

Laboral

La dificultad para probar la existencia de discriminación laboral LGBTI frena las demandas

Son pocos los casos que llegan a los tribunales por miedo a posibles represalias ► La fase de acceso al empleo suele ser la más problemática

IRENE RUIZ DE VALBUENA
MADRID

Los casos de discriminación laboral por razón de la orientación sexual o de la identidad de género que llegan a los tribunales son escasos. Los motivos, según los expertos laboralistas consultados, son variados, aunque entre ellos destacan el miedo a la estigmatización y a las represalias y, fundamentalmente, la dificultad para probar que una decisión empresarial no se basa en criterios objetivos sino discriminatorios.

En este punto, tal y como advierte Laura Guillén, abogada laboralista de Ceca Magán, cuando un trabajador demanda por una vulneración de derechos fundamentales debe, al menos, acreditarla mediante un indicio. "Solo cuando existe un indicio de vulneración se invierte la carga de la prueba, correspondiendo a la empresa justificar la validez de su conducta", explica la letrada. No obstante, señala José Luis Díez, socio de Everfive, acreditar el nexo causal entre una decisión empresarial y la existencia de una discriminación es una tarea muy complicada. "Este tipo de conductas permanecen ocultas, y cualquier decisión siempre va a ir respaldada por otras cuestiones completamente ajenas, de ahí la enorme dificultad de levantar el velo y descubrir la verdadera intencionalidad", valora el abogado.

Pocas demandas

A pesar de que sean pocos los fallos sobre discriminación laboral por razón de la orientación sexual o de la identidad de género, sí que los hay. Pilar Menor, *global co-chair* de laboral en DLA Piper y *senior partner* en España, destaca la sentencia del Tribunal Constitucional, de 2 de junio de 2022, dictada unas semanas antes de la entrada en vigor de la ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación. El caso en cuestión versaba sobre una demanda por la resolución de un contrato de trabajo durante el periodo de prueba de una persona que alegó que la extinción de la relación laboral se debía exclusivamente a su condición de transgénero. El Constitucional rechazó la nulidad del cese al no constatar que hubiera una conexión entre la deci-



GETTY IMAGES

sión de la empresa de resolver el contrato y la vestimenta de la persona trabajadora como expresión de su identidad sexual. Si bien para el tribunal no quedó acreditado que la extinción del contrato fuera discriminatoria, en opinión de Pilar Menor, se trata de una sentencia muy interesante en materia de denuncia de discriminación laboral por razón de identidad de género y también muy didáctica. "Define los conceptos de sexo y género, diferenciando, asimismo, entre discriminación por razón de identidad de género y discriminación vinculada a la expresión de género", apunta.

En el ámbito europeo, el pasado mes de enero el Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea (TJUE) dictó una sentencia (asunto C-356/21) que, según Raquel Flórez, socia de Freshfields, merece la pena destacar porque concluye que la directiva europea para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación se aplica también a los autónomos. En este supuesto, un trabajador autónomo que prestaba servicios de forma regular para la televisión pública polaca publicó junto a su pareja un video musical en su

canal de YouTube para promover la tolerancia hacia las parejas del mismo sexo. Dos días después de dicha publicación recibió un correo electrónico en el que le informaron de la anulación de su turno de servicio, y a partir de ese momento no volvió a recibir ningún encargo. Para el TJUE, explica Raquel Flórez, aunque existe libertad de elegir a la otra parte contratante, dicha elección no puede basarse en su orientación sexual, y de ser así, esa conducta debe ser declarada nula.

Ambos casos se refieren a resoluciones de contratos. "Los más sonados y los que trascienden a los medios son las extinciones de contrato en periodo de prueba y los despidos, porque se judicializan", resalta Laura Guillén. Sin embargo, los expertos consultados coinciden en que la mayor parte de actos de discriminación hacia personas LGBTI se producen en los procesos de selección. La fase de acceso al empleo, indica Pilar Menor, es particularmente sensible por la existencia de prejuicios. Además, añade Raquel Flórez, es el momento en el que resulta más difícil demostrar la existencia de dicha discriminación.

Medidas contra la discriminación en las empresas

► **Obligaciones legales.** La Ley 4/2023 para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGBTI establece que las empresas con más de 50 trabajadores deben disponer, antes del 1 de marzo de 2024, de un conjunto planificado de medidas y recursos para alcanzar la igualdad real y efectiva de las personas LGBTI. Entre ellas, se debe incluir un protocolo de actuación para la atención del acoso o la violencia contra esta comunidad. Asimismo, según la Ley 15/2022, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, todas las empresas deben articular medidas y protocolos de protección de los colectivos que puedan ser objeto de discriminación, como puede ser el colectivo LGBTI, a través de los planes de diversidad.

► **Otras medidas.** Para Raquel Flórez, socia de Freshfields, hay cuatro ejes fundamentales: compromiso por parte de la dirección, protocolos y políticas claras que prohíban terminantemente cualquier tipo de discriminación y/o abuso, sancionar los comportamientos contrarios a tales protocolos y políticas y formación que promueva la sensibilización y normalización de la diversidad.

► **Fomentar un ambiente laboral abierto.** Las situaciones de discriminación hacia personas LGBTI más frecuentes son, según Pilar Menor, *global co-chair* de laboral en DLA Piper, las que crean un ambiente laboral hostil mediante actos de violencia verbal de distinta intensidad, como bromas, chistes, comentarios soeces despectivos o incómodos, rumores o insultos que, en muchos casos, provienen de los propios compañeros. No obstante, el empresario es el responsable de lo que ocurre en el ámbito laboral y debe adoptar las medidas oportunas para acabar con estos comportamientos si se producen.

Cuando se demanda por una vulneración de derechos fundamentales hay que acreditarla

Los actos de discriminación hacia personas LGBTI son más comunes en los procesos de selección