formación del personal que trabaja a distancia con lo cual, de seguir el criterio de la parte recurrente, lo que coherente es seguir ese mismo criterio y no obligar a recuperar el tiempo de inactividad o descontarlo del salario”.

---

6 Art. 19 RD-ley 28/2020, de 22 de septiembre: 1. Las empresas deberán adoptar las medidas necesarias para garantizar la participación efectiva en las acciones formativas de las personas que trabajan a distancia, en términos equivalentes a las de las personas que prestan servicios en el centro de trabajo de la empresa, debiendo atender el desarrollo de estas acciones, en lo posible, a las características de su prestación de servicios a distancia.

2. La empresa deberá garantizar a las personas que trabajan a distancia la formación necesaria para el adecuado desarrollo de su actividad tanto al momento de formalizar el acuerdo de trabajo a distancia como cuando se produzcan cambios en los medios o tecnologías utilizadas.

- a) El empresario debe adoptar las medidas oportunas, si es técnica o razonablemente posible, facilitando los medios oportunos para atender la actividad laboral, no pudiendo trasladar tal obligación al trabajador, repercutiendo consecuencias en caso de no poder trabajar por la caída de los suministros.
- b) Y en relación a la segunda de las pretensiones, descarta que la sentencia de instancia haya instaurado un nuevo descanso al margen del convenio colectivo, siendo que la empresa, instaurando en el centro de Málaga un registro específico de dichas pausas, ha dado a esta particular situación el régimen que le corresponde, diferenciado de otras pausas que traen causa en otros motivos, lo que conduce, a la desestimación del motivo planteado por la empresa recurrente.

## **V. Fallo**

En atención a lo expuesto, el Alto Tribunal desestima el recurso de casación, confirmando en su integridad la resolución dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional.

### **I. Comentario de la sentencia**

Aunque dictada sobre un supuesto de hecho planteado durante el régimen de pandemia, aún no vigente la regulación

prevista en la Ley 10/2021, de 9 de julio de trabajo a distancia, las consideraciones expuestas son plenamente extrapolables a la vigente regulación, en la que se parte de la igualdad entre trabajador presencial y trabajador a distancia<sup>7</sup>. No obstante lo anterior, en materia de trabajo a distancia, se hace imprescindible llevar a cabo una evaluación ponderada de las circunstancias concurrentes en la empresa, en orden a verificar si el régimen de trabajo a distancia se aparta o es acorde con lo dispuesto en el convenio colectivo y en los acuerdos de trabajo a distancia, instrumento éste fundamental en este régimen de prestación de servicios, que debe adecuarse a los principios básicos instaurados por el legislador en la normativa ya citada.

---

<sup>7</sup> Art. 4 Ley 10/21, de 9 de julio de trabajo a distancia: 1. Las personas que desarrollan trabajo a distancia tendrán los mismos derechos que hubieran ostentado si prestasen servicios en el centro de trabajo de la empresa, salvo aquellos que sean inherentes a la realización de la prestación laboral en el mismo de manera presencial, y no podrán sufrir perjuicio en ninguna de sus condiciones laborales, incluyendo retribución, estabilidad en el empleo, tiempo de trabajo, formación y promoción profesional.

# LA DOCTRINA DEL TJUE SOBRE EL COMPLEMENTO POR APORTACIÓN DEMOGRÁFICA. REFLEXIONES CRÍTICAS A PROPÓSITO DE LA STJUE DE 14 DE SEPTIEMBRE DE 2023.

Rosa M<sup>a</sup> González De Patto.  
Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.  
Universidad de Granada

## I. INTRODUCCIÓN

La desigualdad histórica de las mujeres en materia de pensiones es una realidad social generalizada, resultado, sobre todo, de los roles tradicionales de género en el ámbito de los cuidados de hijos y familiares. La prevalente asunción por las mujeres de las responsabilidades familiares, una situación que no ha cambiado sustancialmente en la última década pese a la introducción de políticas de corresponsabilidad, tiene un fuerte impacto en sus carreras profesionales y de seguro y, en consecuencia, en el acceso y cuantía de las pensiones públicas. Se trata, por lo demás, de una realidad sobradamente contrastada estadísticamente.

Así, en lo que atañe a España, recientes datos aportados por el Ministerio de Igualdad<sup>1</sup> son esclarecedores en este sentido: el 73,5% de las mujeres ocupadas trabajan a tiempo parcial y, de éstas, el 92.9 % el motivo es el cuidado de niños

<sup>1</sup> Instituto de las Mujeres, Ministerio de Igualdad: Principales indicadores estadísticos de Igualdad (febrero 2023), [https://www.inmujeres.gob.es/MujerCifras/Informes/Docs/principales\\_indicadores\\_2023.pdf](https://www.inmujeres.gob.es/MujerCifras/Informes/Docs/principales_indicadores_2023.pdf)

o de adultos enfermos, incapacitados o mayores (EPA IVT/2022). Por lo que respecta las retribuciones, la Encuesta de Estructura Salarial (INE) del 2020, último año disponible, muestra que mientras el salario medio de los hombres se sitúa en 27.643 euros/año, el de las mujeres se queda en 22.467, es decir, un 81,3% en relación al de los hombres (un 20% inferior aprox.). En cuanto a las bases de cotización, a septiembre de 2022, las mujeres alcanzan los 1.827,1 euros de media frente a los 2.134,8 euros de media en el caso de los hombres. Además, el número de cotizantes también es inferior en las mujeres en relación a los hombres: 7.656.536 de mujeres cotizantes frente a 8.303.115 de hombres. Y atendiendo a pensiones, las estadísticas del MISS reflejan que en diciembre de 2022 la pensión media total de las mujeres era de 887,4 euros/mes, lo que supone tan solo un 67,0% de la pensión media de los hombres (1.323,9 euros). Desagregando las cifras según el tipo de pensión, en las pensiones de jubilación el porcentaje que cobra una mujer es del 67,9% en relación a los hombres (982,3 frente a 1.447,2). Por otra parte, según los últimos datos publicados de Eurofound

(año 2016) es mayor el porcentaje de mujeres que de hombres que cuidan de otras personas a diario: 39,8% (superior a la media europea, 37%), frente al 27,7%. El porcentaje de mujeres que realizan tareas domésticas a diario es muy superior al de los hombres (84,5% frente a 41,9%). Los datos de la EPA del último trimestre sobre la causa de la inactividad muestran que mientras 64.000 mujeres dejaron su trabajo para cuidar a niños, adultos, enfermos, incapacitados o mayores, (un 92,0% del total), solo lo hicieron 5.600 hombres.

Un escenario de estas características se hace acreedor de medidas de compensación de las desventajas que aquejan a las trabajadoras en materia de pensiones, esto es, de acciones positivas de género, que tienen acomodo tanto en nuestro ordenamiento jurídico (art. 33 Ley 15/2022, integral para la igualdad de trato y la no discriminación)<sup>2</sup>, cuanto en el Derecho de la Unión, sin perjuicio de que atribuya esa competencia a los Estados (art. 157.4 TFUE). Sin embargo, el papel del Tribunal de Justicia de la Unión (TJUE) al enjuiciar la conformidad de las medidas nacionales de acción positiva con el Derecho comunitario ha sido más defensivo (de la no discriminación del sexo masculino) que promocional<sup>3</sup>. Y desde este enfoque es como el TJUE

<sup>2</sup> Artículo 33. Promoción del derecho a la igualdad de trato y no discriminación. 1. Con el fin de hacer efectivo el derecho constitucional a la igualdad, los poderes públicos adoptarán medidas de acción positiva por razón de las causas establecidas en esta ley e impulsarán políticas de fomento de la igualdad de trato y no discriminación real y efectiva en las relaciones entre particulares.

<sup>3</sup> Sánchez Trigueros, C.: “Concepto y fundamentación jurídica de las acciones positivas y la promoción profesional de las mujeres en la jurisprudencia del TJUE”, *Femeris: Revista Multidisciplinar de Estudios de Género*, Vol. 4, No. 2, 2019.

ha resuelto las cuestiones prejudiciales formuladas por sendos tribunales españoles respecto a la adecuación del art. 60 LGSS, regulador del derogado complemento de pensión por aportación demográfica, sustituido por el actual complemento para la reducción de la brecha de género por medio del RD-Ley 2/2023, de 2 de febrero, las herramientas del legislador español con el propósito de combatir la desventaja de las mujeres pensionistas.

La doctrina del Tribunal de Luxemburgo sobre este controvertido complemento se condensa en dos sentencias: la primera y muy debatida STJUE (Sala Primera), de 12 de diciembre 2019 (asunto C-450/18), que, como es bien sabido, consideró contrario a la Directiva 79/7/CEE el antiguo art. 60 LGSS, por discriminatorio de los progenitores varones. La segunda, objeto de este comentario, es la STJUE (Sala Segunda), de 14 de septiembre 2023 (asunto C-113/22).

## II. ANTECEDENTES DEL CASO Y POSICIONES DE LAS PARTES

DX, padre de dos hijos, tiene reconocida por el INSS una prestación de incapacidad permanente absoluta (IPA) desde el 10 de noviembre de 2018. En el marco del procedimiento administrativo relativo a dicha prestación, no solicitó expresamente ni se le reconoció de oficio el derecho al complemento denominado «por maternidad» contemplado en el artículo 60, apartado 1, de la LGSS, conforme a su formulación primigenia incorporada por la disposición final



2ª de la Ley 48/2015, de Presupuestos Generales del Estado (LPGE) para el año 2016 (complemento por “aportación demográfica). Posteriormente, con fundamento en la STJUE de 12 de diciembre de 2019 (asunto C-450/18), según la cual la Directiva 79/7/CEE se opone a una norma nacional, como la establecida en el artículo 60 de la LGSS, que reserva la concesión de dicho complemento únicamente a las mujeres, DX presentó ante el INSS dos años después (10 de noviembre de 2020) una solicitud de reconocimiento del mismo complemento, que fue denegada por resolución de 17 de noviembre de 2020. La resolución denegatoria traía causa del Criterio de Gestión 1/2020, de 31 de enero de 2020, en el que se establecía la pauta a seguir por la entidad gestora hasta que no se efectuara la modificación del art. 60 LGSS: seguir reconociéndolo “únicamente a las mujeres que cumplan los requisitos exigidos en el mismo, tal como se viene haciendo hasta la fecha”. A raíz de dicha resolución denegatoria, DX presentó demanda contra el INSS y la TGSS ante el Juzgado de lo Social n.º 2 de Vigo (Pontevedra) en la que, además del reconocimiento de la prestación, se reclamaba una indemnización adicional por daños y perjuicios. La sentencia de instancia (15 de febrero de 2021), remitiéndose a la precitada STJUE de 12 de diciembre de 2019, reconoció al demandante el derecho al complemento de pensión litigioso pero desestimó la pretensión indemnizatoria. Mediante auto de aclaración de 1 de marzo de 2021, el juzgado fijó los efectos económicos del referido complemento con fecha 10 de agosto de 2020, esto es, retrotrayendo

el pago a los tres meses anteriores a su solicitud.

La sentencia fue recurrida en suplicación por ambas partes ante el TSJ de Galicia, en el que quedan definidas sus respectivas posiciones: mientras el INSS demandado considera, de conformidad con el principio de legalidad, que DX no tiene derecho al complemento reclamado en virtud del artículo 60 de la LGSS, el demandante DX reclama el reconocimiento del derecho al complemento litigioso desde la fecha del hecho causante, esto es, la del reconocimiento de su pensión (10 de noviembre de 2018) y solicita, además, una indemnización reparadora y disuasoria por vulneración del derecho a la no discriminación por razón de sexo. El TSJ Galicia, competente en el litigio principal, plantea una petición de decisión prejudicial ante el TJUE (Asunto C-1 13/22), en base al artículo 267 TFUE, mediante auto de 2 de febrero de 2022, formulando tres cuestiones:

1ª Si la práctica de la entidad gestora, recogida en el Criterio de Gestión 1/2020, de denegar siempre el complemento litigioso a los varones y obligarlos a reclamar en vía judicial se debe considerar, de acuerdo con la Directiva 79/7/CEE de 19 de diciembre de 1978, un incumplimiento administrativo de la misma diferente del incumplimiento normativo apreciado en la STJUE de 12 de diciembre 2019, de manera que, en sí mismo considerado, ese incumplimiento administrativo constituye una discriminación por razón de sexo, a la vista de sus artículos 4 (el principio de igualdad de trato se define como ausencia

de toda discriminación por razón de sexo, ya sea directa o indirectamente), y art. 5: los Estados miembros tomarán las medidas necesarias con el fin de suprimir disposiciones tanto legislativas como administrativas contrarias al principio de igualdad de trato.

2<sup>a</sup>. Si, atendiendo a la Directiva 79/7 (en particular, su artículo 6, y los principios de equivalencia y efectividad en relación con las consecuencias jurídicas del incumplimiento del Derecho de la Unión), la fecha de efectos del reconocimiento judicial del complemento debe ser la de la solicitud (con retroacción de 3 meses), o esa fecha de efectos se debe retrotraer a la fecha en que se ha dictado o publicado la STJUE W A, o a la del hecho causante de la prestación a que se refiere el complemento litigioso.

3<sup>a</sup>. Si, conforme a los mismos fundamentos normativos del Derecho de la UE, procede indemnización que sea reparadora de daños y perjuicios, y con eficacia disuasoria, por considerar que aquellos no quedan cubiertos con la determinación de la fecha de efectos del reconocimiento judicial del complemento, y en todo caso, si el importe de las costas judiciales y los honorarios de letrado ante el Juzgado de lo Social y ante esta Sala de lo Social se debe incluir como un concepto de la indemnización.

El TJUE responde a dichas cuestiones prejudiciales mediante la STJUE de 14 de septiembre de 2023 (asunto C-113/22).

En relación con la primera y tercera cuestiones prejudiciales, que el TJUE considera deben ser abordadas conjuntamente, parte de la premisa de la doctrina sentada en su anterior sentencia de 12 de diciembre de 2019 (apartados 39, 41, 66 y 67), en la que concluyó que la Directiva 79/7 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una norma nacional, como el art. 60 LGSS, que establece el derecho a un complemento de pensión para las mujeres que hayan tenido al menos dos hijos biológicos o adoptados y sean beneficiarias de pensiones contributivas de incapacidad permanente en cualquier régimen del sistema de seguridad social nacional, mientras que los hombres que se encuentren en una situación idéntica no tienen derecho a tal complemento de pensión, ya que dicha norma constituye una discriminación directa por razón de sexo en el sentido del artículo 4, apartado 1 de dicha Directiva.

Desde esta premisa, la sentencia (apartados 41 y 42) recuerda la jurisprudencia consolidada del Tribunal de Justicia que establece que, una vez constatada la existencia de una discriminación contraria al Derecho de la Unión y mientras no se adopten medidas que restablezcan la igualdad de trato, el respeto del principio de igualdad solo puede garantizarse concediendo a las personas de la categoría desfavorecida las mismas ventajas de las que disfrutaban las personas de la categoría privilegiada. Una prescripción ésta, que no sólo vincula a los órganos jurisdiccionales nacionales, que deben dejar sin aplicar toda disposición nacional discriminatoria sin

### III. DOCTRINA BÁSICA

solicitar o esperar su previa derogación por el legislador (sentencias de 21 de junio de 2007, Jonkman y otros, C-231/06 a C-233/06, EU:C:2007:373, apartado 39, y de 9 de marzo de 2017, Milkova, C-406/15, EU:C:2017:198, apartados 66 y 67 y jurisprudencia citada), sino que concierne igualmente “a todos los órganos del Estado, incluidas las autoridades administrativas nacionales encargadas de aplicar ese régimen (sentencia de 10 de marzo de 2022, Grossman, C-177/20, EU:C:2022:175, apartado 46 y jurisprudencia citada) (apartados 41 y 42). Conforme a esta precisión, el TJUE considera que una “resolución (administrativa) individual adoptada en aplicación de una norma que constituye una discriminación directa por razón de sexo, en el sentido del artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7, como sucede con la resolución denegatoria adoptada en virtud del artículo 60, apartado 1, de la LGSS, es discriminatoria por el mismo concepto que esa norma, ya que la resolución reproduce, respecto del interesado, los elementos discriminatorios de dicha norma” (apartado 43).

Por otra parte, la Sala estima (apartado 46) que, dado que la resolución individual ha sido adoptada conforme a una práctica administrativa, recogida en el Criterio de Gestión 1/2020, del INSS, publicado a raíz de la sentencia de 12 de diciembre de 2019, “semejante práctica administrativa (...) genera para los afiliados de sexo masculino, con independencia de la discriminación directa por razón de sexo que se deriva de los requisitos materiales previstos en la norma controvertida en

el litigio principal, una discriminación relativa a los requisitos procedimentales que regulan la concesión del complemento de pensión litigioso”, y ello porque “dicha práctica implica, únicamente para los hombres, la necesidad de hacer valer por vía judicial su derecho al complemento, lo que, en particular, los expone a un plazo más largo para la obtención del complemento y, en su caso, a gastos adicionales” (apartado 47). Es decir, el supuesto nos sitúa ante una doble discriminación directa por razón de sexo: la normativa, derivada del antiguo art. 60 LGSS, y otra administrativa, derivada de la práctica que obliga a los progenitores varones a ventilar su pretensión en vía judicial.

Por último, ya abordando la cuestión relativa a la indemnización adicional solicitada por el demandante, la sentencia recuerda, en primer término, la jurisprudencia comunitaria sobre reparación pecuniaria de los perjuicios sufridos a resultas de una discriminación y la doble exigencia de que se trate, por un lado, de una reparación adecuada, en el sentido de compensar íntegramente todos los daños causados (sentencias de 2 de agosto de 1993, Marshall, C-271/91, EU:C:1993:335, apartados 25 y 26, y de 17 de diciembre de 2015, Arjona Camacho, C-407/14, EU:C:2015:831, apartados 32 y 33); y, por otro lado, que resulte además disuasoria, con el objeto de prevenir futuras discriminaciones (sentencia de 17 de diciembre de 2015, Arjona Camacho, C-407/14, EU:C:2015:831, apartado 37). En segundo término, y desde la anterior premisa, el TJUE distingue, para el caso concreto objeto del litigio, entre

la reparación de los daños producidos por la discriminación normativa y la administrativa: la primera se salda con el reconocimiento por el órgano jurisdiccional responsable del litigio principal del complemento de pensión litigioso con efectos retroactivos desde la fecha del hecho causante de la pensión (apartado 52), mientras que la segunda requiere de una indemnización pecuniaria adecuada y disuasoria conforme a la legislación nacional, prevista en el ordenamiento español en el art. 183 LRJS, que deberá compensar, en todo caso, los gastos, incluidas costas judiciales y honorarios de abogado, en que haya incurrido el demandante para hacer valer su derecho al complemento de pensión litigioso (apartados 54- 55).

#### IV. COMENTARIO Y VALORACIÓN

Esta nueva sentencia (14 de septiembre 2023) constituye una vuelta de tuerca más del TJUE en su censura de la formulación legal del derogado complemento de pensión por aportación demográfica (art. 60.1 LGSS) tras su invalidación por la sentencia 12 diciembre 2019, al considerar que implicaba una discriminación de género a los padres (en comparación con las madres) contraria a 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, deslegitimando así lo que pretendió ser una acción positiva de política de género del legislador español.

El varapalo del Tribunal de Luxemburgo

a nuestro legislador, consecuencia de lo que se consideró una defectuosa técnica de la definición jurídica del complemento y la posterior demora en la respuesta normativa para su reformulación (operada tardíamente por el RD-ley 3/2021, de 2 de febrero, por el que se adoptan medidas para la reducción de la brecha de género y otras materias en los ámbitos de la seguridad social y económico), ha sido el desencadenante de una avalancha de reclamaciones y pronunciamientos judiciales dispares, que ha precisado la intervención unificadora del Tribunal Supremo (TS), condensada en una doctrina que ha ido redefiniendo interpretativamente el conflictivo complemento, cuyo propósito, desde un principio, fue erigirse en herramienta para compensar la desigualdad histórica de las mujeres en materia de pensiones a resultas de los roles tradicionales de cuidado, y de la ausencia, en su momento, de instrumentos jurídicos de conciliación y corresponsabilidad, en detrimento ambas circunstancias, de sus carreras profesionales y de seguro.

Asumido su carácter discriminatorio conforme a la jurisprudencia comunitaria, la controversia se centró en tres cuestiones: el momento del nacimiento del derecho al complemento por parte de los padres; el derecho de ambos progenitores a lucrarlo simultáneamente y la compatibilidad del complemento de aportación demográfica con el posterior de brecha de género, que introduce el RD-Ley 3/2021, en sustitución del anterior, para pensiones causadas a partir del 4 de febrero del 2021.

Así, en relación con el problema de la retroactividad, el TS sentó desde el primer momento el criterio de que la fecha de efectos del reconocimiento del complemento debía retrotraerse a la del “hecho causante”, esto es, a la de la concesión de la pensión a la que se vincula (siempre tratándose de pensiones causadas del 1.1.2016 a 3.2.2021). En este sentido, las STS 160/2022, de 17 de febrero de 2022 (recud. 2872/2021) y STS 163/2022, de 17 de febrero de 2022 (3379/2021), en ambos casos “obiter dicta”<sup>4</sup> y posteriormente, ya en el fallo, la STS 487/2022, de 30 de mayo (recud. 3192/2021).

En lo concerniente a la segunda cuestión: si cabe la percepción simultánea del complemento por ambos progenitores o si, por el contrario, éste tiene carácter unitario excluyente de que lo pudieran lucrar conjuntamente por los mismos hijos<sup>5</sup>, la STS 17 de mayo 2023 (recud. 3821/2022) acoge la primera tesis y reconoce el derecho a lucrarlo por los dos progenitores “sin tomar en consideración la circunstancia de que el otro progenitor (o persona asimilada) también tenga o pueda tener derecho a su percepción”, con fundamento en un nutrido arsenal

4 Para el TS, los efectos deberían retrotraerse «al nacimiento mismo de la norma y consecuente acaecimiento del hecho causante -efectos ex tunc-, dado que debía ser entendida y aplicada en el sentido desarrollado por el TJUE, que ninguna limitación temporal dispuso en su pronunciamiento» (Fundamento Cuarto, núm. 3 STS 160/2022 Fundamento Tercero, núm. 6, STS 163/2022).

5 En este último sentido se pronunciaba el Criterio Gestión 35/2021 INSS, de 2 de diciembre de 2021, que advertía que dado que el complemento originario solo se contemplaba para la madre, habría que estar al «el carácter unitario del mismo» y la imposibilidad de reconocer más de un complemento en razón de la misma aportación demográfica.

de criterios interpretativos (literal, histórico, lógico, teleológico, sistemático y no discriminación). Bien entendido, que el rechazo de la unicidad, y, por tanto, de la percepción de dos complementos por maternidad se aplica cuando se trata del mismo tipo de complemento, esto es, el de aportación demográfica. Sin embargo, en los supuestos en que los complementos concurrentes sean de distinta naturaleza: el primigenio de aportación demográfica y el posterior por brecha de género, la solución es diversa y viene dada por el propio legislador en la Disposición Transitoria Trigésimo Tercera LGSS (incorporada por el D-Ley 3/2021). En efecto, esta disposición establece una regla de concurrencia consistente en deducir de la cuantía del segundo el importe que se viniera percibiendo por el complemento devengado con anterioridad por el otro progenitor (STS 29 de junio 2023 (recud. 2808/2022))<sup>6</sup>.

Y ya centrados en la controversia sobre la indemnización adicional, la STJUE de 14 de septiembre de 2023, que aquí se comenta, desautoriza la doctrina de nuestro TS, que se había pronunciado con anterioridad al respecto mediante la sentencia de Pleno 17 mayo de 2023 (recud. 2222/2022), en la que resolvió el recurso de casación unificadora rechazando

6 Si bien con un VP discrepante, según el cual, “por la vía de la interpretación con perspectiva de género” (...) el complemento puede ser obtenido por quien cumpla los requisitos legalmente previstos sin tomar en consideración la circunstancia de que el otro progenitor (o persona asimilada, mujeres u hombres), tenga o pueda tener derecho a su percepción. Y ello, sin minoración alguna por el percibo del complemento de reducción de la brecha de género por parte de alguno de los progenitores”.

el reconocimiento de indemnización por daños morales al padre por la vulneración del derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo, criterio ahora enmendado por el TJUE en los términos y con la fundamentación jurídica señalada supra, abundando en la línea marcada por su predecesora STJUE de 12 de diciembre 2019 de refuerzo de las garantías del derecho a la no discriminación de los padres varones.

Pues bien, es probable que este enfoque “defensivo” del progenitor varón por parte del TJUE no acabe aquí y se proyecte en breve sobre el nuevo complemento de pensión para la corrección de la brecha de género del vigente art. 60.1 LGSS, tras la reformulación de su antecesor para enderezarlo con mayor rigor técnico y fortuna a la consecución de la finalidad compensatoria perseguida. Es lo que sucederá si prospera la petición de decisión prejudicial formulada por el TSJ de Madrid (Auto 13 de septiembre 2023, rec. 333/2022), con lo que se dinamitaría, una vez más, una acción positiva de política de género tan necesaria en nuestro país en materia de pensiones.

En el mencionado Auto, el tribunal remitente dice detectar que la diferencia de trato entre hombres y mujeres que contenía el antiguo artículo 60 LGSS, declarada contraria a la Directiva 79/7 por la STJUE de 12 diciembre 2019 por discriminatoria, se mantiene en la actual redacción del artículo 60.1 LGSS, regulador del complemento de pensión por brecha de género, y ello por varios motivos: por un lado, “la exigencia de haber interrumpido su carrera profesional y acreditarlo no

se exige a la mujer, pero sí al varón”, de lo que se deduce que un complemento destinado a compensar el perjuicio en la carrera profesional y de seguro se concede incluso a aquellas mujeres que no lo hayan sufrido. Por otro lado, tacha de incorrecta la premisa de la que parte el nuevo complemento consistente en que “si ninguno de los progenitores acredita el perjuicio en su carrera de cotización, el complemento lo percibe la mujer”, ya que de no existir madre aspirante al complemento (bien por no tener derecho a pensión a complementar, bien por no solicitarlo o porque ninguno de los progenitores sea mujer) los progenitores de sexo masculino siguen obligados a acreditar el perjuicio en su carrera profesional para el nacimiento del derecho. Por último, también apunta que aun en el caso de que el progenitor varón acredite la interrupción en su carrera de seguro por razón de los hijos y la madre no lo haga, la beneficiaria sigue siendo la madre, salvo que “la suma de la cuantía de las pensiones reconocidas al hombre sea inferior a la suma de las pensiones que le corresponda a la mujer”.

Pues bien, sin perjuicio de admitir que tales circunstancias pudieran deducirse del supuesto de hecho de la norma controvertida, la realidad que pretende reconducir el legislador es la de una desigualdad de género contrastada, contraria al art. 14 de nuestra Constitución y al Derecho de la Unión (art. 157.3 TFUE), y, en consecuencia, susceptible de acciones positivas ex art. 33 Ley 15/2022, integral de igualdad, de conformidad a la competencia atribuida

a los Estados por el TFUE (art. 157.4)<sup>7</sup>. El panorama que revelan los datos estadísticos sobre la brecha de género en materia de pensiones avala sobradamente la finalidad que el legislador atribuye al complemento y, por ende, el sesgo de género que alberga el art. 60 LGSS gozaría de una justificación objetiva y razonable, en los términos exigidos por nuestra jurisprudencia constitucional, sintetizada, para el caso que no ocupa, en el Auto TC de 114/2018, de 16 de octubre de 2018. Es más, las objeciones del TJUE al complemento por aportación demográfica habría que entenderlas salvadas ahora con la introducción en el nuevo art. 60 LGSS del criterio del sexo infrarrepresentado (aquí los varones), al incluirse en el supuesto de hecho de la norma, como excepción, la extensión del beneficio a los padres cuando se produzca y quede acreditada la afectación de su carrera profesional y de seguro a resultas de los cuidados<sup>8</sup> y, en caso de concurrencia con la madre, siempre que la cuantía de la suma de pensiones reconocidas al primero sea inferior a la de la mujer. De este modo, la norma se desvincula de la protección biológica a la maternidad, que le reprochaba la sentencia TJUE de 2019, para centrarse en el efectivo abandono de la carrera profesional para el cuidado de los hijos y familiares.

Desde este enfoque, tanto el argumentario que sustenta la mencionada cuestión prejudicial del TSJ Madrid (13-09-2023), cuanto una hipotética (y probable) sentencia del TJUE favorable a sus pretensiones de declaración de antijuridicidad del nuevo complemento por brecha de género respecto a la Directiva 79/7, adolece y adolecería, respectivamente, del formalismo reduccionista y extravagancia que la doctrina científica atribuyó, con razón, a la doctrina sentada por la sentencia de 12 de diciembre de 2019<sup>9</sup>, situándose, de nuevo, de espaldas a una incontestable y lacerante realidad social de desigualdad de las mujeres en materia de pensiones y como obstáculo de las políticas nacionales para combatirla con acciones positivas de género.

---

7 Sobre las medidas de acción positiva en el Derecho de la Unión y la jurisprudencia del TJUE, vid. Sánchez Trigueros, C.: "Concepto y fundamentación jurídica de las acciones positivas y la promoción profesional de las mujeres en la jurisprudencia del TJUE", *Femeris: Revista Multidisciplinar de Estudios de Género*, Vol. 4, No. 2, 2019.

8 Como en su momento propusiera Rivas Vallejo, P.: "La sobreprotección por el TJUE de los padres cuidadores que fueron excluidos del complemento de maternidad. STJUE (Sala Primera) de 12 de diciembre de 2019 (asunto C-450/18)", *Revista de Jurisprudencia Laboral*, nº 1/2020.

---

9 Rivas Vallejo, P., *ibídem*.

