



TEMAS LABORALES

Revista Andaluza de Trabajo
y Bienestar Social

91

Junta de Andalucía
Consejería de Empleo

Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
www.juntadeandalucia.es/empleo/carl
Dirección y Administración
Avda. República Argentina
núm. 25, 1.ª planta
41011 Sevilla



CONSEJO DE REDACCIÓN

PRESIDENTE

ANTONIO FERNÁNDEZ GARCÍA Consejero de Empleo

VOCALES

AGUSTÍN BARBERÁ SALVADOR	Viceconsejero de Empleo
JAVIER AGUADO HINOJAL	Secretario General Técnico
FCO. JAVIER GUERRERO BENÍTEZ	Director General de Trabajo y Seguridad Social
ANTONIO ANGULO MARTÍN	Magistrado del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía
VÍCTOR DE SANTOS SÁNCHEZ	Director Territorial de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en Andalucía
MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER	Catedrático de Derecho del Trabajo
JOSÉ VIDA SORIA	Catedrático de Derecho del Trabajo
FERMÍN RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ	Catedrático de Derecho del Trabajo
SANTIAGO GONZÁLEZ ORTEGA	Catedrático de Derecho del Trabajo
MERCEDES RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER	Presidenta del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

COMITÉ DE REDACCIÓN

ANTONIO FERNÁNDEZ GARCÍA	MERCEDES RODRÍGUEZ-PIÑERO
MANUEL ALCAIDE CASTRO	Y BRAVO FERRER
JESÚS CRUZ VILLALÓN	SEBASTIÁN DE SOTO RIOJA

DIRECTOR

JESÚS CRUZ VILLALÓN Catedrático de Derecho del Trabajo

SECRETARIO

SEBASTIÁN DE SOTO RIOJA Catedrático E.U. de Derecho del Trabajo

Suscripciones y distribución:

Editorial Comares, Polígono Juncaril, C/. Baza, parcela 208, 18220 Granada
Tel.: 958 46 53 82 • Fax: 958 46 53 83 • <http://www.comares.com>
mazuecos@comares.com

© CONSEJO ANDALUZ DE RELACIONES LABORALES
CONSEJERÍA DE EMPLEO
JUNTA DE ANDALUCÍA

DISEÑO: Manuel Jesús Jiménez López
DEPOSITO LEGAL: SE-1.077/96
I.S.S.N.: 0213-0750
Imprime: EDITORIAL COMARES



TEMAS LABORALES
REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO Y BIENESTAR SOCIAL
N.º 91/2007

**Monográfico sobre Aspectos Socio-Laborales de la Ley para la Igualdad Efectiva
entre Mujeres y Hombres**

ÍNDICE

PRESENTACIÓN

Significación general y principios informadores de la Ley para la igualdad	9
JESÚS CRUZ VILLALÓN	

1. ESTUDIOS

El empleo femenino en el mercado de trabajo en España	35
INMACULADA CEBRIÁN LÓPEZ GLORIA MORENO RAYMUNDO	
El principio de transversalidad: origen y significado	57
JOSÉ FERNANDO LOUSADA ARROCHENA	
Los elementos conceptuales de la Ley para la igualdad y la herencia comunitaria	85
M.ª AMPARO BALLESTER PASTOR	
Igualdad en el empleo y la ocupación	121
M.ª FERNANDA FERNÁNDEZ LÓPEZ	
Prohibición de discriminación en las condiciones de trabajo	157
JAIME CABEZA PEREIRO	
La violencia de género en el trabajo: el acoso sexual y el acoso moral por razón de gé- nero	175
TERESA PÉREZ DEL RÍO	
Funciones y alcance de las normas sobre conciliación de la vida laboral y familiar . . .	205
EMILIA CASTELLANO BURGUILLO	

El impacto de la Ley para la igualdad en el marco de la normativa de Seguridad Social. SUSANA BARCELÓN COBEDO M. ^a GEMA QUINTERO LIMA	233
Prevención de Riesgos Laborales y trabajo de la mujer M. ^a TERESA IGARTUA MIRÓ	263
El deber, el derecho y la promoción de medidas y planes de igualdad en la negociación colectiva laboral MANUEL PÉREZ PÉREZ ESPERANZA ROALES PANIAGUA	297
Novedades procesales en la Ley de igualdad JUAN GORELLI HERNÁNDEZ	331

2. INFORMES Y DOCUMENTOS

Recomendaciones en materia de igualdad de género dirigidas a los negociadores de los Convenios Colectivos, en el marco del Acuerdo Andaluz de Concertación Social	369
--	-----

3. RESEÑA DE LEGISLACIÓN

Ley Orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres (selección) .	375
Proyecto de Ley Andaluza de Igualdad	411
Normativa en materia de igualdad entre hombres y mujeres	415

Los contenidos del fondo de la Revista Temas Laborales pueden ser consultados, tanto por autor, título, tipo de artículo, materia o número de edición, en la base de datos creada al efecto y disponible en la web del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales (<http://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl>), en la sección específica dedicada a la Revista «Temas Laborales».



Presentación







SIGNIFICACIÓN GENERAL Y PRINCIPIOS INFORMADORES DE LA LEY PARA LA IGUALDAD

Las relaciones sociales entre ambos sexos —aquellas que hacen depender a un sexo del otro en nombre de la ley—... deben sustituirse por una igualdad perfecta, sin privilegio ni poder para un sexo ni incapacidad alguna para el otro.

JOHN STUART MILL

La dominación de la mujer (1869)

EXTRACTO

La incorporación de la mujer al trabajo retribuido ha experimentado un incremento espectacular en los últimos tiempos, a pesar de lo cual se mantienen o incluso surgen nuevos desequilibrios en el mercado de trabajo en su perjuicio, por lo que afecta a su empleo y condiciones de trabajo, así como en el ámbito de la protección social.

Las acciones legislativas y de políticas públicas emprendidas desde la implantación de nuestro actual modelo constitucional han sido recurrentes, muy variadas e intensas en orden al logro de un escenario de plena igualdad de oportunidades, a pesar de lo cual se siguen observando sus insuficiencias en orden a profundizar en los objetivos propuestos y compartidos.

De ahí la trascendencia de la reciente Ley para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, que pretende ofrecer un nuevo enfoque a la intervención de los poderes públicos y privados en materia de políticas de igualdad.

Las señas de identidad más destacables de la Ley se cifran en la transversalidad, la efectividad y la corresponsabilidad en la asunción de las cargas familiares. La transversalidad, en cuanto que se valora que las causas históricas de la postergación laboral y social de la mujer son muy plurales y de diversa caracterización, lo que requiere actuar sobre muy distintos frentes y de forma coordinada. La efectividad, por cuanto que, afianzadas las reglas de tutela formal frente a conductas discriminatorias, se pretende el logro de una igualdad de oportunidades en el terreno de lo material, con vistas a superar en la realidad de los hechos los desequilibrios antes referidos, lo que se requiere la adopción de medidas de promoción directa y de acción positiva. La corresponsabilidad, en el sentido de propiciar que la conciliación de la vida familiar y laboral sea asumida en igual medida por los hombres.

El convencimiento de todos los protagonistas, que permite el desarrollo de la confianza mutua y de estrategias de consenso, permite penetrar en ámbitos más extensos que los tradicionales derivados de las técnicas jurídicas de intervención más clásicas, al tiempo que constituye el aval más garantizador de los buenos resultados esperables de la implementación de la Ley para la igualdad.

ÍNDICE

1. UNA EVOLUCIÓN POSITIVA PERO CON DESEQUILIBRIOS DEL EMPLEO DE LA MUJER
2. UNA RECURRENTE Y PROGRESIVA INTERVENCIÓN NORMATIVA
3. UN TÍTULO QUE ANUNCIA SU ALCANCE NOVEDOSO
4. LA TRANSVERSALIDAD COMO SEÑA DE IDENTIDAD DE LA LEY
5. LA EFECTIVIDAD MATERIAL COMO OBJETIVO: MEDIDAS DE ACCIÓN POSITIVA
6. LA CORRESPONSABILIDAD EN LA ASUNCIÓN DE LAS CARGAS FAMILIARES

1. UNA EVOLUCIÓN POSITIVA PERO CON DESEQUILIBRIOS DEL EMPLEO DE LA MUJER

En la última ya larga onda de crecimiento económico y del empleo en España, que se remonta a inicios del año 1994, se ha producido una transformación cualitativa y espectacular por lo que se refiere a la presencia e integración de la mujer en el mercado de trabajo. Se trata de cambios que son centrales a los efectos de comprender la evolución en su conjunto de las relaciones laborales entre nosotros. Por sólo referirnos a los datos más significativos al respecto, y tomando en consideración siempre a partir de este instante los datos aportados por la Encuesta de Población Activa correspondiente al primer trimestre del año de referencia y con la corrección metodológica verificada recientemente, en este período el crecimiento del empleo de la mujer se ha duplicado, con un incremento de cuatro millones de trabajadoras, pasando la ocupación de ser apenas 4 millones a superar los 8,2 millones, lo que representa en términos de tasa de empleo pasar del 25,16 % al 43,08 %. Ello ha determinado, en paralelo, una caída de la tasa de desempleo entre las mujeres, que ha pasado de ser a inicios de 1994 del 31,4 % al 11,39 % a inicios de 2007.

En todo caso, los datos más elocuentes lo marcan los porcentajes diferenciales respecto del empleo masculino, pues si ese crecimiento del empleo de la mujer lo hubiera sido con intensidad inferior al correspondiente al de los hombres, en lo sustancial se hubiera ampliado la brecha entre las unas y los otros, con lo cual no se hubiera producido transformación alguna en nuestro mercado de trabajo por lo que afecta a lo cualitativo en el trabajo de la mujer. Y, precisamente, el cambio cualitativo se refleja sobre todo en este dato, es decir, una progresión superior de la incorporación de la mujer al mercado de trabajo comparativamente con la correspondiente al hombre. Así, el crecimiento del empleo es superior entre las mujeres que entre los hombres, de modo que el diferencial de tasa de empleo en este período tomado en consideración ha pasado a reducirse en 6,9 puntos porcentuales, pasando de ser la diferencia a inicios de 1994 de 27,38 puntos porcentuales a serlo a principios de 2007 de 20,49 puntos porcentuales. Lo mismo ha sucedido respecto de la tasa de desempleo, donde ha pasado a reducirse en 5,8 puntos porcentuales, pasando de ser la diferencia a inicios de 1994 de 10,89 puntos porcentuales a serlo a principios de 2007 de 5,82 puntos porcentuales.

Una evolución paralela y similar se puede percibir que se ha producido igualmente en el concreto ámbito del mercado de trabajo en Andalucía, donde igualmente se aprecia un correlativo incremento del empleo de la mujer. En este concreto ámbito, también se ha más que duplicado el empleo de la mujer con un incremento superior a las 700.000 mujeres más ocupadas, pasando de algo más de 500.000 en 1994 se ha pasado a superar la cifra de 1,2 millones de trabajadoras en 2007, lo que comporta que la tasa de empleo de la mujer haya pasado de ser del 19,11 % a inicios de 1994 para elevarse hasta el 36,97 % a inicios

de 2007. De este modo, el diferencial entre mujeres y hombres por lo que se refiere a la tasa de empleo en Andalucía se ha reducido en este período casi en 2 puntos porcentuales, pasando de ser a inicios de 1994 de 26,22 puntos porcentuales a convertirse a inicios de 2007 en 24,31 puntos porcentuales. Igualmente se aprecia la evolución si nos referimos a la tasa de desempleo, donde la tasa de paro de la mujer ha pasado de ser el 42,85 % a inicios de 1994, hasta reducirse al 17,07 % a inicios de 2007. En términos comparativos hombre mujer la diferencia en lo que afecta a la tasa de desempleo se ha reducido en total en 5,55 puntos porcentuales entre los unos y los otros, por cuanto que esa diferencia a inicios de 1994 era de 13,22 puntos porcentuales pasando a inicios de 2007 a convertirse en 7,67 % puntos porcentuales.

Eso sí, los datos precedentes muestran igualmente cómo las diferencias de condiciones de ocupación se mantienen en nuestro mercado de trabajo, donde perviven desequilibrios tradicionales e incluso es necesario advertir que han sobrevenido nuevos desequilibrios provocados por esos resultados en su conjunto globalmente positivos de crecimiento del empleo de la mujer.

Los mismos datos anteriormente citados en positivo, en una lectura evolutiva de lo que ha sucedido en la última larga década de expansión, muestran aún claras situaciones de mayor debilidad de la mujer en su incorporación al mercado de trabajo. La situación de partida era tan intensa en cuanto a la diferencia respecto del trabajo masculino, que toda esa evolución positiva no ha logrado un equiparación definitiva de condiciones entre los unos y las otras. Incluso el proceso de incorporación plena de la mujer al trabajo productivo remunerado ha provocado nuevos escenarios más complejos de interacción con factores de los más variados; el más conocido y relevante de ellos el relativo a las nuevas orientaciones dirigidas a una equilibrada conciliación entre la vida familiar y profesional de todos.

La tasa de ocupación de la mujer sigue siendo notablemente reducida, de modo que visto exclusivamente el mercado de trabajo masculino ya hemos superado la media europea y desde esa perspectiva se podría decir que hemos alcanzado el objetivo general de tasa de empleo previsto en la Estrategia Europea de Empleo acordada en la cumbre de Lisboa, mientras que por lo que refiere a la mujer aún nos queda mucho por lograr. Las diferencias en lo que afecta a la tasa de actividad son conocidas y ya hemos citado las relativas a las tasa de desempleo. Igualmente la tasa de temporalidad sigue mostrando una mayor incidencia entre las mujeres, pues a principios de 2007 se eleva al 33,24 %, lo que representa casi 2,3 puntos porcentuales más que la correspondiente a los hombres, si bien merece la pena dejar constancia también de que esa diferencia era mucho más elevada a inicios de 1994, pues entonces se situaba por encima de los 6,5 puntos porcentuales; la diferencia de la tasa de temporalidad se aprecia igualmente en el ámbito de Andalucía, donde a inicios de 2007 era de unos 5 puntos porcentuales, pues la tasa de temporalidad de las mujeres es del 48,12 % frente a la correspondiente a los hombres que se sitúa en el 43,09 %.

Del mismo modo, es bien conocido cómo es mucho más intenso el empleo de la mujer entre los contratados a tiempo parcial, de modo que para el conjunto de España más del 78,5 % del trabajo a tiempo parcial lo es de trabajadoras.

De igual forma, aunque los estudios manifiestan diferencias perceptibles en cuanto a los niveles salariales, todos ellos coinciden en que las retribuciones de las mujeres son inferiores a las de los hombres, entre 15 y 20 puntos porcentuales de diferencia, por mu-

cho que ello no se deba en lo esencial a tratamientos discriminatorios en el mismo puesto de trabajo, sino en el tipo de contratación y nivel profesional de los puestos ocupados por las mujeres.

En definitiva, cualquier elemento que se tome como referencia para comparar la situación de la mujer en el trabajo respecto del hombre, en una foto fija de la situación actual, muestra que el proceso de equiparación de condiciones aún es lejano, por cuanto que todos y cada uno de los datos muestran un panorama de manifiesto desequilibrio, en perjuicio de la mujer.

De todos los datos que podrían tomarse en consideración, a nuestro juicio, puede resaltarse por encima de todos el relativo a los niveles de ocupación por razón de la cualificación profesional, por cuanto que en gran medida éste es el que con mayor intensidad repercute sobre los demás, siendo a la postre el origen de casi todos ellos. En efecto, puede detectarse cómo en términos generales las mujeres tienden a ocupar los puestos inferiores en función de los niveles de profesionalidad exigibles, circunstancia que por derivación incide de manera directa sobre los salarios, la temporalidad, la concentración del trabajo a tiempo parcial, los sectores de la actividad económica de más baja productividad, incluso en ocasiones aquellos que manifiestan una superior dificultad de conciliación de la vida familiar y laboral de las ocupadas.

Este dato nos parece de lo más relevante, por cuanto que es a su vez también el que debe suscitar mayor atención en una proyección de futuro, cualquiera que sea el escenario previsible que se pueda desarrollar. De un lado, si la larga fase de expansión económica, que ha sido uno de los desencadenantes de la fuerte creación de empleo a favor de las mujeres, se viera truncada en alguna medida, no es descartable que la posible destrucción de empleo incidiera en mayor medida también sobre el empleo de la mujer. De otro lado, si nos encamináramos a una tendencia de prosecución de un crecimiento asentando sobre bases más firmes, por tanto con una corrección de nuestro patrón de crecimiento, que pivotará más sobre el incremento de la productividad en sectores estratégicos avanzados, ello ante todo requeriría de un nuevo enfoque en las especializaciones profesionales y en las propias cualificaciones profesionales de los nuevos empleos a ocupar por las trabajadoras.

Sean cuáles sean las expectativas de futuro, es indiscutible que ha de profundizarse en los objetivos de un mercado de trabajo menos segmentado, donde la igualdad de oportunidades constituya un elemento central, lo que inexorablemente requiere continuar y profundizar en las políticas laborales que aborden de forma directa la actual situación de la mujer en nuestro mercado de trabajo.

2. UNA RECURRENTE Y PROGRESIVA INTERVENCIÓN NORMATIVA

El contexto descrito anteriormente justifica más que con suficiencia la necesidad de una intervención legislativa y una acción de los poderes públicos a través de sus políticas administrativas de impulso de la igualdad entre ambos sexos. Es en esos términos que ha de valorarse positivamente la decisión política de elaboración y aprobación de una norma como es la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres (en adelante LOI), más allá de la coincidencia o no con los contenidos concretos de la ley misma.

En todo caso, antes de entrar en la valoración directa de la norma, conviene tener presente que la misma se inserta dentro de una actuación reiterada de intervención en este campo de la igualdad por razón de sexo o género, según se prefiera, desde los inicios del modelo constitucional, particularmente por lo que refiere al ámbito de las relaciones laborales y de la protección social. Por mucho que la LOI comporte un enfoque novedoso y una profundidad notable respecto de lo que se ha hecho en el pasado, no por ello deja de ser necesario enmarcarla en intervenciones precedentes de los poderes públicos, que han ido abriendo camino a nuevas políticas de igualdad. A tal efecto, merece la pena efectuar un rápido repaso de recordatorio de cuáles han sido esos hitos más relevantes de intervención en el campo de las relaciones laborales y de la protección social. Esa mención servirá, cuando menos de forma ilustrativa, para percibir el número tan intenso de reformas legislativas que se han producido en esta materia en el período constitucional, que se elevan a más de catorce actuaciones normativas de muy diverso calado.

Podemos comenzar, de este modo, con la primera versión del Estatuto de los Trabajadores de 1980, donde se recogen algunas previsiones en orden a aplicar al ámbito de lo laboral la genérica prohibición constitucional de discriminación por razón de sexo de los arts. 14 y 35.1 CE, haciéndolo con una orientación estrictamente formal de declaración de nulidad de los tratamientos discriminatorios por tal motivo. Así se encuentra en la prohibición general de conductas discriminatorias del art. 17.1 ET, la previsión de que el sistema de categorías profesionales y los criterios de ascensos se acomoden a reglas comunes para los trabajadores de uno y otro sexo en el art. 24.2 ET, así como el mandato de la igualdad de remuneración por razón de sexo del art. 28 ET.

La primera de las reformas se dirigirá a realizar una intervención en materia de ampliación del permiso de maternidad, si bien su enfoque será primordialmente de ampliación de la protección social en línea con un incremento de las prestaciones de Seguridad Social, en el marco del Plan de Acción para la Igualdad de Oportunidades de las Mujeres y donde por primera vez se hará referencia a «acciones concretas dirigidas a hacer compatible la realización del trabajo con el ejercicio de la maternidad y la paternidad». Ello sucederá precisamente a través de la Ley 3/1989, de 3 de marzo (BOE 8 de marzo), por la que se ampliaba a dieciséis semanas el permiso por maternidad y se extendía la excedencia por cuidado de hijos por la vía de reconocer el derecho de reserva de puesto de trabajo durante el primer año. No obstante, no deja de resultar llamativo que las medidas concretas adoptadas vayan en la línea de favorecer la exclusión de la mujer del trabajo durante la primera fase de crianza de los hijos. Por otra parte, la norma introduce por primera vez la protección frente a las conductas de acoso sexual.

A continuación resulta oportuno citar la reforma del proceso laboral que se produce a través del texto articulado de 1990, Real Decreto Legislativo 521/1990, de 27 de abril (BOE 2 de mayo). Entre sus innovaciones más señaladas destacaríamos la regulación por primera vez de una modalidad procesal específica de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas, incluidas las presuntas lesiones derivadas de conductas discriminatorias, entre ellas las motivadas por razón de sexo. Con ello se contempla un procedimiento sumario y preferente de tutela judicial, en los términos exigidos constitucionalmente, con garantías variadas de carácter procesal, desde las relativas a la legitimación procesal hasta la perfección de la sentencia declarativa y de condena que garantiza la nulidad radical de las actuaciones discriminatorias. En particular, es digno de destacar el establecimiento de un

principio de inversión de la carga probatoria a partir del momento en que el demandante aporte indicios racionales de que se ha podido producir un tratamiento discriminatorio; del mismo modo que merece la pena resaltar también la previsión de la posibilidad de que el Juez o Tribunal proceda a recabar el dictamen de los organismos competentes cuando en el proceso se haya suscitado una cuestión de discriminación por razón de sexo.

La incorporación a la legislación civil de la figura del acogimiento determina una simple adaptación de la legislación laboral a dicha nueva fórmula, lo que se hizo por medio de la Ley 8/1992, de 30 de abril (BOE 1 de mayo).

La muy importante reforma laboral de 1994 tendrá como preocupación central la difícil situación de destrucción de empleo derivada de la crisis económica sobrevenida en aquellos años, con acciones de modificación intensa de nuestra legislación laboral en lo que se refiere a su impacto sobre el mercado de trabajo, pero que por ello mismo no tenía entre sus preocupaciones principales las relativas al deterioro específico del empleo de la mujer en ese contexto. Por el contrario, si alguna actuación indirecta se lleva a cabo, lo es de signo inverso, por la vía de establecer un régimen diferencial desfavorable del trabajo a tiempo parcial, particularmente por lo que afectaba a su protección social, lo que tenía particular repercusión sobre las trabajadoras que eran contratadas para trabajos marginales a tiempo parcial. En todo caso, alguna referencia específica a la tutela frente a los tratamientos discriminatorios cabe efectuar. En concreto, se puede resaltar sobre todo el dato de que, al reconocerse la constitución de agencias de colocación sin fines lucrativos, a éstas se les someterá a un estricto principio de igualdad de trato, prohibiendo específicamente las discriminaciones por razón de sexo (art. 16.2 ET).

En el ámbito de la Seguridad Social, es digno de resaltar cómo a través de la Ley 42/1994, de 30 de diciembre (BOE 31 de diciembre), de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, se procede a independizar la prestación por maternidad respecto de la correspondiente a la incapacidad temporal, con una nueva perspectiva de aquella, tratamiento específico a la misma y sin merma alguna en los ingresos de la trabajadora en situación de suspensión del contrato de trabajo por maternidad.

En 1995 se vuelve a actuar sobre los permisos con ocasión de la maternidad y paternidad, de nuevo con el objetivo de incidir sobre la regulación de la suspensión por maternidad y la excedencia por cuidado de hijos, reforzando la reserva de puesto de trabajo en estos casos y, particularmente, con vistas a incentivar a las empresas a que no procedan a amortizar los puestos de trabajo con tal motivo, de modo que se facilite en términos prácticos el reingreso de la trabajadora tras su período de ausencia. Ello se verifica por medio de la Ley 4/1995, de 23 de marzo (BOE 24 de marzo). Se trata de la primera ocasión, salvo error u omisión, en el que una norma laboral en nuestro país emplea la expresión discriminación por razón «de género», con vistas a resaltar la voluntad de eliminar los estereotipos sociales y de pensamiento que provocan las diferencias de tratamiento derivadas de la condición de mujer, superando la identificación estrictamente física con los factores derivados del sexo.

En el contexto del Acuerdo Marco Europeo sobre el Trabajo a Tiempo Parcial, posteriormente reforzado por medio de la correspondiente Directiva Comunitaria 97/81, de 15 de diciembre, se abordó una reforma de la normativa en nuestro país de esta modalidad contractual, que estadísticamente hemos visto afecta con particular intensidad a las trabajadoras. Así, el Real Decreto-Ley 15/1998, de 27 de noviembre (BOE de 28 de noviem-

bre), como instrumento de transposición de aquella Directiva, adoptó medidas de mejora del trabajo a tiempo parcial, con un régimen más garantista de los empleados bajo esta modalidad, eliminando particularmente los rasgos de diferencia de tratamiento peyorativos, aquéllos que menos se adecuaban a principio de proporcionalidad de tratamiento en función de la menor jornada efectuada, afrontando para ello tanto la vertiente laboral como la correlativa de Seguridad Social.

Probablemente la norma de mayor calado en cuanto a su contenido se encuentra en la Ley 39/1999, de 5 de noviembre (BOE de 6 de noviembre), para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras. Se trata de la primera ocasión en la que se pretende abordar con carácter de generalidad todo un conjunto de medidas laborales y de Seguridad Social, que den respuesta al nuevo escenario derivado de la intensa incorporación de la mujer al trabajo retribuido y, en atención a ello, los nuevos desafíos suscitados en orden a una atención cualitativamente diferenciada de las responsabilidades familiares. Como dirá su exposición de motivos, «La incorporación de la mujer al trabajo ha motivado uno de los cambios sociales más profundos de este siglo. Este hecho hace necesario configurar un sistema que contemple las nuevas relaciones sociales surgidas y un nuevo modo de cooperación y compromiso entre mujeres y hombres que permita un reparto equilibrado de responsabilidades en la vida profesional y en la privada». En esa misma línea, la norma pretende actuar con un enfoque no meramente formal del problema, sino comenzar a adentrarse en la efectividad material de las medidas en orden a lograr una incorporación plena y en posición de igualdad de la mujer en el mercado de trabajo. La Ley formalmente se justifica como instrumento de transposición de las Directivas Comunitarias 92/1985 y 96/34, de 3 de junio; la primera de ellas relativa a la protección de la seguridad y salud en el trabajo de la mujer embarazada, que haya dado a luz o en el período de lactancia; la segunda aquella que refuerza el Acuerdo Europeo sobre el permiso paternal.

En cuanto a su contenido, la Ley 39/1999 por primera vez permite que opcionalmente para la mujer, también el padre pueda acogerse a una parte del período de suspensión del contrato por maternidad. Una vez más, la reforma actúa sobre los permisos retribuidos, la suspensión y la excedencia con motivo del nacimiento, adopción o acogimiento de hijos, incrementando las posibilidades de ejercicio de estos derechos. Las medidas empiezan también a orientar estas instituciones de reducción de jornada, interruptivas de la prestación o suspensivas de la relación con la atención a personas mayores y enferma, a la vista de que ya a esas alturas se comienzan a percibir las consecuencias del envejecimiento de la población española. Igualmente se actúa en materia de extinción del contrato de trabajo, con voluntad de reforzar la protección de la trabajadora frente a despidos producidos con ocasión de los períodos de maternidad, lactancia y excedencia por cuidado de hijos. En materia de Seguridad Social la novedad principal se situó en la incorporación de la nueva prestación derivada del riesgo durante el embarazo.

A pesar del cúmulo de medidas contempladas en esta norma, así como de la buena voluntad del legislador de favorecer una posición de mayor tutela y garantía de la mujer trabajadora, lo cierto es que en la práctica la norma sobre todo acentuó los incentivos legales a favor de que sea la mujer quien asuma de forma prevalente las responsabilidades familiares; en gran medida, la norma ha podido provocar el efecto boomerang no deseado de que sea la mujer quien refuerza sus obligaciones de conciliación de lo laboral y familiar,

con el efecto derivado de otorgar una posición más cómoda al trabajador hombre con en teoría idénticas responsabilidades familiares.

En la misma línea de insistir una vez más en los permisos por paternidad y maternidad actuó la reforma llevada a cabo por medio de la Ley 12/2001, de 9 de julio (BOE de 10 de julio), que en esta ocasión puso sobre todo el acento en las situaciones derivadas de hijos prematuros o que requiriesen hospitalización tras el parto, posibilitando la atención materna o paterna del neonato mientras se encontrase ingresado, permitiendo la ausencia del trabajo sin agotar durante ese tiempo el período correspondiente a la suspensión contractual por maternidad. Aparte de ello, en dicha norma también se formaliza de manera expresa la regla de igualdad de condiciones de trabajo entre temporales e indefinidos, con el impacto sobre todo en materia de antigüedad y salario que ello pueda provocar, en la medida en que ello pudiera tener su repercusión sobre el trabajo de la mujer de carácter igualmente temporal.

El reconocimiento inicial del principio de igualdad retributiva por razón de sexo en la versión de 1980 era muy formal, de modo que no abarcaba todas las posibles variantes, particularmente las derivadas de discriminaciones indirectas, que son por añadidura las más habituales. Igualmente, en la letra de la norma original se refería estrictamente a la igualdad salarial, sin que concurriera tampoco justificación para excluir a las percepciones extrasalariales de la igualdad de trato. Todo ello determinó la reforma del art. 28 ET, por medio de la Ley 33/2002, de 5 de julio (BOE de 6 de julio), que procede a incorporar al Derecho interno el concepto de «trabajo de igual valor» proveniente del acervo normativo y jurisprudencial comunitario.

Como una primera consecuencia de la recepción de la idea de la transversalidad en materia de igualdad por razón de género, se comenzó a propugnar la necesidad de tomar en consideración el análisis de la incidencia que cualquier reforma legislativa pudiera tener sobre la situación social de la mujer. Ya desde el año 2001 las instituciones comunitarias comenzaron a experimentar la elaboración de informes de esas características. También en el ámbito de las Comunidades Autónomas se han adoptado iniciativas de esta naturaleza. Es precisamente en ese contexto en el que se sitúa la Ley 30/2003, de 13 de octubre (BOE de 14 de octubre), que contempla la necesidad de elaborar un informe sobre el impacto por razón de género de las medidas que se establecen en cualquier tipo de anteproyecto de Ley o de proyecto de Reglamento. Por su carácter transversal afecta al conjunto del ordenamiento jurídico y, por tanto, incluye igualmente a cuantas medidas legislativas se puedan abordar en materia laboral y de protección social. Desde el punto de vista formal, se trata de un mandato que se cumple sistemáticamente por el Gobierno desde su entrada en vigor, si bien desde el punto de vista material su contenido en muchas ocasiones resulta escueto en exceso, de modo que se limita a presentarse como cumplimiento de un trámite más. Cuando menos en materia social, no se ha realizado un balance de valoración del «impacto», valga la redundancia, de este tipo de informes, en el sentido de conocer hasta qué punto los mismos han tenido influencia sobre los contenidos materiales de las reformas adoptadas y, sobre todo, hasta qué punto las mismas se han visto condicionadas por los estudios de impacto de género. La primera impresión es que su incidencia ha sido bastante limitada, pues en la generalidad de las ocasiones da la impresión de que quienes los elaboran parten de la presunción de que la transversalidad no concurre, de modo que, salvo que figuren elementos muy evidentes y externos, se parte de la idea de que la medi-

da no presenta impacto negativo de género. Sin posibilidad de entrar en estos momentos en análisis de mayor profundidad, parece que este requisito se ha introducido sin un gran convencimiento, de modo que probablemente será preciso un proceso de mayor maduración para que este tipo de técnica jurídica tenga una influencia real en el diseño de nuestras políticas legislativas. De no hacerse así, estos informes de impacto pueden convertirse en el adversario principal de la idea de la transversalidad, pues por la vía de los hechos vendrían a desmontarla.

En esta relación de actuaciones legislativas orientadas a extender la tutela antidiscriminatoria, es obligado mencionar también la reforma llevada a cabo por medio de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre (BOE de 31 de diciembre), donde por medio de la típica Ley de acompañamiento de los Presupuestos Generales del Estado se llevó a cabo una transposición bastante poco divulgada y del menor relieve posible de las Directivas Comunitarias sobre discriminación; de un lado, la Directiva 2000/43, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico; de otra parte, la Directiva 2000/78, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, que pretende luchar contra las discriminaciones basadas en la religión o convicciones, la discapacidad, la edad y la orientación sexual. Se trata de reformas que en gran medida han pasado sin pena ni gloria dignas de significación, por cuanto que puede percibirse un muy escaso convencimiento del legislador del momento en la adopción de medidas en este orden de cosas, dando la impresión de que el propio legislador llevó a cabo los cambios por mero cumplimiento formal de los mandatos comunitarios, de ahí la muy escasa repercusión pública de la norma ahora comentada. A mayor abundamiento, desde nuestra concreta perspectiva objeto de análisis en estos momentos, esas dos Directivas de referencia no afectaban de manera directa a la discriminación por razón de sexo, dado que tomaban en consideración otros factores o causas de discriminación, si bien es sabido que en ocasiones determinados tratamientos discriminatorios provocan una lesividad plural, de modo que inciden también en los factores de género, reforzando los perjuicios sufridos por la víctima.

En todo caso, es oportuno destacar que esta reforma, aunque no tuviera como objeto la transposición de Directivas antidiscriminatorias por razón de sexo o género, por la técnica jurídica empleada por el legislador a la hora de incorporarlo a nuestro Derecho nacional, sí que la tuvo. En efecto, dicha reforma, aunque formalmente procedía a ceñirse a las concretas causas discriminatorias derivadas de los motivos específicos contempladas en esas Directivas, en la práctica poseía la potencialidad en algunos de sus elementos jurídicos de proporcionar un tratamiento homogéneo y uniforme de todas las actuaciones legales de tutela antidiscriminatoria, incluida la relativa a las discriminaciones por razón de sexo. Así, por ejemplo, se trata de la primera ocasión en la que se recoge una definición expresa de conceptos relevantes en la práctica como son los relativos a discriminación «directa», discriminación «indirecta», así como de «acoso». Incluso, los concretos preceptos reformados del Estatuto de los Trabajadores son los genéricos referidos a la prohibición de las conductas discriminatorias, con lo cual estos conceptos pudieron tener un alcance extensivo sobre el conjunto de las causas determinantes de los tratamientos diferenciales injustificados, incluidos los relativos al sexo.

Para concluir con este rápido vistazo a la historia legislativa que como precedente ha incidido en el trabajo de la mujer, hay que mencionar una de las primeras normas que ofre-

cía una comprensión acabada de la idea de la transversalidad, si bien lo fuera con un enfoque muy predeterminado, por la amplia preocupación que se ha extendido en nuestra sociedad en esta materia. Nos referimos a la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre (BOE de 29 de diciembre), de medidas de protección integral contra la violencia de género. Se trata de una norma que afronta un problema de indiscutible repercusión, que requiere como tal una comprensión global, como hace la propia norma y que, como tal, precisa también de un enfoque laboral y de protección social. Eso sí, con la perspectiva integral que posee, desmerece su valoración analizando de forma aislada exclusivamente la perspectiva que a nosotros aquí nos ocupa, sin que al propio tiempo podamos ir más allá de esta perspectiva bien parcial como es la relativa a las relaciones laborales. En todo caso, resaltar que, por mucho que en la mayoría de las ocasiones los fenómenos de violencia de género que preocupan a la norma se desarrollen en el ámbito doméstico y, por tanto, fuera de la esfera laboral, los mismos no dejan de tener su repercusión sobre esta esfera, siendo un evidente elemento negativo en orden a propiciar una efectiva igualdad de la mujer en lo laboral y en lo social. Por ello, aunque la norma vaya dirigida a conjurar las consecuencias negativas reflejas que la violencia de género pueda tener sobre el mantenimiento de la mujer en el mercado de trabajo y la conservación de su *status* laboral, la norma no deja de tener su trascendencia laboral por el tipo de medidas que aborda. Las mismas procuran ser de amplio espectro, naturalmente buscando garantizar la continuidad en el empleo de la mujer víctima de violencia de género y, para ello, facilitarle los medios y procedimientos más eficaces. Integra medidas de lo más variadas: instrumentos de reciclaje profesional y fomento del empleo, justificación de ausencias e impuntualidades, nueva causa de suspensión de la relación laboral, facultades de la víctima de modificar sus condiciones de trabajo sobre todo en lo que se refiere al tiempo de trabajo y cambio de centro de trabajo, extinción del contrato de trabajo justificada, medidas de protección social, adecuación de las reglas procesales a los nuevos derechos sustantivos, etc.

Debe apuntarse, por añadidura, que junto al precedente cúmulo de medidas de reforma legislativa, las mismas han venido acompañadas en paralelo por todo un conjunto de políticas públicas enmarcadas en los Planes de Igualdad elaborados por el Instituto de la Mujer, que han proporcionado una estrategia conjunta de actuación a los poderes públicos. En ese contexto, han de resaltarse sobre todo las políticas de empleo, que de forma continuada y sin interrupción han incorporado medidas dirigidas al fomento del empleo genéricamente de la mujer y, específicamente, de aquellas que encuentran mayores dificultades en su incorporación al mercado de trabajo o en ocupar los puestos donde se percibe infrarrepresentación de la mujer. Las acciones singulares de formación profesional, así como las políticas de ayudas económicas destacan entre las más señaladas, tanto las dirigidas al trabajo asalariado como más recientemente también al trabajo por cuenta propia.

En ese marco de las políticas públicas están siendo igualmente influyentes las medidas ensayadas y desarrolladas por parte de las Comunidades Autónomas, quienes a partir de la asunción de las competencias relativas a la intermediación en el mercado de trabajo y a las políticas activas de empleo han desplegado importantes iniciativas innovadoras en este terreno. En particular, es digno de mencionar que determinadas Comunidades Autónomas han aprobado sus propias Leyes de Igualdad de la Mujer, que, sobre la base de la idea de la transversalidad en el desarrollo de las políticas públicas, también da juego a la incorporación de la vertiente laboral y de protección social, sin perjuicio

de que la legislación sobre la materia constituya competencia estatal en nuestro modelo constitucional.

Finalmente, sería injusto dejar de mencionar en este capítulo de precedentes influyentes el decisivo papel de impulso desplegado por la jurisprudencia, tanto la constitucional como la comunitaria. Sus construcciones en las últimas décadas han constituido un avance en el impulso de las políticas de igualdad, así como de explorar todas las potencialidades del principio de igualdad y no discriminación. La evolución histórica de la actuación jurídica en esta materia resultaría incompleta sin una mirada atenta a lo actuado por los Tribunales de Justicia al máximo nivel. En muchas ocasiones, lo novedoso de ciertas normas no es sino el resultado de elevar a rango legal lo construido previamente por la jurisprudencia. Baste con referirnos al ámbito de eficacia subjetiva de vinculación de la prohibición de la discriminación, para extenderla a las relaciones entre particulares; del mismo modo citar su aportación a elementos conceptuales tales como los relativos a la configuración de la noción de discriminación indirecta, particularmente en su plasmación en materia salarial, de condiciones de trabajo y de protección social de los trabajadores a tiempo parcial, de tutela de la trabajadora embarazada; igualmente ha tenido un claro origen jurisprudencial toda la construcción relativa al debilitamiento de la carga probatoria en las hipótesis de posibles discriminaciones ocultas difíciles de demostrar; también la jurisprudencia ha tenido un papel relevante en el aval dado a las políticas de acción positiva que refuerza un fomento específico de la situación laboral y social de la mujer, de modo que es esperable que también en el inmediato futuro marquen las pautas de las medidas relativas a las cuotas como forma más intensa de articulación de las medidas de acción positiva; finalmente, destacar también cómo la formulación del principio de indemnidad por parte de la jurisprudencia constitucional, aunque tenga una afectación más amplia, también constituye un elemento de particular relevancia en materia de tutela de la igualdad de la mujer.

3. UN TÍTULO QUE ANUNCIA SU ALCANCE NOVEDOSO

A partir de la amplia relación de actuaciones precedentes por parte de los poderes públicos, podría presumirse que todos los caminos se encuentran ya explorados, incluso trillados, de modo que no cabría otra cosa que insistir en las vías existentes y, si acaso, desarrollarlas en la práctica. Ahora bien, lo que desde luego no cabe en esta materia es el conformismo y la autocomplacencia, cuando se insiste en la necesidad de efectuar una lectura permanente de los datos estadísticos que siguen mostrando resultados palpables de debilidad y desequilibrios en la incorporación de la mujer a nuestro mercado de trabajo, más aún cuando como efecto reflejo se atiende a los niveles de acción protectora de la Seguridad Social disfrutados comparativamente entre mujeres y hombres.

A partir de esa constatación se entiende mejor la decisión política de reforzar las medidas hasta ahora existente, propiciar un nuevo enfoque de las políticas de igualdad a la luz de una nueva comprensión de la dimensión de género y de las raíces profundas de las desigualdades sociales entre mujeres y hombres existentes en nuestra cultura occidental, por no hablar de otras culturas con mayores resistencias aún si cabe que la nuestra propia.

Por todo ello, puede afirmarse sin exageración que la Ley para la igualdad no constituye un hito más, un paso adicional en el largo camino de propiciar la igualdad de oportu-

nidades, sino un salto cualitativo, por los nuevos enfoques, principios y contenidos que se proyectan en la misma.

Formalmente la Ley se presenta como instrumento de transposición de dos Directivas Comunitarias en materia de igualdad de trato: la 2002/73/CE, de reforma de la Directiva 76/207/CEE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo; y la Directiva 2004/113/CE, sobre aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios y su suministro. Sin embargo, ello constituye a nuestro juicio más una mera excusa formal que un principio orientador influyente en la significación general de la Ley. En efecto, estas dos Directivas Comunitarias sí que se pueden valorar como un paso más en un *continuum* de actuación de las instituciones comunitarias en esta materia, que en cuanto a su contenido material no resultan particularmente decisivas. A pesar de que el marchamo comunitario entre nosotros suele constituir un aval de consenso en orden a la aceptación de las medidas que se establecen, lo cierto es que en este concreto caso hubieran bastado con algunos pequeños retoques para considerar acompasado nuestro ordenamiento interno al Derecho Comunitario de referencia. Por tanto, en esta ocasión el impulso novedoso de la Ley no proviene estrictamente de imperativos comunitarios, cuanto de opciones de política legislativa estrictamente internas; sin perjuicio de que dichas opciones se mantengan en la órbita de la filosofía comunitaria en materia de políticas de igualdad y, por supuesto, sean perfectamente acordes con los propios condicionantes del ordenamiento comunitario. Si afirmamos que la referencia comunitaria en esta ocasión a nuestro juicio constituye mera excusa formal, lo hacemos al objeto de realzar el carácter innovador y cualitativamente diferenciado de la nueva Ley para la igualdad; con lo que a la postre queremos reforzar la importancia cualitativamente novedosa de la norma en cuestión.

A tal efecto, ya en la propia intitulación de la Ley se puede advertir la trascendencia que el legislador ha deseado atribuirle a la norma, que refuerza la justificación de la misma desarrollada en su exposición de motivos. Varios datos me interesa sacar a la luz, que a veces pueden pasar más inadvertidos.

Ante todo, por muy evidente que sea, a la norma se le otorga el rango de Ley Orgánica, que dentro de nuestra particular configuración de las fuentes, refiere a las materias de contenido más trascendente en el desarrollo de nuestro texto constitucional, al extremo de que ha llevado a la doctrina a hablar del bloque de constitucionalidad. El mensaje que se quiere transmitir con ello es que se está interviniendo sobre una vertiente central dentro del programa de Gobierno, que afecta a políticas de calado en la estructuración en el largo plazo de nuestra sociedad. Eso sí, conviene también tener presente que se trata de un mensaje en clave estrictamente política, no correspondido con lo que una Ley Orgánica es en nuestro ordenamiento desde el punto de vista estrictamente técnico jurídico. Indiscutiblemente la norma procede a desarrollar uno de nuestros principios claves dentro de nuestro Estado de Derecho, al punto que la igualdad se eleva a valor superior de su ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE), se mandata a los poderes públicos para que toda su actuación vaya enderezada a promover las condiciones para que la igualdad de los individuos y de los grupos sea real y efectiva (art. 9.2 CE), al tiempo que la tutela antidiscriminatoria encabeza el capítulo constitucional relativo a «derechos y libertades» (art. 14 CE), así como se atribuye al ciudadano la facultad de acudir en amparo para la tutela frente a lesiones del derecho

a la igualdad (art. 53.2 CE). Eso sí, desde un punto técnico formal, el contenido general de una Ley de igualdad de derechos no tiene porqué tener el carácter de Ley Orgánica; dicho con precisión, sólo requieren de su regulación por medio de Ley Orgánica el desarrollo directo de los derechos fundamentales y libertades públicas recogidos entre el art. 15 y 29 CE, ambos incluidos, de modo que se excluye de tal reserva normativa a cuanto afecte directamente al art. 14 CE.

Tan sólo cuando la igualdad esté conectada con un derecho fundamental de manera directa será cuando nuestro sistema de fuentes requerirá de una precisa Ley Orgánica, o bien cuando afecte a materia institucional para la que expresamente se exija dicha Ley. La prueba más elocuente de todo ello se encuentra en el dato de que una Ley integrada por un total de 122 disposiciones —entre artículos, disposiciones adicionales, transitorias y finales—, con modificación interna de una amplia variedad de otras Leyes, tan sólo tres disposiciones adicionales tienen realmente la naturaleza de Ley Orgánica, en los términos expresamente declarados por la disposición final segunda de la misma Ley. Sólo lo que refiere a la modificación del Régimen Electoral General y al Poder Judicial tiene verdadero rango de Ley Orgánica. Ninguna de estas disposiciones incide sobre la materia laboral y social, de modo que a nuestros efectos nos enfrentamos en todos sus términos a una estricta Ley ordinaria. Podría haberse actuado como en otras ocasiones aprobando una Ley diferenciada para los contenidos orgánicos y otra para los contenidos ordinarios, lo que hubiera sido más preciso desde el punto de vista técnico jurídico. Sin embargo, probablemente con ello no se hubiera conseguido transmitir el mensaje político al que nos referíamos con anterioridad. Hay pues una discordancia entre el valor político de la norma, que se desea condensar emblemáticamente bajo el calificativo «Ley Orgánica», y el alcance formal desde la perspectiva jurídica de la norma, que en lo sustancial es una mera «Ley ordinaria». Admitamos la trampa del legislador desde el punto de vista político, pero no la dejemos de tener presente desde el punto de vista técnico jurídico.

Pasando a la referencia del título de la norma, a nuestro juicio no es casual que la misma utilice el adverbio «para» la igualdad en lugar del que podría pensarse generalizado en las normas «de» igualdad, matiz que puede pasar inadvertido para quien practica la lectura rápida. En efecto, ello no resulta algo meramente anecdótico desde el punto de vista gramatical, sino que contiene su significación de objetivos. Sin necesidad de entrar en mayores detalles a nuestro juicio con la utilización del término «para» se quiere formular la idea de que nos encontramos ante una Ley que proporciona las herramientas e instrumentos útiles «para» el logro de la finalidad proyectada de alcanzar una sociedad más justa e igualitaria por lo que refiere a la situación de la mujer, sin que la norma como tal, por vía del reconocimiento de derechos o la mera afirmación de la igualdad haya conseguido implantar el modelo ideal de sociedad hacia el que se dirigen las medidas contempladas en la Ley *ipso iure* de manera automática.

De otro lado, se incorpora en la propia denominación el apelativo de «efectiva», constituyendo ésta una de las señas de identidad de la norma, integrando uno de sus principios informadores en los términos que describiremos con más detalle en apartado sucesivo. Baste aquí con referir que la norma desea hacer explícito desde el primer momento que la misma quiere ir más allá del ya bastante asentado principio de igualdad desde la perspectiva formal, para adentrarse en medidas que incidan materialmente con el mayor impacto real posible en nuestras reglas de conducta social.

Por último, la dicción de la norma altera el orden tradicional e históricamente cristalizado para referirnos a los dos géneros, mencionando hasta el presente siempre al hombre y sucesivamente a la mujer. Desde expresiones inveteradas, con raíces bíblicas, la mención lo es siempre en primer lugar al hombre, con lo cual, aunque sea de manera inconsciente, se le viene a colocar en un lugar de preeminencia. Muy presente se encuentra ese orden tradicional, por ejemplo, hasta ahora en los documentos comunitarios. Frente a ello, como elemento en igual medida simbólico la norma procede a apelar ante todo al objeto de la igualdad de la mujer; porque precisamente la finalidad por excelencia de la Ley es lograr la igualdad de la mujer en nuestra sociedad, pues es ésta la tradicionalmente preterida y discriminada. De este modo, el orden, más allá de lo simbólico, tiene un valor inmediato de plasmación del objetivo de la norma, de cuál es su enfoque y cuales son las orientaciones de sus medidas. A la postre, el orden también obliga a una precisa forma de interpretación del contenido de la propia Ley.

4. LA TRANSVERSALIDAD COMO SEÑA DE IDENTIDAD DE LA LEY

La seña de identidad por excelencia de la Ley es la de desarrollar hasta sus últimas consecuencias la idea de la transversalidad, en el sentido de que la situación de inferioridad social de la mujer se presenta en multitud de facetas, se debe a factores muy plurales, tiene raíces muy asentadas que extienden sus ramas sobre cuantas vertientes de la realidad social, económica, política, cultural, personal y familiar podamos pensar. De ello deriva la necesidad de tener una perspectiva de la dimensión de género onmicomprensiva, lo que por derivación exige actuar en muy diversos frentes, en su suma, desde muy diversos ámbitos. Se trata por ello mismo de una Ley integral, como norma emblemática que desea materializar el concepto de la transversalidad.

Así lo refiere expresamente la propia exposición de motivos: «La mayor novedad de esta Ley radica, con todo, en la prevención de esas conductas discriminatorias y en la previsión de políticas activas para hacer efectivo el principio de igualdad. Tal opción implica necesariamente una proyección del principio de igualdad sobre los diversos ámbitos del ordenamiento de la realidad social, cultural y artística en que pueda generarse o perpetuarse la desigualdad. De ahí la consideración de la dimensión transversal de la igualdad, seña de identidad del moderno derecho antidiscriminatorio, como principio fundamental del presente texto». Por ello mismo, la propia norma se autocalifica de «Ley-código», o cuando menos con la vocación de erigirse como tal.

Su previsión general en el texto articulado se encuentra cuando se establece como criterio general de actuación de los poderes públicos, «la integración del principio de igualdad de trato en el conjunto de las políticas económica, laboral, social, cultural y artística», siendo digno de resaltar que ello se enlaza inmediatamente con lo estrictamente laboral, en la medida en que se indica a continuación que ello se ha de llevar a cabo «con el fin de evitar la segregación laboral y eliminar las diferencias retributivas, así como potenciar el crecimiento del empresariado femenino en todos los ámbitos que abarque el conjunto de políticas y el valor del trabajo de las mujeres, incluido el doméstico» (art. 14.2).

La muestra más elocuente de la presencia de la transversalidad en este enfoque se encuentra en el hecho de que el propio texto articulado la define como principio de actuación

de los poderes públicos en todas sus actuaciones, estableciendo los instrumentos para su integración en todas las facetas de las mismas: la transversalidad se lleva al encabezamiento del título del artículo 15 LOI, para marcar la actuación de conjunto de los poderes públicos en el desarrollo de cualesquiera de sus políticas.

Particularmente significativo es el dato de que esta regla de la transversalidad, para que efectivamente sea tal, va dirigida como mandato imperativo al conjunto de los poderes públicos, exigiéndosele en su actuación no sólo a la Administración General del Estado, sino al resto de las Administraciones Públicas, incluida por tanto también la autonómica y la local. Expresamente así se indica en el precepto citado cuando se dirige a «todos los poderes públicos». Ello encuentra, un explícito apoyo de fundamento constitucional, cuando el art. 149.1.1.º CE atribuye como competencia del Estado «la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales». El propio texto se ampara en este título competencial para fundamentar la extensión del mandato al conjunto de los poderes públicos (disp. final 1.ª LOI). En definitiva, ésta es la única forma de garantizar la extensión plena de la transversalidad, pues no sería así si los objetivos pretendidos sólo pudieran implementarse después a través de la actuación de la Administración General del Estado; particularmente cuando el desarrollo de nuestro Estado de las Autonomías ha propiciado un espacio de intervención tan intenso a las Administraciones autonómicas, sin desmerecer de las correspondientes a las Administraciones locales. Como se ha indicado, resulta imprescindible plasmar lo que se denomina la transversalidad subjetiva, afectando a todos los poderes públicos.

En ese contexto, además, como herramienta instrumental de la obligación precedente, se encuentra la ampliación de los supuestos en los que se requiere la elaboración de los informes de impacto de género. Como hemos indicado con anterioridad, desde el año 2003 en el ámbito estatal se exige la confección de este tipo de informes para cuantas medidas legislativas y reglamentarias aborde el Gobierno. A partir de la LOI, ello se extiende a «los planes de especial relevancia económica, social, cultural y artística que se someterán a la aprobación del Consejo de Ministros» (art. 19 LOI). La misma finalidad instrumental presenta la previsión de elaboración periódica por el Gobierno de un Plan Estratégico de Igualdad de Oportunidades (art. 17 LOI), así como la elaboración de un Informe igualmente periódico también por el Gobierno sobre el conjunto de sus actuaciones en relación con la efectividad de las medidas adoptadas (art. 18 LOI).

Pero es más, para que sea completa esa transversalidad subjetiva debe igualmente trasladarse al ámbito de los poderes privados. Lo indica así la propia exposición de motivos de la Ley: «El logro de la igualdad real y efectiva en nuestra sociedad requiere no sólo del compromiso de los sujetos públicos, sino también de su promoción decidida en la órbita de las relaciones entre particulares». Aunque ello no se sitúe con el mismo grado de imperatividad, ni se recoja en el precepto antes referido exclusivamente dirigido a las Administraciones Públicas, sin embargo a lo largo de la Ley se adoptan medidas que por su propia naturaleza y contenido implican directamente a los poderes privados, con vistas a lograr un impacto de las políticas de igualdad en ámbitos donde directamente no podría llegar la acción pública. Esta perspectiva es particularmente relevante por lo que afecta a las relaciones laborales, donde el desenvolvimiento del trabajo de la mujer depende de lo que se geste en el ámbito de la empresa.

Por ello mismo también, la transversalidad debe extenderse en esa clave omnicompreensiva sobre todo desde el punto de vista objetivo, lo que obliga a que necesariamente se enfoque al ámbito de lo laboral y de la protección social. Los aspectos socio-laborales son muy amplios e intensos en la Ley, con lo cual también internamente en lo que afecta al ordenamiento socio-laboral se percibe una sensibilidad notable respecto del principio de transversalidad, en términos tales que son muchas y variadas las instituciones afectadas por la Ley.

De ello dan cumplida cuenta el conjunto de estudios que se incorporan en el presente número monográfico de la revista y que hacen innecesaria una pormenorización por nuestra parte. Baste con tener presente la variedad de normas de este orden modificadas por la Ley: Estatuto de los Trabajadores, Ley de Prevención de Riesgos Laborales, Ley de Empleo, Ley de Medidas Urgentes de Reforma del Mercado de Trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad, Ley General de Seguridad Social, Ley General de Sanidad, Ley sobre Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado, Ley de Procedimiento Laboral, Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social, Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública, Ley del Personal de las Fuerzas Armadas, Ley de Funcionarios Civiles del Estado, Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, Ley de Régimen del Personal del Cuerpo de la Guardia Civil.

Asimismo dejar constancia, como precisaremos más adelante, que la reforma no se enfoca exclusivamente sobre la normativa estatal laboral, sino que también expresa una voluntad decidida de que la misma venga implementada de forma sucesiva con medidas precisas incorporadas a través de la negociación colectiva, abordando nuevos espacios que son exponentes una vez más de la idea de la transversalidad.

Más allá de las concretas medidas y actuaciones contempladas en la norma, es digno de resaltar, por su novedad, que el principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres se eleva formalmente al rango de principio informador del conjunto del ordenamiento jurídico y, en especial, que el mismo constituirá un criterio de interpretación y aplicación de las normas jurídicas (art. 4 LOI). En esa medida, todo el conjunto de instancias destinadas a la aplicación de cualesquiera normas jurídicas, en particular órganos administrativos y judiciales, deberán hacerlo interpretando las disposiciones correspondientes conforme a la lectura más favorable al principio de igualdad. Deberán, por tanto, tomar en consideración los efectos, directos e indirectos, derivados de su interpretación en lo que afecta a la igualdad de trato y de oportunidades. El carácter transversal del presente criterio interpretativo es claro, desde el instante que no va referido exclusivamente a los contenidos propios de la presente Ley, sino del conjunto del ordenamiento jurídico. Lo novedoso reside igualmente en que, salvo error u omisión, es la primera ocasión en la que se eleva a rango general un principio de interpretación del conjunto del ordenamiento jurídico, más allá de los criterios de tal naturaleza recogidos en el texto constitucional, particularmente los reflejados en el art. 9.3 CE. Se trata por añadidura de un precepto que se ubica en la Ley dentro de aquellas prescripciones cuyo fundamento constitucional se enlaza con el título competencial relativo a la igualdad de los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales (disp. final 1.ª LOI), de lo que deriva que este principio general de interpretación lo sea efectivamente del conjunto del ordenamiento jurídico y afecte al conjunto de los aplicadores del Derecho, es decir, tanto al Estado, como a las Comunidades Autónomas y Entidades Locales.

5. LA EFECTIVIDAD MATERIAL COMO OBJETIVO: MEDIDAS DE ACCIÓN POSITIVA

Ya apuntamos con anterioridad la trascendencia de que en el título de la Ley se apele expresamente a una finalidad de lograr con la misma una igualdad «efectiva» entre mujeres y hombres. Dando por supuesta la garantía legal de la igualdad formal por razón de género, que en todo caso viene reforzada por la Ley misma, ésta pone el acento en los medios que considera más adecuados para, superando una comprensión meramente formal de las diferencias de tratamiento, ir a las raíces de las mismas y lograr la igualdad de trato y de oportunidades en el plano de lo material y real.

Ello queda resaltado en la misma exposición de motivos de la Ley: «El pleno reconocimiento de la igualdad formal ante la ley, aun habiendo comportado, sin duda, un paso decisivo, ha resultado ser insuficiente. La violencia de género, la discriminación salarial, la discriminación en las pensiones de viudedad, el mayor desempleo femenino, la todavía escasa presencia de las mujeres en puestos de responsabilidad política, social, cultural y económica, o los problemas de conciliación entre la vida personal, laboral y familiar muestran cómo la igualdad plena, efectiva, entre mujeres y hombres, aquella «perfecta igualdad que no admitiera poder ni privilegio para unos ni incapacidad para otros», en palabras escritas por John Stuart Mill hace casi 140 años, es todavía hoy una tarea pendiente que precisa de nuevos instrumentos jurídicos».

Esos nuevos instrumentos jurídicos, se sitúan en terrenos que van más allá de la prohibición de tratamientos discriminatorios directos o indirectos por razón de sexo, para situarse en el plano de ofrecer una igualdad de oportunidades a las mujeres respecto de los hombres. Ello requiere que se actúe en la dirección de promover tal igualdad de oportunidades en la práctica, lo que presupone romper con los estereotipos sociales acerca del rol de cada ciudadano por razón de género. Desde este punto de vista, la norma despliega una función eminentemente pedagógica. Pero, sobre todo, esa perspectiva de efectividad requiere, en definitiva, desarrollar o facilitar acciones positivas de variado tenor que ofrezcan una posibilidad real de efectividad de la igualdad de las mujeres. Como apunta la exposición de motivos de la Ley, «merece, asimismo, destacarse que la Ley prevea, con el fin de alcanzar esa igualdad real efectiva entre mujeres y hombres, un marco general para la adopción de las llamadas acciones positivas. Se dirige, en este sentido, a todos los poderes públicos un mandato de remoción de situaciones de constatable desigualdad fáctica, no corregibles por la sola formulación del principio de igualdad jurídica o formal. Y en cuanto estas acciones puedan entrañar la formulación de un derecho desigual en favor de las mujeres, se establecen cautelas y condicionamientos para asegurar su licitud constitucional».

Superando una actitud de igualdad aséptica, la norma promueve con fuerza la igualdad de oportunidades, por la vía de llamar a la adopción de medidas de impulso directo a favor de la mujer. Ello exige en ocasiones fórmulas de trato de favor de la mujer, con vistas a acelerar un proceso histórico de igualación real respecto de los hombres, que de lo contrario sería excesivamente lento para alcanzar la meta finalmente pretendida. Estas medidas lo pueden ser de naturaleza muy diversa y, por tanto, de alcance muy variado. La Ley, como tal, no incorpora directamente medidas de acción positiva en materia laboral, pues en lo sustancial se limita a mandar a los poderes públicos a que procedan a adoptarla, así como a facultar a los poderes privados (art. 11.2 LOI) y en particular a los

interlocutores sociales para que a través de la negociación colectiva incorporen planes de actuación en esta línea (art. 43 LOI).

Respecto de la acción de los poderes públicos, se les impone directamente que adopten medidas específicas a favor de las mujeres para corregir situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto de los hombres, precisando que tales medidas serán aplicables en tanto subsistan dichas situaciones, habrán de ser razonables y proporcionadas en relación con el objeto perseguido en cada caso (art. 11.1 LOI). En materia laboral el acento se pone sobre todo en la empleabilidad de la mujer, es decir, en medidas dirigidas específicamente a la mujer en materia de formación profesional y de programas de ayudas económicas para el fomento del empleo (art. 42 LOI). Se trata de programas de incentivos ya conocidos y experimentados entre nosotros, desarrollados por las Administraciones Públicas en sus diversos ámbitos y desde hace tiempo, si bien aún carecemos de análisis fundados del impacto real proporcionado por este tipo de programas.

En todo caso, la novedad principal de la Ley reside en que ésta se decanta por la negociación colectiva como herramienta por excelencia propiciadora de la igualdad efectiva. A tales efectos, se comienza por autorizar a ésta con carácter general para la pactación de cláusulas que incorporen medidas de acción positiva para favorecer el acceso de las mujeres a todas las profesiones y la aplicación efectiva del principio de igualdad de trato y no discriminación en las condiciones de trabajo (art. 43 LOI y art. 17.2 ET). Particularmente conocida es la regla que, sin perjuicio del respeto de la libertad de contratación que se reconoce a las partes negociadoras, establece un deber de negociar planes de igualdad en las empresas de más de 250 trabajadores (art. 45 LOI y art. 85.2 ET); siendo voluntaria para el resto de las empresas (art. 45.5 LOI), sin perjuicio de lo cual se prevé el establecimiento de medidas de fomento, especialmente dirigidas a las pequeñas y medianas empresas y que incluirán el apoyo técnico necesario (art. 49 LOI). Adicionalmente, se prevé también la posibilidad de que la autoridad laboral, frente a comprobadas infracciones muy graves de la legislación laboral en materia de igualdad, pueda sustituir las sanciones accesorias habituales por la obligación de elaboración e implantación de un plan de igualdad, previa consulta o negociación con los representantes de los trabajadores (art. 45.4 LOI y art. 46 bis LISOS). La imposición de este deber de negociación a las grandes empresas determinó una de las oposiciones más directas de las organizaciones empresariales a la Ley, particularmente explicitada a través de su voto particular al Dictamen emitido por el Consejo Económico y Social al anteproyecto de Ley. Naturalmente, a partir de su entrada en vigor la Ley se convierte en norma de obligado cumplimiento por parte de todos. Eso sí, siempre habrá grandes diferencias entre, de un lado, un mero cumplimiento formal de sus disposiciones, un superar el trámite de la negociación obligada de estas materias pero sin alcanzar compromisos sustanciales, y, de otro lado, una voluntad efectiva de puesta en marcha de proyectos dirigidos a materializar en la empresa la igualdad de oportunidades de la mujeres en el trabajo. Por ello, más allá de la disección de cuál sea el alcance material de la obligación impuesta legalmente, lo decisivo será la predisposición con la que las partes involucradas, particularmente los interlocutores sociales con representatividad en las empresas, se enfrenten a la elaboración e implementación de los planes de igualdad. Por encima de todo en esta materia la efectividad de las medidas depende de la actitud con la que se enfrenten a tal cuestión, hasta qué punto son capaces de crear un ambiente de convivencia entre las mismas, que a la postre propicie la confianza mutua y la efectiva decisión de

poner en marcha programas que den resultados reales en cuanto al objetivo propuesto de la igualdad de oportunidades.

Al margen de lo anterior, ya en clave estrictamente jurídica, las medidas de acción positiva de mayor impacto, quizás por ello también las más debatidas, son aquellas relacionadas con las cuotas o porcentajes de presencia del grupo desfavorecido en un determinado ámbito. La Ley se decanta decisivamente por el uso de las cuotas en la participación política de la mujer, en la presencia de la mujer en ciertos puestos de responsabilidad en el empleo público e incluso en la presencia de la mujer en los órganos societarios de las entidades mercantiles. Sin embargo, de forma directa no contempla fórmula de estas características en el ámbito de las relaciones laborales privadas, salvo la posibilidad contemplada en relación con los programas de inserción profesional vía cursos de formación profesional (art. 42.2 LOI).

Lo que sí se contempla es la posibilidad de que a través de la negociación colectiva se haga algo de esta naturaleza. Desde la primera versión del Estatuto de los Trabajadores se viene estableciendo una reserva de Ley a estos efectos, en términos tales que sólo por medio de normas laborales con rango de Ley se pueden fijar las preferencias, reservas y exclusiones en la contratación laboral (art. 17.2 ET), como mecanismo de garantizar no sólo de la igualdad formal, sino que por añadidura sólo pudieran fijarse por medio de Ley las medidas de acción positiva que podríamos calificar como las más fuertes, es decir, aquellas de discriminación indirecta que como efecto reflejo pudieran producir consecuencias negativas sobre el resto de trabajadores no favorecidos. En sentido negativo, se viene a establecer una prohibición de que a través de la negociación colectiva se establezcan este tipo de preferencias, reservas y exclusiones, incluso cuando las mismas no manifiesten un trato discriminatorio, pues tengan un objetivo positivo de promoción efectiva de la igualdad de oportunidades de los grupos sociales tradicionalmente marginados en el mercado de trabajo o con mayores dificultades de integración plena en el mismo.

La novedad más relevante a estos efectos se sitúa en el hecho de que la Ley ahora sí que permite a la negociación colectiva el establecimiento, no sólo de las medidas de acción positiva con carácter genérico para favorecer el acceso de las mujeres a todas las profesiones, sino que por añadidura y de forma expresa se le faculta a la propia negociación colectiva para incorporar «reservas y preferencias» tanto para ser contratadas como para la clasificación, la formación y la promoción profesional (art. 17.4 ET).

Eso sí, conviene destacar que la norma muestra una notable cautela a la hora de habilitar a la negociación colectiva para la fijación de este tipo de cláusulas, en la medida en que es consciente de que ello debe efectuarse con escrupuloso respeto del principio de igualdad desde la perspectiva formal y, sobre todo, con la voluntad de conjurar los posibles riesgos de que la intensidad de tales medidas pueda provocar sentimientos de rechazo por los posibles perjuicios indirectos que pueda provocar a otros trabajadores. Esas cautelas se manifiestan en los siguientes elementos muy presentes en la redacción del precepto. Ante todo, la habilitación legal se contempla como una excepción a la regla general que se mantiene a todos los efectos para el resto de sus posibles manifestaciones, en el sentido de que sigue rigiendo como base de partida la reserva legal antes referida y la prohibición de principio de fijación de reglas de preferencia a favor de ciertos grupos en perjuicio de otros.

Además, la excepción tan sólo se permite para el caso específico de las medidas en la negociación colectiva de discriminación indirecta por razón de sexo y, específicamente, a

favor de la mujer. Es cierto que el precepto se refiere de manera imprecisa a reglas de preferencia o reserva a favor de «las personas del sexo menos representado»; sin embargo, a mi juicio personal, atendiendo a la finalidad general de la Ley, tomando en consideración la apelación expresa de la norma de que ello se permite «para favorecer el acceso de las mujeres a todas las profesiones», así como el dato de que en el panorama global del mercado de trabajo son las mujeres quienes en su conjunto constituyen el sexo menos representado, la regla convencional nunca se podría interpretar o aplicar con el resultado de facilitar la contratación o promoción profesional de los hombres; nunca podrían darse por válidas medidas con resultados de favorecimiento en el empleo o en las condiciones de trabajo de los hombres por ir dirigidas a ámbitos donde se pudieran apreciar nichos de trabajos feminizados. Dicho de otro, la regla no puede ser leída en clave de facultar la adopción de medidas de acción positiva por parte de la negociación colectiva de lo que se ha denominando el «varón discriminado».

Por otra parte, mientras que la prohibición legal general incluye también las «exclusiones» a la contratación (art. 17.2 ET), éstas no se incorporan a la habilitación general a la negociación colectiva, de modo que ha de interpretarse que las mismas quedan vedadas a todos los efectos, por mucho que una medida de «reserva» en sentido negativo pueda provocar una «exclusión» del grupo postergado.

Pero, sobre todo, la circunstancia que por encima de todas expresa las cautelas del legislador deriva del dato de que las medidas de «reserva y preferencia» sólo se admiten como viables sobre la previa hipótesis de que nos enfrentemos a una selección de personal que se encuentre «en igualdad de condiciones de idoneidad», expresión que se reitera en dos ocasiones en la literalidad del precepto (art. 17.4 ET). Sin necesidad de entrar en mayores detalles, puede afirmarse que en estos términos el texto legal viene a incorporar los criterios de matización formulados por la jurisprudencia comunitaria en materia de medidas de preferencia en la contratación como acciones positivas a favor del trabajo de la mujer. De este modo, el sexo del trabajador no puede constituir en modo alguno el único elemento determinante de la selección, bien sea para la contratación o para la promoción profesional, exigiéndose como premisa que los candidatos a seleccionar superen los requisitos de aptitudes profesionales requeribles para ocupar el correspondiente puesto de trabajo. Ello impide, pues, la fijación de cualquier fórmula que comporte la fijación de cuotas en el sentido estricto del término; a lo sumo se podrán establecer las mismas a partir de la premisa antes especificada.

Por último, no debería pasar inadvertido el hecho de que la Ley omite cualquier tipo de referencia a la oportunidad de lograr una composición equilibrada en la presencia de la mujer en los órganos de representación colectiva de los trabajadores en la empresa, en concreto, en la composición de los comités de empresa. La omisión de cualquier mención a esta cuestión resulta bien significativa cuando la Ley pretende una extensión del principio de composición equilibrada en los más diversos ámbitos, desde el político al mercantil, pasando por el conjunto de los cargos públicos de responsabilidad (arts. 14.4, 16, 55 ss y 75 LOI). El principio de transversalidad aplicado con toda coherencia debe poner el foco de atención igualmente en la composición de los propios órganos de representación de los trabajadores en la empresa. Indiscutiblemente se trata de órganos de manifiesta influencia en el ámbito de las relaciones laborales, donde con toda evidencia se participa en la toma de decisiones y, como tales, constituyen ámbitos de poder. A la postre, no puede dejar de

tenerse muy presente que las comisiones de negociación de los convenios, particularmente las correspondientes a los convenios de empresa que son los más relevantes a estos efectos, son designadas en la generalidad de las ocasiones por los integrantes de los comités de empresa y delegados de personal. En la medida en que se produzca una composición equilibrada entre mujeres y hombres en las comisiones negociadoras de los convenios colectivos mayor sensibilidad habrá en orden a lograr que se ponga mayor atención e interés en la elaboración de los planes de igualdad y, en general, por el impacto que puede tener el conjunto del contenido del convenio colectivo sobre el empleo y las condiciones de trabajo de la mujer.

La omisión de tal cuestión podría justificarse por la mayor dificultad técnica de introducir reglas de presencia equilibrada en las candidaturas electorales correspondientes, debido a las menores dimensiones de las unidades electorales y a la diversa presencia de la mujer en las plantillas de cada una de las empresas, aunque algunas experiencias comparadas se podrían traer a colación. De otro lado, no deja de ser cierto que en esta materia los sindicatos han efectuado un importante esfuerzo de incorporación de la mujer en sus candidaturas electorales, aunque probablemente aún se percibe un perfil sociológico típico del representante sindical en la empresa donde predomina el prototipo del hombre, español, con contrato por tiempo indefinido a tiempo completo, de edad media y de semiespecialización profesional. Por ello, sería aconsejable acentuar las estrategias dirigidas a lograr también en este ámbito ese objetivo de presencia equilibrada de mujeres y hombres en estas instancias de responsabilidad sindical.

Conviene advertir que dicha composición equilibrada no es posible imponerla por vías diversas a la reforma legal, no siendo posible en ningún caso a nuestro juicio que ello se lleve a cabo por vía de la negociación colectiva, al menos para la representación estatutaria a nivel de centro de trabajo; mayores posibilidades habría, por ejemplo, respecto del comité intercentro, aunque la clave se encuentra en el comité de centro. A partir del hecho de que la legislación estatal no contempla la regla de la presencia equilibrada en los comités de empresa, las únicas exigencias para ostentar la condición de elegible lo son en relación con la vinculación a la empresa y a la antigüedad en la misma. Tratándose de un órgano de estricta configuración legal, con una alta dosis de regulación legal en todos sus elementos, no sería viable la alteración de las reglas al respecto, al menos por vía de reglas imperativas, a través de la negociación colectiva o de cualquier otro procedimiento diverso al legal. En esta tesitura, lo oportuno es que en el ámbito interno de las propias organizaciones sindicales se desarrollen y cumplan códigos de buenas prácticas en orden a lograr también en estos ámbitos resultados de presencia equilibrada de mujeres y hombres en todo tipo de órganos de responsabilidad, incluidos los propios sindicales.

6. LA CORRESPONSABILIDAD EN LA ASUNCIÓN DE LAS CARGAS FAMILIARES

Para concluir con este rápido vistazo a la significación general de la Ley, otro objetivo de la misma que es obligado resaltar es el relacionado con la conciliación de la vida laboral y familiar de la mujer trabajadora, *rectius* de todos los trabajadores. Como ya hemos tenido ocasión de apuntar, esta perspectiva se encuentra presente en un elevado nú-

mero de las reformas legislativas orientadas a propiciar la plena incorporación de la mujer en el mercado de trabajo en posición de igualdad. Desde la ya lejana Ley 3/1989, de 3 de marzo se vienen justificando multitud de medidas en este logro de la conciliación; con particular extensión y relevancia en la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, precisamente con un título que apela a este designio de la conciliación, todo ello enmarcado en las políticas comunitarias al respecto. El cúmulo de reglas adicionales a la legislación laboral y de protección social en este orden es hoy en día muy notable, de muy diversa naturaleza y algunas de ellas de significada trascendencia; a las cuales, además, habría que añadir la extensión que en ocasiones se verifica a través de la negociación colectiva. La propia LOI ahonda en la dirección avanzada por disposiciones precedentes, en materia de horario y jornada de trabajo, permisos retribuidos, suspensión del contrato y excedencia con reserva de puesto de trabajo.

Sin poder entrar en grandes detalles, puede presumirse que todo este conjunto de medidas ha facilitado la incorporación de la mujer a nuestro mercado de trabajo, con esos resultados espectaculares a los que aludíamos al inicio de nuestro estudio. En particular, puede intuirse que este tipo de mecanismos de conciliación han incentivado con fuerza a un colectivo significativo de mujeres a pasar de la situación de población inactiva a población activa empeñada en la búsqueda de empleo, lo que a la postre haya facilitado el incremento percibido en la correspondiente tasa de empleo. En todo caso, aún queda mucho camino al andar, bastando para constatarlo aproximarse a los datos estadísticos que marcan una disparidad muy notable entre mujeres y hombres respecto de las causas que motivan la no búsqueda de empleo, donde el porcentaje más elevado con diferencia para las mujeres se debe a cuidado de personas y responsabilidades familiares, mientras que este motivo resulta marginal en lo que afecta a los hombres.

Más aún, puede incluso hipotizarse que, a pesar de la fuerte presencia de la mujer en las modalidades de trabajo a tiempo parcial, el crecimiento del empleo de la mujer en estos últimos años nos se ha centrado exclusivamente en la parcialidad, sino que ha sido mayor aún en la contratación a tiempo completo. En efecto, las mujeres ocupadas a tiempo completo vienen a representar en nuestro país en torno al 87 % del total de ocupadas, con lo cual puede deducirse que entre nosotros no se está favoreciendo un modelo de conciliación de responsabilidades familiares y profesionales que dé como resultado que la mujer sólo busca y/o encuentra trabajo bajo la fórmula del contrato de trabajo a tiempo parcial.

Eso sí, todo el conjunto de medidas de conciliación que se han venido incorporando a nuestro ordenamiento laboral y de protección social pueden estar provocando el efecto indeseado de que las mismas mantienen los estereotipos sociales más tradicionales, en la medida en que al facilitar tal conciliación dan lugar a que sea la mujer quien siga sopor-tando en mayor medida las responsabilidades familiares. Los datos estadísticos sobre el particular son bastante elocuentes. A pesar del carácter indiferenciado en lo que afecta al sexo de las disposiciones relativas a la conciliación de responsabilidades, en su aplicación práctica son las mujeres quienes en mayor medida con diferencia ejercitan los derechos correspondientes a permisos, suspensiones y excedencias. Es decir, son las mujeres quienes en mayor medida reducen su jornada o la interrumpen para atender a responsabilidades domésticas o familiares. En las situaciones familiares de dificultad, siempre es la mujer quien abandona el mercado de trabajo para atender a los próximos que lo necesitan, con lo cual la plena incorporación de la mujer se resiente notablemente. Por mucho que se

trate del ejercicio de derechos respecto de los cuales no cabe reaccionar con medidas de retorsión por parte de la empresa, a la postre acaban repercutiendo negativamente en la plena integración laboral de la mujer, en particular por lo que incide sobre su promoción profesional. Al final es la pescadilla que se muerde la cola: hay resistencias a la promoción profesional de la mujer porque ésta soporta superiores responsabilidades familiares y, al tener menores salarios, es la que abandona su trabajo si la situación familiar lo requiere. Aquí podría identificarse uno de los elementos que aporta un mayor grosor al denominado «techo de cristal», es decir, la existencia de unas barreras invisibles y ocultas, que en la práctica provocan ese resultado negativo, que impide que las mujeres superen determinadas cotas y ocupen en condiciones de igualdad los puestos de mayor responsabilidad e influencia social.

Lo anterior determina que haya que comenzar a ofrecer un nuevo enfoque a las medidas de conciliación de referencia. Sin necesidad de abandonar las técnicas dominantes hasta el momento presente, las mismas deben ponderar también los efectos negativos antes aludidos y, sobre todo, comenzar a ensayarse otro tipo de medidas que produzcan un doble impacto: de un lado propiciando la mentada conciliación, de otro lado favoreciendo la corresponsabilidad en la asunción de las cargas familiares también por parte de los hombres.

En esa dirección puede decirse que se encamina la LOI, particularmente a través de una de sus medidas más emblemáticas, cual es la introducción de un específico permiso de paternidad, atribuido como tal exclusivamente al padre o progenitor que no disfruta del permiso de maternidad. La exposición de motivos la califica expresamente como la «medida más innovadora para favorecer la conciliación de la vida personal, familiar y laboral». El permiso de paternidad, con una duración de trece días, constituye un supuesto adicional de suspensión del contrato de trabajo diferenciado del permiso de maternidad (art. 48 ET), que da derecho a la correspondiente prestación económica de Seguridad Social (arts. 133 octies ss Ley General de la Seguridad Social).

En resumen, la relación de medidas contenidas en la Ley para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres en materia laboral y social son palpablemente numerosas, algunas de ellas enormemente innovadoras en orden a lograr la efectiva igualdad de oportunidades. En el desarrollo de las relaciones sociales ningún resultado práctico de futuro está garantizado de antemano, particularmente en el siempre complejo juego de las relaciones laborales. En reiteradas ocasiones el legislador propone y es el desenvolvimiento práctico de la realidad y la respuesta en particular de sus protagonistas quien dispone. Por ello, habrá que estar a la expectativa de cuáles sean en el inmediato futuro los impactos materiales de esta norma ambiciosa, para que con el margen de tiempo suficiente de aplicación de la misma se pueda efectuar un balance ponderado de su real significación y alcance.

JESÚS CRUZ VILLALÓN
Director de la Revista





1

Estudios







EL EMPLEO FEMENINO EN EL MERCADO DE TRABAJO EN ESPAÑA

INMACULADA CEBRIÁN LÓPEZ

GLORIA MORENO RAYMUNDO

Profesoras Titulares de Fundamentos del Análisis Económico

Universidad de Alcalá de Henares

EXTRACTO

La Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombres nace, como su nombre indica, con el objetivo de contribuir a la consecución de la igualdad de género. En el ámbito del mercado laboral es patente la necesidad de desarrollar mecanismos que potencien la igualdad. Si bien es cierto que la presencia de las mujeres en el mundo del trabajo ha aumentado notablemente durante los últimos años, también lo es el hecho de que aún persisten numerosas desigualdades contra las que luchar.

El aumento de las tasas de actividad y de ocupación de las mujeres ha supuesto una revolución en la tradicional división del trabajo por género. El patrón tradicional según el cual a los hombres se les adjudicaba la responsabilidad del trabajo fuera del hogar, mientras que las mujeres asumían las tareas dentro de éste, ha dado paso a otro modelo en el que las mujeres rivalizan con los hombres por un empleo remunerado, pero en muchas ocasiones aún asumen en solitario la carga del trabajo intradoméstico. Este lastre no les permite alcanzar una posición competitiva, lo que origina que la situación de las mujeres en el trabajo remunerado aún esté lejos de la de los hombres. Ni el acceso al empleo, ni las condiciones en las que éste se desarrolla son equiparables. La segregación ocupacional y sectorial y las diferencias salariales son buena muestra de ello. Conocer esta situación y sus causas es un paso fundamental para poder combatirla. Este trabajo aporta algunas evidencias relativas a esta situación.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. LOS CAMBIOS DE LA POSICIÓN DE LA MUJER EN EL MERCADO DE TRABAJO
3. LOS DESAJUSTES Y DESIGUALDADES PERSISTENTES EN EL EMPLEO
 - 3.1. Las tasas de empleo
 - 3.2. Estructura sectorial y ocupacional del empleo femenino
 - 3.3. Empleo asalariado, contratación temporal y jornada a tiempo parcial
 - 3.4. Diferencias salariales
4. REPARTO DE RESPONSABILIDADES FAMILIARES
5. CONCLUSIONES Y RETOS PARA EL FUTURO
6. BIBLIOGRAFÍA

1. INTRODUCCIÓN

Durante los últimos quince años uno de los cambios más importantes que ha experimentado el mercado de trabajo español ha sido la incorporación de las mujeres a la actividad remunerada. En concreto, en España, desde 1994, de los 6,1 millones de personas que se han incorporado al mercado de trabajo, 3,4 millones eran mujeres, y de los 8,2 millones de empleos que se han creado, 4,3 millones han sido ocupados por mujeres. Esto ha permitido que la diferencia entre la tasa de participación de hombres y mujeres se haya reducido en algo más de veinte puntos porcentuales y que las tasas de empleo también se hayan aproximado. Sin embargo, todavía son muy notables las diferencias por género que se aprecian en el mercado de trabajo y, además, estos cambios en la composición de la fuerza de trabajo han tenido sin duda una incidencia clave en la formación y estructura de los hogares y familias. El modelo tradicional de organización familiar a lo largo del curso de la vida de hombres y mujeres que se regulaba por diferentes patrones y roles ha sufrido cambios significativos, dando paso a un modelo en el que ha sido básicamente la mujer la que se ha visto obligada a compatibilizar trabajo intra y extra doméstico, mientras que los hombres sólo han aparecido tímidamente en escena. En gran medida, este proceso de incorporación creciente de la mujer al mercado de trabajo no se ha visto acompañado de los medios necesarios suficientes para lograr que las diferencias entre los hombres y las mujeres desapareciesen y que el orden y la igualdad aparecieran. La Ley Orgánica de Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombres 3/2007 nace con la pretensión de alcanzar la tan ansiada igualdad de oportunidades.

El objetivo de este trabajo es aportar algunos datos que ponen en evidencia los cambios mencionados, así como la situación de desigualdad de las mujeres en el mercado de trabajo español y su relación con los problemas derivados de la conciliación entre trabajo y familia. Para ello se analizan, en primer lugar, los cambios habidos en los niveles y en las tasas de participación laboral de las mujeres. A continuación, se presentan algunos indicadores de las diferencias en el empleo, tanto las debidas a los propios niveles, como a la estructura sectorial y ocupacional del empleo femenino. De esta manera, se introducen las diferencias salariales, medidas por la brecha salarial existente entre hombres y mujeres. Por último, se presentan algunos elementos que muestran claramente cómo la situación laboral de las mujeres incide en los cambios en la estructura familiar y coincide con una falta de distribución de las tareas y responsabilidades familiares, de tal manera que la conciliación sigue presentándose como una asignatura pendiente, especialmente para los hombres.

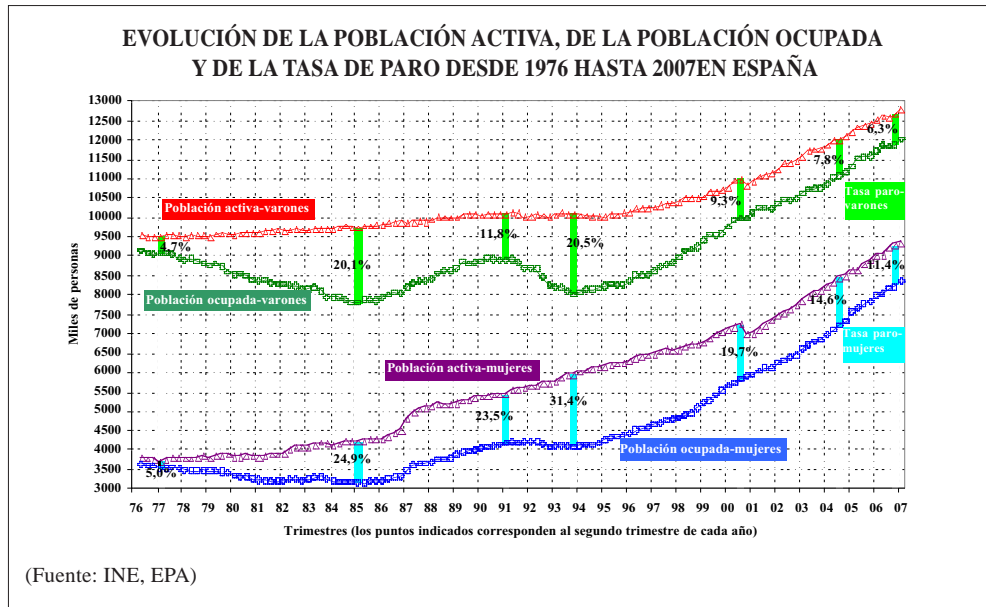
La fuente de información que se utiliza en el primer y segundo apartado es la Encuesta de Población Activa, en adelante referida como EPA, para estudiar la evolución de la actividad, el empleo y el paro de las mujeres. El análisis de la evolución de los diversos indicadores se basa en la información trimestral publicada por el Instituto Nacional de Estadística, referido como INE, hasta el año 2007, aunque en determinadas ocasiones se utilizan directamente las bases de datos originales, en cuyo caso el último año de referencia es el año 2006. Los datos de salarios se extraen de la publicación del INE a partir de la explotación de la Encuesta de Estructura Salarial, en adelante referida como EES, de 2002 y los resultados provisionales de 2004. Finalmente, se utiliza de nuevo los datos de la EPA y la información aportada por un módulo especial para el análisis de la conciliación de la vida laboral y familiar.

2. LOS CAMBIOS DE LA POSICIÓN DE LA MUJER EN EL MERCADO DE TRABAJO

Uno de los fenómenos laborales más relevantes que ha tenido lugar en España, al igual que en el resto de Europa, en las últimas décadas ha sido la creciente incorporación de la mujer al mercado de trabajo. Desde el inicio de los años ochenta, se ha podido observar un aumento paulatino del número de mujeres que desean realizar una actividad laboral, al mismo tiempo que estas mujeres han ido modificando el patrón de comportamiento que tradicionalmente ejercían, es decir, aquellas mujeres que accedían al mercado de trabajo lo abandonaban cuando se casaban o tenían su primer hijo. Sin embargo, el cambio ha sido tal que, de hecho, las mujeres casadas, incluso las que tienen hijos pequeños en casa, constituyen el grupo cuyas tasas de actividad y ocupación han aumentado más.

Cuando se analizan los factores que se encuentran detrás de estos cambios, se pueden encontrar que son múltiples las causas que explican el aumento de las tasas de actividad laboral femenina. Aunque no cabe duda de que el favorable ritmo de crecimiento económico y del empleo han favorecido claramente la incorporación de la mujer, también han jugado un papel relevante algunos aspectos ideológicos como han sido aquellos derivados del movimiento de liberación de la mujer. Ahora bien, desde el propio mercado de trabajo, se han producido algunos hechos que igualmente han fomentado la entrada de las mujeres. Por un lado, puede destacarse el hecho de que los salarios reales de los trabajadores han aumentado al igual que ha mejorado el salario relativo de la mujer originando un encarecimiento de los usos alternativos del tiempo, favoreciendo la asignación de más tiempo al trabajo remunerado y menos tiempo al trabajo dentro del hogar. Por otra parte, el crecimiento del sector servicios ha traído consigo nuevas oportunidades de empleo, han surgido ocupaciones con horarios y jornadas más flexibles y, en general, con características que hacen más atractivo y asequible el mundo del trabajo a las mujeres.

GRÁFICO 1



El gráfico 1 refleja cuál ha sido la evolución de la población activa y de la población ocupada en el caso de los varones y de las mujeres desde 1976 hasta 2007. La población desempleada se deduce directamente de la diferencia entre las dos series y las barras de color destacan para algunos años claves de la evolución del mercado de trabajo español los niveles que alcanzaba la tasa de paro de estos dos colectivos ¹.

Desde 1976 hasta la actualidad se pueden identificar al menos cuatro etapas en el mercado de trabajo español. En primer lugar, entre 1976 y 1985 se produjo la gran crisis del empleo originada por la crisis económica del petróleo que se vio agravada por las condiciones propias de una economía acostumbrada al proteccionismo franquista, en la que se pusieron de manifiesto los graves problemas tecnológicos y competitivos del sistema productivo español. Además, desde el principio de los años ochenta, la población activa comenzó a crecer al incorporarse al mercado de trabajo los nacidos durante el boom de natalidad de los años sesenta y haberse reducido la tasa de mortalidad infantil. En el gráfico 1 puede apreciarse el crecimiento de la población activa, tanto de la masculina como de la femenina, con un ritmo de crecimiento mayor entre la población activa femenina. Durante esta etapa el empleo disminuyó espectacularmente, recayendo especialmente sobre los varones, debido básicamente a que en el mercado de trabajo español la población empleada femenina era muy inferior y por tanto, menos probable de verse afectada por la crisis. Así, la tasa de paro femenina llegó a ser tal que 1 de cada 4 mujeres en el mercado de trabajo estaba parada, mientras que en el caso de los varones la proporción era 1 de cada 5.

¹ Una vez que se conoce la población desempleada se puede obtener la tasa de paro a partir del cálculo de la proporción que representa ésta sobre la población activa, siempre en términos porcentuales.

A partir de 1985 hasta 1991 tuvo lugar un periodo de recuperación a lo largo del cual el empleo se recuperó a un ritmo sin precedentes en la economía española. Entre los factores que desencadenaron la expansión del empleo se encontraba, además de la recuperación mundial, el acceso de España a la Comunidad Europea en 1986 y los beneficios resultantes de los ajustes productivos de la etapa previa. Así mismo, cabe destacar el papel que tuvo en el fomento del empleo la reforma del Estatuto de los Trabajadores de 1984 que permitió utilizar como herramienta básica de flexibilización de las plantillas, los contratos de trabajo temporales, con duración determinada y sin causa que justificase su uso. En el gráfico 1 puede apreciarse que, a pesar del buen ritmo de creación de empleo, la regularidad en el crecimiento de la población activa femenina sólo permitió que la tasa de paro de este colectivo se redujese hasta el 23,5 por ciento al final del periodo expansivo. Por el contrario, la población activa masculina creció más lentamente y el grupo de trabajadores masculino pudo beneficiarse más claramente de la creación del empleo y reducir su tasa de paro hasta el 11,8 por ciento.

Desde 1991 hasta 1994 el mercado de trabajo volvió a sufrir nuevamente los efectos de la crisis económica que sumió a España en la peor recesión de su historia más reciente. Además de los efectos negativos de la crisis económica internacional, había que añadir graves problemas internos de la economía española, entre otros, debidos a los aumentos de los salarios y a la pérdida de poder adquisitivo de la peseta, situando en clara desventaja al sistema productivo español frente al exterior. Así, la destrucción de empleo fue más intensa que en la anterior crisis de tal manera que, aunque la pérdida de empleos femeninos fue menor que la de empleos masculinos, la tendencia permanentemente creciente de la población activa femenina llevo a que la tasa de paro de este grupo se situara en el 31,4 por ciento en el año 1994, es decir, casi 1 de cada 3 mujeres que formaba parte del mercado de trabajo estaba desempleada. En el caso de los hombres, a pesar de que el volumen de empleo perdidos fue mayor y la tasa de paro masculina aumentó, ésta era más de 10 puntos porcentuales inferior que la femenina, pues en 1994 se situó en el 20,4 por ciento.

La última etapa reflejada en el gráfico 1 recoge la expansión económica que vive actualmente la economía española y que ha venido favoreciendo al mercado de trabajo desde 1994. Desde entonces y hasta el segundo trimestre de 2007, el empleo ha aumentado en un 67 por ciento, con la creación de 8,2 millones de empleos, de los cuales 4,3 millones han sido ocupados por mujeres, lo que ha permitido que el número de empleos femeninos se haya duplicado. Sin embargo, según se puede apreciar en el gráfico 1, el aumento del empleo no ha sido tan fuerte como el que hubiese sido necesario para reducir los niveles de paro femenino al nivel de los masculinos. En el segundo trimestre de 2007 todavía la tasa de paro de las mujeres (10,5 por ciento) es superior a la de los varones (6,1 por ciento)².

En Andalucía, durante esta última etapa, la evolución de la participación laboral y del empleo ha seguido la misma tendencia creciente que en el resto de España, pero con un ritmo algo mayor. En concreto, el empleo ha aumentado en más de un 80 por ciento y, aunque menos de la mitad de estos nuevos empleos los han ocupado mujeres, el empleo femenino ha aumentado en una proporción mayor que la media española, siendo 1,2 millo-

² Un análisis más detallado sobre la evolución del mercado de trabajo español puede encontrarse en Toharia (1998); algunos datos más actualizados pueden encontrarse en TOHARIA (2004).

nes las mujeres empleadas en Andalucía en el segundo trimestre de 2007. Sin embargo, las tasas de paro andaluzas son más elevadas que en el resto de España y mantienen las diferencias señaladas entre la tasa de paro de las mujeres (16,9 por ciento) y la de los hombres (8,6 por ciento).

En suma, el incremento de la población activa femenina es patente a partir de los años 80 y desde entonces muestra una persistente tendencia ascendente, a pesar de las recesiones económicas de los años ochenta y noventa. En cambio, la población activa masculina sólo aumenta ligeramente a lo largo de los años ochenta y prácticamente se mantiene constante hasta que de nuevo comienza a crecer a partir de finales de los años noventa. Por su parte, los niveles de empleo femenino también han crecido a lo largo de todo el periodo, mientras que en el caso de los hombres la evolución ha estado directamente relacionada con los ciclos económicos, apreciándose de manera más clara las oscilaciones debidas a los momentos de crisis y expansión económica. De lo que no cabe duda es de que el grupo de mujeres en el mercado de trabajo se ha visto claramente favorecida por el incremento total del empleo, aunque se mantienen las diferencias entre las tasas de paro de las mujeres y de los varones.

Los efectos del ritmo creciente con el que la mujer se está incorporando al mercado de trabajo y el cambio de patrón de comportamiento de las mujeres se ve más claramente en el gráfico 2 en el que se muestran las tasas de actividad femeninas para tres momentos, los años 1976, 1994 y 2007. Estas tasas de actividad se han calculado para grupos quinquenales de edad de tal manera que indican la proporción de personas que pertenecen a la población activa sobre el total de la población perteneciente a cada grupo quinquenal de edad³. No cabe duda de que el cambio en el patrón de comportamiento es muy notable, sobre todo entre las mujeres más jóvenes. No obstante, por lo que respecta a las mujeres de menos de 20 años, la tendencia ha sido a disminuir su presencia en el mercado de trabajo, situación generada en gran medida por la prolongación de los años dedicados a la formación obligatoria, debido a la reforma del sistema educativo que se llevó a cabo principalmente en los años 80, y a la mayor presencia de las mujeres en los niveles de educación superior. En el año 76 la tasa de actividad más alta se daba en el grupo de 20 a 24 años, a partir de esa edad y con la llegada del matrimonio y de los hijos, una proporción importante de mujeres optaba por retirarse del mundo laboral, observándose a partir de ese momento una caída en la tasa de actividad. Esta caída se recupera levemente coincidiendo con el momento en el que algunas mujeres, tras finalizar el período dedicado al cuidado de los hijos, deciden volver al trabajo.

Este análisis temporal, desagregado por grupos de edad, revela que, en primer lugar, las mujeres están abandonando el modelo tradicional de actividad relativamente elevada en los primeros años de vida seguida del abandono de la actividad en el momento del matrimonio o del primer hijo. La pauta en la actualidad se parece cada vez más a la U invertida, que es la curva de las tasas de actividad por edades representativa de los varones⁴. La

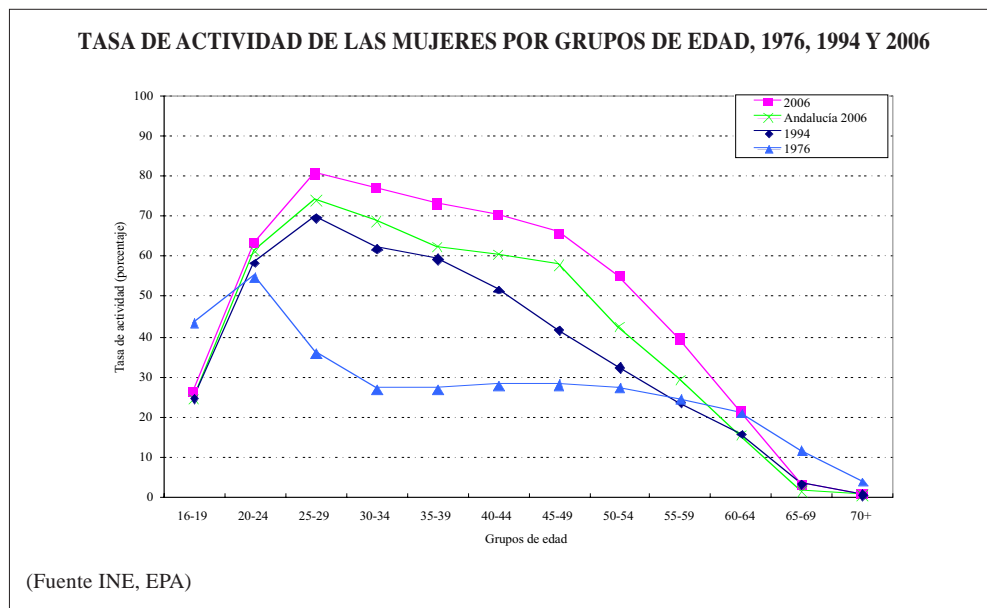
³ Por ejemplo, para el grupo de mujeres cuya edad se encuentra entre 20 y 24 años, la tasa de actividad muestra la proporción de mujeres que con esa edad pertenecen a la población activa con respecto al total de la población femenina que tiene entre 20 y 24 años.

⁴ Un análisis más detallado sobre las tasas de actividad masculina y femenina por grupos de edad puede encontrarse en TOHARIA (1998).

tasa de participación más elevada es la del grupo 25-29 años y se mantiene por encima del 60 por ciento hasta los 45-49 años.

En el caso de Andalucía, el cambio de patrón de las mujeres también es apreciable, aunque se mantiene por debajo de la media de España, especialmente en los grupos de edad en los que es más probable la formación de un hogar y el nacimiento de los hijos.

GRÁFICO 2



En suma, el mercado y las condiciones laborales de las mujeres no parecen haber avanzado en la misma dirección mostrándose, por el contrario, anclado en los patrones diferenciadores y segmentadores más tradicionales del pasado, tal y como se verá en los próximos apartados.

3. LOS DESAJUSTES Y DESIGUALDADES PERSISTENTES EN EL EMPLEO

A lo largo de este apartado se presentan algunos indicadores que evidencian las claras diferencias que se aprecian entre la situación y posiciones que ocupan las mujeres en el empleo en comparación con los hombres.

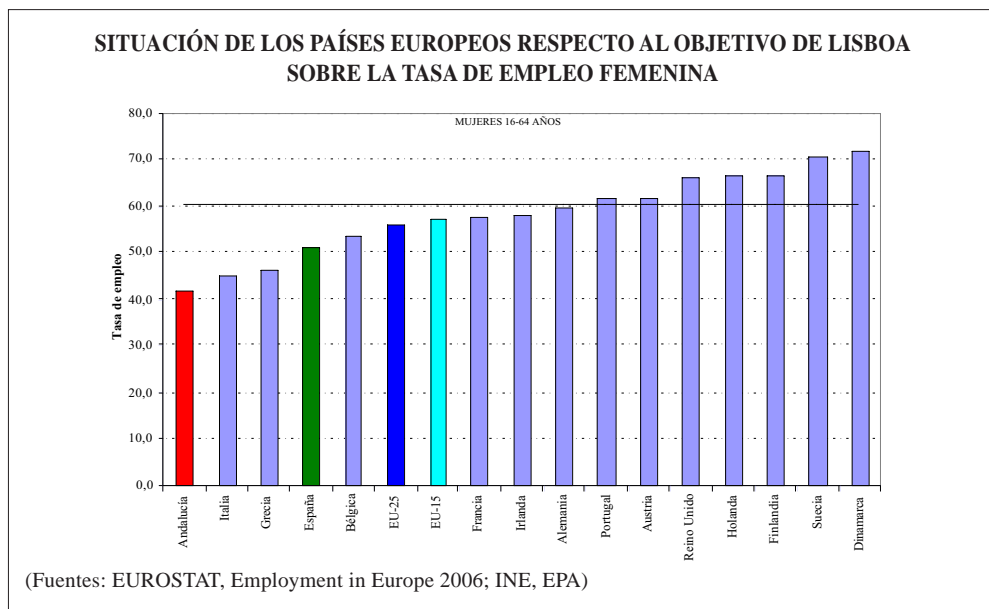
3.1. Las tasas de empleo

Hasta los años noventa, la principal preocupación de los gobiernos de España y los agentes sociales en general se centraba especialmente en la necesidad de reducir los niveles de paro, sin embargo, tras el Acuerdo de la Estrategia Europea de Lisboa del año 2000,

el planteamiento cambió y el empleo pasó a ocupar el primer puesto de las políticas activas de los gobiernos europeos. Así, de acuerdo con los objetivos entonces establecidos, la población empleada femenina deberá alcanzar como mínimo una tasa de empleo igual al 60 por ciento en 2010, es decir, 60 de cada 100 mujeres en edad de trabajar deberán estar empleadas⁵.

En el gráfico 3 se presentan las tasas de empleo de algunos países de la Unión Europea, entre los que se encuentra España, la media de la Europa de los 15 y de la de los 25 y además se ha incluido Andalucía. Las tasas de empleo indican, en valores porcentuales, la proporción de personas que se encuentran ocupando un empleo frente al total de la población en edad de trabajar.

GRÁFICO 3



No cabe duda de que las tasas de ocupación femenina en España se encuentran todavía lejos del mínimo de Lisboa, superando ligeramente el 50 por ciento lo que la sitúa como una de las cifras más bajas de la Unión Europea ya que, excepto Italia y Grecia, los demás países de la Europa de los 15 se encuentran en mejor situación, habiendo superado ya el 60 por ciento Alemania y los países nórdicos. Destaca la situación preocupante de Andalucía que, en particular, mantiene en media una tasa de empleo muy próxima al 40 por ciento, a pesar del esfuerzo realizado en los últimos años, como se verá a continuación.

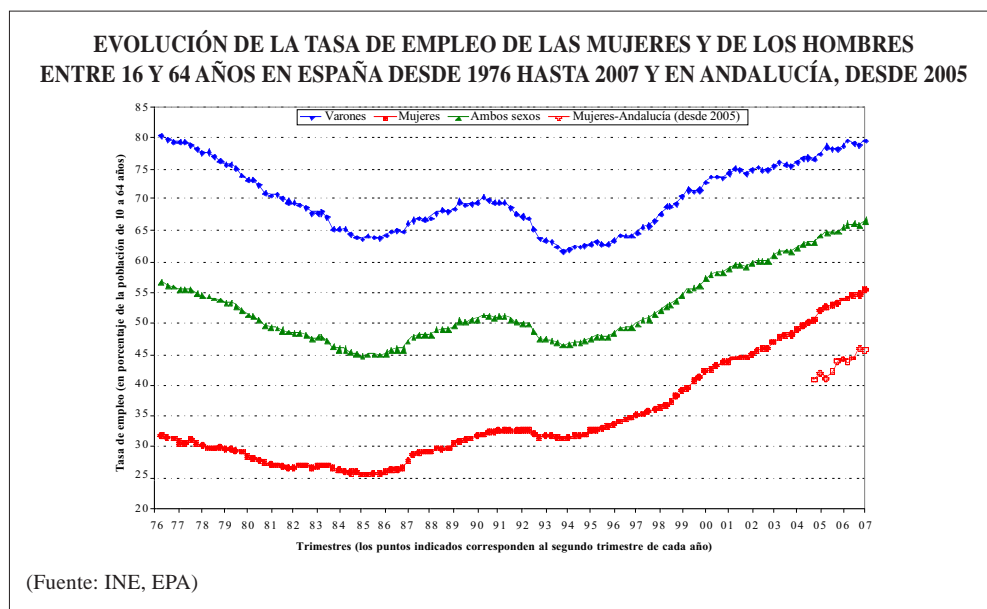
En el gráfico 4 se presenta la evolución de la tasa de empleo para mujeres, varones y el total, desde 1976 hasta la actualidad, y con referencia a la tasa de empleo de las mujeres

⁵ La edad de referencia está estipulada entre los 15 y los 64 años, aunque en el caso de España la edad mínima legal para pertenecer al mercado de trabajo son los 16 años, por lo que la tasa de se calcula para el grupo formado por las personas que tienen entre 16 y 64 años.

andaluzas desde 2005 ⁶. Las fluctuaciones del empleo en España han sido más intensas que en otros países, debido a la volatilidad del empleo español en los diferentes ciclos económicos, aunque con un intenso crecimiento a partir de 1994. No obstante, hay que destacar que la tasa de empleo femenina muestra un comportamiento claramente creciente que se ha visto menos afectado por las oscilaciones del ciclo económico que en el caso de los varones, aunque su nivel es todavía muy bajo. Según se puede apreciar en el gráfico 4, existe una deferencia considerable entre la proporción de hombres y la proporción de mujeres que se encuentran ocupando un empleo. Así, casi el 80 por ciento de los hombres en edad de trabajar tienen un empleo, mientras que sólo el 55,6 por ciento de las mujeres logran tenerlo en 2007. No obstante, el ritmo de crecimiento del empleo femenino ha sido espectacular pues se ha logrado pasar de un nivel muy bajo en 1976, con sólo 31,6 por ciento, y llegar a duplicar el escasísimo 25,6 por ciento que alcanzó la tasa en 1985.

En el caso de Andalucía, la tasa equivalente a la población entre 16 y 64 años es del 45 por ciento, es decir, diez puntos menor que la tasa media de España en el segundo trimestre de 2007, aunque desde 2005 ha aumentado igualmente 5 puntos porcentuales. No obstante, hay un elemento que hace algo distinto este aumento, a saber, la tasa de empleo de las mujeres andaluzas se ve más afectada por la estacionalidad del ciclo anual, debido probablemente al tipo de sectores en los que se concentra el empleo femenino, tal y como se verá en el apartado siguiente.

GRÁFICO 4



⁶ La información publicada por el INE a partir de los datos de la EPA para los niveles de empleo de las personas que tienen entre 16 y 64 años y por comunidades autónomas sólo es facilitada a partir del año 2005.

3.2. Estructura sectorial y ocupacional del empleo femenino

A pesar de los progresos experimentados en la participación laboral de las mujeres su situación en el mercado de trabajo aún se caracteriza por la desigualdad respecto a la situación de los hombres. Como se ha señalado en el apartado anterior la presencia cuantitativa en el mundo laboral de hombres y mujeres no es la misma, ya que las tasas de actividad y ocupación de las mujeres están aún por debajo de las de los hombres. Ahora bien, las desigualdades que sufren las mujeres no solo se manifiestan en términos de participación o de dificultades en el acceso al empleo, muchas mujeres ocupadas sufren las consecuencias de la segregación laboral y de la precariedad. Una manifestación de la desigualdad laboral es la distribución de los empleados en las distintas ramas de actividad y ocupaciones. La necesidad de compatibilizar trabajo y familia ha llevado a las mujeres, en muchos casos, a desarrollar su trabajo remunerado en determinados sectores económicos y ocupaciones, diferentes a los que ocupan los hombres, lo que es causa de desigualdades. Este fenómeno no es exclusivo de nuestro país, ya que según la OIT, de entre todos los trabajadores del mundo no incluidos en el sector agrícola, aproximadamente un 60% están en alguna ocupación en la que como mínimo el 80% de los trabajadores dedicados a ella son de un mismo género, hombres o mujeres. Esto significa que la mayoría de los trabajadores del mundo desempeñan ocupaciones que pueden ser consideradas «femeninas» o «masculinas». Esta segregación ocupacional por género es fuente de ineficacia y rigidez en el mercado laboral, dando lugar a discriminación ya que puede darse el caso de que por razón de su género se excluya a personas capacitadas del desempeño de ciertas profesiones, y habitualmente serán las mujeres las que se vean constreñidas a una gama restringida de ocupaciones. Además, esta situación tiende a perpetuarse en el tiempo, ya que los individuos toman sus decisiones sobre formación teniendo en cuenta las oportunidades profesionales que en el futuro van a tener y por tanto las mujeres seguirán eligiendo los itinerarios formativos adecuados para integrarse laboralmente sin problemas. El estudio de la segregación laboral y de sus causas se ha realizado desde ámbitos no solo económicos. Por un lado, los economistas hacen hincapié en la teoría del capital humano por la que la menor cualificación de las mujeres les lleva a ciertos tipos de ocupaciones, o en la teoría de los mercados de trabajo segmentados según la cual las mujeres se enfrentan a mayor competencia por los puestos de trabajo por poder optar a una gama restringida de ocupaciones. Por otro lado, las teorías feministas y los análisis de género sobre la segregación analizan las variables de este problema que no son las propias del mercado laboral. Así, el hecho de que las mujeres hayan asumido tradicionalmente las tareas del hogar y el cuidado de los hijos está relacionado con sus «capacidades», que al mismo tiempo son las que se requieren para el desempeño de las ocupaciones «femeninas» (por ejemplo, maestra, enfermera y niñera, costurera y mecanógrafa, cajera y contable, etc.). Del mismo modo, las mujeres no se emplearán en ocupaciones para las que se requieren cualidades «masculinas», como la fuerza física o la capacidad de mando y supervisión (por ejemplo, trabajadores de la construcción, directivos, supervisores, etc.).

En el cuadro 1 se muestra la distribución sectorial del empleo en Andalucía y en España a un nivel de dos dígitos de la CNAE, según datos de la Encuesta de Población Activa para el año 2006. Aproximadamente la mitad del empleo femenino en España (53,3 por ciento) se acumula en tan solo cinco ramas de actividad, todas ellas del sector servicios.

En primer lugar aparece el «Comercio al por menor» en el que se ocupan alrededor del 15 por ciento de las empleadas, seguido de «Actividades sanitarias y veterinarias y servicios sociales» con un 11 por ciento, tanto en España como en Andalucía. Esta distribución es el resultado del proceso de terciarización sufrido por la economía española que ha facilitado en gran medida la incorporación de las mujeres al mundo del trabajo extradoméstico. Comparado con el sector industrial, el sector servicios ofrece la posibilidad de desempeñar trabajos más llevaderos, con horarios y jornadas más flexibles y, en definitiva, más atractivos para las mujeres.

CUADRO 1
DISTRIBUCIÓN SECTORIAL DEL EMPLEO, RAMAS DE ACTIVIDAD QUE ACUMULAN
APROXIMADAMENTE EL 50 POR CIENTO DEL EMPLEO POR GÉNERO,
ANDALUCÍA Y ESPAÑA, 2006

MUJERES			
Andalucía		España	
52 Comercio al por menor, excepto de vehículos de motor; reparación efectos personales y enseres domésticos.	15,7	52 Comercio al por menor, excepto de vehículos de motor; reparación efectos personales y enseres domésticos.	14,4
85 Actividades sanitarias y veterinarias, servicios sociales	10,8	85 Actividades sanitarias y veterinarias, servicios sociales	11,0
80 Educación	10,1	55 Hostelería	9,5
55 Hostelería	9,7	74 Otras actividades empresariales	9,4
95 Actividades de los hogares como empleadores de personal doméstico	9,5	80 Educación	9,0
<i>Porcentaje acumulado del empleo</i>	<i>55,7</i>	<i>Porcentaje acumulado del empleo</i>	<i>53,3</i>
HOMBRES			
Andalucía		España	
45 Construcción	23,3	45 Construcción	20,5
01 Agricultura, ganadería, caza y actividades relacionadas	8,3	75 Administración pública, defensa y seguridad social obligatoria	6,2
75 Administración pública, defensa y seguridad social obligatoria	7,3	52 Comercio al por menor, excepto de vehículos de motor; reparación efectos personales y enseres domésticos.	6,0
52 Comercio al por menor, excepto de vehículos de motor; reparación efectos personales y enseres domésticos.	7,3	74 Otras actividades empresariales	5,5
55 Hostelería	6,4	55 Hostelería	5,4
		01 Agricultura, ganadería, caza y actividades relacionadas	5,1
		60 Transporte terrestre; transporte por tubería	4,5
<i>Porcentaje acumulado del empleo</i>	<i>52,8</i>	<i>Porcentaje acumulado del empleo</i>	<i>53,3</i>

(Fuente: INE, EPA)

De estas ramas de actividad hay algunas que pueden clasificarse como de «feminizadas» debido a la alta proporción de mujeres sobre el total del empleo del sector. En concreto, en «Actividades sanitarias y veterinarias y servicios sociales» el 75 por ciento de los ocupados son mujeres (68 por ciento en Andalucía) y en «Educación» el 65 por ciento (60 por ciento en Andalucía).

A pesar de que el nivel de estudios y de cualificación de las mujeres ha aumentado notablemente en los últimos años, la distribución del empleo femenino por ocupaciones en España (cuadro 2) se caracteriza todavía por una acumulación importante en grupos de ocu-

paciones que exigen un nivel de cualificación del trabajador muy bajo. Así, se observa que un 14,8 por ciento de las ocupadas en España trabajó en el año 2006 como «Empleada doméstica y personal de limpieza de edificios» (este porcentaje es aún mayor en Andalucía, con un 16,9 por ciento de las ocupadas). Un 8,8 como «Dependientes de comercio» y un 14,9 como «Trabajadores en servicios personales y de restauración» (en Andalucía los porcentajes son 9,3 y 14,7 por ciento respectivamente). Las ocupaciones relacionadas con la gestión administrativa también tienen un peso importante. En el caso de Andalucía hay que señalar el peso relativo de las ocupaciones de «Peones de pesca y agropecuarios», con un 5,4 por ciento del empleo femenino.

CUADRO 2
DISTRIBUCIÓN OCUPACIONAL DEL EMPLEO, OCUPACIONES QUE ACUMULAN
APROXIMADAMENTE EL 50 POR CIENTO DEL EMPLEO POR GÉNERO,
ANDALUCÍA Y ESPAÑA, 2006

MUJERES			
Andalucía		España	
91 Empleados domésticos y otro personal de limpieza de interior de edificios	16,9	91 Empleados domésticos y otro personal de limpieza de interior de edificios	14,8
53 Dependientes de comercio y asimilados	9,3	53 Dependientes de comercio y asimilados	8,8
51 Trabajadores de servicios personales	7,8	51 Trabajadores de servicios personales	8,4
50 Trabajadores de servicios de restauración	6,9	50 Trabajadores de servicios de restauración	6,5
34 Técnicos y profesionales de apoyo en gestión administrativa	5,4	34 Técnicos y profesionales de apoyo en gestión administrativa	6,3
94 Peones de pesca y agropecuarios	5,4	44 Auxiliares administrativos (con tareas de atención al público) no clasificados anteriormente	5,1
<i>Porcentaje acumulado del empleo</i>	51,8	<i>Porcentaje acumulado del empleo</i>	50,0
HOMBRES			
Andalucía		España	
71 Trabajadores cualificados en obras estructurales de construcción y asimilados	9,5	71 Trabajadores cualificados en obras estructurales de construcción y asimilados	8,2
72 Trabajadores cualificados de acabado de construcciones y asimilados, pintores y otros	7,7	72 Trabajadores cualificados de acabado de construcciones y asimilados, pintores y otros	6,4
86 Conductores de vehículos para el transporte urbano o por carretera	6,7	86 Conductores de vehículos para el transporte urbano o por carretera	6,3
96 Peones de construcción	5,1	76 Mecánicos y ajustadores de maquinaria y equipos eléctricos y electrónicos	4,3
50 Trabajadores en servicios de restauración	4,5	33 En operaciones financieras y comerciales	3,9
94 Peones de pesca y agropecuarios	4,2	96 Peones de construcción	3,8
76 Mecánicos y ajustadores de maquinaria y equipos eléctricos y electrónicos	3,7	50 Trabajadores en servicios de restauración	3,6
77 Mecánicos y ajustadores de maquinaria y equipos eléctricos y electrónicos	4,7	51 Trabajadores en servicios personales	4,6
78 Mecánicos y ajustadores de maquinaria y equipos eléctricos y electrónicos	5,7	52 Trabajadores en servicios de protección y seguridad	5,6
<i>Porcentaje acumulado del empleo</i>	51,8	11 Dirección de empresas	2,8
		<i>Porcentaje acumulado del empleo</i>	49,6

(Fuente: INE, EPA)

En el cuadro 3 se recogen las ocupaciones con mayor proporción de mujeres, es decir, aquellas en las que más del 70 por ciento de los ocupados son mujeres. Estas ocupaciones corresponden fundamentalmente con el sector servicios, mientras que las más masculinas se corresponden, sobre todo, con actividades desarrolladas en la industria y en la construcción y en los niveles más altos de cualificación. Sin embargo, en el caso de las mujeres, las ocupaciones responden a los estereotipos sociales que atribuyen a la mujer cualidades como la delicadeza y la destreza manual, así como las ventajas para realizar actividades de cuidado y servicio a terceros y relacionadas con las tareas domésticas. También hay que señalar que las mujeres están más concentradas en las ocupaciones femeninas que los hombres en las masculinas ya que los hombres se distribuyen más homogéneamente en las ocupaciones que las mujeres.

CUADRO 3
OCUPACIONES EN LAS QUE MÁS DEL 70 POR CIENTO DE LOS OCUPADOS
SON MUJERES, ANDALUCÍA Y ESPAÑA, 2006

	Andalucía	España
91 Empleados domésticos y otro personal de limpieza de interior de edificios	94,1	92,7
51 Trabajadores en servicios personales	80,6	85,0
27 Prof.asociadas a titulación 1er ciclo en ciencias naturales y sanidad y asimilados, excepto ópticos y fisioterapeutas	73,2	83,2
44 Auxiliares administrativos (con tareas de atención al público) no clasificados anteriormente	72,7	76,3
28 Prof. Asociadas a titulación 1er ciclo en enseñanza	72,3	75,7
45 Empleados administ. en trato directo con el público en agencias de viajes, recepcionistas y telefonistas	71,2	74,6
43 Auxiliares administrativos (sin tareas de atención al público) no clasificados anteriormente	63,9	71,1
46 Cajeros, taquilleros y otros asimilados en trato directo con el público	66,0	70,9
53 Dependientes de comercio y asimilados	64,9	69,9

(Fuente: INE, EPA)

3.3. Empleo asalariado, contratación temporal y jornada a tiempo parcial

En este apartado se presenta cómo han afectado a las mujeres, en particular, los dos instrumentos más utilizados en nuestro país como medidas de flexibilización de la mano de obra, por un lado, la contratación temporal y, por otro, la contratación en jornada a tiempo parcial.

Tanto la contratación temporal, como la contratación a tiempo parcial, están directamente relacionadas con el empleo por cuenta ajena, por lo que es preciso mencionar que a lo largo de los últimos años la proporción de personas que trabajaban como asalariados en

el mercado de trabajo español ha mantenido una tendencia ligeramente creciente, pasando del 73 al 82 por ciento entre 1994 y 2007, aunque este cambio no ha afectado por igual a hombres y a mujeres. Así, las mujeres presentan en el segundo trimestre de 2007 una tasa de salarización algo superior al 85 por ciento, 10 puntos más que en 1994, mientras que los hombres no llegan a alcanzar el 80 por ciento, 8 puntos más que en 1994. En Andalucía, estas proporciones se mantienen aproximadamente igual, sólo cabe matizar que la tasa de las mujeres es ligeramente inferior.

Otro elemento importante a tener en cuenta es la composición de la mano de obra asalariada y las diferencias observadas en el peso de este tipo de empleo en el sector privado. La tasa media de asalariados en el sector privado en España, para el caso de los varones es ligeramente superior al 85 por ciento en el segundo trimestre del año 2007, mientras que las mujeres tienen un 79,2 por ciento. Sin embargo, en el caso de Andalucía, el peso del sector privado es algo menor, presentando un 83 por ciento en el caso de los varones y un 77,8 por ciento en el de las mujeres.

CUADRO 4
EMPLEO ASALARIADO EN ESPAÑA Y EN ANDALUCÍA, SEGUNDO TRIMESTRE DE 2007

	Empleo Total	Asalariados	Asalariados del sector privado	Tasa de salarización	Peso del sector privado entre los asalariados
España					
Total	20.367,30	16.779,40	13.904,60	82,38	82,87
Varones	12.007,70	9.548,30	8.171,00	79,52	85,58
Mujeres	8.359,60	7.231,00	5.733,60	86,50	79,29
Andalucía					
Total	3.235,60	2.656,20	2.155,90	82,09	81,16
Varones	2.006,10	1.604,00	1.336,60	79,96	83,33
Mujeres	1.229,40	1.052,20	819,40	85,59	77,87

(Fuente: INE, EPA)

La mayor parte de los asalariados en España se encuentran en empresas pequeñas. Según datos del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, tan sólo el 36 por ciento de los asalariados trabaja en empresas con 250 trabajadores o más.

Como es bien sabido, uno de los elementos más negativos que caracteriza al empleo en España es la elevada proporción de trabajadores que sufren la inestabilidad e inseguridad de los contratos de trabajo temporales. Desde el año 1987, primer año del que se dispone de información, hasta la década de los noventa, la proporción de trabajadores con un contrato temporal estuvo aumentando hasta alcanzar cifras próximas al 40 por ciento, en el caso de las mujeres, y por encima del 30 por ciento en el de los hombres. Aunque en los años posteriores se aplicaron medidas de contención de la contratación temporal, ésta no llegó a descender a los niveles esperados y, por el contrario, se mantuvo siempre por encima del 33 por ciento, en el caso de las mujeres, aunque algo más baja en el caso de los hombres. Sin embargo, en la década actual, parece apreciarse un nuevo repunte de la tasa

de temporalidad para todos los colectivos aunque ha vuelto a descender, de tal manera que en el año 2007, la temporalidad afectaba en torno a un tercio de los trabajadores, y se han aproximado considerablemente las cifras relativas a hombre y mujeres⁷. Ahora bien, no deja de ser un hecho que el porcentaje de asalariados con un contrato temporal es mayor entre las mujeres. Así, la tasa de temporalidad femenina se sitúa por encima del 33 por ciento, mientras que la de los varones se encuentra en torno al 30 por ciento; sin embargo, en el caso de Andalucía, estas tasas son considerablemente mayores, llegando a verse afectadas casi el 47 por ciento de las mujeres y más del 44 por ciento de los varones asalariados de esta región, en el segundo trimestre de 2007⁸.

Ahora bien, es España, a pesar de que la temporalidad ha sido el instrumento más utilizado por los empleadores, el empleo a tiempo parcial ha ocupado un lugar importante en las negociaciones de los agentes sociales. Sin embargo, su papel ha sido comparativamente muy pequeño pues, por término medio, sólo el 11,5 por ciento de la mano de obra tenía un contrato a tiempo parcial en 2007, aunque en el caso de las mujeres el porcentaje aumentaba por encima del 23 por ciento, pero en el de los hombres no llegaba ni siquiera a superar el 5 por ciento. En Andalucía, las cifras se muestran aproximadamente igual, quizás algo mayores, pero de lo que no cabe duda es que son más bajas que en otros países de la Unión Europea, y que demuestran una vez más que en cualquier caso se mantiene la tendencia general a que el empleo a tiempo parcial sea mayoritariamente «una cuestión de mujeres»⁹.

GRÁFICO 5

**EVOLUCIÓN DE LA TASA DE TEMPORALIDAD Y DE PARCIALIDAD,
VARONES Y MUJERES, ESPAÑA, DESDE 1987 HASTA 2007**

(Fuente: INE, EPA)¹⁰

⁷ Entre las razones que llevaron al repunte más reciente de la temporalidad se han aducido varias razones que tienen que ver con los cambios metodológicos de la EPA, pero principalmente, al aumento de la contratación temporal en el sector público, que se ha situado en el 36 por ciento, a pesar del descenso observado en el sector privado que ha llegado al 26 por ciento.

⁸ Puede encontrarse un análisis exhaustivo de la temporalidad en España en TOHARIA dir. (2005).

⁹ Una presentación detallada de la situación del empleo a tiempo parcial en España y su comparación con Europa se encuentra en CEBRIÁN y MORENO (2001).

¹⁰ En el gráfico aparecen dos marcas. Una está referida al valor 30 por ciento, y la otra marca el momento de ruptura de las series que se aprecia muy claramente en este gráfico cuando la EPA cambió de metodología en 2005.

3.4. Diferencias salariales

Es de sobra conocido que en el mercado de trabajo español se producen importantes diferencias salariales entre hombres y mujeres, aunque hay que poner de relieve las dificultades técnicas que entraña la medición de estas diferencias, dificultades derivadas, principalmente, de la falta de datos apropiados para efectuar dicho cálculo. La Encuesta de Estructura Salarial (EES) es hoy por hoy la única encuesta periódica en la que se ofrece información sobre las ganancias de los trabajadores, desagregada por género. La cobertura sectorial de esta encuesta excluye las actividades agrícolas, ganaderas y pesqueras, la Administración Pública, Defensa y Seguridad Social obligatoria, personal doméstico y organismos extraterritoriales. Además, son las empresas y no los trabajadores las que responden a la encuesta, con las limitaciones que esto supone para el análisis macroeconómico de las diferencias salariales.

Aunque el Instituto Nacional de Estadística realizó la última EES en el año 2004, solo están disponibles resultados provisionales correspondientes a ese año. Según estos datos la brecha salarial medida, calculada como la diferencia entre 100 y el cociente entre el salario bruto anual medio de la mujer y el del hombre (en porcentaje), es para España un 28,7 por ciento, mientras que para Andalucía la brecha salarial bruta es del 26,2 por ciento. Estas brechas brutas prácticamente coinciden con las resultantes de la EES del año 2002 cuando se utiliza la ganancia media anual por trabajador para calcularlas, siendo del 28,9 para el conjunto del territorio español y del 25,4 por ciento para Andalucía. No obstante, estos resultados pueden verse condicionados por el peso de los empleos más cortos en el tiempo y en la jornada, que como se acaba de ver, afectan más a las mujeres que a los hombres. Una forma más precisa para medir la brecha salarial es utilizar el salario hora, en lugar del salario anual. Así, la brecha salarial bruta calculada según la ganancia media por hora disminuye notablemente, pasando a ser del 19,3 por ciento en España y del 11,2 por ciento en Andalucía ¹¹.

CUADRO 5
BRECHA SALARIAL BRUTA

	Encuesta de Estructura Salarial 2002		Encuesta de Estructura Salarial 2004 (resultados provisionales)
	Ganancia media anual	Ganancia media por hora	Ganancia media anual
Andalucía	25,4	11,2	26,2
España	28,9	19,3	28,7

(Fuente: INE, EES)

No hay que perder de vista que detrás de estas diferencias salariales brutas, hay ciertos factores explicativos que no pueden achacarse únicamente a prácticas de discrimina-

¹¹ El que la brecha sea menor en Andalucía tiene que ver con el ámbito sectorial de la EES, que deja fuera sectores con un peso relativamente mayor en esta CCAA, especialmente en el caso de las mujeres, y que presumiblemente tienen salarios medios más bajos.

ción salarial. La discriminación salarial sólo existe cuando la mujer percibe un salario menor al que percibiría un hombre en el caso de desempeñar el mismo trabajo y siendo igualmente eficaces y productivos, con similares niveles de cualificación y la misma experiencia profesional. Ahora bien, tal y como ha quedado de manifiesto en los apartados anteriores, las mujeres se encuentran en una posición de desventaja en el mercado laboral que explican parte de las diferencias salariales brutas observadas. Esta desventaja viene determinada por múltiples factores y algunos de ellos afectan en especial a ciertos colectivos de mujeres, aunque otros son extensibles al conjunto de la población femenina.

Un primer factor explicativo y evidente al comparar la brecha para ingresos anuales con la brecha por hora trabajada, es que la jornada media de las mujeres es inferior a la de los hombres, presentado éstas también una mayor tasa de parcialidad.

Tampoco hay que olvidar que la existencia de segregación sectorial y ocupacional, producida por la concentración del empleo de las mujeres en los sectores y empleos con salarios más bajos, explican estas diferencias brutas.

Y, por último, hay que mencionar que las trayectorias laborales de hombres y mujeres han sido tradicionalmente distintas, y aunque se han acortado distancias, aún persisten diferencias que se traducen en menores salarios para las mujeres. Ni la continuidad ni la intensidad de la dedicación al trabajo son iguales para hombres y mujeres. Mientras que, habitualmente, los hombres una vez que acceden al mercado de trabajo se mantienen dentro de él de forma continua durante toda su vida activa, las mujeres están sujetas a ciertas interrupciones de su carrera laboral relacionadas principalmente con los procesos reproductivos. Esto genera una depreciación de su capital humano que se traduce en menores ingresos potenciales. Además, la necesidad de compatibilizar trabajo y familia supone, para muchas mujeres una renuncia a aspirar a una carrera profesional exigente en tiempo con todas las responsabilidades que esta situación conlleva.

4. REPARTO DE LAS RESPONSABILIDADES FAMILIARES

La incorporación de la mujer al mercado laboral ha venido acompañada de una serie de cambios demográficos y sociales. El más notable y el de mayor incidencia sobre el mercado de trabajo ha sido la disminución de la natalidad, entre 1994 y 2005 el número medio de hijos por mujer ha pasado de 2,8 a 1,3.

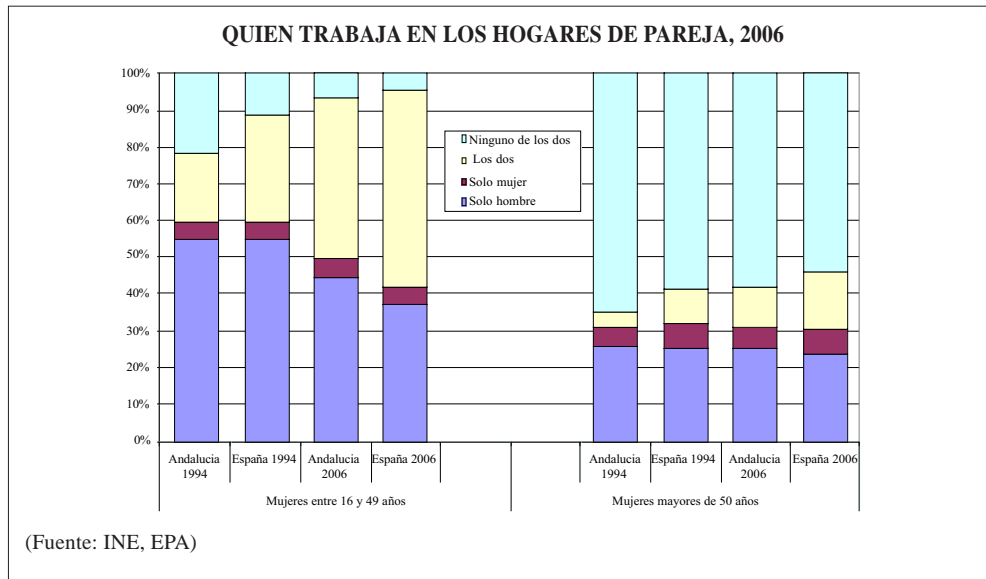
Otro cambio relevante es el aumento del número de personas que viven solas o en pareja sin tener hijos. Así, los hogares unipersonales suponían el 12 por ciento del total de hogares en 1994 y han pasado a ser el 17 por ciento en 2006, más de la mitad son personas mayores de 65 años. Las parejas sin hijos son el 22 por ciento de todos los hogares españoles, cuando en 1994 eran un 18 por ciento. Los hogares formados por una pareja con hijos siguen siendo la forma más habitual de convivencia en nuestro país, siendo un 47 por ciento de todos los hogares, pero esta proporción ha disminuido desde 1994 en diez puntos porcentuales. Andalucía no se ha mantenido al margen de estos cambios socio-demográficos, si bien hay que señalar que la tasa de natalidad se sigue manteniendo por encima de la media española y que, como consecuencia de ello, los hogares de parejas con hijos son el 52 por ciento.

Cabe preguntarse hasta qué punto los cambios en las formas de familia y la disminución en la natalidad viene condicionada por la necesidad de conciliar trabajo y familia. No cabe duda de que los cambios en los procesos productivos, en el mercado de trabajo o en

los sistemas de protección son factores «macro» que tienen impacto en cómo los individuos compatibilizan un empleo con su vida familiar. Pero, factores como la caída en la natalidad pueden interpretarse como un intento, a nivel «micro» de encontrar el equilibrio entre ambas esferas. La tendencia a retrasar la maternidad hasta que la mujer tiene un trabajo estable y ha logrado encarrilar su vida profesional está muy relacionada con las exigencias de la «doble jornada». No obstante, hay que ser prudentes a la hora de establecer qué es causa y qué consecuencia: se tienen pocos hijos (o ninguno) porque se trabaja o se trabaja porque no se tienen hijos.

Pero no son sólo las condiciones del mercado de trabajo las que inciden en la disminución del número medio de hijos, hay que tener en cuenta que, en general, la mayor participación de la mujer en el mercado de trabajo no se ha visto acompañada de un reparto del trabajo doméstico más equilibrado entre los miembros del hogar. El tipo de familia tradicional en el que la mujer asume el cuidado de los hijos y del hogar, mientras que el hombre trabaja fuera de casa, no es un modelo sostenible cuando los dos miembros de la pareja trabajan. En el siguiente gráfico se observa el aumento entre 1994 y 2006 de la proporción de hogares de pareja en los que los dos miembros de la pareja están ocupados. En el caso de las parejas en las que la mujer es más joven (menor de 50 años) la proporción ha pasado de un 29 a un 53 por ciento y en Andalucía de un 18 a un 43 por ciento.

GRÁFICO 6



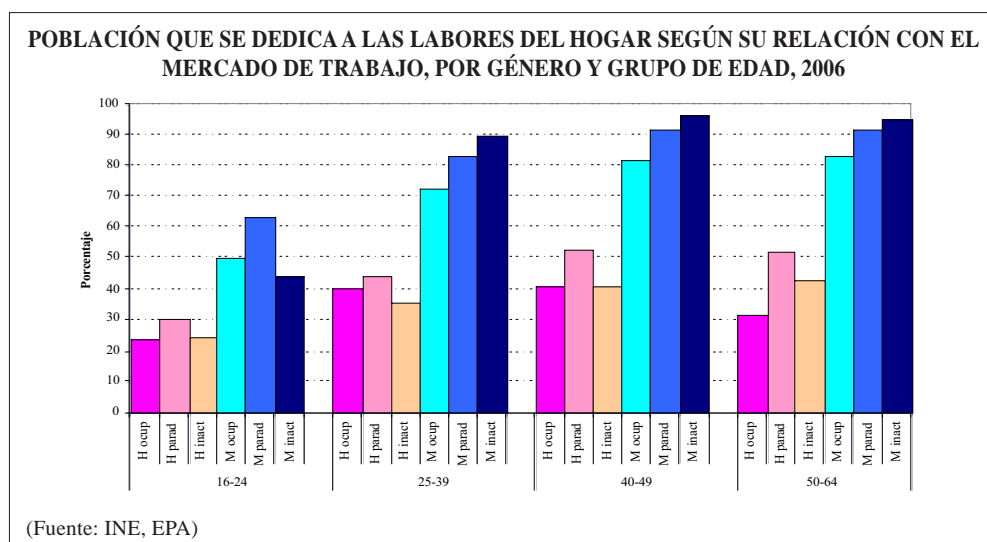
Si en el modelo tradicional la preocupación de las mujeres era la familia y la de los hombres el trabajo hoy en día es difícil mantener esa división. A lo largo de las últimas décadas se ha producido un aumento espectacular de las familias en las que el hombre y la mujer obtienen ingresos derivados de sus trabajos y además ha aumentado el número de hogares monoparentales en los que los ingresos de las mujeres son imprescindibles para la supervivencia de la familia. Según estimaciones de la Organización Internacional del Tra-

bajo (OIT), se calcula que en todo el mundo la proporción de hogares en los que las mujeres son la principal fuente de ingresos asciende al 30% del total. Este aumento de la participación de las mujeres en la fuerza del trabajo ha inducido un cambio en los roles y las expectativas de género, tanto en la familia como en la propia empresa. Cabría esperar, y en cierto modo así ha sucedido, que a medida que son más las mujeres que pasan a desempeñar un empleo retribuido, crezca también el número de hombres que comparten las tareas domésticas y las funciones de atención a la familia, tradicionalmente consideradas femeninas.

Pero la realidad es que en muchos casos las mujeres asumen un nuevo papel en el mundo laboral sin que se produzca una redistribución del trabajo doméstico, recayendo sobre ellas el mayor peso de estas responsabilidades. Esta situación ha generado lo que se conoce como la «segunda jornada» laboral de muchas mujeres. Si a esto unimos la falta de flexibilidad del mercado laboral, en concreto del tiempo de trabajo, así como la escasa provisión de servicios públicos para el cuidado de dependientes, la «doble jornada» supone para muchas mujeres una carga adicional a su trabajo extradoméstico, además de una cortapisa para el desarrollo de su carrera profesional.

Con el objetivo de tener una aproximación a quienes son los que realizan una doble jornada es posible analizar quienes son aquellos que en la Encuesta de Población Activa declaran que se dedican a las labores del hogar. Se trata de una pregunta en la que el propio entrevistado dice si trabaja o no en el hogar, con independencia de que tenga un trabajo remunerado. Aunque la clasificación es subjetiva y, por lo tanto, sus resultados deben interpretarse con cautela, sí ofrece un panorama aproximado de quiénes asumen el trabajo doméstico como una responsabilidad propia y quienes no. En el gráfico siguiente se recogen los resultados de esta clasificación por sexo, según la situación en el mercado de trabajo (ocupado, parado o inactivo) por grupos de edad. Los ocupados que dicen realizar «tareas del hogar» son los que están sujetos a la doble jornada. En todos los grupos de edad y para cualquier situación respecto al mercado laboral, se observa que los porcentajes de hombres con «doble jornada» son notablemente inferiores a los de mujeres en esa situación.

GRÁFICO 7



En el segundo trimestre del año 2005, el INE realizó un módulo específico sobre conciliación entre la vida laboral y familiar. A través de sus resultados se puede establecer la discrepancia entre el modo en el que las personas participan en el mercado laboral y el modo en el que desearían hacerlo, así como determinar las situaciones en que esta participación es imposible. Esto permite investigar si las razones están relacionadas con la ausencia de servicios para el cuidado de dependientes. El 14,3% de la población con hijos y que cuida regularmente de otras personas (ya sean niños que no son suyos o personas dependientes) desearía trabajar menos, para aumentar así el tiempo de cuidado a otras personas. En el caso de las mujeres este porcentaje alcanza el 16,2%, mientras que en el de los hombres se sitúa en el 12,9%. Por el contrario, un 3,8% de estas personas desearía trabajar más y reducir el tiempo que dedican a la atención de niños y personas dependientes. Este porcentaje es mucho más significativo entre las mujeres (6%), que entre los varones (2,2%).

Como conclusión se puede decir que los cambios observados en los niveles de participación de las mujeres en el mercado de trabajo guardan una estrecha relación con los cambios aparecidos en las estructuras de los hogares. Y, a pesar de que en los últimos años los hombres han entrado a colaborar en la realización los trabajos del cuidado del hogar y de la familia, todavía siguen siendo las mujeres las que llevan la mayor carga, por lo que es mayor la incidencia que tienen sobre su comportamiento los cambios que se puedan originar. No obstante, existen diferencias muy significativas que dependen del nivel de estudios y del tipo de actividad económica que realiza el cónyuge, si lo hay¹². En cualquier caso, España pertenece al grupo de países mediterráneos los cuales se caracterizan por tener una provisión de ayudas sociales del Estado, instituciones y legislación laboral que no favorecen la flexibilización del tiempo de trabajo y todavía abocan a las mujeres a tener que dejar el mercado de trabajo cuando aumentan las responsabilidades familiares del hogar.

5. CONCLUSIONES Y RETOS PARA EL FUTURO

Tras los análisis presentados en los apartados anteriores, pueden extraerse algunas conclusiones sobre cuál es la situación actual de las mujeres en el mercado de trabajo en España.

No cabe duda de que el fenómeno de la creciente participación de las mujeres en el mercado de trabajo ha modificado su posición en él, así como sus patrones de comportamiento en relación con sus trayectorias personales y profesionales.

Aunque la creación de empleo de la última etapa expansiva de la economía ha favorecido en especial a las mujeres, que han ocupado más de la mitad de los puestos creados, se mantienen las diferencias con respecto a los hombres. Así, la mejora en los niveles de empleo ha ayudado a que las mujeres ganen espacios en el mercado, pero las tasas de empleo se encuentran todavía muy por debajo de las de los hombres y, además, sitúan a España a la cola de los países europeos. Igualmente, aunque las tasas de paro se han reducido notablemente, las mujeres continúan estando peor que los hombres. Cuando se mira a Andalucía, lo que se encuentra es que el comportamiento de las mujeres es muy parecido al del

¹² Un estudio más detallado sobre la relación entre los cambios de situación familiar y la participación laboral y el tiempo de trabajo puede encontrarse en CEBRIÁN, MORENO y TOHARIA (2007).

resto de las españolas, aunque los niveles de participación y empleo, así como las tasas de paro, no han mejorado tanto.

Por otra parte, los empleos que ocupan las mujeres las sitúan en clara desventaja con respecto a los hombres, debido, en gran parte, a los problemas de la segregación laboral de la que son objeto. El empleo femenino se concentra en determinados sectores de actividad y ocupaciones, así como es, en mayor medida, empleo de carácter temporal y con jornadas laborales más cortas. Una consecuencia muy clara es que los salarios que perciben las mujeres son menores que los de los hombres, por lo que, la brecha salarial bruta se explica en gran medida por los tipos de empleo en los que se ocupan las mujeres.

A todo esto hay que añadir el problema que supone para las mujeres tener que conciliar la vida laboral y familiar, pues la conciliación sigue siendo un asunto que recae mayoritariamente sobre las mujeres. Todavía existen muchas barreras sociales y culturales que determinan que las mujeres se vean obligadas a orientar su formación y carrera profesional de forma que les sea más fácil compaginar trabajo y familia.

Ante ese panorama es necesario que los esfuerzos de las políticas públicas se centren tanto en el fomento del empleo como en el de la igualdad, con el objetivo de lograr un sistema equitativo de la organización del trabajo dentro y fuera del hogar. La consecución de la igualdad beneficiaría no sólo a las mujeres, sino también a la sociedad en su conjunto a través de los incrementos de productividad que se podrían alcanzar. No cabe duda de que los agentes sociales son conscientes de este reto, prueba de ello son las sucesivas leyes, convenios y planes de igualdad que en los últimos años se han desarrollado tanto en España como en otros países europeos. El reto pendiente es conseguir que la conciliación deje de tratarse como un problema que atañe únicamente a las mujeres, cambiando la percepción social de los roles «femenino» y «masculino». Aunque afrontar este reto necesita no sólo leyes, sino también una política educativa encaminada al aprendizaje de la igualdad entre hombres y mujeres.

6. BIBLIOGRAFÍA

- CEBRIÁN, I. y MORENO, G. (2001), «El trabajo atípico en España y en Europa», en Ll. Fina y L. Toharia, comps., *El empleo en España: situación y perspectiva*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, págs. 187-219
- CEBRIÁN, I. y MORENO, G. (2006), «Principales rasgos del trabajo remunerado en España y en la UE». En *Estudios sobre género y economía* M. J. Vara (coord.) AKAL, Economía Actual
- CEBRIÁN, I., MORENO, G. y TOHARIA, L. (2001), «Trabajo a tiempo parcial y duración de la jornada en la Unión Europea: características, salarios, pobreza», en Luis Garrido and Luis Toharia, eds., *Análisis del Panel de Hogares de la Unión Europea*, Madrid, Instituto Nacional de Estadística
- CEBRIÁN, I., MORENO, G. y TOHARIA, L. (2007), *Transiciones de hogares y transiciones de oferta de trabajo. En El mercado de trabajo europeo en el proceso de convergencia económica y social: Un análisis basado en el Panel de Hogares de la Unión Europea (PHOGUE)*. Fundación Caixa Galicia, págs. 69-120
- MORENO, G. y TOHARIA, L. (2006), «Mujer y mercado de trabajo: situación y repercusiones sobre la conciliación de la vida familiar y laboral» *Los desafíos de la conciliación de la vida familiar y profesional en el siglo XXI*. Elena Casado Aparicio y Concepción Gómez Esteban, coords. Madrid: Biblioteca Nueva: Fundación José Ortega y Gasset



TOHARIA, L. (1998), *El Mercado de trabajo en España*, McGraw-Hill

TOHARIA, L. (2004). «El mercado de trabajo en España: situación y perspectivas» *CLM.economía*, núm. 4

TOHARIA, L. dir. (2005). *El problema de la temporalidad en España: un diagnóstico*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.





EL PRINCIPIO DE TRANSVERSALIDAD: ORIGEN Y SIGNIFICADO

JOSÉ FERNANDO LOUSADA AROCHENA

Magistrado especialista del orden social

Tribunal Superior de Justicia de Galicia

EXTRACTO

El feminismo ha tardado mucho tiempo en desentrañar la causa de las discriminaciones contra las mujeres y la ha encontrado en el género. No se discrimina a las mujeres por su sexo, sino por los estereotipos sociales asociados al sexo. De hecho, el concepto de sexo invisibiliza el concepto de género. Ya visibilizado, el concepto de género se ha erigido, en las últimas décadas del siglo XX, en el concepto central del feminismo.

De este modo, era necesario trasladar esa nueva perspectiva al ámbito jurídico y ello supuso un cambio radical en la concepción de las leyes de igualdad, que de ser de alcance sectorial y de pivotar sobre el sexo —leyes de igualdad clásicas—, han pasado a ser de alcance global y a pivotar sobre el género —leyes de igualdad modernas—. Tal nueva perspectiva ha cristalizado en el principio de transversalidad.

La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, es una ley de igualdad moderna que se caracteriza por la integración de la dimensión de género en la totalidad de las normas jurídicas y de las políticas públicas, con la finalidad de convertir todas y cada una de las normas jurídicas y todas y cada una de las políticas públicas en un arma contra la discriminación por razón de género.

Quizás no estemos ante el arma definitiva —eso el tiempo lo dirá—, pero, sin duda alguna, el principio de transversalidad de la dimensión de género, con su finalidad de la eliminación de los estereotipos de dominación del sexo masculino y de sumisión del sexo femenino en la totalidad de los ámbitos de las relaciones humanas, supone un gran avance dentro la lucha por la igualdad real de trato y de oportunidades entre los sexos.

ÍNDICE

1. EL LARGO CAMINO HASTA LA PLASMACIÓN NORMATIVA DEL PRINCIPIO DE TRANSVERSALIDAD DE LA DIMENSIÓN DE GÉNERO
 - 1.1. La Teoría Feminista del Derecho
 - 1.2. Recepción internacional
 - 1.3. El derecho comunitario
 - 1.4. El derecho español estatal y autonómico
 - 1.5. La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres
 - 1.6. Una lectura desde la óptica constitucional
2. EL SIGNIFICADO DE LA TRANSVERSALIDAD
 - 2.1. Universalidad subjetiva y objetiva
 - 2.2. Aspectos funcionales
 - 2.3. Aspectos orgánicos
 - 2.4. Los mecanismos para la integración de la dimensión de género
 - 2.5. La estrategia dual transversalidad/acción positiva
3. A MODO DE CONCLUSIÓN: ¿ES EL PRINCIPIO DE TRANSVERSALIDAD LA SOLUCIÓN DEFINITIVA?

1. EL LARGO CAMINO HASTA LA PLASMACIÓN NORMATIVA DEL PRINCIPIO DE TRANSVERSALIDAD DE LA DIMENSIÓN DE GÉNERO

1.1. La Teoría Feminista del Derecho

La discriminación por razón de sexo —o, más técnicamente, por razón de género: el género abarca las diferencias socioculturales asociadas al sexo como mera diferencia física— es, sin duda alguna, la manifestación de discriminación más extendida espacial —en todos los lugares— y temporalmente —en todas las épocas—, con la virtualidad adicional de ser una discriminación que se acumula a otras discriminaciones —como la raza: mujer y gitana; o el estado civil: madre y soltera; o la condición social: mujer y pobre—.

Sin embargo, la respuesta feminista a la desigualdad fue inicialmente ocasional, como ocasional fue, durante el Siglo XVIII, la participación de la mujer en la vida política, aunque es durante la Revolución francesa cuando aparecen las pioneras del feminismo: Théroigne de Méricourt, Claire Lacombe y, sobre todo, Olympe de Gouges. Simultáneamente, se encuentra Mary Wolstonecraft una ideóloga política inglesa perteneciente al grupo de intelectuales receptores de las ideas revolucionarias francesas.

A lo largo del Siglo XIX y los primeros años del XX, se desarrolló un movimiento feminista reivindicativo —en especial con relación al derecho del sufragio— de ideología liberal, encontrando su mejor desarrollo doctrinal en la obra de John Stuart Mill. El feminismo liberal, como todo liberalismo, otorga preeminencia a la persona individual, capaz, a través de sus actos voluntarios, de alcanzar la libertad si la ley no se lo impide, de modo que, si se alcanza la igualdad en la ley, se alcanzará la igualdad en la sociedad.

Pero el marxismo criticó ese movimiento, tachándolo de burgués, y, a partir de dispersos textos de Marx, elaboró una nueva teoría sobre la cuestión femenina, condensada por Engels. El feminismo socialista supedita la cuestión femenina a la cuestión de clase, de ahí la consideración de la mujer como sujeto de derechos sólo si pertenece a la clase trabajadora. Lo que explica la famosa cita de Rosa Luxemburgo donde califica a las mujeres sufragistas de ser los parásitos de los parásitos capitalistas.

Sin menospreciar los avances conseguidos por el feminismo liberal —en materia de derechos civiles y políticos— y socialista —en materia de derechos sociales—, lo cierto es

que, a lo menos en estos primeros momentos, ni el liberalismo individualista comprendió el determinismo social de las mujeres a través de la imposición de los roles de género, ni el socialismo realizó una lectura global de la sociedad desde la perspectiva de género debido a la sumisión de la cuestión femenina a la cuestión de clase.

Tras la Segunda Guerra Mundial, el epicentro del concepto de igualdad derivó desde la igualdad formal —o igualdad en la ley— hacia la igualdad material —o igualdad en la sociedad—, generándose un importante enriquecimiento de los mecanismos de tutela antidiscriminatoria —como la acción positiva o la discriminación indirecta—. Dentro de esas coordenadas, surge, a finales de los sesenta, el «Women's lib» o movimiento de liberación de la mujer, un movimiento de una gran pluralidad ideológica.

La importancia de este movimiento radica en la identificación de la causa de la discriminación por razón de sexo. Hasta ese momento, el Feminismo aparentaba ser una lista interminable, y a veces inconexa, de quejas de las mujeres hacia la sociedad establecida. Pero, no siendo claro donde se encontraba la causa de la discriminación por razón de sexo, tampoco era claro lo que se quería conseguir, y esto determinaba, justamente, que esa lista fuese interminable y sin un denominador común.

No se discrimina —y utilizo el verbo impersonal porque quien discrimina no son necesariamente los hombres, sino la sociedad entera a través de una superestructura de dominación de las mujeres— por las diferencias físicas existentes entre mujeres y hombres, es decir, por el sexo, sino por los estereotipos sociales asociados al sexo de las personas, es decir, por el género, que es la base de esa superestructura de dominación. El género, como afirma Teresa Pérez del Río, está invisibilizado por el sexo.

Constituido el género, en las últimas décadas del Siglo XX, en el concepto central del Feminismo, era cuestión de tiempo el trasladar esa nueva perspectiva de género al ámbito de lo jurídico, y así surge la «Feminist Jurisprudence», o Teoría Feminista del Derecho, cuyas construcciones ideológicas iniciales fueron la de Carol Gilligan —su teorización se ha calificado en ocasiones como de feminismo cultural—, y la de Catherine MacKinnon —que es una confesa partidaria del denominado feminismo radical—.

La Teoría Feminista del Derecho se construye sobre la crítica de la objetividad del ordenamiento jurídico, que es característica de los Critical Legal Studies, o, como se lo conoce en la literatura española, la Teoría Crítica del Derecho, un movimiento filosófico jurídico, de gran aceptación en la década de los setenta del Siglo XX, que sostiene en síntesis que el Derecho es Poder y no Razón. El Feminismo añadió que si, desde tiempos inmemoriales, el Poder lo ostentan los hombres, el Derecho es masculino.

¿Cómo desactivar el componente masculino potencialmente inscrito en la totalidad de las normas del ordenamiento jurídico? La respuesta más habitualmente aceptada es la integración de la perspectiva de género al elaborar y al aplicar la totalidad de las normas del ordenamiento jurídico, una operación que se conoce como principio de transversalidad de la dimensión de género —o de la igualdad de oportunidades—, y que conlleva un auténtico cambio copernicano en la concepción de las leyes de igualdad.

1.2. Recepción internacional

A consecuencia de las críticas feministas a la objetividad del Derecho, necesitado de una revisión global crítica, y del llamamiento, sin duda a causa de lo ingente de la tarea, a

la decidida actuación del Estado —de una manera semejante a como, para resolver la cuestión social, los obreros hicieron, en el Siglo XIX, un llamamiento al Estado, determinante de la aparición del Derecho del Trabajo—, la IV Conferencia Mundial sobre las Mujeres de Beijing (1995) supuso el triunfo del feminismo de Estado.

En la Declaración de Beijing, los Gobiernos participantes en la IV Conferencia Mundial sobre las Mujeres, después de varias consideraciones aquí y ahora sin interés, adoptaron y se comprometieron «a aplicar la siguiente Plataforma para la Acción, garantizando que en todas nuestras políticas y programas quede reflejada la perspectiva de género».

La Plataforma para la Acción se estructura en seis partes. La primera es una declaración de objetivos. La segunda se refiere al contexto mundial. La tercera contempla áreas de especial interés. La cuarta detalla objetivos estratégicos y medidas. Y las quinta y sexta contemplan disposiciones institucionales y disposiciones financieras, respectivamente.

No nos corresponde aquí analizar en profundidad la Plataforma para la Acción. Únicamente destacar que, al detallar los objetivos estratégicos y medidas, se enumeran, debajo el título de «los mecanismos institucionales para el avance de las mujeres», los tres siguientes Objetivos Estratégicos:

- 1.º «Crear o establecer los mecanismos nacionales y otros órganos gubernamentales» —Objetivo Estratégico H.1, apartado 203—.
- 2.º «Integrar la perspectiva de género en las legislaciones, en las políticas, programas y proyectos públicos» —Objetivo Estratégico H.2, apartados 204 y 205—.
- 3.º «Elaborar y difundir datos desagregados por sexo, así como información destinada a la planificación y la evaluación» —Objetivo Estratégico H.3, apartados 206 a 209—.

Sin duda alguna, la novedad más destacada es el Objetivo Estratégico H.2, conocido como transversalidad, traducción libre al siempre dúctil idioma español del neologismo inglés *mainstreaming* —«mainstream» es un vocablo inglés, con función de sustantivo, cuya traducción es, según el Diccionario Oxford, «corriente dominante, línea central»—.

1.3. El derecho comunitario

Sin despreciar la existencia de algún antecedente de integración de la dimensión de la igualdad en las políticas comunitarias —la igualdad de oportunidades aparece referida, desde 1993, en la normativa de los Fondos Estructurales—, el principio de transversalidad se consolidó, en el ámbito del ordenamiento jurídico comunitario, a través de la Decisión del Consejo 95/593/CEE, de 22 de diciembre de 1995, relativa a un programa de acción comunitaria a medio plazo para la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres (1996-2000). La finalidad del programa se denomina expresamente con la terminología anglosajona de «mainstreaming» y dicha finalidad es —de conformidad con lo establecido en su artículo 2— el «promover la integración de la dimensión de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en la elaboración, ejecución y seguimiento de todas las políticas y acciones de la Unión Europea y de los Estados miembros, dentro del respeto de sus respectivas competencias».

Ha sido elevado este principio, en el Tratado de Amsterdam, al derecho originario, aunque limitándolo a las políticas comunitarias. Al definir los fines de la Comunidad, el

artículo 2 incluye, entre otros, la «igualdad de trato entre el hombre y la mujer». Para alcanzar esos fines, el artículo 3, en su apartado 1, contiene una larga enumeración de acciones, donde no aparece ninguna específica referida al fin de la igualdad. No se trata de un olvido, sino de algo bien distinto. En el apartado 2 del artículo 3, se dice que «en todas las acciones contempladas en el presente artículo, la Comunidad se fijará el objetivo de eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad». De este modo, el fin de la igualdad no se alcanza a través de una o varias acciones específicas, sino integrándolo en todas las acciones tendentes a los fines de la Comunidad.

Como no podía ser de otro modo, la Decisión del Consejo 2001/51/CEE, de 20 de diciembre de 2000, relativa a un programa de acción comunitaria sobre la estrategia comunitaria en materia de igualdad entre hombres y mujeres (2001-2005), se sustenta en la transversalidad, y al respecto se establece —artículo 2— que «el Programa es uno de los instrumentos necesarios para la puesta en práctica de la estrategia global comunitaria en materia de igualdad entre mujeres y hombres, que abarca todas las políticas y todas las acciones comunitarias encaminadas a alcanzar dicha igualdad, incluidas las políticas de integración de la igualdad de los sexos y las acciones específicas dirigidas a las mujeres».

Partiendo de todos los anteriores presupuestos, la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, relativa a una Estrategia Marco Comunitaria sobre la igualdad de hombres y mujeres (2001-2005), pretende hacer más operativa y consolidar «la integración del objetivo de la igualdad en todas las políticas que tengan repercusiones directas o indirectas en las mujeres o en los hombres», aunque se añade que «la persistencia de desigualdades sigue exigiendo la aplicación de medidas específicas a favor de las mujeres», para acabar diciendo que «la estrategia marco propuesta se basa en este enfoque dual». Al hilo de estas afirmaciones, se explica, de manera bastante adecuada, el significado de lo que supondrá la transversalidad: «en el diseño y aplicación de todas las políticas hay que tener en cuenta las preocupaciones, las necesidades y aspiraciones de las mujeres, en la misma medida que las de los hombres».

Tras la implantación del principio de transversalidad en las políticas comunitarias, la Directiva 2002/73/CE, de 23 de septiembre de 2002, del Parlamento Europeo y del Consejo, de modificación de la Directiva 76/207/CEE, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, muy probablemente a la vista de la no implantación del principio de transversalidad en las políticas nacionales, obliga a su implantación en su ámbito de aplicación. Por ello, se establece —en el nuevo apartado 1 bis del artículo 1 de la Directiva 76/207/CEE— que «los Estados miembros tendrán en cuenta de manera activa el objetivo de la igualdad entre hombres y mujeres al elaborar y aplicar disposiciones legales, reglamentarias y administrativas, así como políticas y actividades, en los ámbitos contemplados en el apartado 1».

La Directiva 2006/74/CE, de 5 de julio de 2006, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición), ha refundido el ámbito de aplicación de diversas directivas sobre igualdad, entre ellas la 76/207/CEE, y establece, en su artículo 29 sobre «transversalidad de la perspectiva de género», que «los Estados miembros tendrán en cuenta de manera activa el objetivo de la igualdad entre hombres

y mujeres al elaborar y aplicar disposiciones legales, reglamentarias y administrativas, así como políticas y actividades, en los ámbitos contemplados en la presente Directiva».

Obsérvese que, como ocurría en el texto del apartado 1 bis del artículo 1 de la Directiva 76/207/CEE, en la redacción de la Directiva 2002/73/CE, el principio de transversalidad se sigue limitando, como no puede ser de otro modo, a los ámbitos de competencia de la Unión Europea, y que se mantiene la expresión «de manera activa» demostrativa de una evidente correlación con el enfoque dual de transversalidad / acción positiva. Pero, a diferencia de lo que ocurría en el texto del apartado 1 bis del artículo 1 de la Directiva 76/207/CEE, en la redacción de la Directiva 2002/73/CE, el Consejo ha superado el horror terminis, y se habla ya de «género», aunque sólo sea usado en la titulación del artículo 29 de la Directiva 2006/74/CE.

1.4. El derecho español estatal y autonómico

El legislador estatal español sigue las tendencias propias del derecho antidiscriminatorio moderno, y, significativamente, la transversalidad, aunque hasta la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres —en adelante, la LOI—, no lo había hecho con la generalidad y con la decisión con la cual, sin embargo, lo habían hecho algunos legisladores autonómicos. Ciertamente, el planteamiento de transversalidad afloraba ya en la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras. Mas su afloramiento era muy tímido. Se asumía el aspecto de universalidad de la igualdad —de ahí se afectasen múltiples leyes—, pero no plenamente sus contenidos —y, en concreto, los derechos de conciliación más parecían dirigidos a facilitar a las mujeres cumplir con las cargas familiares, y, en consecuencia, perpetuaban el statu quo, que a implicar a los hombres, y, en consecuencia, caminar hacia una auténtica igualdad real—.

Será la Ley 30/2003, de 13 de octubre, sobre medidas para incorporar la valoración del impacto de género en las disposiciones normativas que elabore el Gobierno, la primera ley estatal decididamente transversal, aunque se encontraba ausente el componente de generalidad. En efecto, su contenido es bastante parco, aunque también es verdad que es un contenido de gran carga transformadora. La norma se limita a exigir, en los procesos de elaboración de leyes y reglamentos, la realización de un informe de impacto de género. Que se haga correctamente ese informe —lo cual, desgraciadamente, no siempre es así, quizás debido a las dificultades iniciales que siempre acarrearán una nueva forma de actuación administrativa— sí puede determinar una gran transformación normativa.

Después de la Ley 30/2003, de 13 de octubre, el legislador español ha acometido otra ley decididamente transversal y con un mayor ámbito de generalidad en sus modificaciones legales, que es la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, en cuya regulación no me detendré, aunque sí destacaré que afecta, no sólo al Derecho Penal y al Derecho Procesal Penal, sino además a otros numerosos campos normativos, y, en especial, contiene unas muy interesantes normas en el ámbito del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social buscando conseguir una efectiva protección integral de las víctimas de la violencia doméstica que les permita recuperar su proyecto de vida.

Con simultaneidad a este proceso legislativo estatal, que culminará con la LOI, se han dictado, antes incluso de esa Ley Orgánica, diversas leyes autonómicas de igualdad con reconocimiento expreso del principio de transversalidad. Fueron las primeras de escaso contenido, y sin referencia expresa al principio de transversalidad. La Ley Castellano Manchega 5/1995, de 23 de marzo, para promover el derecho de ciudadanía, la igualdad de oportunidades y la integración social de todos los ciudadanos en Castilla La Mancha, dedica unos pocos artículos a la «solidaridad con las mujeres» —artículos 3 a 7—. Y en la Ley Navarra 33/2002, de 28 de noviembre, de fomento de la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, sólo encontramos dos artículos muy generales.

Más contenido encontramos en la Ley Castellano Leonesa 1/2003, de 3 de marzo, de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, donde ya se enumeran, en su artículo 3, como «principios que informan la actuación administrativa», el de transversalidad, el de planificación y el de coordinación —característicos de las leyes de igualdad modernas—, agregándose que «la Transversalidad ... comporta aplicar la perspectiva de género en las fases de planificación, ejecución y evaluación de las políticas llevadas a cabo por las distintas Administraciones Públicas».

Recorriendo esta línea de mayores contenidos y reconocimiento expreso de la transversalidad, se sitúa la Ley Valenciana 9/2003, de 2 de abril, para la igualdad entre mujeres y hombres, en cuyo artículo 3, y con la denominación «principios rectores de la acción administrativa», se establece que «las distintas Administraciones Públicas adoptarán una estrategia dual basada en el principio de complementariedad de medidas de acción positiva y las que respondan a la transversalidad de género».

La Ley Gallega 7/2004, de 16 de julio, para la igualdad de mujeres y hombres, supone un salto en cuanto a una mayor concreción normativa, alejándose cada vez más de una mera legalización de planes de igualdad, lo cual se aprecia cuando, con relación al principio de transversalidad, se establece, en su artículo 6, sobre «significado de la transversalidad y criterios de actuación», que «con la doble finalidad de promover la igualdad y eliminar las discriminaciones entre mujeres y hombres, la Xunta de Galicia integrará la dimensión de la igualdad de oportunidades en la elaboración, ejecución y seguimiento de todas las políticas y de todas las acciones desarrolladas en el ejercicio de (sus) competencias», enumerando seis criterios generales de actuación «en la aplicación de ese principio de integración de la dimensión de la igualdad de oportunidades».

La Ley Vasca 4/2005, de 18 de febrero, de igualdad de mujeres y hombres, declara «la integración de la perspectiva de género» como uno de los principios generales de actuación de los poderes públicos vascos, quienes «han de incorporar la perspectiva de género en todas sus políticas y acciones, de modo que establezcan en todas ellas el objetivo general de eliminar las desigualdades y promover la igualdad de mujeres y hombres», entendiéndose «por integración de la perspectiva de género la consideración sistemática de las diferentes situaciones, condiciones, aspiraciones y necesidades de mujeres y hombres, incorporando objetivos y actuaciones específicas dirigidas a eliminar las desigualdades y promover la igualdad en todas las políticas y acciones, a todos los niveles y en todas sus fases de planificación, ejecución y evaluación» —según se dispone en su artículo 3—.

Y la Ley Balear 12/2006, de 20 de septiembre, para la mujer, hasta el momento la última ley autonómica general de igualdad —aunque hay más específicas sobre violencia de género o sobre trabajo de las mujeres—, contempla —en su artículo 2— el principio de

transversalidad que, con los principios de igualdad de trato, igualdad de oportunidades y acción positiva, constituyen los principios generales para regir y orientar cualquier actuación en materia de igualdad entre hombres y mujeres, y que se define como «la aplicación del principio de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en todas las actividades y en la planificación, la ejecución y el seguimiento de todas las políticas y en todos los ámbitos».

Una evolución normativa de la legislación estatal y, paralelamente, de la legislación autonómica, que estaban propiciando la aprobación de una ley orgánica estatal de igualdad, a la cual las leyes autonómicas han servido como una evidente avanzadilla en muchas cuestiones y, como una de ellas, en el reconocimiento del principio de transversalidad —otro ejemplo es la inversión alfabética de la referencia a mujeres y hombres contenida en la denominación de la ley orgánica estatal de igualdad, que encuentra su antecedente en la denominación de las leyes autonómicas—.

1.5. **La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres**

El reconocimiento explícito del principio de transversalidad es un rasgo esencial de las leyes de igualdad modernas, y, como no podía ser de otro modo en una ley que quiere ser una ley de igualdad moderna reconoce explícitamente el principio de transversalidad. Ya en su Exposición de Motivos, III, se reconoce «la consideración de la dimensión transversal de la igualdad, seña de identidad del moderno derecho antidiscriminatorio, como principio fundamental del presente texto». Concordando con estas afirmaciones, el artículo 15, contenido dentro de los «principios generales» de las «políticas públicas para la igualdad» —regulados en el Capítulo I del Título II de la LOI, Capítulo que comprende sus artículos 14 a 22—, y rubricado «transversalidad del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres», establece este principio.

De conformidad con lo establecido en ese artículo 15 de la LOI, «el principio de igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres informará, con carácter transversal, la actuación de todos los Poderes Públicos», añadiendo de seguido que «las Administraciones Públicas lo integrarán, de forma activa, en la adopción y ejecución de sus disposiciones normativas, en la definición y presupuestación de políticas públicas en todos los ámbitos y en el desarrollo del conjunto de todas sus actividades».

Así las cosas, una comprensión general del principio de transversalidad de la dimensión de género nos llevaría a considerarlo el fundamento último de toda la LOI en la medida en que ésta integra la igualdad en la totalidad de los ámbitos jurídicos. Pero eso sería algo impreciso. Utilizando una comprensión más estricta, es el fundamento de los demás artículos contenidos en el Capítulo I del Título II de la LOI —artículos 14 a 22—, y algunos otros de la LOI. Nuestro estudio, sin perjuicio de referencias a las demás normas concordantes, se ceñirá al análisis de esos artículos, que son los que, en suma, nos permitirán desentrañar hasta qué punto el principio de transversalidad de la dimensión de género se encuentra plasmado, con todas sus consecuencias, en la LOI. Haremos antes el análisis del amparo constitucional de la transversalidad.



1.6. Una lectura desde la óptica constitucional

Una interpretación originalista de la Constitución española nos conduciría a una respuesta negativa a la pregunta de si el principio de transversalidad encuentra amparo constitucional. Resulta evidente que, cuando se elaboró nuestra Constitución, la teorización sobre el principio de transversalidad era simplemente inexistente, y no sólo en España. Pero esta interpretación sería contraria a la vocación de permanencia de los mandatos constitucionales a pesar de los cambios derivados del progreso humano. De ahí que, en no pocas ocasiones, nuestro el Tribunal Constitucional haya ampliado los contenidos y la eficacia de los derechos fundamentales más allá de lo que los constituyentes habían previsto e incluso habían podido prever. Lo que no chirría ni siquiera en el plano de la legalidad ordinaria donde la realidad social del tiempo en que hayan de aplicarse es un criterio de interpretación de las normas admitido en el artículo 3 del Código Civil.

Superado este escollo más teórico que real, es evidente, a la vista de nuestra Carta Magna, el fundamento constitucional de la transversalidad, en la medida en que, de un lado, se establece, en el artículo 14, que «los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de ... sexo», y, de otro lado, se establece, en el artículo 9.2, que «corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social». No ofrece duda que la amplitud normativa ampara el significado del principio de transversalidad.

Más discutible es si el principio de transversalidad se encuentra en el contenido esencial del principio de igualdad —artículo 14 de la CE— o en su contenido promocional —artículo 9.2 de la CE—, con la consecuencia de que, si es esencial —como la prohibición de discriminación—, su aplicación no exige una intermediación normativa, y si es promocional —como la acción positiva—, sí exige una intermediación normativa. Probablemente, la solución más adecuada sea una solución no maximalista, sino ecléctica.

Algunos aspectos del principio de transversalidad claramente se incluyen en el contenido esencial del principio de igualdad. Por ejemplo, su vocación de totalidad se compadece con la colocación sistemática del artículo 14 de la CE, como pórtico del Capítulo Segundo sobre «Derechos y libertades», facilitando la integración de la dimensión de la igualdad en la totalidad de los derechos, libertades y deberes de los/as ciudadanos/as, y, desde esta perspectiva, los artículos 23.2 —el acceso en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos—, 32.1 —el derecho al matrimonio del hombre y la mujer en plena igualdad jurídica— y 35.1 de la CE —la prohibición de discriminación por razón de sexo en orden al derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente— integran esa dimensión de la igualdad en diversos ámbitos donde la igualdad es especialmente necesaria.

Por el contrario, es más dudoso que el aspecto de género, esto es la erradicación de las normas y/o las aplicaciones de las normas transmisoras y/o perpetuadoras de prejuicios contra las mujeres, se incluya con la totalidad de sus consecuencias en el contenido esencial del principio constitucional de igualdad de sexos. Un permiso de paternidad, por ejemplo, pretende romper el estereotipo de asignar a las mujeres el cuidado de los/as hijos/as, aunque es dudoso sea contenido esencial del principio de igualdad, a lo menos en la actua-

lidad, y sin descartar una evolución futura. Donde sí no se ofrece duda es en su inclusión en el contenido promocional del principio constitucional de igualdad de sexos a consecuencia de los amplios términos del artículo 9.2 de la CE. No en vano el género es un obstáculo de los que pueden impedir o dificultar la plenitud del individuo.

De este modo, la transversalidad, en cuanto supone una perspectiva más profunda —eliminación de perjuicios— en la comprensión del principio de igualdad, debe ser reconocida en una norma infraconstitucional, y a esa finalidad responde la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, a través de su artículo 15, sobre «transversalidad del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres», situado entre los «principios generales» de las «políticas públicas para la igualdad» —del Capítulo I del Título II de la LOI—.

Tal reconocimiento normativo expreso nos permite un replanteamiento del contenido esencial del principio de constitucionalidad de la dimensión de género, de modo que, aunque el aspecto de género no sea incluíble atendiendo a su propia naturaleza en el contenido esencial del principio constitucional de igualdad de sexos, una vez se ha reconocido en la legalidad ordinaria, podemos entender —y no sería nada descabellado— que constituye un contenido esencial adicional, un contenido adicional de libre configuración por el legislador ordinario —y, en este sentido, su vulneración por el legislador ordinario no fundamentaría un recurso o una cuestión de constitucionalidad—, pero que, a través de su reconocimiento legal, adquiere la condición de contenido esencial —y, en este sentido, su vulneración sí que fundamentaría un recurso de amparo constitucional—.

Hemos de esperar, si llegase el caso, a lo que resuelva el Tribunal Constitucional, aunque, a lo largo de toda su jurisprudencia, ha demostrado siempre un activismo expansivo del principio de igualdad y de la prohibición de discriminación que ha enriquecido constantemente y que ha recreado profundamente lo establecido en el artículo 14 de la Constitución. Recientemente nos ha ofrecido algunos datos que apuntan más claramente hacia la integración de la dimensión de género a través de la constatación de discriminación sexista indirecta. Es el caso de la STC 3/2007, de 15 de enero. Se trataba del ejercicio por una trabajadora de la reducción de jornada por cuidado de hijo menor de seis años. La sentencia concede el amparo y destaca «la dimensión constitucional de ... todas aquellas medidas tendentes a facilitar la compatibilidad de la vida laboral y familiar de los trabajadores», con amparo en artículos 14 y 39 de la CE.

2. EL SIGNIFICADO DE LA TRANSVERSALIDAD

2.1. Universalidad subjetiva y objetiva

El principio de transversalidad de la dimensión de género o se aplica por todos los Poderes Públicos —es lo que denominamos universalidad subjetiva— y en todas las Ramas del Ordenamiento Jurídico —es lo que denominamos universalidad objetiva—, o su eficacia quedará en entredicho. Reconoce la LOI —como no podía ser de otro modo a la vista de lo expuesto— tanto (1) la universalidad subjetiva como (2) la universalidad objetiva.

(1) La LOI aplica la transversalidad a todos los Poderes Públicos, lo que supone admitir la denominada universalidad subjetiva. Su artículo 15 afirma que «el principio de

igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres informará, con carácter transversal, la actuación de todos los Poderes Públicos». Y su artículo 14, que complementa al 15, se refiere a los «criterios generales de actuación de los Poderes Públicos».

Una alusión inclusiva del Poder Legislativo, del Ejecutivo y del Judicial. Ahora bien, la transversalidad no transforma la esencia de cada Poder, y su aplicación se acomodará al principio de representatividad popular del Poder Legislativo y a los principios de independencia y sumisión a la ley de Poder Judicial. Sin embargo, cuando se trata del Poder Ejecutivo, nada hay que, en un principio, limite o matice su aplicación.

Quizás sea esa mayor efectividad del principio de transversalidad frente al Poder Ejecutivo lo que explica que el Título II de la LOI se refiera a «políticas públicas para la igualdad» y que, en su artículo 15, se obligue muy especialmente a las Administraciones Públicas a integrar «de forma activa» el principio de igualdad de trato y oportunidades entre hombres y mujeres en la totalidad de sus ámbitos objetivos de actuación.

Constituida España en un Estado Autonómico, y existiendo otras Administraciones Públicas diferentes a la Administración General del Estado, es conveniente precisar que el principio de transversalidad que se reconoce en los artículos 14 y 15 y se desarrolla genéricamente en el Capítulo I del Título II de la LOI, se aplica a la totalidad de las Administraciones Públicas, ya se trate de la Administración General del Estado, ya se trate de otras Administraciones, como las Administraciones Autonómicas o Locales, y, por supuesto, a la Administración Institucional.

Hemos de acudir a la Disposición Final 1.ª, apartado 1, de la LOI para comprobar que, efectivamente, «los preceptos contenidos en el ... Capítulo I del Título I ... de esta Ley constituyen regulación de las condiciones básicas que garantizan la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes constitucionales, de acuerdo con el artículo 149.1.1.º de la Constitución».

(2) El artículo 15 de la LOI habla sin límite alguno de «la actuación de todos los Poderes Públicos», lo cual supone incluir todas sus actuaciones en todos los ámbitos de sus competencias, o sea la universalidad objetiva del principio de transversalidad. Y, al referirse más concretamente a Administraciones Públicas, el artículo 15 de la LOI alude a (1) «la adopción y ejecución de sus disposiciones normativas», a (2) «la definición y presupuestación de políticas públicas en todos los ámbitos», y a (3) «el desarrollo del conjunto de todas sus actividades».

Cómo se concreta en cada actuación pública la dimensión de la igualdad depende de las especificaciones de cada actuación pública. Esto explica que, dentro del Título II, y además del Capítulo I dedicado a «principios generales», se sitúe un Capítulo II sobre «acción administrativa para la igualdad», en el cual se establecen unas normas jurídicas que bajan un peldaño en su nivel de concreción con relación a determinadas materias, que se supone exigen especial atención legislativa.

Pero los contenidos del Capítulo II del Título I de la LOI no agotan las posibilidades de aplicación de la igualdad. De hecho, la LOI establece en sus demás Títulos unas normas jurídicas que concretan la aplicación de la dimensión de la igualdad —a veces más que un solo peldaño— con relación a otros aspectos de actuación de los Poderes Públicos, como competencias sobre los medios de comunicación —Título III—, sobre las relaciones laborales —Título IV—, sobre el empleo público —Título V—, o, en fin, sobre el mercado de bienes y servicios —Título VI—.

Valga esta enumeración para un par de reflexiones. La primera es la de que, a pesar de la vasta amplitud de competencias públicas contempladas para establecer medidas específicas de integración activa de la dimensión de la igualdad, la LOI no agota ni las competencias públicas susceptibles de ser implicadas en la integración activa de la dimensión de la igualdad, ni las medidas específicas a adoptar. No podemos caer en el error de pensar que, fuera de esas medidas y fuera de esos ámbitos, a nada más se obliga en la LOI a los Poderes Públicos.

Más bien la perspectiva resulta algo diferente. La LOI establece medidas específicas en ámbitos de actuación donde considera necesaria la intervención legislativa —por ejemplo, siendo bajos los parámetros de integración sociolaboral de la mujer, se incide en medidas laborales—. Pero eso no quiere decir que se agoten con esas medidas las obligaciones de los Poderes Públicos. Serán los operadores jurídicos —y especialmente los servidores públicos— a quienes se encomienda esa labor de concreción más allá de esas medidas específicas y/o más allá de esos ámbitos de actuación.

La segunda es la de que, en todos y cada uno de los ámbitos específicamente tratados, la realización de la igualdad es algo que va más allá de la mera enunciación de un principio general de no discriminación. Ese algo más allá es algo que tendremos que aplicar asimismo en los ámbitos no contemplados específicamente, y que, con carácter general, se explica en el Capítulo I del Título II de la LOI, sobre «principios generales» de las «políticas públicas de igualdad». Nos corresponde ahora apuntar —en los dos siguientes Epígrafes— cómo se ha concretado ese algo.

2.2. Aspectos funcionales

El principio de transversalidad puede ser entendido de dos maneras radicalmente diferentes. Puede ser entendido de una manera restringida sólo como un instrumento de técnica jurídica dirigido a llevar el principio de igualdad a la totalidad del ordenamiento jurídico, lo cual supondría, de un lado, reconocer la universalidad subjetiva y objetiva del principio de igualdad, y, de otro lado, obligar a los poderes públicos a determinados cambios organizativos consecuencia de la necesidad de efectividad de la universalidad subjetiva y objetiva del principio de igualdad. O puede ser entendido de una manera más completa también como portador de un contenido funcional que, dicho resumidamente, pretende acabar con la subordinación femenina, es decir con aquellos condicionantes de género que impiden a las mujeres un grado de libertad igual al de los hombres.

Si el principio de transversalidad fuese entendido sólo como un instrumento de técnica jurídica de poco nos serviría. La prohibición de discriminación por razón de sexo, y más en nuestro ordenamiento jurídico en que aparece recogida en los textos constitucionales, ostenta vocación de universalidad, de ahí que, aún sin reconocimiento expreso del principio de transversalidad, la prohibición debe llegar a todo el ordenamiento jurídico. Y si la única consecuencia realmente palpable del principio de transversalidad fuesen sus aspectos organizativos —y aún reconociendo la importancia para la efectividad de la igualdad de los aspectos organizativos de los Poderes Públicos—, deberíamos concluir —si se nos permite aquí utilizar una expresión popular— que para alcanzar ese objetivo no eran en absoluto necesarias unas alforjas como las del principio de transversalidad.

Por ello, y desde una perspectiva funcional, lo coherente con el enorme esfuerzo que, en el ámbito internacional y en el ámbito comunitario, se ha realizado para su plasmación es entender que el principio de transversalidad incorpora un contenido de dimensión de género que obliga a una determinada forma de actuación de los poderes públicos tendente a acabar con la subordinación femenina. De ahí, justamente, la denominación de principio de transversalidad de la dimensión de género —o principio de transversalidad de la igualdad de oportunidades, una expresión equivalente, aunque preferida por los textos jurídicos positivos—, que nos indica que la transversalidad no es sólo un instrumento de técnica jurídica, sino que añade un concreto contenido funcional al contenido esencial de la prohibición de discriminación sexista.

Ahora bien, lo anterior sería sólo una mera elucubración doctrinal si no tuviera sus apoyos en el derecho positivo. El artículo 15 de la LOI apunta a un contenido del principio de transversalidad más allá de su consideración como técnica jurídica de vinculación universal del principio de igualdad. Ciertamente, su rubrica de «transversalidad del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres» no es al respecto tan expresiva, al referirse literalmente a la igualdad de trato, y no a la igualdad de oportunidades. Pero sí cuando, ya dentro de sus mandatos normativos, se alude al «principio de igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres», y cuando, en lo que respecta en concreto a las Administraciones Públicas, se afirma que esa integración de la igualdad se realizará «de forma activa».

Más explícito aún es lo afirmado en la Exposición de Motivos, III, donde, después de afirmar que «la consideración de la dimensión transversal de la igualdad, seña de identidad del moderno derecho antidiscriminatorio, como principio fundamental del presente texto», afirma algo más adelante que «la ordenación general de las políticas públicas, bajo la óptica del principio de igualdad y la perspectiva de género, se plasma en el establecimiento de criterios de actuación de todos los poderes públicos en los que se integra activamente, de un modo expreso y operativo, dicho principio». Tanto el lenguaje utilizado —con referencia expresa a la perspectiva de género y a la integración activa del principio de igualdad—, como el significado del texto —con alusión al establecimiento de los criterios de actuación de todos los poderes públicos—, resultan decisivos.

La enumeración de esos «criterios de actuación de todos los poderes públicos» se acomete en el artículo 14 de la LOI, que, justamente, se rubrica «criterios generales de actuación de los Poderes Públicos», y donde se detalla lo que supone en concreto la aplicación de la transversalidad, o sea, y dicho en otros términos, lo que significa la dimensión de género, a los efectos de la actuación de los Poderes Públicos:

1. «El compromiso con la efectividad del derecho constitucional de igualdad entre mujeres y hombres».
2. «La integración del principio de igualdad de trato y de oportunidades en el conjunto de las políticas económica, laboral, social, cultural y artística, con el fin de evitar la segregación laboral y eliminar las diferencias retributivas, así como potenciar el crecimiento del empresariado femenino en todos los ámbitos que abarcan el conjunto de políticas y el valor del trabajo de las mujeres, incluido el doméstico».
3. «La colaboración y cooperación entre las distintas Administraciones Públicas en la aplicación del principio de igualdad de trato y de oportunidades».

4. «La participación equilibrada de mujeres y hombres en las candidaturas electorales y en la toma de decisiones», debiéndose entender como participación equilibrada —en la interpretación auténtica de la Disposición Adicional 1.ª de la LOI— «la presencia de mujeres y hombres de forma que, en el conjunto a que se refiera, las personas de cada sexo no superen el sesenta por ciento ni sean menos del cuarenta por ciento».
5. «La adopción de las medidas necesarias para la erradicación de la violencia de género, la violencia familiar y todas las formas de acoso sexual y acoso por razón de sexo».
6. «La consideración de las singulares dificultades en que se encuentran las mujeres de colectivos de especial vulnerabilidad como son las que pertenecen a minorías, las mujeres migrantes, las niñas, las mujeres viudas y las mujeres víctimas de violencia de género, para las cuales los Poderes Públicos podrán adoptar, igualmente, medidas de acción positiva».
7. «La protección de la maternidad, con especial atención a la asunción por la sociedad de los efectos derivados del embarazo, parto y lactancia».
8. «El establecimiento de medidas que aseguren la conciliación del trabajo y de la vida personal y familiar de las mujeres y los hombres, así como el fomento de la corresponsabilidad en las labores domésticas y en la atención a la familia».
9. «El fomento de instrumentos de colaboración entre las distintas Administraciones Públicas y los agentes sociales, las asociaciones de mujeres y otras entidades privadas».
10. «El fomento de la efectividad del principio de igualdad entre mujeres y hombres en las relaciones entre particulares».
11. «La implantación de un lenguaje no sexista en el ámbito administrativo y su fomento en la totalidad de las relaciones sociales, culturales y artísticas».
12. «Todos los puntos considerados en este artículo se promoverán e integrarán de igual manera en la política española de cooperación internacional para el desarrollo».

¿Carácter exhaustivo o sólo ejemplificativo del artículo 14 de la LOI? Nos resulta muy evidente el carácter no exhaustivo. El principio de igualdad ha conocido una importante evolución doctrinal, y paralelamente legislativa, que, desde la Segunda Guerra Mundial, ha caminado hacia la igualdad de oportunidades, y, en las últimas décadas del Siglo XX, integrando la dimensión de género. Sería ilusorio pensar que la evolución ha culminado. La consecución de la igualdad y la erradicación de la discriminación es una lucha constante, que, como la lucha por el progreso de la humanidad, por los derechos humanos o por la erradicación de los delitos, acaso no tenga fin, pero eso no debe suponer su abandono. Y si la lucha no se abandona es difícil imaginar que no surjan nuevos mecanismos para mejorar progresivamente.

En todo caso, los términos literales con los cuales se redactan los artículos 14 —en especial, números 1.º y 2.º— y 15 de la LOI nos permiten concluir que, aunque fuesen exhaustivos, son de tal amplitud que sería difícil no integrar en ellos nuevas elaboraciones siempre que, naturalmente, se dirijan hacia la erradicación de la discriminación sexista, la igualdad de oportunidades y la integración de la dimensión de género tendente a la eliminación de todas las formas de subordinación femenina.

2.3. Aspectos orgánicos

La organización de los poderes públicos, aunque aparenta una cuestión interna que no parece afectar a los derechos y a los deberes de las mujeres y los hombres, es, al contrario, una cuestión de una extrema importancia a los efectos de la mayor efectividad de los derechos y de los deberes de las mujeres y los hombres, y, por lo tanto, es una cuestión de una extrema importancia a efectos de conseguir la igualdad de oportunidades. Toda norma jurídica con contenido organizativo es instrumental con respecto al cumplimiento de las finalidades de los Poderes Públicos y, por lo tanto, la adecuación de la estructura organizativa a esas finalidades es una garantía de que se cumplan de la mejor manera posible y en los términos exigidos por la sociedad. Y la igualdad de oportunidades es una finalidad primordial de los Poderes Públicos y una exigencia social.

Consciente de lo anterior, el artículo 14 de la LOI enumera, entre los criterios generales de actuación de los Poderes Públicos, en su número 3.º, «la colaboración y cooperación entre las distintas Administraciones Públicas en la aplicación del principio de igualdad de trato y de oportunidades», y, en su número 9.º, «el fomento de instrumentos de colaboración entre las distintas Administraciones Públicas y los agentes sociales, las asociaciones de mujeres y otras entidades privadas».

Más específicamente sobre la colaboración administrativa, el artículo 21 de la LOI, que se titula «colaboración entre las Administraciones Públicas», afirma lo siguiente:

- a) Que «la Administración General del Estado y las Administraciones de las Comunidades Autónomas cooperarán para integrar el derecho de igualdad entre mujeres y hombres en el ejercicio de sus respectivas competencias y, en especial, en sus actuaciones de planificación», y que «en el seno de la Conferencia Sectorial de la Mujer podrán adoptarse planes y programas conjuntos de actuación con esta finalidad».
- b) Que «las Entidades Locales integrarán el derecho de igualdad en el ejercicio de sus competencias y colaborarán, a tal efecto, con el resto de las Administraciones Públicas». Una colaboración con una concreción específica en el artículo 22 de la LOI, que se rubrica y regula «actuaciones de planificación equitativa de los tiempos».

Tanto la colaboración entre las distintas Administraciones Públicas, como con los agentes sociales, las asociaciones de mujeres u otras entidades privadas, se puede realizar a través de organismos al efecto constituidos, o a través de otros cauces. Por ejemplo, la colaboración entre las distintas Administraciones Públicas se realizará —como dice el artículo 21.2 de la LOI— a través de la Conferencia Sectorial de la Mujer.

Igualmente, la colaboración con los agentes sociales —en materia de igualdad y en toda materia social— se canaliza a través de organismos de participación institucional sobradamente conocidos —como el Consejo Económico y Social del Estado o de algunas Comunidades Autónomas, o los consejos de relaciones laborales de algunas Comunidades Autónomas—.

Sin embargo, nuestro ordenamiento jurídico no conocía, hasta la LOI, un organismo de participación de las asociaciones de mujeres, una laguna muy destacable. Pensemos que la construcción androcéntrica del ordenamiento jurídico y de las políticas públicas invisibiliza aquellos problemas que no sean los de los hombres, aunque, por un largo pro-

ceso de abstracción, aparenta que ordenamiento jurídico y políticas públicas dan una adecuada respuesta a los problemas reales tanto de hombres como de mujeres.

Basta una visión retrospectiva de las últimas décadas para comprobar como se debió romper con una abstracta concepción de la intimidad familiar para poder luchar contra la violencia de pareja. O con una abstracta concepción de la libertad para poder tipificar como delito el impago de pensiones matrimoniales. O con una abstracta concepción de la libertad sexual para superar una exagerada valoración de la negativa de la víctima en los delitos sexuales. De este modo, los principios generales estaban actuando como una forma de opresión sobre los derechos reales de las mujeres.

¿Cómo podemos saber cuando esos principios abstractos chocan con los derechos reales de las mujeres? La vía más adecuada debe ser la de oír a las propias mujeres. De hecho, el método feminista de conocimiento es un método básicamente empírico, derivado de la experiencia de las propias mujeres, y que rechaza elaboraciones a partir de conceptos abstractos que tienen el riesgo de que pueden encubrir prejuicios de género. Es un método subjetivo, aunque no más ni menos subjetivo que el imperante basado en la lógica masculina. Solo conjugando ambos se alcanzará la verdadera objetividad.

Los órganos de participación de las mujeres se erigen así como una fórmula idónea para visibilizar las aspiraciones, las necesidades y las preocupaciones reales de las mujeres, y debe subrayarse lo de reales, porque muchas veces los hombres hacemos lo que pensamos que es bueno para las mujeres, pero son éstas quienes deben decidir si es bueno o malo. Es la mejor manera de que las necesidades y las preocupaciones reales de las mujeres sean satisfechas por el ordenamiento jurídico con la misma intensidad que las necesidades y las preocupaciones reales de los hombres.

Utilizando un distinto rasero para la Administración General del Estado —que actuará ejemplarmente— y para las demás Administraciones Públicas —para respetar sus competencias—, la LOI se limita a obligar, con carácter general, a «el fomento de instrumentos de colaboración entre las distintas Administraciones Públicas y ... las asociaciones de mujeres» —artículo 14.9.º—, mientras, con respecto a la Administración General del Estado, crea un novedoso «Consejo de Participación de la Mujer», en los siguientes términos legales y en espera de su reglamentación —artículo 78—:

a) Se define como «órgano colegiado de consulta y asesoramiento con el fin esencial de servir de cauce para la participación de las mujeres en la consecución efectiva del principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, y la lucha contra la discriminación por razón de sexo» —según el apartado 1 del artículo 78—.

b) Aunque «su régimen de funcionamiento, competencias y composición» se deja al reglamento, se garantizará «la participación del conjunto de las Administraciones Públicas y de las asociaciones y organizaciones de mujeres de ámbito estatal» —según el apartado 2 del artículo 78—, lo cual supone reconocer un derecho de participación institucional de las asociaciones y las organizaciones de mujeres estatales.

2.4. Los mecanismos para la integración de la dimensión de género

La efectividad del principio de transversalidad de la dimensión de género no opera de manera uniforme para la totalidad de los Poderes Públicos, sino que se adapta a las pecu-



liaridades de cada Poder Público. De esta manera, los mecanismos de efectividad del principio de transversalidad de la dimensión de género, que están configurados tomando como referente el Poder Ejecutivo, se adaptan —como no puede ser de otro modo— a la representatividad popular —esto es a la soberanía— del Poder Legislativo y a la sumisión a la Ley y a la independencia del Poder Judicial. Estudiaremos a continuación cuáles son concretamente esos mecanismos de efectividad (1) para el Poder Ejecutivo, (2) para el Poder Legislativo y (3) para el Poder Judicial.

(1) Mecanismos para la integración de la dimensión de género en el Poder Legislativo. La Ley 30/2003, de 13 de octubre, sobre medidas para incorporar la valoración del impacto de género en las disposiciones normativas que elabore el Gobierno, ha tenido el mérito de incorporar a nuestro ordenamiento jurídico, no sólo el principio de transversalidad, sino además su concepto esencial, la dimensión de género. Tal Ley alude, en su Exposición de Motivos, al «principio de transversalidad», y, tanto en esta como en su contenido dispositivo, utiliza, en vez del concepto de «sexo» —término referido a las diferencias físicas entre hombres y mujeres—, el de «género» —término referido a las diferencias sociales asociadas al sexo—.

Además de un correcto uso del lenguaje técnico, se normativiza una aplicación fundamental del principio de transversalidad, como es la integración de la dimensión de género en el proceso de elaboración normativa, tanto legal como reglamentaria, haciéndolo en los términos a continuación expuestos —y con una entrada en vigor «el día siguiente al de su publicación en el BOE», Disposición Final Única—:

- 1.º En cuanto a la integración de la dimensión de género en el proceso de elaboración de normas legislativas a propuesta del Gobierno, se modifica el apartado 2 del artículo 22 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, en el sentido de que «el procedimiento de elaboración de anteproyectos de Ley ... se iniciará en el Ministerio o Ministerios competentes mediante la elaboración del correspondiente Anteproyecto, que irá acompañado por ... un informe sobre el impacto por razón de género de las medidas que se establecen en el mismo».
- 2.º En cuanto a la integración de la dimensión de género en el proceso de elaboración de normas reglamentarias emanadas del Gobierno, se añade un segundo párrafo al apartado 1.b) del artículo 24 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, en el sentido de que «en todo caso, los reglamentos deberán ir acompañados de un informe sobre el impacto por razón de género de las medidas que se establezcan en el mismo».

Tal normativización de la integración de la dimensión de género en el proceso de elaboración normativa se fundamenta, en la Exposición de Motivos, en fuentes muy significativas: «la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer que tuvo lugar en Pekín (Beijing) en 1995 ... (el) Tratado de Amsterdam ... la Decisión del Consejo de 20 de diciembre de 2000 por la que se establece un programa de acción comunitaria sobre la estrategia a seguir en materia de igualdad de hombres y mujeres (2001-2005) ...».

Hasta aquí los aspectos positivos de la norma. Pero, sin empañar esa crítica general positiva, sí quedan algunos flancos abiertos: ¿Qué ocurre con las normas aprobadas antes de la entrada en vigor de la Ley 30/2003, de 13 de octubre? ¿Se limita la evaluación del impacto de género a las disposiciones normativas o se debiera extender a actos administrativos de trascendencia general? ¿Por qué no se alude a las proposiciones de ley, que, como

es sabido, no las presenta el Gobierno, sino el Congreso o el Senado? ¿Acaso no se podía implicar a otros órganos legiferantes, como los de las Comunidades Autónomas vía artículo 149.1.1.º y 18.º de la Constitución?

Quizás la Ley 30/2003, de 13 de octubre, debió ser más ambiciosa y dar respuesta adecuada a esos flancos abiertos. Afortunadamente, algunas respuestas se han derivado de posteriores intervenciones legislativas. Por ejemplo, muchas Comunidades Autónomas — y no está de más decirlo, de todas las tendencias políticas— han implantado los informes de impacto de género en la elaboración de sus normas —Cataluña 2001, Extremadura 2002, Andalucía 2003, Galicia 2004, País Vasco 2005, o Baleares 2006—.

También la LOI ha ampliado el ámbito de los informes de impacto de género cuando, en su artículo 19, señala que «los proyectos de disposiciones de carácter general y los planes de especial relevancia económica, social, cultural y artística que se sometan a la aprobación del Consejo de Ministros deberán incorporar un informe sobre su impacto por razón de género». Por lo tanto, no sólo se exigen en la elaboración normativa, sino además en los planes generales de especial relevancia.

Con todo, el flanco más abierto a la crítica no se deriva del contenido normativo de la Ley 30/2003, de 13 de octubre, y menos aún de su reforzamiento a través de las leyes autonómicas y, en el ámbito estatal, de la LOI, sino de sus dificultades aplicativas, derivadas en gran medida de la inercia administrativa y de los obstáculos existentes para implantar nuevas prácticas. La Asociación de Mujeres Juristas Themis presentó en el XVIII Congreso Estatal de Mujeres Abogadas (Almería, 11/13.12.2005) un informe muy desolador al respecto.

De los 52 proyectos de ley estatal analizados, 6 no iban acompañados del informe de impacto de género, y de los restantes 46, unos se limitaban a excluir sin mayores explicaciones la existencia de ningún impacto de género, otros afirmaban la ausencia en la norma proyectada de discriminaciones entre hombres y mujeres, y sólo 4 explicaban en qué afectaba positivamente la norma proyectada a la dimensión de la igualdad.

Crear unidades de género en todos los ministerios y elaborar una guía de evaluación del impacto de género eran propuestas que ayudarían a aplicar la Ley 30/2003, de 13 de octubre. La LOI, avanza en ese sentido. Por un lado, crea unidades de igualdad en todos los ministerios —artículo 77—. Y, por otro lado, establece —en su Disposición Transitoria 10.ª— que «el Gobierno, en el presente año 2007, desarrollará reglamentariamente la Ley de Impacto de Género con la precisión de los indicadores que deben tenerse en cuenta para la elaboración de dicho informe».

Por lo demás, la integración de la dimensión de género en la elaboración normativa determina algunas importantes consecuencias en las operaciones de interpretación y de aplicación de las normas jurídicas. Una consecuencia se alcanza sin demasiado esfuerzo argumental: el informe sobre el impacto por razón de género de las medidas establecidas en la norma legal o reglamentaria se incorpora al expediente normativo y, en consecuencia, se configura como uno de «los antecedentes ... legislativos» que, de acuerdo con el artículo 3.1 del Código Civil, es un elemento de la interpretación.

Conviene matizar que, como antecedente legislativo, el valor hermenéutico del informe sobre el impacto de género depende (1) de si el informe se sustenta en una correcta evaluación del impacto en función del género o si se ha realizado con ligereza, simplemente cubriendo un trámite formal a veces con el expediente de negar la existencia de impacto alguno, y (2) de si, aún supuesta la corrección del informe, éste ha influido en el

texto final de la norma, ya que, aunque se trata de un trámite preceptivo, el informe nunca se puede considerar de carácter vinculante debido a la soberanía del Poder Legislativo.

Aún hay otra más profunda consecuencia sobre la interpretación y la aplicación de las normas derivada de la integración de la dimensión de género en la elaboración normativa: si el legislador eleva la dimensión de género a un elemento a considerar en la elaboración normativa, está asumiendo la transversalidad como una finalidad buscada y, además, como una finalidad buscada por todas y por cada una de las normas del ordenamiento jurídico, que, sin distinción alguna, se aplicarán desde la perspectiva de género.

Por ello, la interpretación y la aplicación de todas las normas debe buscar el objetivo de la igualdad de los sexos, examinando no sólo lo asépticamente jurídico, sino, y como elemento básico de la interpretación, el resultado de la aplicación sobre la realidad del género con la finalidad de erradicar los estereotipos que —como superestructura de dominación— comprimen la libertad de las personas —especialmente las mujeres—, y esto se convierte en «espíritu y finalidad» de todas y cada una de las normas del ordenamiento jurídico, lo que, según el artículo 3, apartado 1, del Código Civil, es otro elemento de la hermenéutica jurídica.

Tal conclusión ostenta un carácter general, al margen de la corrección de la evaluación del impacto en función del género y de la influencia del informe sobre la norma definitivamente aprobada, e incluso al margen de si la norma ha sido elaborada con o sin ese informe sobre el impacto por razón del género, permitiendo la aplicación del criterio finalista incluso a las normas jurídicas aprobadas antes de la Ley 30/2003, de 13 de octubre, lo cual nos conduce, en suma, a que la totalidad del ordenamiento jurídico aparezca impregnado del objetivo de la igualdad de los sexos, y cada norma jurídica, aparte de cuál sea su concreta finalidad, ostente la finalidad adicional de consecución de ese objetivo de la igualdad de los sexos, o, dicho más sencillamente, todas y cada una de las normas jurídicas —no sólo las tradicionales normas antidiscriminatorias, es decir las leyes de igualdad clásicas— se convertirán —y justamente aquí se encuentra la esencia de la ley de igualdad moderna— en mecanismo de consecución de la igualdad de oportunidades de mujeres y hombres. No en vano la universalidad objetiva es característica del principio de transversalidad de la dimensión de género.

Si esto se derivaba implícitamente de lo establecido en la Ley 30/2003, de 13 de octubre, aparece ya de manera expresa en la LOI, que, en su artículo, rubricado «integración del principio de igualdad en la interpretación y aplicación de las normas», establece que «la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas». La letra de la norma aplica aquí la eficacia característica de los principios generales del derecho de conformidad con lo establecido en el artículo 1, apartado 4, del Código Civil, y esa eficacia conecta sobre todo con el criterio finalista de interpretación de las normas jurídicas que se establece en el artículo 3, apartado 1, del Código Civil. De este modo, la totalidad de los operadores jurídicos deberán aplicar e interpretar las normas, si hay varias opciones, de la manera más adecuada a la consecución de la igualdad entre mujeres y hombres, sea cuál sea la norma jurídica —universalidad objetiva del principio de transversalidad—.

(2) Mecanismos para la integración de la dimensión de género en el Poder Ejecutivo. Cuando se trata de actos administrativos, la efectividad del principio de transversalidad de

la dimensión de género se canaliza a través de un *modus operandi* expresado en tres etapas lógicas: el diagnóstico de la realidad / la planificación de la actividad / el control de la efectividad.

El diagnóstico de la realidad es la etapa inicial de la integración de la dimensión de género en cualesquiera actos de cualesquiera Poder Público y, especialmente, en los actos administrativos de la Administración Pública. A estas alturas, el lector o la lectora ya habrán apreciado la importancia de la estadística en la aplicación de la transversalidad. De hecho, «elaborar y difundir datos desagregados por sexo, así como información destinada a la planificación y la evaluación» aparece como un Objetivo Estratégico —el H.3— de la Plataforma para la Acción de la Declaración de Beijing.

Así las cosas, el artículo 20 de la LOI se ocupa de regular la «adecuación de las estadísticas y estudios», y lo hace con la doble finalidad, según así se declara en su inciso inicial, «de hacer efectivas las disposiciones contenidas en esta Ley y que se garantice la integración de modo efectivo de la perspectiva de género en (la) actividad ordinaria (de) los Poderes Públicos». No merece, en suma, mayor comentario el enlace directo entre la transversalidad y las estadísticas desagregadas por sexo.

Hecha esa declaración en su inciso inicial, el artículo 20 de la LOI establece una serie de criterios técnicos que deberán utilizar los Poderes Públicos «en la elaboración de sus estudios y estadísticas»:

- a) «Incluir sistemáticamente la variable de sexo en las estadísticas, encuestas y recogida de datos que lleven a cabo».
- b) «Establecer e incluir en las operaciones estadísticas nuevos indicadores que permitan un mejor conocimiento de las diferencias en los valores, roles, situaciones, condiciones, aspiraciones y necesidades de mujeres y hombres, su manifestación e interacción en la realidad que se vaya a analizar».
- c) «Diseñar e introducir los indicadores y mecanismos necesarios que permitan el conocimiento de la incidencia de otras variables cuya concurrencia resulta generadora de discriminación múltiple en los diferentes ámbitos de intervención».
- d) «Realizar muestras lo suficientemente amplias como para que las diversas variables incluidas puedan ser explotadas y analizadas en función de la variable de sexo».
- e) «Explotar los datos de que disponen de modo que se puedan conocer las diferentes situaciones, condiciones, aspiraciones y necesidades de mujeres y hombres en los diferentes ámbitos de intervención».
- f) «Revisar y, en su caso, adecuar las definiciones estadísticas existentes con objeto de contribuir al reconocimiento y valoración del trabajo de las mujeres y evitar la estereotipación negativa de determinados colectivos de mujeres».

Por lo demás, el artículo 20 de la LOI añade que «sólo excepcionalmente, y mediante informe motivado y aprobado por el órgano competente, podrá justificarse el incumplimiento de alguna de las obligaciones anteriormente especificadas». En tal caso, debería optarse, si fuese ello posible, por la aplicación de otros criterios técnicos alternativos que, en defecto de los enumerados, sirviesen para diagnosticar la realidad.

La planificación de la actividad es la segunda etapa en la integración de la dimensión de la igualdad característica de las Administraciones Públicas. En efecto, la soberanía del Poder Legislativo y la independencia del Poder Judicial eluden la idea de planificación. Sin embargo, las especialidades de funcionamiento y organización de las Administracio-

nes Públicas aconsejan que, para integrar la dimensión de la igualdad en las actuaciones administrativas, se utilice la planificación. Algo que no es novedoso, sino que la elaboración y la aprobación de los planes de igualdad resulta, desde hace muchos años, una práctica habitual a todos los niveles administrativos —el Estado, las Comunidades Autónomas y las Administraciones Locales—.

De este modo, la LOI se limita a legalizar, y a imponer al Estado, una práctica administrativa sobradamente utilizada y, en su artículo 17, que se rubrica «Plan Estratégico de Igualdad de Oportunidades», establece que «el Gobierno, en las materias que sean competencia del Estado, aprobará periódicamente un Plan Estratégico de Igualdad de Oportunidades, que incluirá medidas para alcanzar el objetivo de igualdad entre mujeres y hombres y eliminar la discriminación por razón de sexo».

Conviene hacer ahora una precisión. La planificación es una garantía mínima de integración de la dimensión de la igualdad en las actuaciones administrativas, pero esa integración, que es lo exigido en los artículos 14 y 15 de la LOI, no se agota con la planificación. No basta con planificar, ni con ejecutar lo planificado, para el cumplimiento de la transversalidad. Es más, la integración de la dimensión de la igualdad en las actuaciones administrativas es algo que, en su grueso, se deberá hacer en el día a día de la práctica administrativa, al margen de lo planificado. Resumiendo, la planificación es necesaria para la aplicación de la transversalidad en las actuaciones administrativas, pero no es suficiente.

La integración de la dimensión de la igualdad en las actuaciones administrativas no es una actividad de ejecución instantánea, sino permanente. Es necesario una constante revisión de la actuación para proceder a corregir defectos y a mejorar, y esta es la tercera etapa de la integración de la igualdad. Dentro de este contexto, el artículo 18 de la LOI, rubricado «informe periódico», establece que, «en los términos que reglamentariamente se determine, el Gobierno elaborará un informe periódico sobre el conjunto de sus actuaciones en relación con la efectividad del principio de igualdad entre mujeres y hombres», y «de este informe se dará cuenta a las Cortes Generales».

Por lo demás, la LOI no obliga a que la integración de la igualdad en todas las actuaciones administrativas adopte una forma determinada, salvo «los proyectos de disposiciones de carácter general y los planes de especial relevancia económica, social, cultural y artística que se sometan a la aprobación del Consejo de Ministros», que «deberán incorporar un informe sobre su impacto por razón de género» —artículo 19—. Esta disposición amplía la exigencia del informe, que, en la Ley 30/2003, de 13 de octubre, se circunscribe a disposiciones normativas, a tales planes. Fuera de estos casos, no se exige una forma determinada, aunque nada impide que, si fuere oportuno, se acuerde, en algún caso, el realizar un informe.

Ahora bien, se formalice la integración de la igualdad en todas las actuaciones administrativas a través de un informe de impacto de género, o de otra forma cualquiera, e incluso se haga de modo informal, lo que resulta evidente es que si una actuación administrativa no integra la igualdad puede ser declarada nula si supone una discriminación directa o indirecta por razón de sexo —artículo 62.1.a) de la Ley 30/1992, de 26.11—, o nula o anulable, según corresponda —artículos 62 y 63 de la Ley 30/1992, de 26.11—, si la ausencia de integración de la igualdad o, cuando sea exigido, la ausencia del informe de impacto de género, supone cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluida la desviación de poder.

(3) Los mecanismos para la integración de la dimensión de género en el Poder Judicial. La independencia del Poder Judicial determina la imposibilidad de sumisión de los órganos judiciales a órdenes, criterios o instrucciones de otros Poderes del Estado, e incluso de los órganos superiores o de gobierno del Poder Judicial —artículo 117.1 de la Constitución y artículos 1, 12, 13 y 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial—, lo cual convierte en aberración la posibilidad de planificación de la igualdad, que es habitual en las Administraciones Públicas, en el ámbito de actuación del Poder Judicial.

Únicamente están sometidos al Imperio de la Ley —artículo 117.1 de la Constitución y artículo 1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial—, y, especialmente, a la Constitución, aplicando las leyes y los reglamentos conforme a la Constitución, inaplicando los reglamentos contrarios a la Constitución, a la ley o al principio de jerarquía normativa, y garantizando la tutela de los derechos e intereses legítimos, en particular los derechos fundamentales —artículos 5, 6 y 7 de la Ley Orgánica del Poder Judicial—.

De este modo, no con órdenes, criterios o instrucciones, sino con leyes a cuyo imperio se someten los órganos judiciales, es como se integrará la dimensión de la igualdad en las actuaciones judiciales. Consciente de esa circunstancia, la LOI contiene una norma clave que refuerza lo establecido de modo general sobre sumisión a la ley en la Constitución y en la Ley Orgánica del Poder Judicial: la integración del principio de igualdad en la interpretación y aplicación de las normas —artículo 4 de la LOI—.

El artículo 4 de la LOI, rubricado «integración del principio de igualdad en la interpretación y aplicación de las normas», establece que «la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas». Ya aludimos más arriba al significado de esta norma, y ahora sólo nos queda añadir su importancia trascendental cuando el intérprete sea juez o jueza.

Por otro lado, y caracterizadas las actuaciones judiciales por su formalismo, no basta, para integrar activamente la dimensión de género en las actuaciones judiciales, con incidir en el momento de la decisión judicial a través de la sumisión al imperio de la ley, sino que es necesario posibilitar esa decisión sin que el formalismo judicial se erija en valladar inexpugnable, de ahí que las exigencias de la tutela antidiscriminatoria en materia judicial destinadas a conseguir el examen de la cuestión en el ámbito de un litigio se sitúen en la línea de flexibilización de los procedimientos —legitimaciones ampliadas, facilidad representativa, inversión de la prueba, o actuaciones de oficio—, dando lugar a las llamadas cláusulas de protección jurisdiccional efectiva que son el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva de la igualdad.

La LOI reconoce, de una manera novedosa en el ordenamiento jurídico español, el derecho a la tutela judicial efectiva del principio de igualdad al afirmar —en su artículo 12.1— que «cualquier persona podrá recabar de los tribunales la tutela del derecho a la igualdad entre mujeres y hombres, de acuerdo con lo establecido en el artículo 53.2 de la Constitución, incluso tras la terminación de la relación en la que supuestamente se ha producido la discriminación». Esta norma es transposición del artículo 17.1 de la Directiva 2006/54/CE, que, a su vez, recoge lo establecido en normas anteriores —y, especialmente, el artículo 6.1 de la Directiva 76/207/CEE, en redacción de la Directiva 2002/73/CE—.

¿Cuál es la virtualidad de una norma que, si bien se mira, se limita a reiterar en el ámbito del principio de igualdad de los sexos el derecho a la tutela judicial efectiva que se

reconoce con carácter general para todo derecho subjetivo e interés legítimo en el artículo 24 CE? Aparte de transponer las normas comunitarias, el artículo 12.1 LOI refuerza la importancia de la tutela judicial en el ámbito del principio de igualdad, sirviendo de recordatorio a los operadores jurídicos de la necesidad de flexibilizar las formas procesales para resolver las pretensiones materiales. Mucho más que con relación a otros derechos e intereses, una adecuada tutela judicial de la igualdad revertirá en una adecuada tutela sustantiva.

No es el momento de analizar con la atención que requieren las cláusulas de protección jurisdiccional efectiva del principio de igualdad, pero sí destacar que, en este aspecto, la LOI ha supuesto importantes avances, resultando especialmente significativos los dos siguientes:

- 1.º La atribución de «la capacidad y legitimación para intervenir en los procesos civiles, sociales y contencioso-administrativos que versen sobre la defensa de este derecho ... a las personas físicas y jurídicas con interés legítimo determinadas en las leyes reguladoras de estos procesos», dejando la puerta abierta a la legitimación de sindicatos, de organismos públicos competentes y de asociaciones para la promoción de la igualdad, aunque «la persona acosada será la única legitimada en los litigios sobre acoso sexual y acoso por razón de sexo» —artículo 12, apartados 2 y 3—.
- 2.º La flexibilización de la prueba —salvo en juicios penales— en el sentido de que, «de acuerdo con las leyes procesales, en aquéllos procedimientos en los que las alegaciones de la parte actora se fundamenten en actuaciones discriminatorias, por razón de sexo, corresponderá a la persona demandada probar la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y su proporcionalidad», añadiendo —lo que es trascendental para poder allegar datos estadísticos dentro del ámbito de un proceso judicial— que «el órgano judicial, a instancia de parte, podrá recabar, si lo estimase útil y pertinente, informe o dictamen de los organismos públicos competentes» —artículo 13—.

2.5. La estrategia dual transversalidad/acción positiva

La estrategia dual transversalidad / acción positiva, que apareció inicialmente en la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, relativa a una Estrategia Marco Comunitaria sobre la igualdad de hombres y mujeres (2001-2005), pretende conjuntar los beneficios de la transversalidad, cuya finalidad es erradicar en la totalidad de los ámbitos y de manera permanente los prejuicios de género en la medida en que limitan la libertad de las personas, y de la acción positiva, cuya finalidad es corregir de un ámbito puntual una situación de desigualdad sin incidir de manera directa sobre la erradicación de los prejuicios de género. Finalidades que son complementarias a la finalidad última de una auténtica igualdad, y ello justifica la estrategia dual transversalidad / acción positiva, determinando que, si no diéramos aquí unas pinceladas sobre la acción positiva, quedaría incompleto nuestro análisis sobre el principio de transversalidad.

De entre todos los aspectos de la tutela antidiscriminatoria, la acción positiva, y, más concretamente, los regímenes de cuotas, son, sin duda alguna, los más polémicos. Existe un amplísimo consenso político y social sobre la erradicación de las discriminaciones —

medidas de tutela antidiscriminatoria— y sobre la consecución de la igualdad de oportunidades —medidas de igualdad de oportunidades—. Pero cuando se trata de establecer medidas de acción positiva, y, más concretamente, cuando se trata de establecer regímenes de cuotas, el consenso casi de inmediato desaparece, a pesar de la amplia configuración que ostenta el principio de igualdad entre mujeres y hombres al paraguas de los artículos 9.2 y 14 de la Constitución.

Empieza la polémica con la misma definición. Muchas veces se habla de acción positiva en un sentido amplio, comprensivo de todas las medidas de mejora de la situación de las mujeres. Sin embargo, no todas las medidas de mejora de la situación de las mujeres se pueden considerar acciones positivas. Las medidas de acción positiva presentan una serie de características definitorias, a saber, y siguiendo las opiniones más seguras:

(1) Se dirigen a mujeres, o genéricamente a un sexo que, en un determinado ámbito civil, político, económico, social, o cultural, está infrarrepresentado. Por lo tanto, son, desde un punto de vista individual, excepciones al principio de igualdad formal con la finalidad de conseguir, desde un punto de vista colectivo, la igualdad material. Al preferir la igualdad material colectiva sobre la igualdad formal individual, se corre el riesgo de que no necesariamente se beneficie a la totalidad de las víctimas de la discriminación, e incluso se beneficie a quien no fue discriminado, ni necesariamente se perjudique sólo a quienes causaron dicha discriminación.

(2) Las medidas de acción positiva son imperfectas porque no pretenden de una manera directa corregir la causa de la discriminación, sino que se dirigen a corregir sus efectos. De ahí la necesidad de acompañarlas con otras medidas que incidan sobre las causas y la necesidad y la conveniencia de la estrategia dual transversalidad / acción positiva.

(3) Medidas no permanentes o de carácter temporal. Al ser medidas dirigidas sólo a las mujeres y considerando su carácter imperfecto, se explica que sólo se debieran mantener durante el tiempo imprescindible para conseguir un específico objetivo de igualdad entre mujeres y hombres.

(4) No suponen el mantenimiento de regulaciones separadas. La existencia de regulaciones separadas —una especie de apartheid— sería contrario a la mismísima esencia de la igualdad. Nos encontramos, en consecuencia, ante medidas concretas, y nunca ante regulaciones separadas.

(5) Tampoco existe ningún ámbito donde se encuentren excluidas las medidas de acción positiva, lo cual se explica por su teórica adaptabilidad a cualquier ámbito, aunque, en el ámbito del Derecho Penal, la discusión doctrinal es bastante virulenta por el posible compromiso del principio de culpabilidad, de la presunción de inocencia y del principio in dubio pro reo.

Si son medidas de acción positiva sólo las que reúnen esas características definitorias, debemos concluir que muchas veces se denominan como acciones positivas las que son medidas de igualdad de oportunidades, que no dejan de serlo por ser dirigidas a un solo sexo. Por ejemplo, las medidas de coste cero de la maternidad, o bonificación de las cotizaciones de la trabajadora en situación de licencia de maternidad, no son acciones positivas. ¿O acaso nos olvidamos el riesgo, si se derogasen, de que los empresarios se retrajesen en la contratación de las mujeres?

Algo semejante se puede decir de la licencia de paternidad. No se trata de una excepción formal al principio de igualdad, sino de un derecho reconocido por una cualidad sólo

masculina —la paternidad—, y que tiende en consecuencia a conseguir la corresponsabilidad y una igualdad real.

Igualmente son medidas de igualdad de oportunidades, y no de acción positiva, las destinadas a proteger determinadas situaciones en las cuales se encuentran preferentemente mujeres. Por ejemplo, las medidas destinadas a favorecer las familias monoparentales son medidas de igualdad de oportunidades, y no de acción positiva, salvo, naturalmente, si sólo están dirigidas a familias monoparentales cuyo cabeza de familia sea una mujer.

Tras estas precisiones conceptuales, debemos llegar a la conclusión de que, antes de la LOI, la polémica sobre las acciones positivas era más de Política del Derecho que de Derecho Positivo. Las medidas vigentes de acción positiva prácticamente se limitaban —y prácticamente se siguen limitando en tanto no se desarrolle la LOI— a las reconocidas como tales en la jurisprudencia constitucional —un plus de guardería, STC 128/1987, de 16 de julio, y un permiso de lactancia, STC 109/1993, de 25 de marzo—, y a las ayudas para la contratación de mujeres dentro del Programa de Fomento del Empleo que se aprueba cada año en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado.

Una situación de penuria que contrasta con el elevado rango en el cual se reconoce la acción positiva. El artículo 4.2 de la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (Nueva York, 1979) admite «la adopción ... de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer ... pero de ningún modo entrañarán, como consecuencia, el mantenimiento de normas desiguales o separadas ... (y) cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y de trato».

Y, en el ámbito normativo comunitario, la acción positiva se encuentra reconocida al más alto rango desde el Tratado de Amsterdam, que añadió un apartado 4 al artículo 141 del Tratado de la Comunidad Económica Europea, donde se establece que, «con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral, el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado miembro mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales».

La LOI regula un marco de adopción de medidas de acción positiva que concreta las abstractas normas internacionales —el artículo 4.1 de la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer—, comunitarias —el artículo 141.4 del Tratado de la Comunidad Económica Europea, versión Amsterdam— y constitucionales —los artículos 9.2 y 14 de la Constitución—.

Al respecto, su artículo 11, apartado 1, establece que «con la finalidad de hacer efectivo el derecho constitucional de la igualdad, los Poderes Públicos adoptarán medidas específicas a favor de las mujeres para corregir situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto de los hombres (y) tales medidas, que serán aplicables en tanto subsistan dichas situaciones, habrán de ser razonables y proporcionadas en relación con el objetivo perseguido en cada caso».

No se trata de una habilitación de adopción de medidas de acción positiva dirigida a los Poderes Públicos. Éstos las «adoptarán». Se trata, en consecuencia, de una norma jurídica de carácter obligatorio. Una obligación que —siguiendo sustancialmente la caracterización doctrinal de las acciones positivas— se desenvolverá dentro de determinadas exigencias:

- 1.^a Se acordarán «con la finalidad de hacer efectivo el derecho constitucional de la igualdad», esto es actuarán sobre los efectos.
- 2.^a Las acciones consistirán en «medidas específicas», es decir no supondrán regulaciones completas separadas para hombres y para mujeres.
- 3.^a Como es característico de las medidas de acción positiva, se acordarán de manera unilateral —no bilateral— «a favor de las mujeres».
- 4.^a El presupuesto de hecho de las medidas son «situaciones patentes de desigualdad de hecho (de las mujeres) respecto de los hombres».
- 5.^a Implícitamente se deriva su temporalidad de la circunstancia de que «serán aplicables en tanto subsistan dichas situaciones».
- 6.^a Al suponer perjuicio para personas individuales, serán «razonables y proporcionadas en relación con el objetivo perseguido en cada caso».

Por lo demás, el artículo 11, apartado 2, establece que «también las personas físicas y jurídicas privadas podrán adoptar este tipo de medidas en los términos establecidos en la presente Ley». Mientras las acciones positivas públicas —las del apartado 1— se sujetan a unos límites más generales, las privadas —las del apartado 2— exigen una habilitación legal expresa que operará conforme a unos límites de carácter más concreto. De este modo, las acciones positivas privadas se sujetan al principio de legalidad de una manera más estricta que las acciones positivas públicas.

Aunque las acciones positivas privadas son voluntarias, la LOI establece algunas normas de fomento de esas acciones positivas privadas por los Poderes Públicos: las preferencias en la contratación administrativa —artículos 33 y 34—, las subvenciones públicas —artículo 35—, el apoyo para implantar planes voluntarios de igualdad en las empresas —artículo 49—, o el distintivo empresarial en materia de igualdad —artículo 50—. Los desarrollos reglamentarios y los compromisos presupuestarios nos demostrarán de verdad hasta donde llega el compromiso de las Administraciones Públicas.

¿Qué medidas de acción positiva se pueden adoptar en concreto? En la LOI aparecen ejemplos doquiera a lo largo de su articulado: la promoción específica de las mujeres en la cultura, la ayuda a la creación y producción artística e intelectual de las mujeres y la adopción de medidas de acción positiva —artículo 26.1.a), b) y e)—; la promoción específica de la salud de las mujeres —artículo 27.2.a)—; la promoción de los contenidos creados por mujeres en el ámbito de la Sociedad de la Información —artículo 28.3—; la promoción del deporte femenino —artículo 29.2—; la mejora del nivel educativo y de formación de las mujeres rurales y la promoción de nuevas actividades que favorezcan su trabajo —artículo 30.2 y 3—; o el acceso a la vivienda de las mujeres en situación de necesidad o en riesgo de exclusión, o de víctimas de violencia de género —artículo 31.2—.

Ya en el ámbito del empleo privado, destacan las posibilidades de destinar acciones formativas prioritariamente a colectivos específicos de mujeres o contemplar una determinada proporción de mujeres —artículo 42—, y de establecer en la negociación colectiva medidas para favorecer el acceso de las mujeres al empleo —artículo 43—, además de toda la regulación de los planes de igualdad de las empresas y otras medidas de promoción de la igualdad que pueden contener acciones positivas —artículos 45 a 49—.

No se trata de seguir con los ejemplos legales, y más que deberían surgir de ahora en adelante en el ordenamiento jurídico y en la negociación colectiva a consecuencia del nuevo marco regulador de la LOI, sino, simplemente, de comprobar la importancia de las ac-



ciones positivas dentro del sistema normativo de la LOI. Como ha afirmado María Elósegui Itxaso, las acciones positivas son la columna vertebral de la LOI.

3. A MODO DE CONCLUSIÓN: ¿ES EL PRINCIPIO DE TRANSVERSALIDAD LA SOLUCIÓN DEFINITIVA?

¿Alcanzará el principio de transversalidad su finalidad de erradicar la desigualdad o se manifestará insuficiente? ¿Es una arma más o es la arma definitiva? No podemos todavía saberlo. Lo que sí sabemos es que supone un avance, un importantísimo avance, y por los dos siguientes motivos:

- (1) Porque el reconocimiento explícito del principio de transversalidad es el reconocimiento implícito de la masculinidad del ordenamiento jurídico, lo cual permite comprender la trascendencia del problema, y, adicionalmente, justifica una revisión crítica del ordenamiento jurídico.
- (2) Porque el principio de transversalidad, fundamento de una revisión global del Derecho, demuestra la insuficiencia en la consecución de la igualdad de oportunidades entre los sexos de los mecanismos tradicionales de la tutela antidiscriminatoria —basados en el sexo y de alcance no global—.

La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, ha apostado claramente por el principio de transversalidad de la dimensión de género como elemento central de toda su regulación. Hemos comprobado a lo largo del estudio como la transversalidad es el hilo explicativo de toda la regulación de la LOI. A través de la transversalidad, la LOI se cataloga, y cataloga a la totalidad del ordenamiento jurídico, entre las leyes de igualdad modernas.

Resumiendo, no sabemos si es el definitivo, pero sí es un paso adelante, sintetizador de las diversas propuestas surgidas a partir de la Teoría Feminista del Derecho. Y, desde luego, es un paso adelante cuya virtualidad erradicadora de los prejuicios de género en cuanto limitan la libertad de las personas aún no se ha comprobado hasta donde alcanzará. Cuando la LOI ha apostado por el principio de transversalidad de la dimensión de género, sin duda no se ha equivocado en el rumbo a seguir.





LOS ELEMENTOS CONCEPTUALES DE LA LEY PARA LA IGUALDAD Y LA HERENCIA COMUNITARIA ¹

MARÍA AMPARO BALLESTER PASTOR

*Profesora Titular Universidad
Derecho del Trabajo y de la seguridad Social
Universidad Islas Baleares*

EXTRACTO

El trabajo analiza el alcance de los conceptos antidiscriminatorios incorporados a la Ley 3/2007 desde una perspectiva que permita anticipar el modo en que los mismos deben ser interpretados y aplicados a partir de ahora en España.

Para ello la autora describe y comenta el desarrollo que, desde antiguo, han tenido dichos conceptos en el ámbito del Derecho comunitario, con el objetivo de detectar tendencias y anticipar efectos en el ordenamiento español. Particular atención se presta a las diferencias en las formulaciones de cada uno de los ordenamientos (comunitario e interno español) para detectar eventuales mejoras o contradicciones. El análisis toma también como referencia comparativa el texto de la Ley de igualdad que en España desarrolla las otras causas de discriminación prohibida (Ley 62/2003), para destacar las diferencias y denunciar los efectos que provoca la disgregación reguladora.

El trabajo utiliza una perspectiva fundamentalmente conceptual, pero establece conexiones con otros preceptos de aplicación directa de la Ley 3/2007, con otras normas antidiscriminatorias tanto internas como comunitarias y, sobre todo, con la interpretación jurisprudencial que, de los principios antidiscriminatorios han realizado hasta ahora el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea y el Tribunal Constitucional español.

¹ Este trabajo forma parte del proyecto de investigación titulado «El derecho fundamental a la no discriminación por razón de la edad: derecho interno y comunitario» financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia (SEJ 2006-1517-C03-02) en el que la autora es investigadora principal.

ÍNDICE

1. JUSTIFICACIÓN DE UN ANÁLISIS CONCEPTUAL CONJUNTO, INTERNO Y COMUNITARIO
 - 1.1. Sentido general de los principios antidiscriminatorios en la Unión Europea 1.2. Los conceptos antidiscriminatorios de la ley 3/2007 como transposición de la normativa comunitaria
2. LA DISCRIMINACIÓN INDIRECTA
 - 2.1. Elementos configuradores básicos de la discriminación indirecta
 - 2.2. Normativa y doctrina jurisprudencial comunitaria sobre la discriminación indirecta por razón de sexo
 - 2.3. El tratamiento de la discriminación indirecta en España: doctrina jurisprudencial y relevancia de la ley 3/2007
3. EL CONCEPTO DUAL DE ACOSO
 - 3.1. El acoso por razón de sexo
 - 3.2. El acoso sexual
4. LA DESIGUALDAD PARA LA IGUALDAD: IGUALDAD DE OPORTUNIDADES Y ACCIÓN AFIRMATIVA
5. LA DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE EMBARAZO Y MATERNIDAD

1. JUSTIFICACIÓN DE UN ANÁLISIS CONCEPTUAL CONJUNTO, INTERNO Y COMUNITARIO

La reciente publicación de la Ley 3/2007 y la formulación por primera vez en sede legislativa de conceptos antidiscriminatorios por razón de género tan básicos como el de discriminación indirecta o el de acción positiva, podrían llevarnos a la conclusión de que la doctrina en torno a los mismos es, en España, todavía incipiente e inmadura. Pero, en contra de lo que pudiera parecer, la doctrina antidiscriminatoria forma parte desde hace algunos años del ordenamiento jurídico español, si bien de un modo algo diferente al que es habitual, puesto que tiene naturaleza básicamente jurisprudencial y se ha elaborado fundamentalmente a la sombra del Derecho comunitario. Lamentablemente, el hecho de que, desde antiguo, dicha doctrina fuera teóricamente aplicable a nuestro ordenamiento, no quiere decir que efectivamente se aplicara, al menos con la intensidad y determinación que requerían los niveles de discriminación existentes en nuestro país, por lo que la formulación expresa de su alcance tiene una funcionalidad promocional y difusora evidente. En el ámbito de los conceptos antidiscriminatorios, la Ley 3/2007 ha operado en todo caso un curioso fenómeno de traslación comunitaria, no solo de las nociones básicas, a las que prácticamente reproduce (con alguna bienvenida matización), sino también de la doctrina jurisprudencial en que se sustentan.

Por ello resulta fundamental tomar como referencia la normativa comunitaria acerca del significado y alcance de los conceptos antidiscriminatorios que finalmente han quedado incorporados expresamente a la ley española. Solo de este modo es posible anticipar los efectos que puede tener como instrumento para la consecución de la igualdad efectiva. La trascendencia comunitaria se ramifica en España en otras vertientes de la normativa antidiscriminatoria, porque tiene evidentes conexiones (o desconexiones) con conceptos de entidad comunitaria similar incorporados también recientemente al ordenamiento español con relación a otras causas de discriminación por la Ley 62/2003. Los conceptos antidiscriminatorios en nuestro ordenamiento entran, a partir de la Ley 3/2007, en una curiosa dinámica de relaciones cruzadas, que tomando como referencia el Derecho comunitario, en algunas ocasiones reproducen su evolución y, en otras, lo matizan y complementan, todo ello enmarcado en el contexto disgregador que supone la existencia en nuestro



país de dos normas antidiscriminatorias paralelas, pero de contenido y sentido diferentes, en atención a la causa de la discriminación.

1.1. Sentido general de los principios antidiscriminatorios en la Unión Europea

Es sabido que el principio de no discriminación clásico en el ámbito del Derecho comunitario ha tenido su origen y justificación en presupuestos estrictamente económicos. Desde la perspectiva material, y consecuentemente con esta funcionalidad económica, el art. 119 del Tratado de la Comunidad Europea en su redacción originaria —Tratado de Roma— hacía referencia tan solo a la discriminación laboral por razón de sexo y limitaba la protección comunitaria exclusivamente a la vertiente retributiva más elemental (igualdad retributiva por trabajo igual). Las primeras correcciones comunitarias a ámbito aplicativo tan restrictivo se produjeron por medio de las múltiples Directivas comunitarias que inicialmente refirieron la igualdad retributiva a trabajos de igual valor², como ya había formulado desde antiguo el convenio 100 de la OIT; y, asimismo, ampliaron la virtualidad del principio de no discriminación por razón de sexo a cualquier ámbito de la relación laboral³. De este modo el principio de igualdad de trato laboral entre hombres y mujeres adquiría una trascendencia que desbordaba la finalidad estrictamente económica del art. 119 del Tratado originario⁴. En un nivel también económico (aunque formando parte del principio comunitario de libertad de circulación) surgió y se desarrolló simultáneamente el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad intracomunitaria. Durante muchos años, pues, la progresiva consolidación del principio de no discriminación en el ámbito comunitario no superó la bidireccionalidad acotada por sexo y nacionalidad.

Pese a estos inicios y justificaciones, la doctrina del TJCE que aplicó el principio de no discriminación tan limitadamente diseñado en el ámbito comunitario normativo, configuró un marco conceptual muy avanzado, que dio lugar a importantes cambios en los ordenamientos internos y que inspiró la configuración actual de un principio de no discriminación comunitario considerablemente más abierto. Conceptos tan fundamentales como el de discriminación indirecta o acción afirmativa cuyos aspectos más esenciales se pueden encontrar en el actual art. 141 TCE (que sustituyó al antiguo art. 119 del Tratado origi-

² En el art. 1 de la Directiva 75/117 (actualmente recogido en el art. 4 de la Directiva 2006/54), se establecía: «El principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos que figura en el art. 119 del Tratado, y que, en lo sucesivo, se denominará principio de igualdad de retribución, implica para un mismo trabajo o para un trabajo al que se le atribuye un mismo valor, la eliminación, en el conjunto de los elementos y condiciones de retribución, de cualquier discriminación por razón de sexo».

³ La Directiva 76/207, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, establecía en su art. 2.1 (actualmente incluido en el art. 14.1 de la Directiva 2006/54): «El principio de igualdad de trato en el sentido de las disposiciones siguientes supone la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, bien sea directa o indirectamente, en lo que se refiere en particular, al estado matrimonial o familiar».

⁴ Así lo señalaba, con referencia a la Directiva 76/207 DURÁN LÓPEZ, F., «Igualdad de trato entre hombres y mujeres en la Directiva 76/207», *Noticias de la Unión Europea*, 49, 1989, pág.98.

nario), en la Directiva 2000/43 de 29 de junio de 2000 (sobre el principio de igualdad de trato de las personas por razón de origen racial o étnico), en la doctrina constitucional española en desarrollo del art. 14 de la Constitución española (por todas, STCo 145/1991, de 1 de julio o 253/2004, de 22 de diciembre) e incluso en la normativa antidiscriminatoria inmediatamente anterior a la Ley 3/2007 (art. 28 de la ley 62/2003, en su capítulo III dedicado a las medidas para la aplicación del principio de igualdad de trato) proceden de esta construcción realizada por el TJCE.

Resulta particularmente interesante el modo en que se ha producido la integración en el derecho originario de la Unión del principio antidiscriminatorio. En materia de discriminación por razón de sexo, el Tratado de Amsterdam apenas sirvió para adaptar aspectos fundamentales que, desde antiguo, habían sido ya reconocidos por el TJCE⁵. Desde esta perspectiva, el derecho originario (y particularmente el Tratado de Amsterdam) se ha movido perezosa y lentamente tras estas innovaciones normativas y jurisprudenciales. En cambio las otras causas de discriminación han pasado repentinamente de la anomia más absoluta a un relativamente comprometido reconocimiento en el Derecho originario. Y curiosamente, las Directivas comunitarias que han surgido de este reconocimiento en el art. 13 TCE (2000/43 y 2000/78) se han anticipado a la reforma de la Directiva 76/207 (antidiscriminatoria por razón de sexo, 2002/73), pese a que la discriminación sexual fue el origen de la doctrina antidiscriminatoria comunitaria actual.

Con la reforma operada por el Tratado de Ámsterdam, el art 13 TCE⁶, que incorporó a los principios de la Unión Europea el de la no discriminación por razón del sexo, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual⁷, permitió la acción comunitaria por medio de un procedimiento basado en la unanimidad del Consejo, en la previa propuesta de la Comisión y en la consulta al Parlamento. De este modo se incorporó al derecho originario de la Unión el principio de no discriminación con un ámbito general, abarcando las causas prohibidas generalmente recogidas en la mayoría de los

⁵ Los caracteres más importantes de la reforma operada con el Tratado de Amsterdam en el actual art. 141 TCE podrán sintetizarse del siguiente modo: (i) Definitivamente se ha ampliado el contenido del principio antidiscriminatorio por razón de sexo al hacer referencia no solamente a la discriminación retributiva sino a cualquier otra que, por razón de sexo, se ocasione en el ámbito laboral. Se incorpora así al derecho originario un presupuesto fundamental de la política antidiscriminatoria (la desvinculación del ámbito estrictamente económico) ya integrante del derecho comunitario desde las Directivas comunitarias de la década de los 70 (particularmente Dir. 76/207); (ii) con carácter instrumental, se reconoce la competencia comunitaria en este ámbito, que se articula por medio del procedimiento, actualmente preferente en el desarrollo normativo de la política social, de codecisión parlamentaria (art. 251 TCE); (iii) queda reconocida expresamente la vertiente menos controvertida de la discriminación indirecta, la retributiva relacionada con la valoración de puestos de trabajo y con la igualdad retributiva por trabajos de igual valor, que se había ya configurado normativamente desde antiguo en el derecho comunitario (Dir. 75/117); (iv) se legitima, define y limita la acción afirmativa.

⁶ Que literalmente establece: «Sin perjuicio de las demás disposiciones del Tratado y dentro de los límites y competencia atribuidas a la Comunidad por el mismo, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión y convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual».

⁷ Para un análisis de las connotaciones del reconocimiento general del principio de no discriminación aplicado a más circunstancias que las estrictamente relacionadas con el sexo, por todos, FLYNN, «The implications of article 13 EC – After Amsterdam, will some forms of discrimination be more equal than others?», *Common market law review*, vol. 36, núm. 6, 1999, pág. 1127 ss.

Estados miembros (excepción hecha de la orientación sexual, que es más novedosa)⁸. El art. 13 TCE supuso por tanto la integración en el ámbito del derecho comunitario de una parte esencial de los derechos fundamentales. Sin que pueda entenderse que de este modo queda compensado el fracaso del derecho comunitario para elaborar un marco constitucional integrador de los derechos fundamentales comunes a los Estados miembros⁹, resulta evidente que el derecho fundamental a la no discriminación por causas tasadas (que es seguramente uno de los de mayor entidad) ha encontrado acomodo en aquel art. 13 TCE, cuya formulación asimismo refleja (al menos formalmente) la superación al más alto nivel de los tradicionales presupuestos estrictamente económicos¹⁰ de la Comunidad Europea.

Ello no obstante, la elevación de rango, al cuasi constitucional del TCE, del principio antidiscriminatorio en el ámbito comunitario pudiera no tener los efectos extensivos que aparenta. De hecho, con relación a la discriminación por razón de la edad el TJCE ha operado un curioso fenómeno de degradación, que contrasta con la expansión del principio antidiscriminatorio por razón de género cuando su formulación en el TCE era bastante más difuso e impreciso. Efectivamente, en la STJCE de 28-10-2004¹¹ se planteaba la posibilidad de que el establecimiento de una edad máxima para acceder al cuerpo de funcionarios de la Unión Europea pudiera suponer una discriminación por razón de la edad contraria al art. 13 TCE. Pero lo que aparentaba una clara discriminación por razón de la edad no fue considerado como tal por el TJCE porque la normativa aplicable no era, a su juicio, directamente el art. 13 TCE sino la Directiva 2000/78 que le daba desarrollo y que configuraba una serie importante de excepciones a su aplicación efectiva (por ejemplo, justificando un periodo de actividad mínima razonable con anterioridad a la jubilación). Con esta interpretación el TJCE hizo desaparecer del art. 13 TCE todo contenido sustantivo, hasta degradarlo totalmente a la altura en que fuera configurado, desarrollado e incluso excepcionado por la correspondiente Directiva. Contrasta esta interpretación con la que dio lugar a la emblemática sentencia dictada en el asunto Barber¹², en la que el TJCE derivó directamente del, entonces, art. 119 TCE (actual art. 141 TCE), una interpretación amplia del concepto de retribución relevante a efectos de aplicación de la normativa antidiscriminatoria por razón de género. En el año 1990 el TJCE estaba operando una ampliación del concepto

⁸ Por ejemplo en el ordenamiento norteamericano, en el que se originaron muchos de los actuales conceptos que forman parte de la teoría antidiscriminatoria, la orientación sexual no se encuentra normativizada como causa de discriminación prohibida en los correspondientes textos legales, lo que ha hecho necesario reconducir la cuestión (no siempre fácilmente) a la discriminación por razón de sexo. Una reflexión al respecto, con referencia a la evolución de la doctrina jurisprudencial en GEOFFREY TROTIER, «Dude looks like a lady: protection based on gender stereotyping discrimination as developed in *Nicholas v. Azteca Restaurant Enterprises*», *Law and inequality*, vol XX, núm. 2, 2002.

⁹ Por todos, destacando la importancia de una regulación unitaria y global de los derechos fundamentales en el ámbito de la Unión Europea, GARCÍA DE ENTERRÍA, «Les droits fondamentaux et la révision du traité sur l'Union Européenne», *Cahiers de Droit européen*, 1996, pág. 612 ss.

¹⁰ Destacando la importancia de la regulación de los derechos fundamentales de ámbito comunitario para que la acción de una Comunidad liberal no reemplace en lo económico a los Estados sociales que la componen, BAQUERO CRUZ, «La protección de los derechos sociales en la Comunidad Europea tras el Tratado de Amsterdam», *Revista de derecho comunitario europeo*, 4, 1998, pág. 647.

¹¹ Asuntos T-219/02 y T-337/02, en primera instancia.

¹² STJCE 17-5-1990, C-262/88.

de discriminación retributiva directamente a partir del TCE, que forzosamente repercutía en el ámbito aplicativo de las correspondientes Directivas antidiscriminatorias (en el asunto Barber, se trataba de la Directiva 75/117). En cambio, a la altura de 2004, el TJCE se apoya precisamente en una Directiva antidiscriminatoria para degradar el alcance real de un principio configurado en el TCE con carácter general y aparentemente sin excepciones.

La cuestión que inevitablemente este fenómeno suscita es si este cambio en los criterios interpretativos del TJCE, en torno a la eficacia directa de los preceptos del TCE, en el momento en que se han formulado nuevas causas de discriminación prohibida va a tener repercusión en la doctrina clásica de la discriminación por razón de género o si, al contrario, va a suponer que se constituyan causas de discriminación con distinto nivel de protección. Probablemente esta segunda es la tendencia que se anticipa. De un lado, porque la doctrina de la discriminación por razón de género en derecho comunitario ha alcanzado un nivel de consolidación del que resulta difícil deducir una alteración drástica a la baja; de otro lado, existen suficientes elementos para concluir que en Derecho comunitario existen varios niveles de protección: en el más alto se encontrarían la discriminación por razón de género (que dispone de un nivel de cobertura que alcanza materias extralaborales y que llega a influir el contenido de cualquier política comunitaria a través del concepto de transversalidad) y por razón de etnia (que dispone también de un ámbito aplicativo tanto laboral como extralaboral y que dispone de menor número de posibles excepciones a su efectividad en la Directiva 2000/43). En un nivel de protección inferior se encontrarían las otras causas de discriminación enunciadas en el art. 13 TCE (al menos porque la Directiva 2000/78 admite para ellas un mayor número de excepciones y porque le aplica principios, como el de requisito profesional esencial y determinante, mucho más matizados).

1.2. Los conceptos antidiscriminatorios de la ley 3/2007 como transposición de la normativa comunitaria

Aparentemente la ley española 3/2007 de igualdad efectiva entre mujeres y hombres surge como una mera transposición de la Directiva comunitaria 2002/73, de 23 de septiembre de 2003, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al empleo, a la formación y a la promoción profesionales así como de la Directiva 2004/113, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro¹³. En ambos preceptos comunitarios se describe un plano conceptual del principio antidiscriminatorio esencialmente idéntico al recogido en el Título I de la Ley 3/2007. Pero esta relación en principio pacífica de desarrollo se complica ligeramente porque la Ley es-

¹³ A estas normas comunitarias se hace expresa mención en el último párrafo del apartado I. de la Exposición de motivos de la ley 3/2007. Expresamente hace referencia también la Ley española a la finalidad de transposición de aquellas Directivas comunitarias en su DF cuarta, en la que se menciona, además de la Directiva 2002/73 y la Directiva 2004/113, la Directiva 97/80, de 15 de diciembre de 1997, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo.

pañola de igualdad trasciende la mera funcionalidad de transposición¹⁴. La mayoría de los instrumentos y estrategias para la igualdad efectiva que configura la ley española se sitúan en un nivel superior al reconocido en las Directivas comunitarias, lo que en ocasiones obliga a que el análisis se desvíe del tradicional cumplimiento de mínimos, característico del funcionamiento de la normativa comunitaria en el ámbito de la política social, a eventuales contradicciones por exceso. De hecho, por ejemplo, el reconocimiento normativo de las cuotas que realiza la ley española de igualdad efectiva obliga a que su legalidad comunitaria pase por el estrecho filtro de la jurisprudencia del TJCE. También otros conceptos descritos en la ley española difieren, siquiera ligeramente, del concepto comunitario, generando interesantes y ricas posibilidades (por ejemplo, con relación al acoso).

La complejidad de la relación entre el derecho comunitario antidiscriminatorio y la ley 3/2007 adquiere otro matiz, también peculiar, cuando se advierte que la ley española ha obviado cualquier mención a la Directiva antidiscriminatoria de referencia vigente en el momento en que se promulgó, que no era ya la Directiva 2002/73 (ni por supuesto la Directiva 76/207 a la que aquella modificaba). En marzo de 2007, cuando se promulgó la ley de igualdad efectiva española, se había aprobado ya la Directiva 2006/54, de 5 de julio de 2006, que se constituía en refundición de las normas comunitarias relativas a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación. Ciertamente, la propia Directiva 2006/54 establecía en su art. 34 que las Directivas antidiscriminatorias previas a las que refundía (y entre las que se encontraba la Directiva 76/207, conforme a la modificación operada por la Directiva 2002/73) se mantenían vigentes hasta el 15 de agosto de 2009, pero ello se hacía «sin perjuicio de las obligaciones que incumben a los Estados miembros en lo relativo a las fechas de incorporación a su derecho interno». Por tanto, ni este art. 34 de la Directiva 2006/54 ni su art. 33, en el que se configuraba como plazo máximo para su propia transposición la fecha del 15 de agosto de 2008, servían realmente para ampliar el plazo inicialmente establecido para ello en las Directivas sustantivas anteriores, y menos para convalidar eventuales incumplimientos. La única Directiva en cuya transposición sí que adquiría cierta virtualidad la ley española de igualdad (sencillamente porque no había cumplido el plazo para su desarrollo interno) era la Directiva 2004/113 de igualdad por género en el acceso a bienes y servicios cuyo plazo máximo de transposición se había fijado el 21 de diciembre de 2007. En este contexto, no hubiera sido extemporáneo que la ley 3/2007 hubiera realizado alguna mención, siquiera en la Exposición de Motivos, a la Directiva 2006/54, lo que al menos hubiera servido para ofrecer un panorama de relación entre las fuentes nacionales y comunitarias más coherente y también para evitar la sensación de que el legislativo en nuestro país desconocía las más recientes reformas normativas en el ámbito comunitario (como, de otro lado, parecía que había sucedido anteriormente cuando la ley 62/2003 olvidó transponer la Directiva 2002/73 junto a las Directivas 2000/43 y 2000/78).

Pero probablemente el legislador español de la ley de igualdad efectiva no deba ser interpretado en un contexto estrictamente cronológico sino contextual: entiendo que la virtualidad que tiene la ley 3/2007 como norma de transposición de la normativa comunitaria

¹⁴ M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, «La igualdad efectiva de mujeres y hombres y la Ley Orgánica 3/2007», *RL*, 8, 2007, pág. 1 de 9.

antidiscriminatoria en el empleo y la ocupación no puede entenderse deslindada de la evolución global del principio general configurado en el art. 13 TCE, y en las Directivas comunitarias 2000/43 y 2000/78. En este contexto, la Directiva 2002/73 no constituye una norma comunitaria más en el complejo entramado de las directivas antidiscriminatorias por razón de género que han ido sucediéndose, a veces atropelladamente, desde la década de los 70. La Directiva 2002/73 constituye un momento especial en esta evolución porque implica un nuevo momento en la evolución de la política social comunitaria en que el principio de no discriminación multicausal adquiere un papel esencial. No es, por tanto, la última precisión puntual y el último ajuste (aunque buena parte de su contenido refleje la interpretación aportada por el TJCE al respecto) sino, más bien, la tercera de las Directivas antidiscriminatorias en desarrollo del art. 13 TCE. Por ello el significado que adquiere la ley española de igualdad como transposición de la Directiva 2002/73 es mucho más intenso del que hubiera tenido de haberse considerado tan solo como desarrollo de la Directiva 2006/54.

Sirve también para destacar que por medio de la ley 3/2007 tiene lugar finalmente la regulación nacional íntegra del principio antidiscriminatorio, que había quedado incompleto con la promulgación de la ley 62/2003 puesto que ésta sirvió solo para transponer las Directivas 2000/43 (etnia) y 2000/78 (multicausal). Pese a que en diciembre de 2003 la Directiva 2002/73 ya estaba aprobada, la Ley 62/2003 se limitó a introducir en el ordenamiento español los conceptos y preceptos, casi con alcance literal, contenidos en las dos Directivas de 2000, dejando el panorama normativo español descoordinado e incompleto. Se explica así que el legislador de la ley 3/2007 tuviera especial interés en que constara que finalmente el desarrollo de la normativa española en el sentido iniciado por el art. 13 TCE y continuado por las Directivas 2000/43, 2000/78 y 2002/73 había quedado finalizada en nuestro país, al menos formalmente ¹⁵.

La última cuestión que se suscita es si, desde la perspectiva de los conceptos, era necesario para entender correctamente transpuesta al ordenamiento español la Directiva 2002/73, que se produjera una formulación legislativa expresa de los mismos, puesto que desde antiguo, al menos algunos de ellos habían quedado implícitamente incluidos en la conceptualización general del principio de no discriminación del art. 14 de la Constitución española. Por ejemplo, durante los años que transcurrieron entre la Directiva 76/207 (sobre igualdad de oportunidades en el empleo) y la Directiva 97/80 (sobre inversión de la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de género) la normativa comunitaria careció de formulación del concepto de discriminación indirecta, aunque la misma resultaba expresamente prohibida en la Directiva 76/207. Fue la jurisprudencia del TJCE la que fue modelando el concepto a lo largo de los años, hasta que finalmente los elementos esenciales de esta consolidada doctrina constituyeron el primer concepto de discriminación indirecta por razón de género, que se incorporó al texto de la Directiva 97/80. Apenas unos años antes, el Tribunal Constitucional español había admitido la aplicación al or-

¹⁵ En el momento en que redacto estas líneas se ha hecho pública la denuncia de la Comisión Europea al Estado español por falta de transposición efectiva de lo establecido en la Directiva 2000/43. Se alega la falta de desarrollo en España de los principios antidiscriminatorios ligados a los aspectos extralaborales de la Directiva 2000/43.

denamiento español del concepto de discriminación indirecta (STCo. 145/1991) por lo que, tanto en el ámbito comunitario como en el interno español, su alcance se había limitado exclusivamente al ámbito jurisprudencial. Pero cuando el concepto de discriminación indirecta se incorporó expresamente a la normativa comunitaria a partir de la Directiva 97/80 parte de la doctrina entendió que la transposición solo podía considerarse realizada efectivamente si un concepto de la misma naturaleza se incorporaba también expresamente al ordenamiento español¹⁶. Entretanto, debía presumirse que el ordenamiento español contrariaba lo establecido en la misma. Algo similar ocurría con el reconocimiento de que la discriminación por razón de embarazo y maternidad constituía discriminación por razón de género (pese a que no existía parámetro masculino de comparación): Esta formulación se había incorporado a la Directiva 76/207 por acción de la Directiva 2002/73¹⁷, que a su vez se deducía de la Directiva 92/85, aunque desde antiguo había sido reconocida por el TJCE¹⁸. También en este ámbito se había producido una derivación implícita jurisprudencial del concepto de discriminación por razón de género anterior a su normativización expresa por la Directiva 2002/73, lo que de nuevo suscitaba la cuestión de si resultaba necesaria una formulación expresa similar en el ordenamiento español.

El concepto de acción positiva suscitaba cuestiones diferentes. La reforma operada por el Tratado de Ámsterdam en el antiguo art. 119 TCE normalizaba su alcance e, implícitamente, la configuraba como manifestación del principio de no discriminación, superando el carácter excepcional y restrictivo con que quedaba establecida en la Directiva 76/207¹⁹. En todo caso, la justificación de la acción positiva en España tenía una formulación específica, generosa y extensiva, en el art. 9.2 de la propia Constitución, que había dado lugar desde antiguo a algunas sentencias del Tribunal Constitucional que reconocían abiertamente su legitimidad como instrumento para la consecución de la igualdad real y no propiamente como excepción al principio de igualdad de trato²⁰ (pese a que sus manifestaciones eran bastante limitadas en la práctica). Podía entenderse, por tanto, que la versión extensiva del concepto de acción afirmativa que se configuró en el art. 141 TCE a partir del Tratado de Ámsterdam ya contaba con formulación paralela en España a partir del propio texto constitucional, en su art. 9.2.

El principal defecto en la transposición en España de los conceptos comunitarios ligados a la discriminación por razón de género se producía con relación al acoso sexual y al acoso por razón de sexo, puesto que ni uno ni otro tenían formulación normativa expresa

¹⁶ PÉREZ DEL RÍO, «Introducción. Principios de discriminación indirecta y acción positiva. Estructura y articulación de la negociación colectiva», en VVAA (Coord. PÉREZ DEL RÍO), *La discriminación por razón de sexo en la negociación colectiva*, Madrid, 1997, pág. 25.

¹⁷ Se encuentra actualmente en el art. 2.3.a de la Directiva 2006/54 en el que literalmente se establece que el concepto de discriminación incluye «el trato menos favorable a una mujer en relación con el embarazo o el permiso por maternidad en el sentido de la Directiva 92/85/CEE».

¹⁸ Por todos asunto Dekker, STJCE 8-11-1990, C-177/88.

¹⁹ Esta nueva interpretación del concepto de acción positiva se configuró por primera vez en el art. 6 del protocolo XIV (Protocolo Social) al Tratado de Maastricht de 1992, aunque como se sabe este Protocolo no fue propiamente normativa comunitaria y no se incorporó al Tratado Constitutivo de la Comunidad por no contar con la unanimidad necesaria. En todo caso, España lo suscribió y, al menos como norma internacional, obligaba al Estado español desde entonces.

²⁰ Por todas, STCo 128/87, de 11-8-1987.

en el ordenamiento español con anterioridad a la Ley 3/2007, como tampoco lo tenían en la normativa comunitaria hasta que expresamente se incluyeron por medio de la Directiva 2002/73. El acoso sexual se había descrito por vía jurisprudencial en España y había quedado configurado como conducta ilícita (tanto en el art. 4.2 del ET, como en la LISOS o incluso en el código penal), por lo que había tenido una formulación jurisprudencial no legislativa similar a la de la discriminación indirecta o a la de la discriminación por razón de embarazo y maternidad, que merecía idénticas reflexiones a las que más arriba se hicieron. Pero en el caso del acoso por razón de sexo, nunca existió un reconocimiento jurisprudencial previo en España.

2. LA DISCRIMINACIÓN INDIRECTA

2.1. Elementos configuradores básicos de la discriminación indirecta

El concepto de discriminación indirecta se originó en el derecho norteamericano, con relación al establecimiento de requisitos educativos mínimos que, sin ser necesarios para el desarrollo de una actividad, excluían mayoritariamente a los candidatos de raza negra, que dadas las circunstancias sociales de la época tenían mayor dificultad para acceder a niveles educativos superiores²¹. La jurisprudencia norteamericana configuró la doctrina de la discriminación indirecta en torno a las siguientes características: (i) el primer elemento conceptual es la desproporción estadística: una determinada política o actuación (en este caso empresarial, aunque podría ser también convencional o institucional) provoca de hecho un impacto más negativo en un colectivo que en otro; (ii) la discriminación indirecta solo existe cuando dicho impacto negativo se produce contra alguno de los colectivos protegidos en los textos normativos correspondientes (causas concretas de la Carta americana) y no en general cuando causa perjuicio a un colectivo no protegido; (iii) la empresa se libera de responsabilidad tan solo si consigue probar que su política o actuación, generadora del impacto adverso, resulta justificada por la naturaleza de la actividad empresarial (*business necessity*). Esta doctrina jurisprudencial se fue matizando en sentencias posteriores, dando lugar a una progresiva extensión de la protección antidiscriminatoria: de un lado, se operó una ampliación de las causas prohibidas de discriminación, que permitió incluir el acoso (tanto sexual como causal) y justificó la incorporación de nuevas causas que, siquiera indirectamente, podían incorporarse a las que expresamente establecía la *Civil Rights*

²¹ En *Griggs v. Duke Power Co.* (401 US 424, 431 (1971)) la Corte Suprema norteamericana se enfrentó por primera vez a un supuesto constitutivo de discriminación indirecta por razón de raza. Tras la aprobación en Estados Unidos de la *Civil Rights Act* en 1964 algunas empresas alteraron los criterios de acceso a las categorías que querían seguir reservando a los trabajadores de raza blanca estableciendo requisitos que raramente concurrían en los candidatos de raza negra (particularmente, dada la política educativa de la época, la acreditación de haber superado el *High School*). La Corte Suprema americana consideró que si la empresa no alcanzaba a probar la justificación empresarial de los requisitos formativos en relación con la actividad a desarrollar la conducta era constitutiva de discriminación prohibida por el impacto desproporcionado que ocasionaba a los integrantes de colectivos protegidos (*disparate impact*). La diferencia estadística en contra de los trabajadores negros no encontraba justificación objetiva y razonable y por ello hizo prosperar su reclamación.

*Act*²². De otro lado, la doctrina de la discriminación indirecta desencadenó la también la inversión (o modificación) de la carga de la prueba, de modo que una vez presentada la prueba estadística derivada de una conducta empresarial concreta (*prima facie case*) la carga de la prueba recae en el empresario, quien deberá justificar la medida como necesaria para el funcionamiento empresarial (*business necessity*)²³. Desde entonces hasta la fecha, la doctrina de la discriminación indirecta ha dado lugar en Estados Unidos a multitud de pronunciamientos que han matizado su alcance, por ejemplo con relación a las cualidades no imprescindibles en el momento del acceso pero necesarias en caso de promoción²⁴ o con relación al alcance de la prueba estadística²⁵. En todo caso resulta fundamental destacar que la configuración de la discriminación indirecta supuso, en estados Unidos, el punto de arranque de una doctrina muy consolidada que se ha ramificado en multitud de áreas. El acoso y los instrumentos procesales facilitadores de su defensa son los más conocidos, pero también las cuotas a la contratación y el establecimiento de medidas preventivas para el acoso tienen su origen en la doctrina norteamericana de la discriminación indirecta, puesto que las sentencias condenatorias a las empresas en las que se detectaba estadísticamente alguna de estas manifestaciones discriminatorias desencadenaron la autoaplicación de cuotas y planes de acción preventivos, siquiera con la finalidad de liberarse de responsabilidad en caso de proceso judicial.

2.2. Normativa y doctrina jurisprudencial comunitaria sobre la discriminación indirecta por razón de sexo

Dos han sido las vertientes principales en la consolidación del concepto de discriminación indirecta por razón de sexo por parte del TJCE: de un lado, la identificación de los trabajos de igual valor ha sido el elemento fundamental en la conceptualización de la discriminación indirecta retributiva; de otro lado, el trato diferenciado y peyorativo a los trabajadores a tiempo parcial ha permitido consolidar jurisprudencialmente el concepto de discriminación indirecta en relación con vertientes no siempre retributivas de la relación laboral.

De ellos cabe deducir un concepto unitario de discriminación indirecta: (i) se trata de una discriminación de dimensión colectiva relacionada con colectivos protegidos²⁶ y de

²² Esta apreciación es particularmente interesante porque, a menos que otras causas de discriminación encuentren acomodo en alguna de las contempladas en los textos constitucionales o Cartas correspondientes, no pueden dar lugar a discriminación en ninguna de sus vertientes (directa o indirecta) o derivaciones (acoso). Al respecto resulta particularmente interesante la vinculación del acoso por orientación sexual al acoso por razón de sexo (título VII de la Carta de derechos civiles norteamericana) que dio lugar a sentencias de la Corte Suprema como en *Oncale v. Sundowner* 2 523 US 75 (1998).

²³ El Tribunal rechaza así la comparación horizontal, HENRY PERRIT, *Civil rights in the workplace*, Ed. Panel Publisher, Nueva York, 2001, pág. 274.

²⁴ Memorando del representante Hyde, 164 Congressional record H9543-H9547.

²⁵ *Dothard v. Rawlinson*, 433 US 321, 330 (1977).

²⁶ Constituye manifestación del principio de no discriminación, y no del principio de igualdad, por lo que el impacto producido sobre colectivos no protegidos por el ordenamiento jurídico comunitario (constituido básicamente

identificación estadística²⁷, lo que impide calificar de discriminatorias indirectamente a aquellas medidas normativas que tengan un efecto adverso sobre determinado colectivo no protegido por el ordenamiento en cuestión (ii) se trata de una discriminación por el resultado y no por la intención²⁸; (iii) a diferencia de la discriminación directa, la indirecta admite justificación objetiva y razonable. Ello a su vez supone que en los supuestos de discriminación indirecta la consecuencia nunca puede ser otra que la de la erradicación del trato desigualatorio, en tanto en cuanto en el supuesto de discriminación indirecta, pese al resultado de la prueba estadística sobre determinado colectivo protegido, resultará posible el mantenimiento de la norma, cláusula etc. causa del impacto adverso²⁹ si la misma tiene una justificación objetiva y razonable, tanto en sus objetivos como en la proporcionalidad de sus medios³⁰.

Con relación a la clasificación profesional y a la valoración de puestos de trabajo el TJCE ha utilizado tradicionalmente criterios bastante restrictivos, aunque la tendencia podría estar alterándose en la actualidad. Como principio general, una diferencia salarial fáctica entre categorías masculinizadas y feminizadas debe partir para su validez de dos presupuestos: de su carácter necesario para la ejecución del trabajo; y de la utilización de otros criterios también relevantes y neutros en la valoración de las aptitudes requeridas para todas las clasificaciones implicadas en la comparativa³¹. Por ello se ha considerado un argumento justificador de medidas que ocasionen discriminaciones indirectas, el criterio de los familiares a cargo para la determinación de la cuantía de las prestaciones asistenciales, pese a que, de hecho, implica prestaciones menores para las mujeres. Y también lo ha sido el criterio de la política de empleo y la política social utilizado por cada uno de los Estados miembros³². No obstante, el criterio de los dependientes a cargo no ha servido para justificar prestaciones de cuantía indirectamente discriminatoria cuando éstas tuvieran naturaleza contributiva y no asistencial³³. El criterio de la antigüedad se consideró tradicionalmente

camente por mujeres y extranjeros comunitarios no nacionales del país de referencia) resultan irrelevantes. Para un análisis de ésta y otras las notas diferenciales entre el principio de igualdad y de no discriminación, RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO-FERRER y FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Igualdad y discriminación*, Madrid, 1986, pág. 156 ss.

²⁷ Para un análisis de los mecanismos para la identificación del impacto desproporcionado en los integrantes de determinados colectivos (el objeto de la prueba estadística) QUINTANILLA NAVARRO, *Discriminación retributiva: diferencias salariales por razón de sexo*, Valencia, 1999, pág. 115 ss.

²⁸ Analizando el elemento diferencial de la intencionalidad BARRÉRE UNZUETA, *Discriminación, derecho antidiscriminatorio y acción positiva en favor de las mujeres*, Madrid, 1997, pág. 58 ss.

²⁹ El concepto de impacto adverso, antecedente inmediato del concepto de discriminación indirecta, proviene del Derecho norteamericano (*disparate impact*) y se originó en el asunto *Griggs v. Duke Power*, 1971, 401, US, 424. Ya realicé un comentario al respecto en, BALLESTER PASTOR, «Discriminación por razón de sexo en el acceso al empleo», *RL*, 3-4, 1993, pág. 37 ss.

³⁰ RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, «Discriminación por razón de sexo y embarazo de la trabajadora», *RL*, 1, 1991, pág. 3.

³¹ Asunto Rummmler - Dato, STJCE 1-7-1986, C-237/1985. Un comentario de la misma por Ortiz Lallana, «El principio de igualdad salarial y las discriminaciones indirectas (Notas sobre la sentencia del TJCE de 1 de julio de 1986)», *AL*, 17, 1987.

³² Asunto Rinner Khun, STJCE 13-7-1989, C-171/88.

³³ Asunto Comisión c. Bélgica, sentencia de 7 de mayo de 1991, C-229/89. Un comentario por Landa Zapirain, «Presente y futuro de la regulación comunitaria sobre la igualdad de trato por razón de sexo: su significado para el derecho español de la seguridad social», *REDT*, 55, 1992, pág. 668.

como justificado³⁴, pese a sus indudables efectos peyorativos en la población trabajadora femenina, estadísticamente más precaria. Pero en los últimos años esta interpretación podría haberse alterado, puesto que en el asunto Cadman³⁵ el TJCE ha admitido la posibilidad de que el criterio de la antigüedad para la clasificación profesional pueda configurar una discriminación indirecta por razón de género: no ha eliminado radicalmente la posibilidad de que el criterio de la antigüedad pudiera implicar discriminación indirecta por razón de género, como habían hecho las sentencias precedentes (Asunto Danfoss), sino que más matizadamente, ha admitido la posibilidad de que el criterio de la antigüedad en la empresa pueda suponer discriminación indirecta por razón de género, al suponer un impacto estadístico en el colectivo femenino, si no tiene justificación objetiva y razonable. En el fallo de la sentencia puede leerse: «En el supuesto de que la utilización del criterio de la antigüedad como factor que contribuye a la fijación de las retribuciones redunde en disparidades de retribución, para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor, entre los trabajadores y las trabajadoras que han de incluirse en la comparación, el artículo 141 CE debe interpretarse en el sentido de que: — Dado que, por regla general, la utilización del criterio de la antigüedad es idónea para alcanzar la finalidad legítima de recompensar la experiencia adquirida que coloca al trabajador en condiciones de cumplir mejor sus tareas, el empresario no está obligado a justificar de un modo especial que la utilización de dicho criterio sea idónea para alcanzar la citada finalidad en lo que atañe a un puesto de trabajo determinado, a no ser que el trabajador facilite datos que puedan hacer nacer dudas fundadas a este respecto; — Cuando para la fijación de la retribución se utilice un sistema de clasificación profesional fundado en una evaluación del trabajo que debe realizarse, no es necesario acreditar que un trabajador considerado individualmente haya adquirido, durante el período pertinente, una experiencia que le haya permitido desempeñar mejor su trabajo». Adviértase, en todo caso, que la doctrina del TJCE sobre la discriminación indirecta en el ámbito retributivo está evolucionando en sentido corrector de la doctrina clásica, extendiendo el alcance de la discriminación indirecta a zonas en las que tradicionalmente se había entendido justificado el impacto adverso.

En cambio, la doctrina jurisprudencial comunitaria en torno a la discriminación indirecta en el ámbito del trabajo a tiempo parcial podría estar teniendo una evolución en diferente sentido. En este ámbito la tendencia históricamente expansiva en torno al concepto de discriminación indirecta podría estar dando lugar en la actualidad a cierta estabilidad e incluso retroceso del concepto. En el trabajo a tiempo parcial la relación con la concurrencia de discriminación indirecta por razón de sexo ha resultado tradicionalmente más que evidente: las normas, cláusulas o actuaciones que configuran un tratamiento laboral peyorativo para los trabajadores a tiempo parcial, constituyen discriminación indirecta por razón de sexo dada la composición mayoritariamente femenina de esta modalidad contractual (a menos que concurra justificación objetiva y razonable para la medida originaria del impacto adverso). Esta vinculación explica el volumen de sentencias emitidas por el TJCE

³⁴ Asunto Danfoss, STJCE 17-10-1989, C-109/88.

³⁵ STJCE 3-10-2006, C-17/05.

al respecto³⁶, de cuya evolución es posible deducir una cierta contención en los primeros años de la década de los 90.

Hasta el año 1990 el Tribunal comunitario consolidó su doctrina en torno a la discriminación indirecta por razón de sexo en relación con el trabajo a tiempo parcial a partir de la cual no solo la diferencia retributiva entre trabajadores a tiempo completo y parcial era constitutiva de aquel tipo de discriminación³⁷, sino también la diferencia establecida para ambos tipos contractuales en relación al acceso a aumentos salariales³⁸, a pensiones de jubilación³⁹, a ciertos beneficios por incapacidad⁴⁰ o a indemnizaciones por despido colectivamente negociadas⁴¹. Esta tendencia expansiva pareció detenerse con los asuntos Megner Scheffel⁴² y Nolte⁴³. Estas sentencias podrían enmarcarse en una tendencia de mayor alcance que, a la sombra del concepto de política social, estaría probablemente socavando el ámbito aplicativo de la discriminación indirecta. Desde antiguo el argumento de la política social como competencia exclusiva de cada Estado había servido para que el TJCE justificara determinadas medidas públicas que ocasionaban un constatado impacto adverso en el colectivo femenino⁴⁴, si bien la justificación se limitaba a las medidas públicas de carácter asistencial: cuando, al contrario, las medidas establecidas se limitaban o condicionaban ante circunstancias que recaían mayormente en integrantes del colectivo femenino y que se referían a prestaciones o beneficios de carácter contributivo (que dependían de cotizaciones previas) existían más posibilidades de que sí se constatará la existencia de discriminación indirecta⁴⁵. Por ejemplo, cuando ante el TJCE se planteó la posibilidad que ofrecía a los empresarios una legislación interna (la alemana) de excluir a los trabajadores a tiempo parcial de una medida de protección social consistente en el mantenimiento del salario total durante todo el tiempo que durara la situación de enfermedad, el Tribunal comunitario declaró la medida en cuestión constitutiva de discriminación indirecta

³⁶ Un análisis de las más relevantes en CABELLA PEREIRO y LOUSADA AROCHENA, *El nuevo régimen legal del trabajo a tiempo parcial*, Granada, 1999, pág. 5 ss.

³⁷ Por todos, asunto Jenkins, STJCE 31-3-1981, C-96/80, en el que se establecía: *Una diferencia de retribución entre trabajadores a tiempo completo y trabajadores a tiempo parcial no constituye discriminación prohibida por el art. 119 del Tratado de Roma, salvo cuando consiste en realidad en un medio indirecto para reducir el nivel de retribución de los trabajadores a tiempo parcial, debido a la circunstancia de que ese grupo de trabajadores se compone de manera exclusiva o de forma preponderante de personas de sexo femenino.*

³⁸ Asunto Nimz, sentencia de 7-2-1991, C-184/89.

³⁹ Asunto Bilka, sentencia de 13-5-1986, C-170/84.

⁴⁰ Asunto Rinner Khun, sentencia de 13-7-1989, C-171/88.

⁴¹ Asunto Kowalska, sentencia de 27-7-1990, C-33/89.

⁴² Asunto Megner Scheffel, sentencia de 14-12-1995, C-444/93.

⁴³ Asunto Nolte, sentencia de 14-12-1995, C-317/93.

⁴⁴ Así, por ejemplo, en el asunto Teuling, sentencia de 11-6-1987, C-30/85 el TJCE consideró acorde al derecho comunitario la normativa que atribuía ciertos beneficios a los trabajadores con familiares a cargo, lo cual tenía un indudable efecto en el colectivo femenino que, pese a cotizar, raramente contaba con ellos (con la definición que de familiares a cargo hacía la normativa interna).

⁴⁵ Así, por ejemplo, se constató en el asunto Comisión c. Bélgica, STJCE 7=5=1991, C-229/89. Para un comentario del sentido y alcance de esta sentencia, LANDA ZAPIRAIN, «Presente y futuro de la regulación comunitaria sobre la igualdad de trato por razón de sexo: su significado para el Derecho español de la Seguridad Social», *REDT*, 55, 1992, pág. 688.

ta⁴⁶. Definitivamente, pues, el criterio de la proporcionalidad y necesidad de la medida en cuestión, puesta en conexión con otros instrumentos similarmente efectivos y menos perjudiciales⁴⁷, puede sintetizarse del siguiente modo: cuando el impacto adverso tiene una manifestación retributiva⁴⁸ o prestacional estrictamente contributiva, el TJCE ha mostrado cierta tendencia a admitir la existencia de discriminación indirecta. Sin embargo, cuando la prestación en cuestión se difumina en el concepto de política social, desapareciendo o desvaneciéndose sus elementos contributivos, el TJCE suele entender justificado el impacto adverso y por tanto no constitutivo de discriminación indirecta.

Recientemente, se ha abierto otra vertiente nueva de la esfera pública como justificante del impacto adverso. La última manifestación de este repliegue del concepto de discriminación indirecta se ha producido a partir de la sentencia de 22-6-2004⁴⁹, que no consideró constitutivo de discriminación indirecta el que a efectos de indemnización por extinción de contrato se computara el periodo de excedencia por servicio militar pero no la excedencia por cuidado de hijos. Pese al claro impacto masculino y femenino de cada una de las excedencias el carácter obligatorio y de servicio público del servicio militar sirvió para justificar la legalidad comunitaria de la diferencia de trato. El caso recuerda, desde otra perspectiva, las argumentaciones del TJCE para entender acomodada al derecho comunitario la prohibición para el acceso a ciertos institutos de las Fuerzas Armadas⁵⁰, relacionado con la competencia exclusiva de los Estados miembros en el modo de establecer los mecanismos de defensa nacional (aunque ciertamente el argumento no era en la sentencia de 2004 propiamente tal defensa nacional sino el carácter obligatorio del servicio militar). En todo caso, política social, política defensiva y, en definitiva, ejercicio de poderes públicos de competencia exclusivamente interna, terminan por justificar el impacto adverso y por reducir el ámbito aplicativo de la discriminación indirecta por razón de sexo en el ámbito jurisprudencial comunitario. Sin duda esta perspectiva debe ser tenida en cuenta a la hora de determinar el alcance de la discriminación indirecta por causa étnica o racial.

Resulta particularmente interesante que la primera formulación normativa comunitaria del concepto de discriminación indirecta apareciera en una Directiva de carácter procesal, la Directiva 97/80, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo⁵¹. En parte, este hecho se explica por la doctrina norteamericana del impac-

⁴⁶ Asunto Rinner Khun, sentencia de 13-7-1989, C-171/88.

⁴⁷ Una reflexión al respecto por PÉREZ DEL RÍO, «Introducción. Principios de discriminación indirecta y acción positiva. Estructura y articulación de la negociación colectiva», en VVAA, *La discriminación por razón de sexo en la negociación colectiva*, Madrid, 1997, pág. 31. Asimismo, RODRÍGUEZ PIÑERO, «Discriminación por razón de sexo y embarazo de la trabajadora», *RL*, 1, 1991, pág. 3.

⁴⁸ Aplicando un concepto amplio de retribución que comprende también los beneficios ligados a aportaciones a regímenes profesionales de seguridad social (o seguridad social complementaria en terminología española). Así se reconoció desde antiguo en el asunto Barber, sentencia de 17-5-1990, C-262/1988. En similar sentido, asunto Ten Oever, sentencia de 6-10-1993, C-109/1991, asunto Moroni, sentencia de 14-12-1993, C-110/1991, asunto Menauer, sentencia de 9-10-2001, C-379/1999, asunto Niemi, sentencia de 12-9-2002, C-351/2000.

⁴⁹ C-220/2002.

⁵⁰ Asunto Johnston, sentencia de 15-5-1986, C-222/84, asunto Sirdar, sentencia de 26-9-1999, C-273/1997, y asunto Dory, sentencia de 11-3-2003, C-186/2001, entre otros.

⁵¹ El art. 2 de la Directiva 97/80 establece lo siguiente: «A efectos del principio de igualdad de trato contemplado en el apartado 1, existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparente-

to adverso, puesto que la modificación de la carga de la prueba surgió como consecuencia del reconocimiento previo de la discriminación indirecta. Resultaba, por ello, un tanto incomprensible que el derecho comunitario hubiera reconocido dicho instrumento de defensa procesal para los supuestos de discriminación sin haber normativizado previamente su concepto. Con todo, ya desde antiguo, el TJCE realizó una importante labor consolidando los caracteres de la discriminación indirecta⁵², que fueron matizándose inicialmente en torno a la discriminación por razón de la nacionalidad⁵³ para pasar posteriormente a la discriminación por razón de sexo. Pese a la reciente definición normativa del concepto, el mismo se encontraba en el derecho comunitario derivado desde la década de los 70⁵⁴. Actualmente el concepto de discriminación directa e indirecta aparece en cada una de las tres directivas antidiscriminatorias con un alcance muy similar. En la Directiva 2006/54 el concepto es el siguiente: «Discriminación indirecta: la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios»

2.3. El tratamiento de la discriminación indirecta en España: doctrina jurisprudencial y relevancia de la ley 3/2007

En España, la identificación de discriminaciones indirectas ha ido ligada en sus inicios a los criterios de determinación de la clasificación profesional. Tradicionalmente, el establecimiento de criterios para el acceso a ciertas categorías que implicaban, de hecho, la exclusión de la mujer raramente fue considerado motivo de discriminación por los Tribunales españoles⁵⁵. Es más, resultaba necesario probar la identidad de tareas realizadas para entender que concurría discriminación remuneratoria (concepto de igual retribución por trabajo igual que regía antes de la modificación del art. 28 ET por medio de la ley 11/1994). La sentencia del Tribunal Constitucional 145/1991, de 1=7=1991⁵⁶, introdujo por

mente neutro afecte a una proporción sustancialmente mayor de miembros de un mismo sexo salvo que dicha disposición, criterio o práctica no resulte adecuado y necesario y pueda justificarse con criterios objetivos que no estén relacionados con el sexo».

⁵² Desarrollé la evolución jurisprudencial del concepto en mi trabajo BALLESTER PASTOR, *Diferencia y discriminación normativa por razón de sexo*, Valencia, 1994, pág. 42 ss.

⁵³ Uno de los primeros casos en los que se planteó el concepto de discriminación indirecta en relación a la nacionalidad fue el Asunto Sotgiu c. Deutsche Bundespost, sentencia de 12-2-1974, C-152/73.

⁵⁴ En el art. 2 de la Directiva 76/207 se establecía: «El principio de igualdad de trato en el sentido de las disposiciones siguientes, supone la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, bien sea directa o indirectamente, en lo que se refiere, en particular, al estado matrimonial o familiar».

⁵⁵ Me detuve en su análisis en BALLESTER PASTOR, *Diferencia y discriminación normativa...*, op. cit. pág. 58 ss.

⁵⁶ También reconociendo (aunque en ocasiones con diferente alcance) el principio de discriminación indirecta en razón de una clasificación salarial encubridora de discriminaciones salariales, entre otras, SSTCo. 58/1994, de 27-10; y 147/1995, de 16-10.

primera el concepto de discriminación indirecta por razón de sexo, con relación a un sistema de clasificación profesional contenido en convenio colectivo. Con esta sentencia la intención discriminatoria deja de ser la única causa de discriminación, puesto que el resultado discriminatorio, libre de intención resulta igualmente ilícito al aplicar los parámetros comparativos estadísticos propios de la discriminación indirecta. La hipervaloración de condiciones que recaen mayoritariamente en hombres y que se refleja en la mayor retribución asignada a categorías o funciones masculinizadas (en la STCo. 145/1991 dicho criterio era el esfuerzo físico) constituye discriminación indirecta por razón de sexo si no se aplican criterios objetivos de valoración para la retribución correspondiente a las categorías feminizadas con relación a condiciones o criterios que mayoritariamente concurren en la población femenina.

Hasta hace poco tiempo ni la jurisprudencia española ordinaria ni la constitucional se habían enfrentado a la cuestión de la discriminación indirecta por razón de sexo generada por un eventual trato peyorativo dispensado a los/las trabajadores/as a tiempo parcial. Al mismo tiempo, la normativa específica sobre trabajadores a tiempo parcial ha atendido preferencialmente al objetivo de promocionar su utilización, aun a costa de establecer un régimen jurídico que, en muchas ocasiones, resultaba claramente peyorativo respecto a los trabajadores a tiempo completo. De hecho, las reformas en materia de prestación social para el trabajo a tiempo parcial no han tenido, pese a las expectativas que había abierto la directiva sobre trabajo a tiempo parcial (Directiva 97/81), una repercusión relevante en el fomento de la compatibilidad horaria y, específicamente, como medida de igualdad de oportunidades. Las garantías establecidas para el pacto, determinación, notificación, consolidación, etc de las horas complementarias pretendían funcionar como garantía genérica para la detención del emergente trabajo a llamada, lo cual sin duda repercute también en beneficio de la mujer trabajadora. Pero vuelven a obviarse los problemas específicos de la necesidad de ajuste horario en evitación de abandonos del mercado de trabajo por parte de la población femenina, cuyo nivel de desempleo y segregación laboral no necesitan ser reiterados ahora. Específicamente deben denunciarse los problemas que sigue generando la pretendida y no conseguida voluntariedad en la transformación del contrato a tiempo completo en parcial y viceversa, así como la falta de promoción (o simple consideración) a las situaciones de reducción de jornada con preferencia (o simple garantía) para el retorno al puesto inicial, o la escasa sensibilidad mostrada en materia de formación continua o especialidades de los trabajadores con responsabilidades familiares. Asimismo, importante repercusiones en el trabajo femenino implica la actual posibilidad de que, por convenio colectivo, se establezca un periodo de preaviso para la realización de horas complementarias inferior a los siete días que inicialmente se configuraron⁵⁷.

Podría decirse, no obstante, que con relación a los trabajadores a tiempo parcial, se observa cierta tendencia de la jurisprudencia constitucional más reciente en sentido favorable a su matizada consideración como factor de discriminación indirecta por razón de género. Un momento en esta evolución jurisprudencial particularmente relevante fue la STCo. 253/2004 de 22-12,⁵⁸: En ella se consideró contrario al principio de igualdad ante

⁵⁷ Art. 12.5. d ET, según redacción dada por la ley 12/2001.

⁵⁸ En similar sentido STCo. 49/2005, de 14-3-2005.

la ley y, secundariamente, constitutivo de discriminación indirecta por razón de sexo el hecho de que la norma española de seguridad social requiriera cinco horas de trabajo para considerar un día completo de cotización a efectos de carencia mínima para el acceso a las prestaciones. El Tribunal Constitucional analiza la finalidad de la exigencia de carencia (que es la vinculación mínima por cierto tiempo al mercado de trabajo) y considera que la graduación de la cuantía de la prestación correspondiente a los trabajadores a tiempo parcial ya se realiza a partir de la menor base reguladora que les resulta aplicable. Concluye así que el criterio de las cinco horas de equivalencia para aplicar un día completo de carencia supone una penalización normativa del trabajo a tiempo parcial carente de justificación y constitutivo de discriminación indirecta por razón de sexo. Sin embargo, esta tendencia ha tenido ya sus retrocesos, a pesar de que se trataba de situaciones directamente vinculadas al cuidado de los hijos y, por lo tanto, más relacionadas con la condición femenina del trabajador. Así ha sucedido con las reducciones de jornada por cuidado de hijos y con sus efectos en la base reguladora de las correspondientes prestaciones: El Tribunal Supremo consideró que no constituía discriminación indirecta por razón de sexo el que para la determinación de la prestación de desempleo contributivo se tuviera en cuenta como base reguladora la retribución reducida en atención a la reducción de jornada por cuidado de hijos que resultaba de aplicación a la trabajadora⁵⁹. Más adelante, el propio Tribunal Constitucional llegó a la misma conclusión al inadmitir el recurso en el que se solicitaba que se declarase constitutivo de discriminación indirecta el que para la determinación de la base reguladora en el acceso a pensiones se computase como base relevante la base reducida correspondiente al tiempo en que la trabajadora se encontraba en situación de reducción de jornada por cuidado de hijos⁶⁰. En ambos casos tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo argumentaron que la corrección de los efectos perniciosos que una regulación de esta naturaleza tenía sobre los/las trabajadores/as con responsabilidades familiares no correspondía al poder judicial sino al poder legislativo, lo que finalmente se produjo parcialmente en la Ley 3/2007 (infra). Y ello aunque en momentos históricos anteriores el Tribunal Supremo hubiera actuado decididamente, corrigiendo formulaciones legislativas que provocaban situaciones injustas, por medio de la instauración de figuras totalmente novedosas (la institución del paréntesis para la determinación de la base reguladora es una institución que sin demasiada dificultad podía haberse aplicado en el caso de trabajadores en situación de reducción de jornada). En todo caso, resulta indudable que en España el debate acerca de la discriminación indirecta y el trabajo a tiempo parcial ha quedado finalmente abierto.

El concepto de discriminación indirecta que configura el art. 6.2 de la ley 3/2007 es, con muy ligeras diferencias, casi exactamente igual que el concepto establecido en el art. 2.1.b de la Directiva 2006/54. Establece el texto de la norma española: «Se considera discriminación indirecta por razón de sexo la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pone a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro, salvo que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificar-

⁵⁹ SSTS 6-4-2004, 2-11-2004, 4-11-2004, 23-11-2004, 21-2-2005, 14-3-2005, 31-1-2006.

⁶⁰ Auto del Tco, pleno 200/2007, de 27-3-2007.



se objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados».

Es razonable pensar que, dadas las circunstancias, la formulación expresa del concepto de discriminación indirecta no alterará sustancialmente el alcance que hasta ahora tenía en nuestro ordenamiento. Al menos teóricamente, la discriminación indirecta en la valoración de puestos de trabajo e incluso en la regulación del trabajo a tiempo parcial ha sido ya reconocida, siquiera con matices, por el Tribunal Constitucional. Y el concepto que siempre ha aplicado es esencialmente el mismo que actualmente se encuentra formulado en el art. 6.2 de la Ley 3/2007. Pero la formulación expresa del concepto en la regulación española actual tiene un par de virtualidades añadidas: de un lado va a servir para que su alcance se consolide en la jurisprudencia ordinaria, donde su alcance práctico se encontraba considerablemente más limitado que en la jurisprudencia constitucional; de otro lado, en el texto de la Ley 3/2007 se pueden encontrar elementos instrumentales secundarios que pueden servir para consolidar el concepto de discriminación indirecta y para asegurar que su aplicación se realiza correctamente en sede judicial. Así, por ejemplo, la Ley 3/2007 responde a la doctrina jurisprudencial que no había considerado constitutivo de discriminación indirecta el cálculo de la base reguladora conforme a bases reducidas por reducción de jornada por guarda legal y corrige expresamente el mecanismo de cálculo para permitir que se tenga en cuenta en tal periodo el 100% de la retribución anterior a la reducción (art. 211.5 LGSS por DA 18 Ley 3/2007). Es una corrección parcial, porque no se refiere a todas las prestaciones sino tan solo a la prestación de desempleo, pero indudablemente introduce un criterio interpretativo más generoso con el concepto de discriminación indirecta que debiera ser tenido en cuenta en futuras resoluciones judiciales correspondientes a situaciones de similar significación. Asimismo, la ley 3/2007 advierte reiteradamente de la posibilidad de que el órgano judicial solicite informe o dictamen de los organismos públicos competentes⁶¹, lo que resulta fundamental para acceder a los conocimientos y datos técnicos precisos (estadísticos o de valoración de puestos de trabajo) para detectar posibles discriminaciones indirectas.

3. EL CONCEPTO DUAL DE ACOSO

La Ley 3/2007 diferencia, como hace la Directiva 2002/73 (y el art. 2 de la Directiva 2006/54), entre acoso sexual y acoso por razón de sexo⁶². Este último concepto es particularmente novedoso y se incardina dentro de los acosos causales, por las causas establecidas en el art. 13 TCE, que se encuentran actualmente configurados en las Directivas 2000/43 y 2000/78. A su vez, el acoso causal por las causas contempladas en estas dos Directi-

⁶¹ Establece el art. 13.1 en su segundo párrafo de la ley 3/2007: «A los efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, el órgano judicial, a instancia de parte, podrá recabar, si lo estimase útil y pertinente, informe o dictamen de los organismos públicos competentes». La misma redacción se configura para el art. 217.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su DA quinta.

⁶² Sobre el alcance de ambos conceptos, entre otros, VALLEJO DACOSTA, «El acoso sexual y acoso por razón de sexo: riesgos de especial incidencia en la mujer trabajadora», *RL*, 5, 2007, pág. 15 ss.

vas se encuentra formulado en el art. 28.1.d. de la Ley española 62/2003, con un alcance muy similar al que se establece en las Directivas comunitarias, pero con algunas diferencias bastante interesantes con relación al acoso por razón de sexo del art. 7.2 de la ley 3/2007. A diferencia de los otros conceptos antidiscriminatorios elementales, el concepto de acoso por razón de género y de acoso sexual no han tenido desarrollo jurisprudencial comunitario, al menos hasta ahora, puesto que el reconocimiento de ambos se ha producido por primera vez en la Directiva 2002/73. El concepto de acoso por razón de sexo también es nuevo en el ordenamiento español, pero no así el de acoso sexual que, pese a carecer de formulación legislativa disponía de un marco sancionatorio elemental⁶³ en el ámbito laboral⁶⁴ y había dado lugar a múltiples pronunciamientos jurisprudenciales.

La explicación de un marco conceptual tan confuso, que aglutina dentro del mismo concepto de acoso, comportamientos y situaciones de tan distinta naturaleza (acoso discriminatorio por causas múltiples y acoso sexual) encuentra su explicación probablemente en la evolución de la normativa antidiscriminatoria norteamericana, de la que surgieron los conceptos que ahora se formulan en la normativa comunitaria y en la totalidad de los Estados de la Unión Europea. De un lado, el acoso sexual en Estados Unidos pudo beneficiarse de la protección privilegiada que derivaba de la *Civil Rights Act*, previa su configuración como conducta discriminatoria por razón de sexo, para lo cual, previamente, tuvo que configurarse también el concepto de acoso discriminatorio por razón de género. Una vez reconocido éste, el siguiente paso fue el reconocimiento de los acosos discriminatorios por las otras causas de discriminación prohibidas⁶⁵. En este contexto, el acoso causal (por género y por otras causas) es sencillamente el paso previo para el reconocimiento del acoso sexual en una normativa como la norteamericana que basa exclusivamente el reconocimiento de los derechos fundamentales en la empresa alrededor del principio de no discriminación. Podría plantearse si en el derecho continental, que dispone de mecanismos específicos de defensa de derechos fundamentales, incluido el derecho a la dignidad, resulta necesaria esta compleja diversificación del concepto de acoso: de un lado, el acoso sexual podría derivar directamente del derecho a la dignidad; de otro lado, los acosos llamados causales no son sino manifestaciones extremas de conductas discriminatorias ordinarias.

La explicación, con todo, es simple si se parte del origen norteamericano de los principios antidiscriminatorios comunitarios y de la propia configuración de los mismos en relación con el inexistente marco de derechos fundamentales en la Unión Europea. Debe partirse del dato de que no existe un reconocimiento general de derechos fundamentales en el

⁶³ El art. 4.2.e ET configuraba como atentado a la dignidad de las personas «las ofensas verbales o físicas de naturaleza sexual». A su vez el art. 8.13 LISOS tipificaba estas conductas como infracción administrativa muy grave. Un comentario crítico por PÉREZ DEL RÍO, «El acoso sexual en el trabajo: su sanción en el orden social», *RL*, tomo II, 1990.

⁶⁴ Al respecto, entre otros, ALTÉS TÁRREGA, *El acoso sexual en el trabajo*, Valencia, 2002, pág. 51 ss.

⁶⁵ Una teorización acerca de la ampliación de los conceptos de acoso a partir de la conexión del acoso sexual con la conducta antidiscriminatoria por razón de sexo, derivada también del acoso por orientación sexual, entre otros, por AMELIA CRAIG, «Musing about sexual orientation discrimination based on sex and sexual orientation as gender role discrimination», *California review of Law and women studies*, 5, 1995, pág. 105 ss; y DEBORAH SÁLENSE, «When men harass men: is it sexual harassment?» *Political and Civil Rights law review*, 1997, pág. 67 ss.



ámbito europeo, por lo que la situación en la Unión, se asemeja mucho a la del derecho norteamericano. De hecho, como se sabe el único derecho fundamental expresamente reconocido en el derecho comunitario es el de no discriminación. Desde esta perspectiva adquiere pleno sentido que el acoso sexual se considere expresamente en este ordenamiento como discriminación por razón de sexo (al igual que en el ordenamiento norteamericano) lo que le permite encontrar justificación en el art. 13 TCE y al mismo tiempo, aplicarle las garantías instrumentales contenidas en la Directiva 2006/54. El reconocimiento comunitario de los acosos causales (incluido el acoso por razón de género) adquiere en el ámbito comunitario el mismo sentido que adquirió en el derecho norteamericano: permite incorporar el derecho a la dignidad, que no se encuentra expresamente formulado ni en el ordenamiento comunitario ni en el ordenamiento norteamericano, en el ámbito de los derechos fundamentales relevantes e intensifica, desde un punto de vista estrictamente promocional, la gravedad de las conductas de mayor entidad y gravedad.

La paradoja surge inevitablemente cuando los principios comunitarios antidiscriminatorios surgidos alrededor del concepto de acoso por las razones descritas, deben forzosamente transponerse en los ordenamientos internos, que sí pueden tener, como en el caso español, una formulación expresa y extensiva de los derechos fundamentales en general y del derecho a la dignidad laboral en particular. En este contexto puede resultar tan incomprensible que el acoso sexual se ramifique desde el principio de no discriminación, como que los acosos causales constituyan un concepto esencialmente diferente de la discriminación causal ordinaria.

3.1. El acoso por razón de sexo

El antecedente inmediato español del acoso por razón de sexo se encuentra en el art. 28.1.d de la ley 62/2003, que da desarrollo a las Directivas comunitarias 2000/43 y 2000/78. En este precepto se define este acoso causal, por múltiples causas entre las que no se encuentre el género, de la siguiente manera: «Acoso: toda conducta no deseada relacionada con el origen racial o étnico, la religión o convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual de una persona, que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra su dignidad y crear un entorno intimidatorio, humillante u ofensivo. Mas adelante el mismo precepto establece: El acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual se consideran en todo caso actos discriminatorios».

La concurrencia de acoso causal requiere que el comportamiento del acosador tenga como objetivo atentar contra la dignidad de la víctima o que cause este efecto. El concepto parece pues tener dos vertientes: intención del ofensor o resultado en la víctima. Teóricamente ello permitiría considerar la existencia de acoso cuando la intención del acosador fuera ofensiva, independientemente de la percepción de la víctima, pero ello no es necesariamente así porque el propio precepto establece la necesidad de oposición de ésta (conducta no deseada). Efectivamente, el precepto comienza destacando que la existencia de acoso se da cuando se produce una conducta «no deseada». Ello implica que la percepción de la víctima resulta fundamental para la calificación. Esta perspectiva subjetiva del concepto de acoso, que no contempla siquiera la posibilidad de introducir criterios objetivos

correctores, presenta importantes problemas básicamente por requerir prueba de que la víctima estaba disconforme con la conducta, lo que a su vez reconduce a la necesidad de probar la existencia de oposición expresa. La prueba de esta oposición es complicada en un contexto de dependencia como el laboral. La perspectiva subjetiva no se entiende además cuando se refiere a un comportamiento discriminatorio motivado por religión, etnia, edad etc... Puede tener cierta explicación en el acoso sexual, porque existe un espacio para las relaciones interpersonales en el seno de la empresa que se desea preservar, pero es difícil pensar en un acoso por alguna de las razones mencionadas en el art. 28 de la ley 62/2003 que no resulte desagradable para el sujeto receptor de la misma y que justifique su falta de oposición. Resulta particularmente interesante que el art. 28 de la ley 62/2003 española haya reproducido tal cual el concepto de las Directivas comunitarias sin siquiera incorporar el corrector elemento objetivo que para el acoso sexual estableció nuestro Tribunal Constitucional ya en 1999 (infra). Un elemento particularmente interesante de la regulación del acoso causal en la normativa comunitaria y en la Ley 62/2003 es la naturaleza del acoso, que es siempre de naturaleza discriminatoria. En este contexto el acoso es un grado, el más grave, de discriminación. Dado el especial tratamiento del acoso causal con relación a las conductas meramente discriminatorias, la cuestión queda reconducida a determinar la línea que delimita ambas situaciones (mera discriminación y acoso causal).

Pero uno de los principales defectos de la ley 62/2003 fue que en este rudimentario desarrollo del derecho comunitario dejó fuera la Directiva 2002/73, que incluía el concepto de acoso sexual y acoso por razón de sexo. Aquel se refiere a la conducta que pretende la satisfacción sexual del ofensor. En cambio, el acoso por razón de sexo es similar al que se acaba de describir como acoso causal, siendo precisamente el sexo de la víctima la causa de la ofensa. El art 1.2 de la Directiva 2002/73 (actual art. 2.1.c Directiva 2006/54) establecía : «Acoso: la situación en que se produce un comportamiento no deseado relacionado con el sexo de una persona con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de la persona y de crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo.... Mas adelante señalaba: El acoso y el acoso sexual en el sentido de la presente Directiva se considerarán discriminación por razón de sexo y, por lo tanto, se prohibirán».

Destaca en este concepto de acoso por razón de sexo su gran similitud con el acoso causal configurado, para el resto de causas discriminatorias, en la Directiva 2000/43, en la Directiva 2000/78 y en el art. 28.1.d Ley 62/2003. Es un concepto que plantea fundamentalmente dos críticas: la primera es que resulta difícil identificar una conducta discriminatoria por razón de sexo que no configure un entorno intimidatorio u hostil, con lo cual resulta difícil deslindar una discriminación ordinaria por razón de sexo y un acoso por esta causa. Presumiblemente el acoso por razón de sexo vendrá constituido por una discriminación de mayor entidad o relevancia, pero en todo caso resulta difícil determinar los límites; la segunda es que tanto en el concepto español para los acosos por causas múltiples de la Ley 62/2003 como en las tres Directivas comunitarias antidiscriminatorias (incluida la Directiva 2002/73 —y la Directiva 2006/54—), se utiliza un concepto de acoso causal, de naturaleza subjetiva⁶⁶, puesto que expresamente se requiere para su concurrencia que sea «no

⁶⁶ A diferencia del concepto de acoso en el derecho norteamericano, que acepta parámetros objetivos relacionados con la percepción social mayoritaria. En el asunto *Harris v. Forklift Systems, Inc.* (510 US, 17, 1993, la



deseado» por parte de la víctima. Ello incorpora implícita e inexplicablemente al concepto un elemento subjetivo de oposición de la víctima que puede dificultar notablemente la prueba, y que en parte ha sido corregido en la ley española 3/2007 para el acoso por razón de sexo.

Efectivamente, el acoso por razón de sexo aparece configurado en el art. 7.2 de la Ley 3/2007 del siguiente modo: «Constituye acoso por razón de sexo cualquier comportamiento realizado en función del sexo de una persona, con el propósito o el efecto de atentar contra su dignidad y de crear un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo». En su art. 7.3 se establece que el acoso por razón de sexo se considerará en todo caso discriminatorio, al igual que el acoso sexual. La principal diferencia entre este concepto de acoso y el comunitario (por razón de sexo y por las otras causas del art. 13 TCE) es que desaparece en el texto español el término «no deseado», con lo que se abre una posibilidad interpretativa del acoso por razón de sexo de naturaleza mucho más objetiva que la formulada en la normativa comunitaria. La supresión en la norma española del término «no deseado» permite considerar la existencia de acoso por razón de sexo aunque no conste la oposición de la víctima, presumiblemente cuando la conducta constitutiva de la situación humillante creada fuera de tal entidad objetiva (se entiende, para una persona media en circunstancias consideradas normales) que justificara por sí misma la calificación como acoso.

La redacción de la norma española es mucho más consecuente con la naturaleza del acoso causal que la normativa comunitaria: resulta difícil pensar en una conducta humillante u ofensiva por razón del género de la víctima que pudiera ser bienvenida y deseada por ésta. Por tanto, la necesidad de que el comportamiento origen de la situación creada sea «no deseado» no incorpora verdaderamente un requisito adicional al concepto de acoso por razón de sexo, sino que constituye en realidad una especificación o manifestación de su carácter humillante u ofensivo. Y ello porque el acoso no sería tal, por no resultar humillante, si fuera consentido por el sujeto pasivo. La razón de que en las Directivas comunitarias 2000/43, 2000/78 y 2002/73 (posteriormente Directiva 2006/54) se haya incorporado al concepto de acoso el inciso de «no deseado» se explica por el hecho de que en la conceptualización de los acosos causales se han reproducido los elementos esenciales del acoso sexual (que era un concepto de mayor solera y que había sido objeto de múltiples estudios en Derecho comunitario —por todos Informe Rubinstein sobre el programa de hostigamiento sexual en los Estados miembros de las Comunidades Europeas, 1987—). En el concepto de acoso sexual el carácter «no deseado» de la conducta podría, teóricamente, tener cierta justificación para garantizar que no se sancionan los comportamientos de acercamiento sentimental en el seno de la empresa, que fueran bienvenidos o aceptados (aunque en todo caso, hay otros mecanismos para garantizar el mismo fin que no resultan tan arbitrarios en una relación como la laboral, de dependencia intensa). De cualquier modo, el requisito de ser «no deseado» resulta total y absolutamente injustificado en el contexto de la discriminación causal, por lo que su desaparición en la ley 3/2007 para la discrimina-

Corte Suprema de los Estados Unidos estableció que «la víctima debe percibir el ambiente como abusivo y una persona razonable y objetiva debe también encontrar el ambiente hostil y ofensivo». Al respecto, DEBORAH ZALESNE, «Sexual harassment law in the United States and South Africa: facilitating the transition from legal standards to social norms», *Harvard's women's law journal*, vol 25, 2002, pág. 171.

ción por razón de género merece, sin duda, una valoración positiva. Lamentablemente, dado el carácter de transposición literal que tuvo la Ley 62/2003 en su art. 28.1.d respecto a las Directivas 2000/43 y 2000/78, cuando el acoso se produce por causa de religión, convicciones, edad, discapacidad, orientación sexual o etnia, se requiere para su existencia que conste su carácter «no deseado», con lo que implícitamente se exige la constancia de la oposición de la víctima a la conducta discriminatoria causante de humillación, y se le obliga a comportamientos casi heroicos, difícilmente exigibles en un contexto de dependencia laboral y mucho menos dadas las circunstancias personales y sociales en las que las víctimas podrían encontrarse.

Existe una precisión conceptual, en la ley 3/2007, un tanto desconcertante: en su art. 7.4 se especifica expresamente el acoso de intercambio o *quid pro quo* para referirlo tanto al acoso por razón de sexo como al acoso sexual y para atribuirle en todo caso naturaleza discriminatoria. Señala este precepto: «El condicionamiento de un derecho o de una expectativa de derecho a la aceptación de una situación constitutiva de acoso sexual o de acoso por razón de sexo se considerará también acto de discriminación por razón de sexo». No plantea problema alguno la calificación como discriminatoria de la conducta referida, pero sí que puede resultar difícilmente comprensible la existencia de un acoso por razón de sexo de intercambio. El acoso sexual de intercambio es la manifestación más intensa del acoso sexual, e implica el anticipo de un mal o la pérdida de un bien si no se accede al requerimiento sexual del ofensor. No se encuentra expresamente definido en el texto del art. 2.1.d de la Directiva 2006/54, que tan solo se refiere al llamado acoso ambiental (la configuración de un ambiente hostil y degradante por una conducta contraria a la dignidad de índole sexual). Pero el acoso sexual de intercambio se entiende incluido en el concepto comunitario de acoso sexual porque el ambiental se menciona tan solo, como una de las posibles manifestaciones del mismo. Resulta, con todo, dificultoso pensar en un acoso por razón de género de intercambio, en el que una persona aceptara ser objeto de discriminación intensa constitutiva de esta modalidad de acoso, como condición para obtener o no perder un beneficio. Ciertamente esta circunstancia concurre en casi todas las situaciones constitutivas de discriminación por razón de género, pero es ciertamente extraño que la proposición en tal sentido se produzca, porque lo habitual es que la discriminación se realice, de hecho, hasta llegar a constituir el ambiente hostil que lo caracteriza, sin que el ofensor lo admita o lo reconozca como proposición.

3.2. El acoso sexual

El art. 1.2 de la Directiva 2002/73 (actual art. 2.1.d Directiva 2006/54) establece: «Acoso sexual: la situación en que se produce cualquier comportamiento verbal, no verbal o físico no deseado de índole sexual con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo». Las características del concepto comunitario podrían sintetizarse del siguiente modo: 1) especifica el tipo de conductas relevantes, que son tanto las verbales como las no verbales o físicas, por ello no añade nada al término «comportamiento» o «conducta» que con carácter general se utiliza en otras definiciones. Se echa en falta, con todo, la referencia a las omisiones constitutivas de acoso, lo que permitiría inte-



grar en el concepto la responsabilidad empresarial; 2) Teóricamente el acoso viene determinado tanto por la intención del ofensor como por el efecto realmente causado, aunque el carácter «no deseado» incorpora al concepto elementos subjetivos determinantes, y otorga valor fundamental a la percepción de la víctima y, por tanto, también a la prueba de su oposición a la conducta del ofensor; 3) El concepto contempla tanto el acoso de intercambio (amenaza de un mal si no se accede al requerimiento de naturaleza sexual) como el ambiental (creación de un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo), porque aunque solo se menciona este último expresamente se refiere la expresión «en particular».

De interés resulta destacar que en el ordenamiento español, por interpretación ya antigua del Tribunal Constitucional, el concepto debe incorporar necesariamente elementos de carácter objetivo. En la STCo. 224/1999, de 13 de diciembre el Alto Tribunal refería lo siguiente: «En resumen, pues, para que exista un acoso sexual ambientalmente recusable ha de exteriorizarse, en primer lugar, una conducta de tal talante por medio de un comportamiento físico o verbal manifestado, en actos, gestos o palabras, comportamiento que además se perciba como indeseado e indeseable por su víctima o destinataria, y que, finalmente, sea grave, capaz de crear un clima radicalmente odioso e ingrato, gravedad que se erige en elemento importante del concepto. En efecto, la prohibición del acoso no pretende en absoluto un medio laboral aséptico y totalmente ajeno a tal dimensión de la persona, sino exclusivamente eliminar aquellas conductas que generen, objetivamente, y no sólo para la acosada, un ambiente en el trabajo hosco e incómodo. En tal sentido, la práctica judicial de otros países pone de manifiesto que ese carácter hostil no puede depender tan sólo de la sensibilidad de la víctima de la agresión libidinosa, aun cuando sea muy de tener en cuenta, sino que debe ser ponderado objetivamente, atendiendo al conjunto de las circunstancias concurrentes en cada caso, como la intensidad de la conducta, su reiteración, si se han producido contactos corporales humillantes o sólo un amago o quedó en licencias o excesos verbales y si el comportamiento ha afectado al cumplimiento de la prestación laboral, siendo por otra parte relevantes los efectos sobre el equilibrio psicológico de la víctima para determinar si encontró opresivo el ambiente en el trabajo. Así, fuera de tal concepto quedarían aquellas conductas que sean fruto de una relación libremente asumida, vale decir previamente deseadas y, en cualquier caso, consentidas o, al menos, toleradas».

Ciertamente en este párrafo la perspectiva objetiva se presenta como un límite a percepciones subjetivas de la víctima que pudieran exceder de lo razonable, pero sin duda cabe una lectura general de lo establecido por el Tribunal Constitucional en los casos de acoso, que permita considerar la concurrencia de éste cuando existan parámetros de conducta lo suficientemente graves para resultar ofensivos por sí mismos, independientemente de la oposición que expresamente pudiera haber manifestado la víctima. Podría decirse pues que en el ordenamiento español el concepto de acoso consolidado con anterioridad a la Ley 3/2007 parte de la misma perspectiva subjetiva que propugna la norma comunitaria, si bien filtrada y corregida por elementos objetivos cuando concurren elementos de gravedad suficiente. No quiere ello decir que ambos sean de concurrencia obligatoria para que se entienda que concurre acoso sexual: significa que el elemento subjetivo (carácter no deseado) es el elemento configurador primero pero matizado por el elemento objetivo de la gravedad de la conducta en atención a lo que razonablemente cualquier persona hubiera

sentido al respecto, aun a pesar de que la oposición a la ofensa no se haya manifestado con total rotundidad.

Consecuentemente con esta interpretación, matizadamente objetiva, del concepto de acoso sexual que ha anticipado, siquiera implícitamente, el Tribunal Constitucional, el art. 7.1 de la ley 3/2007 establece un concepto en el que no aparece la referencia al carácter «no deseado» del mismo. Literalmente señala: «Sin perjuicio de lo establecido en el código penal, a los efectos de esta Ley constituye acoso sexual cualquier comportamiento, verbal o físico, de naturaleza sexual, que tenga el propósito o produzca el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo». Se trata de un concepto esencialmente idéntico al comunitario, con la sola diferencia de la desaparición a la referencia de «no deseado», lo que permite aplicar cierto filtro objetivo para detectar su concurrencia, independientemente de que conste la oposición de la víctima. La cuestión que inevitablemente se plantea es si, de este modo, la Ley 3/2007 no estaría excediéndose respecto a la norma comunitaria, al configurar un concepto que parece proscribir todo tipo de acercamientos sentimentales en el ámbito laboral, a riesgo de presumirlos, salvo prueba en contrario, constitutivos de acoso sexual. Es fácil concluir, sin embargo, que ese riesgo es inexistente porque, como apuntábamos más arriba para el acoso por razón de género, un acercamiento consentido sencillamente no podría considerarse humillante u ofensivo. En definitiva, la referencia expresa que en la norma comunitaria se hace al carácter «no deseado» del acoso sexual resulta una precisión innecesaria y desconcertante, porque va implícita en la calificación como humillante u ofensiva que resulta esencial para la calificación de la conducta como acoso sexual. En este contexto, la desaparición del inciso «no deseado» en la norma española no conduce a que desaparezca la necesidad de prueba de falta de consentimiento. Significa, sencillamente, que tal evidencia no debe ser tan expresa y evidente como parece deducirse cuando expresamente se requiere en el tenor normativo. Permite, en definitiva, valorar todas las circunstancias concurrentes en la relación laboral (particularmente en atención a la subordinación contractual) para considerar que concurre incluso, en ocasiones, sin que conste abiertamente la oposición de la víctima.

La última cuestión que plantea el concepto de acoso sexual es su estructura y naturaleza: De un lado, la ley 3/2007 en su art. 7.4 define expresamente el acoso sexual de intercambio, lo que no hace el art. 2 de la Directiva 2006/54, que se limita a conceptualizar el acoso ambiental; de otro lado, con relación a su naturaleza, el art. 7.3 de la Ley 3/2007 establece el carácter discriminatorio de las conductas constitutivas de acoso sexual y acoso por razón de sexo, con el siguiente tenor: «Se considerarán en todo caso discriminatorios el acoso sexual y el acoso por razón de sexo». En el apartado cuarto del mismo art. 7 de la Ley 3/2007 se establece que el acoso de intercambio «se considerará también acto de discriminación por razón de sexo». La norma española reproduce así lo establecido en el art. 2.2.a de la Directiva 2006/54. La calificación como discriminatoria de la conducta constitutiva de acoso por razón de sexo resulta redundante porque, por su esencia, implica un grado intenso de discriminación hasta el punto de configurar un entorno intimidatorio u hostil. Más relevante resulta la calificación como discriminatoria por razón de sexo de cualquier conducta constitutiva de acoso sexual, puesto que el motor de la conducta prohibida no es propiamente el género de la víctima, sino la satisfacción sexual del ofensor. Al menos teóricamente, dicha satisfacción podría motivar acosos que fueran independientes del

sexo de la víctima (piénsese en exposiciones de material pornográfico, en comentarios no relacionados con características anatómicas sino en la propia actividad sexual o en acosos de intercambio llevados a cabo por sujetos bisexuales). Ello no obstante, la normativa comunitaria incluyó, a partir de la reforma operada por medio de la Directiva 2002/73, un concepto de acoso sexual que participaba directa y expresamente de la naturaleza discriminatoria por razón de sexo. En parte, esta opción es comprensible por el carácter femenino mayoritario de las víctimas de discriminación, pero sin duda existen otras razones. La primera, es la inexistencia de mecanismos de protección efectivos ligados a derechos fundamentales distintos a la discriminación en algunos países de la Unión Europea. Otra razón podría ser el carácter homogéneo que se ha pretendido dar en el ámbito comunitario a todas las causas de discriminación prohibidas por el art. 13 TCE y que ha hecho que se asimile la protección dispensada a todos los supuestos de acoso, incluido el acoso sexual. Parece que el concepto de acoso causal ha surgido en las tres directivas comunitarias como un mecanismo para destacar la relevancia y trascendencia de las conductas discriminatorias extremas, susceptibles de configurar climas laborales hostiles y degradantes por razón de la edad, sexo, discapacidad, religión, convicciones u orientación sexual de la víctima. La adopción del término acoso para describir este tipo de conductas discriminatorias extremas tenía por objeto destacar la gravedad de las consecuencias que podían generarse a partir de las mismas, hasta el punto de constituir climas laborales tan hostiles como los que habían caracterizado las conductas constitutivas de acoso sexual. Este fenómeno ha tenido, no obstante, un carácter bilateral, porque si bien los acosos causales han nacido como ramificaciones del acoso sexual (al menos desde la perspectiva de sus efectos o consecuencias), el acoso sexual ha adoptado la naturaleza discriminatoria que caracterizaba a aquellos, hasta producir una unificación de régimen jurídico que puede presentar problemas desde una perspectiva estrictamente jurídica, pero que en todo caso sirve para destacar la gravedad y trascendencia de las discriminaciones causales y para dotar a las víctimas de acoso sexual de un marco de garantías e instrumentos de defensa más intensos.

Por lo demás, el reconocimiento del acoso por razón de género y del acoso sexual en el art. 7 de la Ley 3/2007, se despliega en un doble sentido en su texto: de un lado se corrigen los defectos motivados por la insuficiente transposición operada por la Ley 62/2003, de modo que en la configuración de los supuestos de acoso prohibidos y en la descripción de sus efectos (particularmente la posibilidad de despido disciplinario) se refieren expresamente las situaciones de acoso por razón de género y acoso sexual⁶⁷. De otro lado, se configuran expresamente en la Ley española de igualdad obligaciones de naturaleza preventiva de las conductas constitutivas de acoso sexual y acoso por razón de sexo (art. 48 Ley 3/2007), con lo que en parte la Ley trata de compensar la reticencia administrativa y judicial hasta ahora manifestada a considerar el acoso sexual como riesgo incluido en la actividad preventiva que corresponde al empresario en aplicación de la normativa de prevención de riesgos laborales⁶⁸.

⁶⁷ Mediante reformas en el art. 4.2.e ET y en el art. 54 ET. Sobre su alcance, DE LA PUEBLA PINILLA, «Dimensión laboral de la ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres», *RL*, 8, 2007, pág. 3 de 23.

⁶⁸ Un comentario de esta tendencia por ALTÉS TÁRREGA, *El acoso sexual en el trabajo*, op. cit. pág. 67 ss.

4. LA DESIGUALDAD PARA LA IGUALDAD: IGUALDAD DE OPORTUNIDADES Y ACCIÓN AFIRMATIVA

La consecución de la igualdad efectiva como objetivo fundamental de la Ley 3/2007, pasa desde su propio título a todos y cada uno de sus preceptos, incluidos los conceptuales del Título I. Este objetivo se configura rotundamente en el art. 1 de la Ley 3/2007, cuando establece que «Esta Ley tiene por objeto hacer efectivo el derecho de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres». La efectividad de la igualdad requiere una tarea de mayor trascendencia que la mera igualdad formal: de un lado, requiere de una aplicación transversal a todos y cada uno de los aspectos de la vida⁶⁹; de otro, supera la mera igualdad formal porque obliga a la desigualdad para la igualdad, lo que conduce a la necesidad de aplicar medidas de acción positiva.

Pero, de nuevo, la finalidad de transposición comunitaria asumida por la Ley 3/2007 adquiere una perspectiva contradictoria en su art. 5: después de haber configurado el principio general de aplicación del principio de igualdad efectiva a todas y cada una de las vertientes de la vida (art. 1.1) establece en el art. 5 un principio de igualdad de oportunidades limitado exclusivamente al ámbito laboral (aunque sea con un concepto extensivo)⁷⁰. Ello sucede porque el art. 5 de la ley reproduce el ámbito material del principio de igualdad de oportunidades de la Directiva 2002/73 (actualmente, en el art. 14 de la Directiva 2006/54), produciendo una transposición expresa que queda ya comprendida en otros preceptos de la Ley.

Por lo demás, la igualdad de oportunidades es un concepto que trasciende la mera igualdad de trato y que se enmarca en el concepto material y no meramente formal de la igualdad. Implica que para restablecer la igualdad real no resulta suficiente la mera equiparación, sino que resulta también necesaria la desigualación igualadora. Este es el principal sentido del concepto de acción positiva o acción positiva que, desde esta perspectiva, no sería una excepción de la igualdad sino una manifestación de la misma. Históricamente la normativa comunitaria en materia antidiscriminatoria por razón de sexo ha tendido funda-

⁶⁹ La aplicación de la Ley a todas cada una de las vertientes de la vida se manifiesta en múltiples ocasiones a lo largo del texto de la Ley 3/2007. Particularmente interesantes son, con todo, las manifestaciones de este principio en el Título Preliminar y en el Título Primero. En el art. 1.1 se establece que constituye objeto de la ley «la eliminación de la discriminación de la mujer, sea cual fuere su circunstancia o condición, en cualesquiera de los ámbitos de la vida...».

⁷⁰ El art. 5 de la ley 3/2007 establece lo siguiente: «Igualdad de trato y de oportunidades en el acceso al empleo, en la formación y en la promoción profesionales, y en las condiciones de trabajo. El principio de igualdad de trato y de oportunidades entre hombres y mujeres, aplicable en el ámbito del empleo privado y en el del empleo público se garantizará, en los términos previstos en la normativa aplicable, en el acceso al empleo, incluso al trabajo por cuenta propia, en la formación profesional, en la promoción profesional, en las condiciones de trabajo, incluidas las retributivas y las de despido, y en la afiliación y participación en las organizaciones sindicales y empresariales, o en cualquier organización cuyos miembros ejerzan una profesión concreta, incluidas las prestaciones concedidas por las mismas. No constituirá discriminación en el acceso al empleo, incluida la formación necesaria, una diferencia de trato basada en una característica relacionada con el sexo cuando, debido a la naturaleza de las actividades profesionales concretas o al contexto en el que se llevan a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado».

mentalmente a la paridad de trato⁷¹, de modo que las medidas desigualatorias para la igualdad han sido, en principio, consideradas excepcionales⁷². La incorporación al art. 141.4 TCE del reconocimiento de la acción positiva como mecanismo para la igualdad, más que como excepción a la igualdad⁷³, supone un cambio de perspectiva importante, si bien la formulación de este precepto en el TCE no supera los criterios clásicos establecidos tiempo atrás por el TJCE sino que mayoritariamente los incorpora. La misma perspectiva normalizadora de la acción afirmativa han adoptado las tres directivas antidiscriminatorias.

El TJCE, antes de estas formulaciones normativas de la acción positiva, ya había consolidado, en torno a la compensación de la discriminación por razón de sexo, su propia doctrina acerca del alcance comunitario de aquella. La primera de las sentencias al respecto fue la dictada en el asunto Kalanke⁷⁴. Como contrapunto, la sentencia dictada en el asunto Marschall⁷⁵ sirvió para delimitar más claramente el alcance de la acción afirmativa legítima para el derecho comunitario e informó directamente el contenido del art. 141.4 TCE (principio de no discriminación por razón de sexo). Más adelante sus presupuestos fueron reiterados y matizados por las sentencias dictadas por el TJCE en los asuntos Badeck⁷⁶ y Abrahamsson⁷⁷. Dentro de la confusión que supone el hecho de que ante situaciones muy similares (cuotas para el acceso al empleo en la Administración alemana) el TJCE haya llegado a conclusiones diferentes, de la interpretación conjunta de las sentencias dictadas en los asuntos Kalanke y Marschall⁷⁸ es posible un acercamiento al sentido de lo que el TJCE considera como acción afirmativa lícita con respecto al derecho comunitario. De entre todas las modalidades posibles de acción afirmativa el establecimiento de cuotas a la contratación es uno de los procedimientos más cuestionados por cuanto el perjuicio⁷⁹ oca-

⁷¹ Así lo destacaban RODRÍGUEZ PIÑERO Y FERNANDEZ LOPEZ, *Igualdad y discriminación...*, op. cit. pág. 153.

⁷² Señala PÉREZ DEL RÍO, «Introducción. Principios de discriminación indirecta y acción positiva. Estructura y articulación de la negociación colectiva», en VVAA, *La discriminación por razón de sexo en la negociación colectiva*, Madrid, 1997, pág. 35, que «el fundamento de la acción positiva en Derecho comunitario no es especialmente fuerte; las normas con eficacia vinculante que contemplan la acción positiva, y que no exigen su adopción, simplemente la permiten, lo hacen como una excepción al principio de igualdad de trato y no discriminación por razón de sexo, es decir, desde el principio de igualdad formal...».

⁷³ Art. 141.4: «Con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral, el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado miembro mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales».

⁷⁴ Sentencia de 17-10-1995, C-450/93.

⁷⁵ Sentencia de 11-11-1997, C-409/95.

⁷⁶ Sentencia de 28-3-2000, C-158/97.

⁷⁷ Sentencia de 6-7-2000, C-407/98.

⁷⁸ Que han sido objeto de múltiples estudios. Por todos, RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, «Igualdad de oportunidades y prioridad de la mujer en los ascensos en la sentencia Marshall del TJCE», *RL*, 24, 1997; LÓPEZ ANODÓN, «La discriminación positiva femenina (Comentarios sobre la discriminación positiva femenina surgidos a raíz de la sentencia del Tribunal de Justicia Europeo de 11 de noviembre de 1997, caso Marshall contra Nordrhein Westfalen)», *Actualidad jurídica Aranzadi*, 323, 1997; BALLESTER PASTOR, «Reserva de puestos de trabajo, acción afirmativa y discriminación inversa (Un análisis conceptual y de legalidad tras la sentencia Marschall)», *RL* 18, 1998; More, «Case 409/95, Helmut Marschall v. Land Nordrhein Westfalen», *Common market law review*, vol 36, 2, 1999.

⁷⁹ Para un comentario acerca de las connotaciones que supone la utilización del concepto de «perjuicio para los hombres» en lugar de «no obtención de beneficio», en el asunto Kalanke, BARRERE UNZUETA, *Discriminación, derecho antidiscriminatorio y acción positiva a favor de las mujeres*, Madrid, 1997, pág. 112 ss.

sionado a los integrantes del colectivo excluido del beneficio resulta más evidente. Es por eso que, así como el TJCE ha interpretado y filtrado el alcance de las medidas de acción afirmativa de resultado (cuotas), ha admitido con carácter general, sin siquiera cuestionarlas, las medidas de objetivos o promocionales⁸⁰. Pero no todas las acciones afirmativas de resultado son contrarias al derecho comunitario, sino tan solo aquellas que sobrepasan el concepto de acción afirmativa para configurarse en medidas de discriminación inversa⁸¹. La única diferencia entre las normas que dieron lugar al asunto Kalanke y al asunto Marschall es lo que se ha llamado la cláusula de salvaguarda (*saving clause*). En el asunto Marschall la preferencia femenina quedaba enervada cuando recaían en el candidato masculino condiciones que inclinaban la balanza a su favor, de ahí derivó el TJCE que no existía atentado al derecho individual de otros candidatos, puesto que la cuota se aplicaba tan solo en el caso de igualdad total de méritos. En cambio, en el asunto Kalanke no existía esta garantía, porque la candidata femenina tenía preferencia en la contratación siempre que pasara los requisitos mínimos para llevar a cabo la actividad. Con todo, la lógica aplicativa del TJCE era idéntica en los asuntos Kalanke y Marschall por cuanto en ambos se preferenciaban los derechos individuales frente a los colectivos⁸². En otras palabras, el TJCE admitió la legitimidad comunitaria de las cuotas femeninas a la contratación siempre y cuando se respetara la vertiente individual de los excluidos de la preferencia, sin plantear siquiera la posibilidad de un tratamiento específico y diferente para la discriminación grupal, que sigue careciendo de una teorización razonable⁸³.

En el ámbito interno español, en múltiples ocasiones el Tribunal Constitucional ha reconocido la validez constitucional de las medidas de acción afirmativa. Una de las primeras fue la sentencia 128/1987, de 16-7, en la que el Tribunal admitió la constitucional de una cláusula contenida en convenio colectivo que limitaba a las mujeres el disfrute de un complemento de guardería por hijo a cargo. Se trataba de un pronunciamiento que tomaba como punto de partida un planteamiento, al menos cuestionable (la responsabilidad de la mujer de las responsabilidades domésticas y familiares). Pese a todo, la sentencia fue el detonante de otras muchas que se pronunciaron en torno a la legitimidad de tales medidas. Cuando la doctrina de la igualdad real vino a sustituir a la doctrina de la igualdad por arriba⁸⁴ sirvió para legitimar, e incluso para considerar constitucionalmente necesarias, se-

⁸⁰ Un análisis acerca del alcance conceptual de las medidas de objetivos y de resultados por PÉREZ DEL RÍO, «Introducción. Principios de discriminación indirecta...», *op. cit.* pág. 33 ss.

⁸¹ Utilizo el término «discriminación inversa» para calificar la diferencia normativa entre sexos que no está legitimada por no constituir un supuesto de acción afirmativa. Debe constatarse que parte de la doctrina no lo utiliza con este sentido, sino que utiliza el término de «discriminación a la inversa» como sinónimo de acción afirmativa (no necesariamente ilícita). En este sentido, GARCÍA FERNÁNDEZ, «Autonomía individual y principio de igualdad en la colocación y ascenso en la empresa», *AL*, 4, 1996, pág. 43.

⁸² VOGEL POLSKY, (Declaraciones en la reunión de expertos organizada por el Comité sobre derechos de las mujeres del Parlamento Europeo), recogido en «Equality law: two important laws adopted», *Quarterly magazine of the medium term Community action programme on equal opportunities for women and men (1996-2000)*, 4, 1998, pág. 11; en sentido similar, considerando que la formal apariencia de preferencia por la vertiente colectiva del derecho a la igualdad se encontraba profundamente condicionado por el alcance de la cláusula de salvaguarda, MORE, «Case C-409/95, Hellmut Marschall v. Land Nordrhein Westfalen», ... *op. cit.* pág. 450.

⁸³ Al respecto BARRERE UNZUETA, *Discriminación, derecho antidiscriminatorio...*, *op. cit.* pág. 119.

⁸⁴ Las primeras sentencias del Tribunal Constitucional al respecto equipararon el principio de no discriminación al de igualdad, lo que supuso, de un lado, la admisión de ciertas pruebas de razonabilidad para justificar

gún lo establecido en el art. 9.2 de la Constitución, las medidas de acción afirmativa. En realidad, el problema de la acción positiva en España tradicionalmente no ha sido tanto de constitucionalidad como de legalidad, desde el momento que el art. 17.2 del ET establecía (antes de la reforma operada por la Ley 3/2007): «Podrán establecerse por Ley las exclusiones, reservas y preferencias para ser contratado libremente». Parte de la doctrina⁸⁵ y de la jurisprudencia⁸⁶ interpretaron que este precepto impedía el establecimiento de cuotas a la contratación por medio de la negociación colectiva, aunque en alguna ocasión cierta jurisprudencia implícitamente llegó a admitirla⁸⁷, configurando una situación de gran complejidad.

La postura adoptada en la Ley 3/2007 adquiere una perspectiva múltiple: de un lado normaliza la acción positiva, equiparándola como medida para hacer efectiva la igualdad real a la formulación del art. 141.4 TCE⁸⁸; de otro lado, el art. 11 de la Ley 3/2007 trasciende el ámbito de los sujetos activos de la acción positiva: no se trata tan solo de una obligación para que los Poderes Públicos dirijan su actuación a la consecución de la igualdad real en los términos configurados en el art. 9.2 de la Constitución, sino también una posibilidad abierta a las personas privadas (art. 11.2 Ley 3/2007), que se llega a configurar incluso como obligatoria en algunos aspectos de la ley (por ejemplo, con relación a la composición equilibrada en los Consejos de administración de las sociedades mercantiles — art. 75—). Finalmente, la ley legítima las medidas de acción positiva configuradas por medio de la negociación colectiva (lo que no podía ser de otro modo dada la configuración de los planes de igualdad), pero no por medio de la alteración del art. 17.2 ET, sino por medio de la incorporación de un nuevo art. 17.4 (por la DA 11 Ley 3/2007) en el que expresamente se dice que «la negociación colectiva podrá establecer medidas de acción positiva para favorecer el acceso de las mujeres a todas las profesiones». El texto del art. 17.2 ya no es una prohibición de la acción afirmativa negociada, sino meramente una formulación de reserva de ley.

Con relación al ámbito de la acción positiva legítima, la Ley 3/2007 se mueve en el estrecho espacio dejado libre a la acción afirmativa por la doctrina del TJCE, pero con algunas matizaciones de gran interés. En el actual art. 17.4 del ET se establece la legalidad de las «reservas y preferencias en las condiciones de contratación de modo que, en igualdad de condiciones de idoneidad, tengan preferencia para ser contratadas las personas del

conductas contrarias a alguno de los criterios del art. 14, segundo inciso; y, de otro, la incorporación de la doctrina de la igualdad por arriba, o de paridad de tratamiento, en materia de requisitos para acceder a la pensión de viudedad (por todas sentencia del T.Co. 103 y 104/1983 de 22 y 23 de noviembre), lo cual supuso, a juicio de parte de la doctrina doctrina (LÓPEZ TARRUELLA y VIQUEIRA PÉREZ, «La necesaria reforma de la pensión de viudedad a la luz de la doctrina del tribunal Constitucional», *La ley*, 1990, II, pág. 457 ss), la desnaturalización de una prestación que nació con naturaleza mas asistencial que contributiva. También al respecto, ALONSO OLEA, «Discriminaciones laborales y jurisprudencia constitucional», *REDT*, 16, 1983; y RODRÍGUEZ PIÑERO, «Igualdad entre los sexos y discriminación de la mujer», *RL*, 2, 1992.

⁸⁵ Por todos, RODRÍGUEZ PIÑERO, Y BRAVO FERRER «Exclusiones, reservas y preferencias en el empleo», en *Comentarios a las leyes laborales. El estatuto de los Trabajadores*. Tomo IV, EDERSA, Madrid, 1983.

⁸⁶ Por todas, sentencia del TS 21-6-1994.

⁸⁷ Por ejemplo, en la sentencia del TS de 18 de febrero de 1994.

⁸⁸ De hecho, tanto el art. 141.4 TCE como el art. 11 de la Ley 3/2007 comienzan con el mismo tenor: «Con el fin de hacer efectivo el derecho constitucional de la igualdad...».

sexo menos representado en el grupo o categoría profesional de que se trate». En el siguiente párrafo, y con idéntica caracterización, se configura la posibilidad de las mismas medidas en el ámbito de la clasificación profesional, promoción y formación. Particularmente interesante resulta que el ordenamiento español ha incorporado las limitaciones del TJCE en torno a las cuotas por medio del inciso «en igualdad de condiciones de idoneidad». No ha utilizado ni el concepto de «igualdad de condiciones mínimas» (considerado contrario al derecho comunitario por el TJCE) ni el concepto, más estricto, de «igualdad de méritos». La igualdad en las condiciones de idoneidad utilizado en la norma española constituye una adecuada terminología porque reproduce en su esencia el criterio de la igualdad de méritos (único admitido por el Tribunal Comunitario) pero siempre y cuando se refiera estrictamente al puesto de trabajo de referencia. Este sentido y no otro tiene la utilización del término «idoneidad» en lugar del de los «méritos». De este modo, los méritos superiores que pudiera tener el candidato masculino pero que no tuvieran relación directa con el desarrollo del trabajo desaparecen a efectos comparativos. La terminología utilizada por la norma española permite descender el grado de exigencia establecido por la jurisprudencia del TJCE para entender legítima una medida constitutiva de cuota, incorporando también el concepto de discriminación indirecta. Efectivamente, al configurar mediante la idoneidad una relación directa con la actividad a realizar, el art. 17.4 ET permite filtrar aquellos méritos que en sí mismos fueran constitutivos de discriminación indirecta al impedir la aplicación de la preferencia en beneficio de la mujer, siempre y cuando estos méritos no relacionados con la actividad recayeran en mayor medida en los hombres que en las mujeres.

Particular interés despierta el tema de la posible aplicación de los límites configurados a las cuotas laborales en derecho comunitario a las otras cuotas configuradas en la norma española, sobre todo cuando tienen carácter obligatorio (cuotas en la Administración General del Estado y organismos vinculados —art. 52 Ley 3/2007—; en las candidaturas electorales —art. 44 bis de la ley Orgánica de Régimen Electoral general, por DA segunda de la Ley 3/2007—; o en los consejos de administración de las empresas societarias —art. 75 ley 3/2007). Innecesario resulta destacar que en estos ámbitos no se aplica lo establecido en el art. 17.4 ET (respecto a la idoneidad del candidato/a), sino tan solo la precisión respecto a la composición equilibrada que formula la DA primera de la Ley⁸⁹. Innecesario también resulta recordar que la doctrina limitativa de las cuotas emitida por el TJCE se refiere tan solo a la perspectiva laboral, básicamente porque cuando se produjeron los pronunciamientos correspondientes esta naturaleza tenían las Directivas de referencia. De posterior fecha fue la Directiva 2004/113, sobre el principio de no discriminación por razón de sexo en el acceso a bienes y servicios y su suministro. Esta es una de las paradojas que suscita la interpretación restrictiva de las cuotas establecida por el TJCE con relación al género: si se realiza una interpretación extensiva de esta doctrina jurisprudencial, resultaría ilícito desde el punto de vista comunitario el establecimiento de cuotas absolutas en ámbito extralaborales o para colectivos diferentes al femenino, lo que desencadenaría la

⁸⁹ DA primera Ley 3/2007: «Presencia o composición equilibrada. A los efectos de esta Ley se entenderá por composición equilibrada la presencia de mujeres y hombres de forma que, en el conjunto a que se refiera, las personas de cada sexo no superen el sesenta por ciento ni sean menos del cuarenta por ciento».



ilegalidad comunitaria de las cuotas a la contratación de minusválidos y también de las cuotas extralaborales configuradas en la Ley 3/2007. Su licitud, en cambio, quedaría a salvo si se entendiera que la doctrina del TJCE sobre las cuotas se refiere exclusivamente al colectivo femenino, aunque esto chocaría con el espíritu unitario del principio antidiscriminatorio que parece propugnar la actual normativa comunitaria.

5. LA DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE EMBARAZO Y MATERNIDAD

El art. 8 de la Ley 3/2007 establece una vinculación directa y absoluta entre el embarazo o la maternidad y la discriminación por razón de sexo al establecer que: «Constituye discriminación directa por razón de sexo todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad». Es una formulación más ambiciosa que la establecida en el art. 2.2.c de la Directiva 2006/54, en el que la discriminación por estas causas se realiza con la misma rotundidad pero sin calificarla de discriminación directa, al tiempo que se realiza una remisión a lo establecido en la Directiva 92/85⁹⁰. En materia de protección estricta del embarazo y la maternidad la Directiva 92/85, en desarrollo de la Directiva marco sobre Seguridad e Higiene (Directiva 89/391) recoge aspectos tales como la protección de la mujer embarazada o en periodo de lactancia frente a la exposición de sustancias peligrosas o frente al trabajo nocturno. Igualmente se establecen las mínimas condiciones del permiso por maternidad así como la obligación de que los Estados miembros configuren garantías eficaces frente al despido (art. 10). La jurisprudencia del TJCE en relación con el despido por causa de embarazo y maternidad se ha producido en supuestos en que el motivo directo de la extinción era la falta reiterada y objetiva de asistencia al trabajo. La postura del Tribunal queda sintetizada en dos sentencias: la dictada en el asunto Hertz⁹¹, que planteaba un supuesto de despido por faltas de asistencia motivadas por una enfermedad que, originada con el parto, se prolongaba más allá del tiempo previsto en el permiso de maternidad; y la dictada en el asunto Brown⁹² que, a diferencia de la anterior, planteaba el supuesto de un despido por faltas de asistencia correspondientes a una enfermedad relacionada con el embarazo⁹³. En el asunto Hertz el TJCE consideró que competía a los Estados la determinación temporal de cuando una enfermedad estaba o no vinculada directamente con el embarazo, por lo que justificó la aplicación del despido objetivo. En cambio, en el segundo supuesto, el Tribunal aplicó la consideración de despido discriminatorio porque las faltas de asistencia estaban directamente relacionadas con el embarazo. Ambas sentencias anticipan una diferencia entre la protección dispensada a la mujer embarazada (más intensa) respecto a la mujer que ha sido ya madre, así como respecto a la persona

⁹⁰ Art. 2.2.d. Directiva 2006/54: «A efectos de la presente Directiva, el concepto de discriminación incluirá: ... c) el trato menos favorable a una mujer en relación con el embarazo o el permiso por maternidad en el sentido de la Directiva 92/85».

⁹¹ Sentencia de 8 de noviembre de 1990, C-179/88.

⁹² Sentencia de 30 de junio de 1998, C-394/96.

⁹³ Para un comentario del alcance de ambas sentencias, PÉREZ YAÑEZ, «Un nuevo paso en la tutela comunitaria de la trabajadora embarazada. Notas sobre la STJCE de 30 de junio de 1998», *AL*, 4, 1999; y ROFES I PUJOL, «El embarazo no es una enfermedad», *Aequalitas*, 1, 1999.

que, con posterioridad, se dedica al cuidado de los hijos. Efectivamente, la protección intensa de las mujeres embarazadas se manifiesta en sentencias como las siguientes: en el asunto Dekker⁹⁴ se calificó como discriminación directa la falta de contratación de una mujer por el hecho de estar embarazada (aunque ello suponía un incremento del coste retributivo motivado por la obligada asunción empresarial del coste de la prestación de maternidad y pese a que el empresario formalizó el contrato finalmente con otra mujer); asimismo, en el asunto Tele Danmark⁹⁵, se consideró igualmente constitutivo de discriminación directa el despido de una trabajadora embarazada aunque el puesto para el que se le había contratado, incompatible con su estado, era temporal y coincidía con el tiempo en que la trabajadora no podía desempeñarlo por estar embarazada. Abierta, clara y reiteradamente ha establecido el TJCE la falta de obligación de que la trabajadora embarazada advierta de su estado en el momento de la selección. La protección durante la situación suspensiva por maternidad, posterior al parto, también participa de cierta protección: por ejemplo, en el asunto Merino Gómez⁹⁶, el TJCE estableció que la pérdida o subsunción de las vacaciones en el periodo suspensivo por maternidad resultaba contrario al derecho comunitario porque la suspensión por esta causa no puede implicar perjuicios a la trabajadora con relación a los derechos a los que hubiera tenido acceso si no se hubiera encontrado en ella. Sin embargo, la protección se difumina considerablemente cuando se produce un alejamiento temporal del momento del embarazo o el parto, puesto que claramente el TJCE no prolonga el principio de no discriminación por razón de sexo a momentos que pudieran entroncar exclusivamente con el cuidado de los hijos⁹⁷. La tibieza con que la Directiva 96/34 regula el tema de los permisos parentales en el ámbito comunitario hace que la conciliación de responsabilidades no sea una causa de discriminación prohibida en este ámbito, ni siquiera como ramificación del principio de no discriminación por razón de género. Resulta llamativo que la norma comunitaria haya extendido el principio de no discriminación en similares ámbitos al derecho norteamericano (otras causas —orientación sexual—; acoso sexual y acoso causal; modificación de la carga de la prueba...) y se haya detenido precisamente en el mismo punto en que lo ha hecho el derecho norteamericano, que también es recio a admitir que la discriminación por conciliación de responsabilidades constituye discriminación por razón de sexo (al menos hasta ahora).

Pero en este ámbito la Ley 3/2007 ha operado una regulación más comprometida que la normativa comunitaria y la norteamericana. Y ello no se deduce de su art. 8 (cuyo alcance se mueve estrictamente en la esfera reducida de la transposición comunitaria), sino más adecuadamente de otros preceptos relacionados con el derecho a la conciliación de responsabilidades, como el art. 34.8 ET (DA 11 Ley 3/2007), en el que se establece que el trabajador (independientemente de su género) tendrá derecho a adaptar su jornada para hacer efectivo su derecho a la conciliación; o el propio art. 55 del ET que, ya en regulaciones anteriores, estableció la nulidad del despido (independientemente del género) que se pro-

⁹⁴ Asunto Dekker, cit supra.

⁹⁵ STJCE 4-10-2001, C-438/99 y C-109/00.

⁹⁶ STJCE 18-3-2004, C-342/01.

⁹⁷ STJCE 8-6-2004, C-220/02. Consideró el TJCE que no constituía discriminación, siquiera indirecta, que no se computara el tiempo de antigüedad por cuidado de hijos aunque sí el tiempo dedicado al servicio militar, aunque éste era de desempeño exclusivo masculino.



dujera en personas que se encontraran ejercitando su derecho a la conciliación por medio del disfrute de alguno de los beneficios contemplados en la normativa española. Así pues, aunque la reforma operada por la Ley 3/2007 en el ámbito de la conciliación de responsabilidades se haya desarrollado del modo contenido y puntual que ha caracterizado las reformas de estas materias en años anteriores, en el plano conceptual ha operado una alteración de mayor intensidad puesto que implícitamente ha servido para incorporar la conciliación de responsabilidades a las causas de discriminación prohibidas conforme al art. 14 de la Constitución. Esta alteración operada por la ley 3/2007 no sirve solo para ampliar el ámbito de la cobertura antidiscriminatoria por género dispensada por la normativa comunitaria, dado que estadísticamente, son mayoría las mujeres que dedican su tiempo a estas actividades. Sirve también para neutralizar la atribución de responsabilidades familiares y para despegarlas siquiera teóricamente de la condición femenina. Desde esta perspectiva, el alcance conceptual de la ley 3/2007 en materia de conciliación de responsabilidades adquiere una entidad considerable.





IGUALDAD EN EL EMPLEO Y LA OCUPACIÓN

MARÍA FERNANDA FERNÁNDEZ LÓPEZ

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Sevilla

EXTRACTO

En este trabajo se analiza la vertiente de la Ley 3/2007 en que se impone la igualdad de trato y de oportunidades en el empleo y la ocupación, y se prohíbe la discriminación como consecuencia.

Se analiza en primer lugar la vertiente positiva del mandato, referida a la necesidad de que los programas públicos de activación del mercado de trabajo incorporen líneas que contemplen a la mujer como sujeto con dificultades de acceso al mercado de trabajo; y también referida a la necesidad de que se programen medidas de formación específicas que aumenten la empleabilidad de las mujeres.

La vertiente negativa del mandato tiene dos partes

La primera, referida a la prohibición de que los servicios de empleo operen con ofertas de empleo discriminatorias, lo que impone el análisis de la discriminación en las ofertas de empleo, la reserva de puestos para determinados sexos o las ofertas basadas en requisitos sexualmente caracterizados, como el esfuerzo físico.

La segunda hace referencia al momento contractual, en cuanto se niegue la contratación de una trabajadora por ser mujer o por razón de su embarazo.

En el trabajo se examinan los presupuestos de esa conducta, los medios para reaccionar contra ella y las consecuencias que puedan derivarse de ellos, sobre todo en el ámbito de la respuesta judicial.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN: EL MARCO INTERNACIONAL
2. LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL. TRES IMPORTANTES SENTENCIAS
3. LA LEY 3/2007: SU APORTACIÓN A LA MATERIA ANALIZADA
4. LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN Y EL ACCESO AL EMPLEO
 - 4.1. Las políticas de empleo y la empleabilidad de las mujeres
 - 4.2. Los intermediarios laborales y las ofertas de empleo discriminatorias
 - 4.3. Las reacciones frente a las ofertas de empleo discriminatorias
5. LA DISCRIMINACIÓN EN EL MOMENTO DE LA CONTRATACIÓN
 - 5.1. Empleo y discriminación, supuestos asimilados
 - 5.2. Discriminación y empleo: las preferencias de colocación
 - 5.3. La discriminación en el empleo: supuestos
 - 5.4. Discriminación y empleo: las justificaciones
 - 5.5. La discriminación y el empleo: medios de reacción

1. INTRODUCCIÓN: EL MARCO INTERNACIONAL

La igualdad en el acceso al empleo es una de las condiciones necesarias para alcanzar la incorporación de la mujer a la vida social y económica, en ese espacio público que no ha sido su sede durante muchos años. La importancia de esta faceta de la igualdad, por eso, ha sido explícitamente subrayada en los más importantes instrumentos internacionales que han tenido a la vista la prohibición de discriminación, en general, y la prohibición de discriminación contra la mujer en particular.

Recordemos que el trascendental Convenio 111 de la OIT define precisamente la discriminación como un proceso que conduce a la supresión o la reducción de la igualdad de oportunidades y de trato «en el empleo» y la ocupación. Pero en el ámbito específico de la lucha contra la discriminación contra la mujer las declaraciones son progresivamente más explícitas, incluida la propia Recomendación 111 que versa sobre esta materia. De este modo, en la Convención para la erradicación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 1979, se dedica todo un precepto —el art. 11— a la relación de la mujer con el empleo y, dentro del carácter intensamente laboral del precepto destaca su apartado b), que impone a los Estados miembros la obligación de eliminar la discriminación y garantizar «el derecho a las mismas oportunidades en el empleo, inclusive a la aplicación de los mismos criterios de selección en cuestiones de empleo». Es coherente con ello el que en la Plataforma de Acción adoptada por la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, celebrada en Pekín en 1995, la posición de la mujer en el ámbito de la economía y el empleo se mencionase como una de las 12 áreas de especial preocupación, que requerían la adopción de medidas específicas por los Estados miembros. En concreto, por lo que hace al seguimiento de su aplicación, se subraya que «Las mujeres continúan tropezando con barreras que se oponen a su potenciación económica y a sus actividades empresariales. Entre esos obstáculos se incluyen la discriminación de la mujer en la educación, la capacitación, la contratación, el acceso al crédito y el derecho a la propiedad y la herencia; los niveles de remuneración y frecuencia de promoción inferiores por igual trabajo; y las mayores responsabilidades domésticas. Las mujeres rurales y las trabajadoras migrantes se ven particularmente afectadas durante los períodos de contracción económica en que son mucho más vulnerables al desempleo y suelen verse forzadas a soportar una carga aún mayor de trabajo no remunerado».

Siendo esto así, no resulta especialmente llamativo que en el marco de la Unión europea, en el que por razones históricas ha recibido un tratamiento especialmente cuidadoso el juego del principio de igualdad y no discriminación entre mujeres y hombres (tan conocido que excusa su referencia), la necesaria protección de los derechos y expectativas de las mujeres en el acceso al empleo y la contratación hayan recibido una atención especial, en los Tratados y en el derecho derivado. En efecto, una vez proclamado en los arts. 2 y 3 del TCE la igualdad entre mujeres y hombres misión de la Comunidad y como uno de los objetivos comunes de la Unión, es corolario obligado que el art. 137 TCE prevea que «para la consecución de los objetivos del artículo 117, sobre objetivos sociales «la Comunidad apoyará y completará la acción de los Estados miembros en los siguientes ámbitos: ... la igualdad entre los hombres y las mujeres por lo que respecta a las oportunidades en el mercado laboral y el trato en el trabajo». Y, de esta forma, se respalda —aunque realmente no hubiera hecho falta en toda la etapa anterior— el papel que en esta materia desempeña la Directiva 76/207, reformada por la Directiva 2002/73, de 23 de septiembre.

En efecto, esta Directiva atiende a la prohibición de discriminación en el empleo y en las condiciones de trabajo. Y en relación con el empleo manifiesta que «la aplicación del principio de igualdad de trato supone la ausencia de toda discriminación directa o indirecta por razón de sexo en los sectores público o privado, incluidos los organismos públicos, en relación con: a) las condiciones de acceso al empleo, al trabajo por cuenta propia o a la ocupación, incluidos los criterios de selección y las condiciones de contratación, cualquiera que sea el sector o la rama de actividad y a todos los niveles de la jerarquía profesional, incluida la promoción» (art. 3).

Y no sólo eso, también la formación profesional como derecho de la mujer es objeto de atención, de forma que se extiende como consecuencia del principio de igualdad de trato «b) el acceso a todos los tipos y niveles de orientación profesional, formación profesional, formación profesional superior y reciclaje profesional, incluida la experiencia laboral práctica» (art. 3.b). Este principio general sólo tiene una excepción: «la presente Directiva no obstará la facultad que tienen los Estados miembros de excluir de su ámbito de aplicación las actividades profesionales y, llegado el caso, las formaciones que a ellas conducen, para las cuales, el sexo constituye una condición determinante en razón de su naturaleza o de las condiciones de su ejercicio» (art. 2.2), añadiéndose, por la Directiva 2002/73 que tal excepción tendrá lugar «siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado», en referencia a una amplia jurisprudencia del TJCE de la que hablaremos con posterioridad.

En referencia a los principios generales que apoya la Directiva, el TJCE ha manifestado una especial flexibilidad en la interpretación de los mismos, extendiendo su aplicación al empleo público y al privado¹; declarando la firmeza de la prohibición que contiene en relación con el acceso al empleo, que de alguna manera sirve de red de seguridad frente a los huecos dejados por Directivas menos cuidadosas en esta materia, en relación con un supuesto de no renovación de un contrato de una trabajadora embarazada²; ó computando

¹ Sentencia Schnorbus, C 79/99, de 7 de diciembre de 2000, en relación con la prioridad a los candidatos que hayan prestado servicio militar o civil en el acceso a un empleo público.

² Sentencia Jiménez Melgar, C 438/99, de 4 de octubre de 2001, apartado 3 del Fallo: «Aunque la prohibición de despido prevista en el artículo 10 de la Directiva 92/85 se aplica tanto a los contratos de trabajo de dura-

la antigüedad a partir del acceso a la plaza en el empleo público, habiendo tenido lugar durante el permiso por embarazo³.

Sin embargo, como en general está sucediendo en otros planos de juego del principio de igualdad, también en este ámbito se percibe cierta neutralización del mandato, a través de la bilateralización de la prohibición de discriminación en casos como el resuelto en la Sentencia BRIHECHE (C-319/03, de 30 de septiembre de 2004) que declara contrario al principio de igualdad proclamado en la Directiva 76/207 un derecho nacional que reserva a las viudas que no se han vuelto a casar la exención de la edad para el acceso al empleo público, en tanto que omite a los viudos en la misma circunstancia.

Al marco que se acaba de describir, y en un tema como el que se aborda aquí, debe añadirse forzosamente la contemplación de la igualdad de géneros como uno de los elementos de las políticas de empleo —y no sólo de empleo— comunitarias. Ello es consecuencia, por supuesto, del impacto que sobre las Directrices políticas desarrolla el principio de transversalidad, que resulta en este punto especialmente sentido. Teniendo en cuenta la superabundancia de documentos específicos, entre ellos, recientemente, la existencia de cinco Planes comunitarios de igualdad entre mujeres y hombres⁴, resulta, sin embargo, especialmente significativa la aproximación al tema de la Decisión del Consejo de 12 de julio de 2005, 2005/600/CE, relativa a las Directrices para las políticas de empleo de los Estados miembros para el periodo 2005-2008, que en el Anexo afirma «La igualdad de oportunidades y la lucha contra la discriminación son esenciales para lograr avances. En toda actuación emprendida debería garantizarse la integración de las cuestiones de género y el fomento de la igualdad de sexos». En un marco economicista general, como es el propio de la política de empleo comunitaria sobre todo a partir de 2003, la referencia a la perspectiva de género resulta en cierto modo original en su planteamiento, basado, no tan-

ción determinada como a los celebrados por tiempo indefinido, la falta de renovación de un contrato, cuando éste ha llegado al vencimiento previsto, no puede ser considerada como un despido prohibido por dicha disposición. No obstante, en la medida en que la falta de renovación de un contrato de trabajo de duración determinada está motivada por el embarazo de la trabajadora, constituye una discriminación directa por razón de sexo, contraria a los artículos 2, apartado 1, y 3, apartado 1, de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo».

³ Sentencia Sarkatzis Herrero, C-294/04, de 16 de febrero de 2006 «La Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, se opone a una normativa nacional que no reconozca a una trabajadora que se encuentre en permiso de maternidad, los mismos derechos reconocidos a otros aspirantes aprobados en el mismo procedimiento de selección, en lo que se refiere a las condiciones de acceso a la función pública, aplazando la toma de posesión de esa trabajadora hasta el término del permiso de maternidad, sin tener en cuenta la duración de dicho permiso a efectos del cómputo de su antigüedad.

⁴ Vid. especialmente Decisión 2001/51/CE del Consejo, de 20 de diciembre de 2000, por la que se establece un programa de acción comunitaria sobre la estrategia comunitaria en materia de igualdad entre mujeres y hombres (2001-2006), sucesivas veces modificada. Este quinto programa de acción comunitaria es uno de los instrumentos necesarios para la puesta en práctica de la estrategia marco global comunitaria en materia de igualdad entre mujeres y hombres, adoptada por la Comisión en junio de 2000. Este programa es la continuación de los programas tercero y cuarto para la igualdad de oportunidades que abarcaban respectivamente los periodos 1991-1995 y 1996-2000.



to o no sólo en la necesidad de integrar más trabajadores en un mercado necesitado y envejecido, sino también en una visión del empleo como un instrumento a favor de la independencia económica de la mujer, y por tanto, directamente enlazado con la lucha contra la discriminación concebida ya como derecho humano y no sólo como requerimiento económico.

Tal es el enfoque que soporta la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al CES y al CR de 1 de marzo de 2006 COM(2006) 92 final, relativa al Plan de trabajo para la igualdad entre las mujeres y los hombres 2006-2010. Precisamente entre las áreas prioritarias de actuación a favor de la igualdad de género, la Comisión sostiene que la primera es «conseguir la misma independencia económica para las mujeres y los hombres», porque «los objetivos de empleo de Lisboa fijan en un 60 % la tasa de empleo femenino para 2010. Actualmente es del 55,7 %, y mucho menor (31,7%) para las mujeres de mayor edad (de 55 a 64 años). Las mujeres también sufren de un índice de desempleo superior al de los hombres (un 9,7 % frente a un 7,8 %). Debe reforzarse la dimensión de género de la estrategia de Lisboa para el empleo y el crecimiento. Cumplir la legislación sobre la igualdad de trato y utilizar de forma eficaz los nuevos Fondos Estructurales⁵ (como la formación y el fomento del espíritu empresarial) puede ayudar a aumentar el empleo femenino», aunque no pueda evitar añadir una coda típica de la formulación actual de las políticas de empleo «individualizar los derechos relativos a los regímenes fiscales y de prestaciones también puede hacer que el trabajo resulte rentable, tanto para las mujeres como para los hombres»⁶.

⁵ En este sentido, a título de ejemplo, puede verse cómo el Reglamento (CE) núm. 1081/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativo al Fondo Social Europeo, en su art. 3, a la hora de fijar los ámbitos de intervención y apoyo por el FSE se menciona (apartado 1.iii) «integración y medidas específicas para mejorar el acceso al empleo, incrementar la participación duradera y promover el avance de las mujeres en el empleo, así como para reducir la segregación en función del sexo en el mercado laboral, incluso abordando las causas profundas, directas e indirectas, de las diferencias salariales entre mujeres y hombres».

⁶ Un enfoque, después de todo, no tan extraño y menos aislado, *vid.* por ejemplo Comunicación al Consejo Europeo de Primavera - Trabajando juntos por el crecimiento y el empleo - Relanzamiento de la estrategia de Lisboa COM/2005/0024 final : «Debemos atraer a un mayor número de personas para que se incorporen al mercado y diseñar las políticas adecuadas tanto para los trabajadores jóvenes como para los mayores. | 3.4.1. Atraer a un mayor número de personas para que se incorporen al mercado laboral y modernizar los regímenes de protección social Aunque, por un lado, la cuestión del bajo índice de natalidad debe tratarse adecuadamente como parte integrante de una política a largo plazo, el aumento de los niveles de empleo constituye el medio más eficaz para fomentar el crecimiento y promover economías integradoras desde el punto de vista social. El desafío consiste en atraer a un mayor número de personas para que se incorporen al mercado laboral y se mantengan en dicho mercado a través de políticas activas relativas al mercado laboral e incentivos adecuados. La reintegración de los desempleados e inactivos en el mercado laboral y los incentivos para que permanezcan más tiempo en dicho mercado exigen la modernización de los regímenes de protección social. Sigue aún sin explotarse plenamente el enorme potencial que representa la mano de obra femenina en el mercado laboral. Los interlocutores sociales deben comprometerse a reducir aún más las diferencias salariales entre hombres y mujeres. También son necesarias medidas en favor de los jóvenes, ya que Europa se sigue enfrentando con un elevado desempleo estructural y elevados índices de abandono escolar, y en favor de los trabajadores de edad avanzada, que siguen abandonando el mercado laboral en cuanto alcanzan la edad de 55 años. Además, resulta difícil para numerosas personas compaginar la vida laboral con la vida familiar. La creación de guarderías abordables de mayor calidad podría aportar una importante contribución en este sentido. La inmigración legal también desempeña un papel clave, ya que permite evitar la escasez de cualificaciones específicas y el desequilibrio entre la oferta y la demanda en determinados sectores del mercado laboral».

A escala nacional, como no podía ser menos, los Planes de Reforma se han hecho eco de estas orientaciones comunitarias, incorporando programas variados de inserción de la mujer en el mercado de trabajo, contemplada desde distintos puntos de vista: por sí, como víctima de la violencia de género o como responsable de cargas familiares⁷. De este modo, en el Programa se levanta acta de que éste de la incorporación de la mujer al trabajo es «sin ninguna duda el principal cambio estructural experimentado por el mercado de trabajo español (aunque)... el problema de escaso volumen de empleo en relación a la media europea afecta especialmente a las mujeres. Por este motivo, las políticas activas de empleo... se enfocan en aumentar la participación laboral y la reducción del paro de las mujeres (i.e. acciones positivas)» hasta una cifra realmente ambiciosa el 57% de tasa de actividad. Para alcanzarla se propone una serie de medidas:

- Elaboración del Proyecto de Ley de Igualdad entre hombres y mujeres cuyo contenido principal en materia de empleo abarca los siguientes ámbitos: i) el avance en la igualdad de oportunidades en el acceso al empleo...
- Planes para promover el acceso al empleo: el 60% de las medidas de acción positivas se dirigirán a las mujeres. Se propondrá un tratamiento específico del sistema de bonificaciones en las cotizaciones sociales para la contratación estable de mujeres.
- Puesta en marcha de incentivos (dentro de la Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género), que incluyen, entre otros elementos, bonificaciones para los contratos de sustitución de mujeres víctimas de violencia de género, así como un programa específico de inserción laboral». Todo ello con independencia de las específicas de conciliación de la vida laboral y familiar, que enfocan la otra cara de la mujer trabajadora de que se habló al principio.

2. LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL. TRES IMPORTANTES SENTENCIAS

La aplicación del art. 14 CE ha generado una abundante serie de resoluciones del TC que, no obstante, se han detenido pocas veces en el aspecto de la cuestión que nos interesa. Esto es: si bien el despido o la discriminación en las condiciones de trabajo han sido objeto de un análisis exhaustivo por el TC, el acceso al empleo se ha planteado en menos casos, de ahí que la jurisprudencia al respecto sea parcial y deje en blanco aspectos importantes de lo que podría llamarse dinámica constitucional de la igualdad.

De hecho, de forma directa e inequívoca, se enfrenta al tema la STC 173/94, de 13 de junio, en un supuesto en que la empresa se niega a renovar el contrato temporal de una trabajadora embarazada. El TC, tras afirmar que es discriminatoria por razón de sexo también aquella diferenciación que se basa en un elemento conectado de forma directa con el sexo de la misma —cual es el embarazo— sostiene que (FJ 3) «no puede mantenerse que en el presente caso no se ha producido una discriminación por el solo dato de que el empresario se ha limitado a ejercitar un acto de libertad al margen del contrato de trabajo. La conducta empresarial, fundada en motivos expresamente prohibidos como el sexo, no pue-

⁷ Programa Nacional de Reformas, 13 octubre de 2005.

de ser valorada como un mero acto de libertad indiferente para el Derecho. La trascendencia del acceso al empleo como vehículo de superación de la situación social peyorativa de los colectivos discriminados no puede ser negada... Y por ello mismo, la mera negativa a renovar un contrato o a contratar por parte del empresario, es jurídicamente relevante desde el momento en que... ha sido un motivo prohibido por discriminatorio el que ha obstado a la reanudación de la relación laboral, porque entra de lleno en el ámbito de aplicación del art. 14 CE, y deben serle aparejadas las consecuencias lógicas que derivan de esta calificación». Unas consecuencias lógicas que se dejan en una cuidada sombra difícil de iluminar, como veremos.

Aunque no directamente, como en este caso, existen al menos otras dos Sentencias del TC que resultan especialmente interesantes para el tema que estamos abordando. La primera de ellas se refiere a un caso verdaderamente extraño: la suspensión de la condición de inscrita en la Oficina de Empleo de una trabajadora que se encontraba embarazada, lo que le impidió la participación en un concurso para la provisión de una plaza. Es el caso de la Sentencia 214/2006, de 3 de julio. En tan anómalo supuesto, la tesis del TC era esperable, en su contenido y en su contundencia: «debemos concluir que la decisión del Inem de suspender la demanda de empleo de la trabajadora ahora demandante de amparo durante el período obligatorio de su descanso por maternidad, impidiendo con ello su inclusión en la lista de candidatos seleccionados para la cobertura de una oferta de empleo cuyos requisitos satisfacía y perjudicando así sus posibilidades de acceso al mercado de trabajo, careció de cualquier justificación razonable, resultando discriminatoria para la demandante por su condición de mujer, con vulneración del art. 14 CE. Como señala con exquisita precisión la Sentencia de instancia «el Inem, como el resto de las Administraciones, está obligado a promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo sea real y efectiva y debe eliminar los obstáculos que impidan o dificulten la plenitud de tales derechos (art. 9.2 CE); en este caso, debe garantizar el derecho al acceso al empleo de las mujeres en baja maternal, presentando sus candidaturas si aparecen aptas para la actividad profesional en cuestión, pues deben ser las empresas (también vinculadas por el principio de no discriminación) quienes decidirán sobre la contratación de dichas trabajadoras, tras las pruebas oportunas y valoración de la idoneidad de aquéllas». (FJ 9).

Finalmente, la Sentencia 269/94, de 3 de junio aborda una cuestión trascendente en relación con la promoción de los colectivos discriminados, aunque en el caso contemplado la potencial causa de discriminación no era el sexo sino la discapacidad. Se trataba de un supuesto de reserva de plazas de minusválidos para el acceso a la función pública en Canarias, que se somete al conocimiento del Tribunal en amparo por el concursante preterido a consecuencia del juego de dicha reserva. Planteadas así las cosas, y habiendo acreditado su capacidad el candidato promovido, «tanto el legislador como la normativa internacional (Convenio 159 de la OIT) han legitimado la adopción de medidas promocionales de la igualdad de oportunidades de las personas afectadas por diversas formas de discapacidad, que, en síntesis, tienden a procurar la igualdad sustancial de sujetos que se encuentran en condiciones desfavorables de partida para muchas facetas de la vida social en las que está comprometido su propio desarrollo como personas. De ahí la estrecha conexión de estas medidas, genéricamente, con el mandato contenido en el art. 9.2 CE, y, específicamente, con su plasmación en el art. 49 CE. Lógicamente, «la legitimidad constitucional de medidas de esta naturaleza equiparadora de situaciones sociales de desventaja, sólo puede ser valorada

en el mismo sentido global, acorde con las dimensiones del fenómeno que trata de paliarse, en que se han adoptado, adecuándose a su sentido y finalidad. Por ello no resulta admisible un argumento que tiende a ignorar la dimensión social del problema y de sus remedios, tachando a éstos de ilegítimos por su impacto desfavorable, sobre sujetos individualizados en los que no concurren los factores de discriminación cuyas consecuencias se ha tratado de evitar. ... Sintetizando lo hasta ahora dicho, es claro que la reserva porcentual de plazas en una oferta de empleo, destinadas a un colectivo con graves problemas de acceso al trabajo... no vulnera el art. 14 CE, siendo por tanto perfectamente legítimo desde la perspectiva que ahora interesa, y que además constituye un cumplimiento del mandato contenido en el art. 9.2 CE, en consonancia con el carácter social y democrático del Estado (art. 1.1 CE)». (FJ 4).

Tres Sentencias solamente, pero en temas lo suficientemente importantes, casi estratégicos, en el tema del acceso al empleo, que pueden arrojar mucha luz sobre la propia ley 3/2007, y la forma en que deben ser aplicados sus mandatos.

3. LA LEY 3/2007: SU APORTACIÓN A LA MATERIA ANALIZADA

La propia Ley, desde su mismo preámbulo, reconoce la profunda influencia que la normativa internacional, y sobre todo la comunitaria, ha ejercido sobre su articulado, y transparenta la importancia del acceso al empleo en el marco de una norma que proclama la igualdad de trato y oportunidades de las mujeres. Ello sin duda explica las numerosas ocasiones en que el acceso al empleo en general, o al concreto contrato o puesto de trabajo son contemplados por la norma, de una forma realmente transversal.

De este modo, en su Título I —una especie de Título Preliminar del Código Civil, con una fuerza expansiva que va más allá de las simples definiciones y del que debe predicarse la misma transversalidad que el concepto de discriminación que trata de precisar— ya se proclama el principio de igualdad de oportunidades en el empleo privado y público, que comprende «el acceso al empleo, incluso al trabajo por cuenta propia, (y) en la formación profesional», tema este último especialmente relevante en el incremento y el mantenimiento de las habilidades que permitan la inserción de la mujer en el trabajo y la permanencia en él, con los matices propios de la reserva de puestos por razón de sexo, de la que hablaremos con posterioridad (art. 5). En el art. 14, al señalarse los criterios generales de actuación de los Poderes Públicos en materia de igualdad se señala, también «la integración del principio de igualdad de trato y de oportunidades en el conjunto de las políticas económica, laboral... con el fin de evitar la segregación laboral», una materia ciertamente vinculada con formas aberrantes de operatividad del mercado de trabajo. A la incorporación al trabajo y a la formación de las mujeres en el medio rural se dedica el art. 30, apartado 2 y 3.

A la empleabilidad de las mujeres dedica la ley el art. 42, en el frontispicio de la parte «laboral» de su complejo contenido. Los Planes de Igualdad se declaran una vía idónea para incorporar medidas de acceso al trabajo en las empresas (art. 46.2). Y la negociación colectiva queda autorizada para introducir «preferencias de contratación» a favor de las mujeres, en la nueva redacción del art. 17.4 ET (DA 11). La ley de Empleo resulta reformada precisamente para diseñar políticas de empleo a favor de las mujeres, y líneas de formación profesional específicas al efecto, así como para filtrar ofertas de empleo

discriminatorias (DA 17). Y parece clara la tendencia de la ley a no establecer diferencias de respuesta frente a las discriminaciones en el empleo y en la contratación⁸ (*vid.* arts. 10, DA 13 y DA 14).

Y, en relación con el empleo público, varios son también los preceptos que aluden a la igualdad en el acceso al empleo. Para empezar el muy importante art. 51, único declarado «básico» en el apartado dedicado al empleo en las Administraciones Públicas; pues bien, dentro de él se impone a las AAPP la obligación de «remover los obstáculos que impliquen la pervivencia de cualquier tipo de discriminación», entre otros «en el acceso al empleo público» (apartado a) y «fomentar la formación en igualdad», en el acceso al empleo público (apartado c). Vinculada ya a la Administración del Estado se encuentra la previsión de la presencia de mujeres en los órganos de selección y Comisiones de valoración (art. 53), y la evaluación del «impacto de género» en la convocatoria de «pruebas selectivas para el acceso al empleo público». La preferencia a las mujeres durante un año en materia de formación es otra interesante novedad del art. 60 de la Ley. Y la igualdad en el acceso es una de las escasas materias proclamadas legalmente en relación con las Fuerzas Armadas (art. 65) y en las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (art. 67), que se complementan con la regla potencial de composición equilibrada en los órganos de evaluación de las FAS (DA 20) y de la Guardia Civil (DA 24).

Ante esta multiplicidad normativa, se hace preciso señalar los límites del análisis que se va a realizar. Para empezar, se tratará de la discriminación en el momento del acceso al empleo entendido éste específicamente como concertación de un contrato de trabajo, atendiendo al carácter potencialmente más exhaustivo de las normas de una ley que se justifica en el Título competencial previsto en el art. 149.1.7 CE —legislación laboral— para escorarse tan marcadamente al ámbito de lo laboral. El examen del empleo público (basado en relaciones con la Administración de naturaleza pública y no laboral, obviamente), más allá de las generalidades de la ley para todas las Administraciones y de las específicas para la Administración estatal (que realmente se plasman con mayor nivel de detalle en el Estatuto Básico del Empleado Público, ley 7/2007, de 12 de abril) requeriría un examen del tratamiento de la cuestión en las correspondientes normas sobre personal al servicio de las diversas Comunidades Autónomas, que estimo que excedería con mucho los límites de este trabajo y desviaría la atención de la Ley que se comenta.

El momento del acceso al empleo, por su parte, se desglosará en dos dimensiones relacionadas pero distintas: la igualdad en el funcionamiento de los intermediarios laborales y la contratación laboral en sentido estricto. Junto a ellas, y como elemento común, las políticas de empleo y formación profesional —nuevamente, articuladas a escala estatal— destinadas a favorecer el empleo de la mujer y la conservación de su puesto de trabajo.

Finalmente, una visión del aparato de respuestas y sanciones que la nueva ley alumbraba en relación con esta concreta materia concluirá el análisis.

⁸ Específicamente, no está prevista la no contratación como falta muy grave en el apartado del art. 8 de la LISOS dedicado a la tipificación de los comportamientos discriminatorios. Sí es muy grave en materia de empleo la difusión de ofertas de trabajo discriminatorias (art. 16.2), y, como veremos, esta parte de la ley, relacionada con lo dispuesto en el art. 3.2 de la misma —no modificado por la Ley de Igualdad— puede ser de bastante utilidad para diseñar una respuesta sancionadora administrativa.

4. LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN Y EL ACCESO AL EMPLEO

Ya hace tiempo que el TC (STC 173/1994) tuvo ocasión de admitir que la prohibición de discriminación tiene un alcance general que permite extenderse a las fases previas al contrato de trabajo —punto sobre el que volveremos con detalle con posterioridad— y, por tanto, se deduce con naturalidad que también a la acción de los servicios de empleo, en cuanto Administraciones públicas, pero también en cuanto intermediarios en un mercado como el de trabajo, por peculiar que sea éste.

La Ley 3/2007 acoge esta aproximación en su art. 42 y en su Disposición Adicional 17, cada uno de cuyos preceptos supone una aproximación al tema desde una perspectiva diferente.

- el art. 42 LOI se dedica a fijar principios destinados a las políticas de empleo, que «tendrán como uno de sus objetivos prioritarios aumentar la participación de las mujeres en el mercado de trabajo y avanzar en la igualdad efectiva entre hombres y mujeres. Para ello se mejorará la empleabilidad y la permanencia en el empleo de las mujeres potenciando su nivel formativo y su adaptabilidad a los requerimientos del mercado de trabajo», de este modo «los programas de inserción laboral activa comprenderán todos los niveles educativos y de edad de las mujeres, incluyendo la Formación Profesional, Escuelas Taller y Casas de Oficios dirigidos a personas en desempleo, se podrán destinar prioritariamente a colectivos específicos de mujeres o contemplar una determinada proporción de mujeres».
- en tanto que la DA 17 de la LOI incorpora un art. 22 bis a la Ley de Empleo, 56/2003, en el sentido siguiente «1.—Los servicios públicos de empleo, sus entidades colaboradoras y las agencias de colocación sin fines lucrativos, en la gestión de la intermediación laboral deberán velar específicamente para evitar la discriminación en el acceso al empleo. Los gestores de la intermediación laboral cuando, en las ofertas de colocación, apreciasen carácter discriminatorio, lo comunicarán a quienes hubieran formulado la oferta. 2.—En particular se considerarán discriminatorias las ofertas referidas a uno de los sexos, salvo que se trate de un requisito profesional esencial y determinante de la actividad a desarrollar. En todo caso se considerará discriminatoria la oferta referida a uno solo de los sexos basada en exigencias del puesto de trabajo relacionadas con el esfuerzo físico».

Los presupuestos de ambos mandatos legales son obviamente diferentes, por lo que se examinarán separadamente.

4.1. Las políticas de empleo y la empleabilidad de las mujeres

4.2. Los intermediarios laborales y las ofertas de empleo discriminatorias

Ya se ha dicho antes hasta qué punto la evolución favorable de la incorporación de la mujer al trabajo es una de las prioridades de la Unión Europea en el marco de la lucha contra la discriminación, y en el más economicista de las políticas de empleo activas, fuertemente influidas por las orientaciones de la OCDE y las sugerencias de los informes KOK. Lógicamente, su presencia en las Directrices comunitarias deriva en la presencia en el Plan

Nacional de Reformas del Reino de España. Centrándonos en el periodo más próximo a la aprobación de la LOI, que coincide temporalmente con importantes acuerdos como el AMCE con contenidos reseñables en materia de políticas de empleo y de empleabilidad y activación de los colectivos más desfavorecidos⁹, es posible hacer una descripción del momento actual en que se encuentra el cumplimiento del mandato de la ley. 43/2006., y comprobar hasta qué punto la mujer es ciertamente poliédrica como sujeto objetivo de las medidas de empleo, reiterándose en la norma, con distintas medidas cuantitativas de incentivación. El punto de partida es la incentivación del contrato de la mujer «en general». Y, a partir de este nivel, siguen las previsiones de incentivación de contratos de mujeres que se hallen en situaciones especiales que han demostrado su trascendencia para propiciar la ruptura de su carrera profesional.

De ese modo, ya en el art. 1.1 de la ley se contempla la posibilidad de contratación temporal incentivada para las mujeres víctimas de violencia de género (art. 1.1), aunque también se prevea la posibilidad de contrato indefinido de esta categoría de mujeres (art. 2.4). La mujer «en general» es contemplada en el art. 2.1.a); las mujeres que hayan de incorporarse en los 24 meses siguientes a la fecha del parto o de la adopción, reanudando su carrera profesional son contempladas en el art. 2.1.b); hasta cierto punto relacionado con el supuesto anterior, la incentivación de los contratos con mujeres trabajadoras que hayan interrumpido su carrera profesional durante al menos 5 años, si antes fueron trabajadoras inscritas al menos tres años en el ámbito de aplicación de un régimen de la Seguridad Social, en el art. 2.1. Subvención aparte se prevé para la reincorporación de mujeres trabajadoras cuyos contratos sean suspendidos por maternidad o por excedencia por cuidado de hijos cuando se produzca la reincorporación en los dos años siguientes en el contexto de un contrato indefinido (art. 4.2). A la vista de esa serie es creíble el compromiso gubernamental de reservar a las mujeres un 60% de políticas activas de empleo —y la de fomento del empleo lo es, aunque no haya dado demasiados buenos resultados en la experiencia de nuestro país y en la de otros—.

De hecho, a fecha 13 de julio de 2007, los datos del Ministerio de trabajo referidos al primer trimestre de 2007, dan cuenta de un incremento de la ocupación de las mujeres (de un 5%) superior a la de los hombres (de un 2,4%) en relación con el mismo periodo del año anterior, pero es cierto que la tasa de actividad de las mujeres sigue estancada (48,61%) frente a la de los hombres (68,93%) lejos de la media nacional (58,58%) y por supuesto

⁹ Básicamente resulta de interés, más allá de las declaraciones generales, el compromiso contraído en su Cláusula segunda: «Nuevo programa de bonificaciones y Plan extraordinario para la conversión de empleo temporal en fijo.

1.º Los colectivos de trabajadores desempleados cuya contratación indefinida inicial será objeto de bonificación son los siguientes:

- a) Mujeres.
- b) Jóvenes con edades comprendidas entre dieciséis y treinta años, ambas inclusive.
- c) Mayores de cuarenta y cinco años.
- d) Demandantes de empleo inscritos ininterrumpidamente en la oficina de empleo durante, al menos, seis meses.
- e) Personas con discapacidad.
- f) Trabajadores en situación de exclusión social.
- g) Víctimas de violencia de género».

del objetivo de Lisboa. Es cierto también que la tasa de empleo de las mujeres respecto del mismo periodo expresa la misma tendencia (43,08%) respecto de la de los hombres (64,57%). Y que lo mismo sucede con la tasa de paro de las mujeres (11,39%) respecto de la de los hombres (6,32%). La previsión de la Ley de Igualdad, pues, sigue siendo claramente necesaria. Y sigue siendo necesario que las simples medidas de fomento del empleo se acompañen de otras medidas de activación (señaladamente la formación profesional adecuada a los requerimientos del mercado de trabajo y potenciando la mixicidad real de los distintos sectores profesionales, evitando la segregación). La adecuada orientación de los programas de inserción laboral activa a favor de las mujeres desempleadas, y en especial los Programas De Escuelas Taller y Casas de Oficios (OM 14 noviembre 2001, que regula sus bases), así como los Talleres de Empleo (RD 282/99, de 22 de febrero), en su contexto estatal y autonómico sería otra de las vías adecuadas para generar la empleabilidad de mujeres en las específicas de esos programas¹⁰, como recuerda con todo acierto la propia Ley 3/2007, art. 42.2, que autoriza, en la línea que la caracteriza en esta materia de la inserción laboral activa, la posibilidad de que se reserven programas para mujeres con características especiales, o que se reserven parte de las plazas de alumnos a mujeres. En este contexto, la norma se decanta claramente a favorecer la proyección del concepto de acción positiva también a los programas de inserción laboral activa, mencionando especialmente éstos dos citados, pero también la formación profesional.

Se acaba de mencionar la trascendencia de la formación profesional en relación con el empleo de la mujer, y resulta evidente para incrementar su empleabilidad y propiciar su reintegro al mercado laboral tras interrupciones de carrera o abandono de estudios actuali-

¹⁰ No siempre expresada, aunque evidente en su regulación básica: *Vid.* OM 14 noviembre 2001, que regula el programa de Escuelas taller y Casas de oficios y se fijan las bases reguladoras de estos programas, art. 10.2: «La selección de los alumnos trabajadores será precedida, en todo caso, de la tramitación de oferta de actividad o de empleo por la correspondiente oficina de empleo. Los candidatos deberán cumplir los siguientes requisitos mínimos:

a) Ser menor de veinticinco años.
b) Ser desempleados, entendiéndose como tales a los demandantes de empleo no ocupados, registrados en los Servicios Públicos de Empleo y que estén disponibles para el empleo.

c) Cumplir los requisitos establecidos en la normativa de aplicación para formalizar un contrato para la formación a fin de poder acceder a la fase de formación en alternancia, según lo dispuesto en el artículo 6 de esta Orden. Además, y teniendo en cuenta la adaptabilidad a la oferta de puestos a desempeñar, se considerarán los beneficiarios, los colectivos prioritarios y criterios de selección que se determinen por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y por el INEM, de acuerdo con lo que establezcan las Directrices de Empleo Europeas, en el marco de la Estrategia Europea de Empleo». La mención expresa de la mujer como colectivo con dificultades especiales de empleo sí aparece en el RD282/1999, de 22 de febrero, por el que se establece el programa de talleres de empleo, art. 2 « Serán beneficiarios del programa de talleres de empleo los desempleados de veinticinco o más años que se encuentren en alguna de las siguientes situaciones:

a) Que tengan especiales dificultades para insertarse en el mercado de trabajo, tales como parados de larga duración, mayores de cuarenta y cinco años, mujeres y personas con discapacidad.

b) Que se determinen como colectivos preferentes de actuación en los Planes Nacionales de Acción para el Empleo de cada año».

Por lo demás, se trata de un problema superado en las normas estatales más recientes: *vid* OM TAS/1979/2007, de 25 de junio, por la que se distribuye territorialmente para el ejercicio económico de 2007, para su gestión por las CCAA con competencias asumidas, subvenciones del ámbito laboral financiadas con cargo a los Presupuestos Generales del Estado.

zando sus habilidades y recibiendo la formación en los términos en que la exige un mercado de trabajo altamente competitivo. La presencia de la mujer como sujeto destinatario de la formación profesional es sistemática entre nosotros a lo largo del proceso de reforma de la Formación profesional que se iniciara con la ley 5/2002 de 19 de junio, y en cierta medida culmina en el RD 395/2007, de 23 de marzo sobre Formación Profesional Continua, que se vincula estrechamente con las exigencias del aprendizaje por toda la vida. Con esta premisa, su art. 5 menciona a las mujeres como colectivo beneficiario potencial de las acciones formativas en el contexto de la Formación Continua en todas sus modalidades: en el art. 5.3. se admite la posibilidad de que tengan prioridad en el acceso a las acciones formativas «a) Los desempleados pertenecientes a los siguientes colectivos: mujeres, ... afectadas y víctimas ... de la violencia de género» y « b) Los trabajadores ocupados pertenecientes a los siguientes colectivos: ... mujeres, ... y víctimas... de la violencia de género» y, hasta cierto punto, por su composición mayoritaria de mujeres « c) Los cuidadores no profesionales que atiendan a las personas en situación de dependencia».

Se trata sin duda de una reforma necesaria, como prevé la ley, pese al creciente porcentaje de mujeres que se ha ido incorporando a cursos de Formación Profesional en el periodo 1999-2005, según datos del Instituto de la Mujer estatal ¹¹, que debe acompañarse sin duda de una cuidadosa selección de los currícula, para evitar que en la formación profesional se genere originariamente la segregación, como ya se ha dicho.

11

		1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005
Ambos sexos	TOTAL (*)	225.684	251.924	309.937	336.683	327.925	282.735	252.578	267.303
	Cursos FPO (Plan FIP)								
	TOTAL	210.148	232.787	289.710	317.375	305.421	262.245	234.066	249.843
	Menos de 20 años	25.631	28.202	33.789	35.882	31.484	32.772	40.919	28.254
	De 20 a 24 años	70.718	79.247	91.146	91.493	84.830	64.815	41.583	52.102
	De 25 a 29 años	53.432	56.510	70.766	77.944	76.977	69.839	81.298	55.894
	De 30 a 34 años	41.027	45.102	59.160	40.838	40.187	33.650	23.622	35.732
	De 35 a 39 años				28.672	27.771	23.877	17.101	26.944
	De 40 y más años	19.340	23.726	34.849	42.546	44.172	37.292	29.543	50.917
	ESCUELAS TALLER								
	TOTAL	10.885	12.118	12.644	8.432	10.791	6.838	8.053	6.411
	Menos de 20 años	6.474	7.234	7.969	5.475	7.227	4.781	5.787	4.714
	De 20 a 24 años	4.411	4.884	4.695	2.957	3.564	2.057	2.266	1.697
	CASAS DE OFICIOS								
	TOTAL	4.651	7.019	3.726	3.644	2.578	2.344	1.341	920
	Menos de 20 años	2.720	4.067	2.244	2.252	1.723	1.578	843	599
	De 20 a 24 años	1.931	2.952	1.482	1.392	855	766	498	321
TALLERES DE EMPLEO									
TOTAL			3.857,0	7.232,0	9.135	11.308	9.118	10.129	
De 25 a 29 años			621,0	1.184,0	1.393	1.739	1.407	1.463	
De 30 a 34 años			715,0	1.397,0	1.674	2.007	1.597	1.750	
De 35 a 39 años			719,0	1.518,0	1.724	2.262	1.936	1.967	
De 40 y más años			1.802,0	3.133,0	4.344	5.300	4.178	4.949	

4.3. Los intermediarios laborales y las ofertas de empleo discriminatorias

La LOI asigna a los intermediarios en el mercado laboral la importante tarea de generar un primer control de las ofertas de empleo discriminatorias, que no excluye el potencial control judicial, como veremos, pero que puede ser realmente importante, como se ha demostrado en la jurisprudencia comunitaria. Se trata, sin embargo, de un mandato legal en cierta parte mediatizado por las deficiencias de nuestro ordenamiento a la hora de señalar las entidades que protagonizan los servicios de intermediación laboral.

En efecto, la ley 56/2003, de 16 de diciembre, tras la definición de lo que sea la intermediación laboral —«es el conjunto de acciones que tienen por objeto poner en contacto las ofertas de trabajo con los demandantes de empleo para su colocación. La intermediación laboral tiene como finalidad proporcionar a los trabajadores un empleo adecuado a sus características y facilitar a los empleadores los trabajadores más apropiados a sus requerimientos y necesidades»— restringe la condición de agente de la intermediación, a efectos del Sistema Nacional de Empleo, a «a) Los servicios públicos de empleo, por sí mismos o a través de las entidades que colaboren con los mismos. b) Las agencias de colocación, debidamente autorizadas¹²...».

La DA 2.^a remite a las ETTs a su normativa reguladora, excluyéndola de la específica de intermediación. Y por supuesto no se mencionan otros supuestos en que la actividad empresarial se aproxime a la intermediación laboral o a la pura y simple cesión de trabaja-

	TOTAL (*)	56,55	58,53	60,04	62,04	61,75	61,42	60,25	61,49
	<i>Cursos FPO (Plan FIP)</i>								
	TOTAL	58,15	59,77	61,12	62,79	62,35	61,85	60,67	61,77
	Menos de 20 años	45,75	48,93	48,83	50,89	51,31	51,26	51,49	48,80
	De 20 a 24 años	58,89	59,57	60,30	61,33	61,52	59,86	60,45	58,97
	De 25 a 29 años	59,94	60,88	61,56	62,70	61,36	61,84	60,79	59,77
	De 30 a 34 años	61,39	63,60	65,64	65,59	63,81	64,05	63,21	63,31
	De 35 a 39 años				68,78	67,03	66,75	66,17	67,60
	De 40 y más años	60,05	63,40	66,63	69,42	69,26	69,52	68,18	69,84
	<i>ESCUELAS TALLER</i>								
	TOTAL	30,45	35,93	37,14	34,74	36,72	36,59	39,25	38,08
	Menos de 20 años	26,09	31,71	30,67	28,58	30,55	30,06	33,14	32,37
	De 20 a 24 años	36,84	42,18	47,97	46,13	49,21	51,77	54,85	53,92
	<i>CASAS DE OFICIOS</i>								
	TOTAL	45,28	56,38	56,07	56,83	80,33	52,82	53,17	36,41
	Menos de 20 años	40,48	51,22	47,77	48,76	44,75	46,51	46,03	28,21
	De 20 a 24 años	52,05	63,48	68,62	69,90	65,50	65,80	65,26	51,71
	<i>TALLERES DE EMPLEO</i>								
	TOTAL			57,19	63,59	66,16	68,20	68,85	71,52
	De 25 a 29 años			55,56	63,68	63,39	65,73	66,60	67,74
	De 30 a 34 años			59,44	68,50	67,98	71,60	69,00	73,60
	De 35 a 39 años			62,87	68,77	70,30	73,21	74,59	75,55
	De 40 y más años			54,61	58,86	64,71	65,58	66,90	70,30

FUENTE: Instituto de la Mujer. Elaboración a a partir del Anuario de Estadísticas laborales.

(*) Incluye cursos FPO, Escuelas Taller, Casa Oficio.

¹² Y los Servicios Integrados para el empleo, RD 735/1995, de 5 de mayo.

dores, como las conocidas empresas Multiservicios. Se trata, por tanto, de la admisión de la ruptura del monopolio público también a estos efectos, pero esta admisión no se ha acompañado de un reconocimiento realista de otros sujetos privados que pueden mediar en el mercado generando actuaciones de hecho muy semejantes a las que pueden desarrollar los mediadores públicos o los entes por ellas autorizados. Se trata de un reconocimiento parcial y «desintegrado» de la gestión del empleo, que produce efectos de exclusión del mandato de la Ley de igualdad en aquellos supuestos en que se encuentran sometidas las instancias mediadoras a normativa diversa de la propia de la intermediación laboral, o aún ayunas de toda regulación, en uno y en otro caso, sin expresa referencia a la prohibición de realizar ofertas o cesiones de trabajadores que sean discriminatorias por razón de sexo.

Por eso se ha dicho, con razón, en relación con la ETT que «la realidad viene demostrando que las entidades que desempeñan la interposición no se limitan únicamente a ella, lo que ha hecho surgir la duda acerca de si realmente dichas organizaciones están debidamente reguladas y si es acertado configurarlas como cedentes de mano de obra en exclusividad. La “estanqueidad” de las actividades que confluyen en el mercado de trabajo (selección, colocación, cesión...) y la incomunicabilidad entre sus respectivas regulaciones es una opción de política legislativa que puede no estar resultando adecuada»¹³. Maxime si se tiene en cuenta la lista de nuevas instancias que van surgiendo en la gestión del mercado de trabajo: con palabras de Cavas Martínez: empresas de outplacement; empresas o gabinetes de selección; head hunters; entidades educativas a través de «bolsas de trabajo»; bancos informáticos de ofertas y demandas; y «interim management», una variante muy especializada de la cesión¹⁴.

Así las cosas la primera pregunta que se plantea es a quién va dirigida la norma de la DA 17 LOI. La primera impresión, puramente literal, es que la prohibición que incorpora el nuevo art. 22 bis de la Ley 56/2003 va dirigida a aquellas entidades a las que la ley se refiere, dejando al margen a las otras entidades o empresas que de forma material, aunque no formal, realicen funciones de gestión en el mercado de trabajo.

Lo anterior es, ciertamente, una seria contrariedad en la perfección de una norma que quiere tener un diseño global de la prohibición de discriminación, que sólo puede salvarse a través de dos posturas posibles:

- la primera, que la expresión «gestores de la intermediación laboral» ha de entenderse en un sentido amplio, que comprenda a entidades como las que se acaban de mencionar en el apartado anterior, imponiéndoles el deber de «filtrar» las solicitudes de trabajadores cedidos o subcontratados que tengan carácter discriminatorio. Se trata de una posibilidad poco convincente, en la medida en que la regla que se examina se incorpora específicamente a la Ley 56/2003 de Empleo, que tiene una noción precisa y determinada de los entes que asumen la intermediación laboral, por lo que interpretarla en sentido amplio sería, de alguna manera, forzar los términos de la ley más allá de lo admisible en interpretación.

¹³ CAVAS MARTÍNEZ, F., «El entramado institucional del empleo en las vertientes pública y privada», en *Actas del XVIII Congreso de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, ed. Laborum, Murcia 2007, pág. 197.

¹⁴ CAVAS MARTÍNEZ, F., *op. cit.*, págs. 198 y ss.

- la segunda, y a mi juicio la más aceptable, trataría de desprenderse de la referencia estricta a los intermediarios autorizados en la gestión del mercado de trabajo, y llevaría el planteamiento del problema a la prohibición general de la discriminación contenida en el art. 6 de la Ley, esa parte de la misma preliminar y extensible a todos los amplios campos a que la ley se refiere. Tras la prohibición de discriminación directa e indirecta, quedarían viciados de nulidad los contratos de puesta a disposición o las cesiones —cualquiera que sea la forma jurídica que asuman— que contengan condiciones contrarias al principio de igualdad, aplicándoseles en cada caso la normativa que proceda en atención a la naturaleza del negocio del que derivan o en que se plasman. Un control último que probablemente ni siquiera correspondiese realizar a los órganos del Orden Social de la Jurisdicción, pero que resulta obligado. Podrían sugerirse como respuestas de la declaración de nulidad las propias de la ilicitud del contrato de puesta a disposición en las ETTs —en un supuesto añadido a los previstos en el art. 9 de la Ley 14/1994—, en lo estrictamente privado y en lo administrativo. Y en los restantes casos, la declaración de la nulidad de los negocios que han servicio de cobertura de la potencial discriminación podría conducir a la aplicación al caso de las normas de cesión de trabajadores, que se caracteriza, entre otros rasgos, por la ausencia de ese negocio formal de cobertura.

De todo ello se deduce que la infracción de la prohibición de discriminación tiene vigor suficiente para paliar las insuficiencias legales, pero es de lamentar que se prive a los casos descritos de la función de filtro de los intermediarios en la colocación, que por su especialización y su neutralidad respecto de los intereses en juego podrían desempeñar una labor preventiva realmente notable.

Propone el apartado 2, en relación con la conducta debida por los intermediarios laborales digamos «nominados» que deberán «comunicar» el carácter discriminatorio de la oferta a quienes la hubieran formulado, lo que en principio deja en la duda lo que podrá suceder si los ofertantes se reafirman en su tesis. La no tramitación de la oferta es la única solución adecuada al alcance de los servicios de empleo.

La DA 17 de la LOI finaliza la redacción del art. 22 bis de la ley 56/2003 con una doble advertencia:

- «se considerarán discriminatorias las ofertas referidas a uno sólo de los sexos, salvo que se trate de un requisito profesional esencial y determinante de la actividad a desarrollar»
- «en todo caso se considerará discriminatoria la oferta referida a uno solo de los sexos basada en exigencias del puesto de trabajo relacionadas con el esfuerzo físico».

Ambas advertencias enlazan, como es sabido, con el texto de la Directiva 76/207, incorporando la modificación introducida en 2002. Y a la jurisprudencia comunitaria habrá que referirse, no sin recordar antes que la jurisprudencia española ha llegado a enfrentarse a este tema frontalmente, por lo menos en dos ocasiones, una directamente, otra de forma indirecta. En la primera se trataba de la razonabilidad de la prohibición para la mujer del trabajo subterráneo, en relación con un puesto de trabajo de picadora minera que en aplicación de normativa interna e internacional le fue denegado a una mujer que había, por lo demás, cubierto los requisitos de aptitud. El TC, en sentencia 229/92, de 14 de diciembre



descarta la licitud constitucional de esta normativa protectora, recordando el origen de la misma y poniendo de manifiesto la superación actual de su razón de ser: «Desde luego, no son contrarias a la Constitución aquellas disposiciones que tiendan a la tutela de la mujer trabajadora en relación con el embarazo o la maternidad, a los que se refiere el art. 2.3 de la Directiva 76/207 CEE, y que son los factores que principalmente permiten introducir distinciones de trato para la protección de la mujer. En esta línea ha insistido la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades [Sentencias de 12 de julio de 1984 (Hofmann) y 15 de mayo de 1986 (Johnston)], que ha justificado medidas favorables a la mujer en estos casos para asegurar, de un lado, la protección de la condición biológica de la mujer en el curso de su embarazo y puerperio, y de otro, las relaciones particulares entre la mujer y el recién nacido. En otros casos, la protección de la mujer y de su salud en función de su sexo debe examinarse con suma cautela e incluso con desconfianza, por las repercusiones negativas que directa o indirectamente pueden tener en la consecución de la efectiva igualdad entre hombres y mujeres» (FJ 4).

Menos conocida, pero no por ello menos importante es la STC 216/91, de 14 de noviembre, dictada en un caso en que la denegación del acceso de la actora a las Fuerzas Armadas se justifica por la Administración en la falta de desarrollo legal de tal incorporación. Tras reconocer la trascendencia del mandato de los arts. 14 y 9.2 CE para los Poderes Públicos, en su FJ 5 llega la Sentencia a una solución realmente asombrosa de reconocimiento de la inconstitucionalidad «negativa»: «exige de los poderes públicos enfrentados a una situación de desigualdad de origen histórico, la adopción de una actitud positiva y diligente tendente a su corrección; de tal modo que, si bien no cabe, por lo general, mesurar *ex Constitutione* la falta de celo y presteza del legislador en la procura de aquella corrección cuando una desigualdad de hecho no se traduce en una desigualdad jurídica, la concurrencia de esta última por la pervivencia en el ordenamiento de una discriminación no rectificadas en un lapso de tiempo razonable habrá de llevar a la calificación como inconstitucionales de los actos que la mantengan» (FJ 5), reconociéndose el derecho de la actora a no ser discriminada en el acceso a la Academia general del Aire.

Es perceptible, por tanto, que la jurisprudencia constitucional española ha asumido la doctrina relativa a la ilicitud *prima facie* de la exclusión de la mujer de determinados trabajos. Pero no ha tenido ocasión de plantearse abiertamente el caso contrario: la licitud de reservas de puestos a un sexo determinado en razón de las características de éstos, que hacen de la caracterización sexual una condición esencial y determinante de la actividad a desarrollar. El Convenio 111 de la OIT ya admitía esta posibilidad de reserva de puestos sólo a hombres o mujeres cuando este rasgo es consustancial, esencial en la aptitud del trabajo a desarrollar. Por supuesto, la Directiva 76/207, como ya se ha dicho, hizo suyo este mandato, pero dejó planteado un problema: en su art. 2 reformado, apartado 6 establece lo siguiente: «Los Estados miembros podrán disponer, por lo que respecta al acceso al empleo, incluida la formación pertinente, que una diferencia de trato basada en una característica relacionada con el sexo no constituirá discriminación cuando, debido a la naturaleza de las actividades profesionales concretas o al contexto en que se lleven a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado». La interpretación jurisprudencial ha puesto de manifiesto hasta qué punto estos supuestos son realmente raros, ante lo restrictivo de la interpretación seguida.

De hecho, puede sostenerse que en la interpretación del STJCE la regla del art. 2 de la Directiva es una excepción, y como tal debe ser interpretada, sin que puedan oponerse frente a ella exclusiones basadas en presuposiciones de debilidad de las mujeres generalizadas y carentes de base fácticas. De ahí que no sólo sea restrictiva la evaluación de los casos en que procede la exclusión, sino la forma en que ésta tiene lugar, de forma generalizada o con adecuada atención a las circunstancias de cada caso concreto para preservar el adecuado principio de proporcionalidad. De ahí, que, sin agotar una jurisprudencia relativamente abundante, puedan ponerse como ejemplos casos como los siguientes:

- viola la Directiva la prohibición en la República de Austria de que las mujeres realicen trabajos subterráneos o en medio hiperbárico con fundamento en un Convenio de la OIT —el 45— que Austria no había denunciado. Tras reiterar que no es contraria a la Directiva la normativa dedicada a la protección del embarazo y la maternidad —recogida asimismo a nivel comunitario— «sostiene en el párrafo 45 de la Sentencia que «el artículo 2, apartado 3, de la Directiva 76/207 no permite excluir a las mujeres de un empleo basándose en que deberían estar más protegidas que los hombres contra riesgos que son distintos de unas necesidades de protección específicas de la mujer como las expresamente mencionadas». Y por ello vulnera la Directiva «una normativa que excluye proceder a una apreciación individual y que prohíbe a las mujeres acceder al empleo controvertido, mientras que tal empleo no está prohibido para hombres cuya capacidad vital y número de eritrocitos sea similar o inferior a los valores medios de dichas variables medidas sobre mujeres»¹⁵.
- sigue un criterio fluctuante en relación con el acceso de la mujer a cuerpos armados en las Fuerzas Armadas o en la Policía. Y así, aunque se admita que «37 ...las condiciones de ejercicio de determinadas actividades policiales pueden ser tales que el sexo constituya una condición determinante para su ejercicio. Un Estado miembro puede, por tanto reservar a los hombres esas tareas así como la formación profesional correspondiente. En tales casos los Estados miembros están obligados a examinar como se desprende del apartado 2 del del art. 9 de la Directiva, las actividades de que se trate para determinar, teniendo en cuenta la evolución social, si se puede mantener la excepción al régimen general de la Directiva», sin embargo, una exclusión general e incondicionada de las mujeres en el acceso a estos cuerpos viola la Directiva pues «45.—No parece que los riesgos y peligros a los que están expuestas las mujeres en el ejercicio de sus funciones en la policía en una situación como la de Irlanda del Norte sean diferentes a aquellos a los que est n igualmente expuestos los hombres en el ejercicio de esas mismas funciones. La exclusión global de las mujeres de dicha actividad profesional, en virtud de un riesgo general y no específico para las mujeres por razones de protección de la seguridad pública, no entra en el marco de las diferencias de trato que el apartado 3 del art. 2 de la Directiva admite por razón de la protección de la mujer». Se trata de una materia ciertamente compleja, en la que no parece que se encuentren lejos

¹⁵ Sentencia 1 febrero 2005, C 203/03, Comisión/República de Austria.

de las dudas del Tribunal las reservas de competencia de los Tratados a los Estados miembros en materias «que puedan poner en peligro la seguridad pública en sus artículos 36, 48, 56 y 223 (actualmente artículos 30 CE, 39 CE, 46 CE y 296 CE, tras su modificación) y 224 (actualmente, artículo 297 CE), que se refieren a supuestos excepcionales claramente delimitados. De ello no se puede deducir la existencia de una reserva general, inherente al Tratado, que excluya del ámbito de aplicación del Derecho comunitario cualquier medida adoptada por motivos de seguridad pública», regla general que se opondría al carácter proporcionado y concreto en que se pueda generar la exclusión. Como recuerda el TJCE «**21.** Así, el Tribunal de Justicia ha reconocido, por ejemplo, que el sexo puede ser una condición determinante para trabajos como los de los vigilantes y vigilantes jefes de prisiones (Sentencia de 30 de junio de 1988, Comisión/Francia, 318/86, Rec. pg. 3559, apartados 11 a 18), para determinadas actividades como las de policía ejercidas en una situación de graves disturbios internos (Sentencia Johnston..., apartados 36 y 37) o también para el servicio en determinadas unidades de combate especiales »¹⁶.

A este respecto, resulta especialmente relevante la Sentencia del TJCE de 26 octubre 1999 273/97, SIRDAR, referida a la demanda de acceso de una mujer a un cuerpo de élite del ejército británico. Parte de la base de que «**26...** como recordó el Tribunal de Justicia en el apartado 38 de la Sentencia Johnston...al determinar el alcance de una excepción a un derecho individual como el de igualdad de trato entre hombres y mujeres, consagrado por la Directiva, hay que respetar el principio de proporcionalidad, que forma parte de los principios generales del Derecho comunitario. Este principio exige que no se sobrepasen los límites de lo adecuado y necesario para conseguir el objetivo propuesto y exige conciliar, en la medida de lo posible, el principio de igualdad de trato con las exigencias de seguridad pública determinantes de las condiciones de ejercicio de la actividad de que se trate. Lo que no sucede cuando se aprecian en relación con la mujer riesgos o cargas que son compartidos con los hombres, de forma genérica y basada en la presunción de debilidad que ha sido la constante de la legislación histórica de protección de la mujer». Vista en su conjunto esta Sentencia, en suma, parece que se confirma el origen competencial, más que estrictamente basado en la Directiva de esta doctrina de las medidas protectoras de la mujer en trabajos especialmente violentos o peligrosos. Una justificación que se hace patente en la Sentencia DORY, cuando se declara legítimo que se reserve a los hombres en Alemania la realización del Servicio Militar¹⁷, no sin hacer notar los perjuicios que a los interesados les origina —en términos de retraso en su carrera profesional—, en la base de los cuales se encuentra la potencial «originalidad» de la Sentencia SCHNORBUS¹⁸, en que se declara razonable la preferencia otorgada a los varones que hayan prestado el Servicio militar o Social sustitutorio en el acceso a unas prácticas jurídicas que son requisitos necesarios para desarrollar un puesto en la función pública.

¹⁶ STJCE 11 enero 2000, C 285/98, KREIL.

¹⁷ STJCE 11 marzo 2003, C 186/2001

¹⁸ 17 diciembre 2000, C-79/99.

Todo lo cual no obsta a alguna Sentencia ciertamente extravagante, como la NIKOLOUDIS, que reconoce la licitud de una normativa griega que preveía sólo el acceso de mujeres con contrato indefinido a tiempo parcial a los puestos de limpiadoras de un centro público (la vulneración del principio de igualdad no vendría, en opinión de la Sentencia, de esta norma que legitima la segregación profesional, sino de los obstáculos a la promoción de las mujeres que se encontraban en esta situación)¹⁹, en que la reserva a mujeres parece oscurecer el hecho de la asignación de éstas a trabajos feminizados en los que la discriminación posterior es, prácticamente, inevitable.

En síntesis, proyectando esta jurisprudencia constitucional y comunitaria al texto del art. 22.bis de la Ley 56/2003, la conclusión a que ha de llegarse no puede ser otra que la extrema dificultad de hallar supuestos en que el sexo sea un elemento «esencial y determinante» de la aptitud —salvo casos como los de los actores, en que la reserva se impone por la misma tarea a desarrollar—. Incluso los supuestos en que se ha concentrado el debate ante el TJCE en los últimos años han sido en buena parte limados por la tendencia a la igualdad que se desprende de una Ley que no ha hecho uso de las posibilidades de recorte del principio de equiparación: así se proclama en los arts. 65 para las Fuerzas Armadas —las normas de personal «procurarán la efectividad del principio de igualdad entre mujeres y hombres en especial en lo que se refiere al régimen de acceso»— y 67 para las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, que reitera el mandato literalmente; y en la DA 30 que extingue las Escalas masculina y femenina del Cuerpo de Ayudante de Instituciones Penitenciarias, generando «el acceso al mismo (al cuerpo) en los términos definidos en la Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres».

Fuera de estos supuestos, comoquiera que sea, ha de recordarse que a la esencialidad del requisito para la aptitud que la ley exige expresamente, ha de añadirse el requisito de proporcionalidad y adecuación que se desprenden de la jurisprudencia comunitaria, y que imponen una justificación objetiva, concreta y ajustada al caso de la exclusión, eliminando valoraciones generales en los términos que se han expuesto.

Del texto de la Ley de Igualdad se desprende sólo una valoración general y concreta de la naturaleza ilícita de la reserva de puestos a uno sólo de los sexos basada en requerimientos de esfuerzo físico, que cierra el texto del art. 22 bis de la ley 56/2003 y en la que se recoge una respuesta tajante a una discusión que, aunque con menos intensidad que la anterior, también se ha tenido en el plano nacional y en el comunitario.

En el plano nacional la interdicción de la fuerza física o el esfuerzo físico como criterio diferenciador absoluto entre hombres y mujeres ha tenido lugar, sobre todo, en el marco de la igualdad retributiva desde la STC 145/91. Y se trató de una interdicción matizada: la hipervaloración del esfuerzo físico sería discriminatoria cuando tuviera lugar como único criterio de valoración del trabajo, si bien no se produciría tal efecto si se combinaba, en los casos en que fuera necesario, con otros criterios sexualmente no caracterizados, que neutralizara los requisitos de valoración del trabajo y que evitaría lo que de otro modo sería inevitable: la generación de una discriminación indirecta. Otra Sentencia posterior llega incluso más lejos en esa «rebaja» de la fuerza cualificadora del esfuerzo físico, volvién-

¹⁹ STJCE 10 marzo 2005 C 196/2002.



dola contra la trabajadora que no era capaz de desarrollar las tareas propias de su puesto de trabajo. Se trata de la STC 198/96, de 3 de diciembre, en la que se desestima el amparo interpuesto por una trabajadora que había aprobado las pruebas para auxiliar administrativo de la Comunidad de Madrid, y que había seleccionado una determinada plaza en la Consejería de Transportes de Madrid, que lejos de consistir en las tareas ordinarias de un auxiliar administrativo, consistía en manejar la báscula de pesar camiones. Tal contenido era la consecuencia de un acuerdo entre la Comunidad y los sindicatos, tendente a ir reduciendo las categorías masculinizadas. Recurrída ante el TC la cuestión, éste comienza recordando que «basada la pretendida discriminación en la notable fuerza física que requería el desempeño del puesto de trabajo, no es ocioso recordar que este Tribunal ha reaccionado enérgicamente contra el estereotipo de la mayor debilidad o inferioridad física de la mujer respecto del varón, pues se trata de una percepción defectuosa, errónea o anacrónica, que responde más a un prejuicio infundado que a diferencias reales naturales o biológicas y conlleva una división sexista del trabajo (SSTC 216/1991, 229/1992 y 286/1994). Por tanto, la radical exclusión de la mujer del acceso a aquellos trabajos, que objetivamente exigen para su correcto desenvolvimiento un elevado esfuerzo físico, es inaceptable a la luz del art. 14 CE, cuya prohibición de discriminación por razón de sexo obliga, por el contrario, a adoptar un criterio neutro predicable por igual del hombre y la mujer, y a valorar individualizadamente la idoneidad de cada candidato para el adecuado cumplimiento de las funciones propias del puesto de trabajo...(pues) en este terreno de la aptitud profesional lo decisivo es la naturaleza y características del trabajo efectivamente prestado y la consiguiente exigencia de aquellas cualificaciones estrictamente necesarias para desarrollar con eficacia la prestación convenida. El esfuerzo físico, pues, puede ser tomado en consideración si constituye un elemento determinante de la aptitud profesional para desempeñar ciertas tareas, aunque, en la medida en que la configuración del puesto de trabajo lo permita, debe combinarse con otros rasgos que en conjunto excluyan cualquier discriminación por razón de sexo (SSTC 58/1994 y 147/1995)».

Una apreciación de la desconfianza que genera el criterio del esfuerzo físico como factor determinante de la aptitud, que conduce a que en el caso no se admita el recurso de la trabajadora, atendiendo a que carecía de la aptitud para el desempeño del puesto, a que se había producido la asignación del puesto precisamente en cumplimiento de un acuerdo orientado a propiciar la feminización de categorías masculinizadas y a que había mujeres que podían desarrollar el trabajo de la actora. Y desconociendo la ausencia de información a los aspirantes a las plazas de las características de éstas, en cuya falta de información se hubiera podido basar el efecto discriminatorio concreto y *ad casum* tan solicitado y requerido por el TJCE.

Comoquiera que sea, en la Sentencia que se analiza es perceptible que, con toda la desconfianza que sea precisa, el criterio del esfuerzo físico puede ser tomado en consideración incluso aisladamente cuando realmente sea un elemento constitutivo de la aptitud y «si el puesto de trabajo lo permite» deberá combinarse con otros no sexualmente caracterizados. A una conclusión similar se había llegado en el marco comunitario en una Sentencia particularmente importante, la DATO-DRUCK²⁰, planteada también en el marco de una

²⁰ Asunto 237/85, Sentencia de 1 julio 1986

controversia retributiva y relativa a la clasificación profesional basada en criterios como la penosidad o el esfuerzo físico. Planteado en estos términos el enjuiciamiento, el TJCE resolvió —interpretando la Directiva 75/117— que dicha norma «no se opone a que un sistema de clasificación profesional utilice, para determinar el nivel de retribución, el criterio del esfuerzo o de la fatiga muscular o el del grado de penosidad física del trabajo, cuando, teniendo en cuenta la naturaleza de las tareas, el trabajo que debe realizarse exija efectivamente desarrollar “un cierto esfuerzo físico, con la condición de que, tomando en consideración otros criterios, consiga excluir, en su conjunto, cualquier discriminación basada en el sexo». A diferencia de la postura de la STC mencionada, en el caso comunitario, la Sentencia requiere en todo caso la implicación de otros criterios adicionales al mero de la penosidad o el esfuerzo físico para que éste pueda ser tomado en consideración lícitamente.

En síntesis «Se deduce de la Directiva 75/117/CEE: —que los criterios que condicionen la clasificación en diferentes niveles de retribución deben garantizar la misma retribución para un mismo trabajo objetivamente prestado, ya sea realizado por un trabajador masculino o por un trabajador femenino; —que el hecho de fundarse en valores que corresponden a los resultados medios de los trabajadores de un único sexo, para determinar en qué medida un trabajo exige un esfuerzo u ocasiona una fatiga o es físicamente penoso, constituye una forma de discriminación basada en el sexo, prohibida por la Directiva; — que, sin embargo, para que un sistema de clasificación profesional no sea discriminatorio en su conjunto, debe tener en cuenta, en la medida en que lo permita la naturaleza de las tareas a realizar en la empresa, criterios según los cuales los trabajadores de cada sexo puedan presentar aptitudes especiales».

La Ley de Igualdad se ha decantado por la más tajante de las interpretaciones posibles de esta jurisprudencia: será discriminatoria la reserva de plazas a uno sólo de los sexos basada en «exigencias del puesto de trabajo relacionadas con el esfuerzo físico», solas o combinadas con otras que generen esa reserva. Pero es de destacar que la prohibición explícita se limita a la reserva de plaza a los varones, no al uso del esfuerzo físico como criterios determinante de la aptitud en los casos en que efectivamente ese elemento concurre. Lo que sucede es que sólo el esfuerzo físico no puede ser tomado en consideración, debiendo, si es posible, combinarse con características comunes a ambos sexos (DATO-DRUCK). Incluso, en los casos en que efectivamente el esfuerzo sea determinante y no combinable con otros criterios (casos ciertamente raros, habrá que reconocer), no es admisible la presunción general de que el puesto en cuestión sólo pueda ser desempeñado por varones. La generalidad en esta conclusión; la ligereza del juicio, que se opone a la posibilidad de que haya mujeres que acrediten reunir las características necesarias, es justamente el elemento que quiebra la proporcionalidad en la exclusión a que se hacía referencia en la jurisprudencia comunitaria general.

4.3. Las reacciones frente a las ofertas de empleo discriminatorias

Examinado el alcance de las limitaciones que se imponen a los intermediarios en el mercado de trabajo, es preciso ahora plantearse la forma que ha de revestir la reacción de la víctima de la discriminación frente a ellas, cuando sean infringidas. Ya hemos tenido ocasión de referirnos a las reacciones posibles en el marco de los intermediarios «impro-



pios», queda ahora referirnos a los supuestos de los agentes de gestión del mercado nominados en la ley 56/2003. La impugnación de la oferta de empleo que revista este carácter sería la vía más directa, en un procedimiento no predeterminado que parece que debería discurrir ante el Orden Social de la Jurisdicción en el marco del proceso ordinario o del de tutela de derechos fundamentales. Incluso, con mayor frecuencia aún, en el marco de procesos colectivos, en que los sindicatos legitimados asuman las funciones que les encomienda la propia Ley de Igualdad (art. 12.2) al remitir la legitimación para impugnar los actos discriminatorios a las normas generales, en este caso, de la Ley de Procedimiento Laboral, en relación con la oferta abstracta de empleo, sin concreción individualizada.

El contenido del fallo, más allá de la declaración de la existencia de discriminación —que compartirían todas las modalidades procesales citadas— resulta complejo de articular. Básicamente parece que la declaración de nulidad de la oferta debiera conllevar la de las contrataciones que hayan podido producirse en su ejecución, por lo que deberán ser citados al proceso los beneficiados de la contratación que se ha basado en criterios discriminatorios y que concretan la discriminación sufrida por la víctima o víctimas actoras. Pero no es ésa una postura que compartan nuestros Tribunales en los casos en que se les han planteado supuestos como estos en que hay terceros afectados. La tendencia dominante es precisamente a la indemnización a las víctimas por los daños sufridos por la discriminación²¹, que se tiñe de especial efectividad en los términos en que está concebida en el art. 10 de la Ley de Igualdad y en las Directivas que transpone.

Junto a esta respuesta judicial, es posible emprender respuestas sancionadoras administrativas contra los intermediarios —por lo menos los privados— que, contraviniendo la ley, han difundido la oferta discriminatoria. Ese es el sentido de la infracción prevista en el art. 16.2 de la LOISOS, que tipifica como muy grave: «establecer condiciones mediante la publicidad, difusión o por cualquier otro medio, que constituyan discriminaciones... para el acceso al empleo por motivos de sexo...», con el amplio círculo de responsables a que hace referencia el art. 3.3 de la misma ley.

5. LA DISCRIMINACIÓN EN EL MOMENTO DE LA CONTRATACIÓN

La prohibición de discriminación en el ámbito de los servicios de empleo no agota el problema de la efectividad de dicha prohibición en el acceso a la ocupación, en la medida en que, como sabemos, el recurso a dichos servicios o intermediarios es, por lo general, voluntario en nuestro ordenamiento. Por eso es preciso un paso más, que no se agote en la selección de los trabajadores potenciales que han de ocupar la plaza (que entiendo que ha de considerarse comprendida en el apartado anterior) sino también en el momento en que el empresario por sí mismo, con o sin el auxilio de los intermediarios en el mercado de trabajo, determina las condiciones que han de poseer los candidatos a acceder a la plaza o a aquél otro en que la decisión del empresario se ha decantado por alguno de los candidatos al puesto.

²¹ Vid. STSJ Valencia 22 octubre 1998 (4513).

Se trata de un paso arriesgado, pero inequívoco: el principio de igualdad de trato y de oportunidades «se garantizará ...en el acceso al empleo» (art. 5), y en esos términos ha de leerse el resto de la reforma que la ley incorpora, en especial el crucial art. 17 reformado del ET. Se trata de un paso arriesgado, pero en absoluto falto de fundamento. En efecto, en un primer momento, en el marco constitucional español, algún recurrente alegó como elemento neutralizador de la discriminación en este punto, la libertad contractual del empresario, consagrada en el art. 38 CE y que en principio debería amparar la selección del personal que considerase apto para la realización de sus tareas en la empresa. La tesis fue contundentemente descartada por el alto Tribunal, en un razonamiento realista acerca de las formas en que opera la discriminación: «en este contexto, no puede sostenerse en modo alguno que sólo cuando está en curso una relación laboral pueda generarse una conducta de esta naturaleza, y, mucho menos, cuando esa relación laboral podría haber continuado normalmente, a través de la oportuna prórroga o nueva contratación sucesiva, y ello no se produce a consecuencia del hecho del embarazo sobrevenido de la mujer» (STC 173/94, de 7 de junio, FJ 3²²). Y ha sido seguida sin discusión por la jurisprudencia ordinaria.

Y, por supuesto, existía también el importante apoyo internacional —recuérdese la expresión «en el empleo» del Convenio 111 de la OIT— y comunitario, proporcionado por la Directiva 76/207, cuyo art. 3 contiene todo un programa de acción para los Estados miembros en orden a erradicar esta forma de discriminación: «La aplicación del principio de igualdad de trato supone la ausencia de toda discriminación por razón de sexo en las condiciones de acceso, incluidos los criterios de selección, a los empleos o puestos de trabajo, cualquiera que sea el sector o la rama de actividad y a todos los niveles de la jerarquía profesional.

2. Para ello los Estados miembros tomarán las medidas necesarias a fin de que:

a) se supriman las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas contrarias al principio de igualdad de trato; b) se anulen, puedan ser declaradas nulas o puedan ser modificadas, las disposiciones contrarias al principio de igualdad de trato que figuren en los convenios colectivos o en los contratos individuales de trabajo, en los reglamentos internos de las empresas, así como en los estatutos de las profesiones independientes; c) se revisen aquellas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas contrarias al principio de igualdad de trato, cuando el deseo de protección que las inspiró en un principio no tenga ya razón de ser; y que respecto a las disposiciones convencionales de esa misma naturaleza, las partes sociales sean invitadas a proceder a las oportunas revisiones».

Todo lo anterior arroja un contenido de la prohibición de discriminación en el marco laboral que se proyecta incluso al momento en que opera directamente la libertad contractual del empresario, extendiendo sus efectos de una manera que por supuesto limita esos poderes de contratación, y lo que es más importante si cabe, impone al empresario la necesidad de poseer una justificación objetiva y técnica de las razones por las que se selecciona a un trabajador y no a otro. Se impone una carga de justificación del uso de esa libertad, derivada directamente, no tanto o no solo de la ley, sino del mandato constitucional del art. 14 CE. De ese modo, sería un error entender que la prohibición de discriminar antes y en

²² Existen, por supuesto, otras resoluciones en este sentido en el ámbito constitucional, *vid.* STC 41/99, de 22 de marzo, sobre la que se volverá más tarde.



el momento de celebrar el contrato de trabajo se agota sólo en relación con la discriminación por razón de sexo.

5.1. Empleo y discriminación, supuestos asimilados

Como mandato de origen constitucional, la Ley de Igualdad sólo ha expresado una de las consecuencias de aquél mandato, referido y referible a todas las demás causas de discriminación. Así se desprende, ya se ha dicho, de la jurisprudencia constitucional en su conjunto, que expresa muy gráficamente este efecto: «(la prohibición de discriminación) se encamina derechamente a hacer transparentes, a fin de que sean ponderados por el órgano judicial en su función tuteladora del derecho fundamental, los criterios que para la selección de los trabajadores ha utilizado el empleador» (STC 41/99, de 22 de marzo).

Una transparencia que, como se sabe, se ha ido exigiendo progresivamente en relación con el resto de poderes empresariales, por lo que ahora nos interesa muy especialmente.

Y que ha de considerarse acertada en su extensión; en efecto, la discriminación en el empleo no debe considerarse agotada en el marco único de la celebración de un contrato de trabajo. Particularmente las interrupciones de la carrera laboral de la mujer por razón de embarazo o atención al cuidado de miembros de la familia (y muy especialmente las excedencias voluntarias por esta causa) constituyen un momento especialmente idóneo para la cesación de una relación laboral que se encuentra realmente en su mínimo vital y que genera serios problemas de reanudación. Por eso la declaración de nulo de los despidos en estos casos no es tanto una regla específica, sino una solución a un caso de reincorporación a la vida laboral, que podría ser muy útil para generar un precedente aplicable a otros supuestos de incorporación al trabajo. Máxime cuando la DF 11 de la LOI no contempla expresamente la excedencia voluntaria por razones parentales (art. 46.2 ET reformado) entre los supuestos que, si son abordados de forma discriminatoria, pueden generar un caso de nulidad de despido. Sobre este tema ha tenido ocasión de pronunciarse el TJCE en el caso BUSCH (sent. 27 febrero 2003 asunto C 320/2001), que legitima la actitud de una trabajadora que, con el consentimiento del empresario se reincorpora a la empresa antes de agotar su periodo de cuidado de hijos sin informarle de que se encontraba nuevamente embarazada y que por ello mismo no podría desempeñar las tareas que anteriormente desempeñaba, reforzando por tanto al máximo la garantía de reintegro al trabajo.

Pero no sólo se trata de estos casos. También se producen fenómenos vinculados a la prohibición de discriminación en el empleo en los casos de no renovación de un contrato de trabajo temporal encadenado, cualquiera que sea la opinión que sobre la licitud misma del encadenamiento contractual se tenga. En efecto, entre contrato y contrato existe un momento de desvinculación entre las partes que asimila este supuesto a la no contratación pura y simple, en el que hace especial falta la transparencia de los motivos empresariales para cortar la sucesión contractual. Y asociados con el desenvolvimiento de la relación de trabajo, la discriminación en el empleo ha de entenderse que funciona también en aquellos casos en que se generan novaciones contractuales, por ejemplo por transformación de un contrato temporal en indefinido. Ya en la jurisprudencia comunitaria, la Sentencia NIKOLOUDIS, citada, es una muestra de un supuesto como el que se menciona. Y mantiene

la misma tesis la Sentencia SARKATZIS HERRERO citada, en la que se considera contraria a la Directiva 76/207 la actitud de la Administración sanitaria española que niega, a una trabajadora que ha ganado un concurso oposición para la obtención de un puesto fijo, el cómputo de su antigüedad correspondiente a su baja por maternidad, haciéndola de peor condición que a otros trabajadores que tomaron posesión en un momento anterior y que habían obtenido su plaza al mismo tiempo que ella.

Es más, la jurisprudencia española, con todo acierto, ha extendido la prohibición a un supuesto muy frecuente en la práctica administrativa española —aunque no sólo—: las llamadas Bolsas de Contratación, en las que los trabajadores ya contratados por el ente de que se trate se ordenan de cara a una futura contratación cuando surja una nueva necesidad de contratación temporal. Pues bien, tanto la selección de trabajadores para integrar estas Bolsas, como los criterios internos de selección de que éstas se doten, normalmente negociados, han de respetar el mandato de discriminación en el contexto de la discriminación en el empleo, sin tomar en consideración, o tomándolos con la debida cautela, criterios como la antigüedad en la contratación, o aún la contratación previa, en un contexto de discriminación previo en el que las mujeres simplemente no eran contratadas, porque en ese caso el criterio elegido, aparentemente neutro, es constitutivo de una discriminación indirecta, prohibida por la ley²³.

5.2. Discriminación y empleo: las preferencias de colocación

La posibilidad de implantación por una normativa estatal, un Convenio Colectivo o aún por una práctica jurisprudencial, de medidas que establezcan una preferencia de la mujer para el acceso a determinado puesto de trabajo o profesión es admitida en general en todos los Instrumentos internacionales que han tratado de profundizar en el origen de la discriminación, su funcionamiento y sus consecuencias reales. Paradójicamente no es el caso del tan citado Convenio 111 OIT ni de la Recomendación num. 111, que hacen referencia a medidas de protección, no de promoción. Sí lo es en cambio en la Convención para la erradicación de todas las formas de discriminación contra la mujer, cuyo art. 4 autoriza «1. La adopción por los Estados Partes de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer», que no serán consideradas discriminatorias, aunque «de ningún modo entrañará, como consecuencia, el mantenimiento de normas desiguales o separadas; estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato». Y, tras la proclamación de este mismo principio por la Directiva 76/207 (4. La presente Directiva no obstará las medidas encaminadas a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, en particular para corregir las desigualdades de hecho que afecten a las oportunidades de las mujeres en las

²³ Vid. STSJ Andalucía Málaga, de 19 de abril de 2002 (2426), que admite la posibilidad de extender a estos casos la prohibición de discriminación, aunque en el caso la trabajadora no alcanzase a probar la concurrencia de indicios discriminatorios. Otra Sentencia en el mismo sentido de admitir los supuestos discriminación en el funcionamiento de las bolsas de contratación, STSJ Galicia, de 28 de septiembre de 2002 (3416), aunque nuevamente con resultado negativo para la pretensión de la trabajadora.

materias contempladas en el apartado 1 del artículo 1), el art. 141 del Tratado, dedica una mención específica a esta materia: «4.—Con el objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral, el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado miembro mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales». Se trata de proclamações generales de licitud que, sin embargo, no han evitado la discusión sobre este tema.

En este reconocimiento progresivo las acciones positivas, que pueden revestir muchas formas más débiles, se van concretando y apuntan finalmente a las preferencias de contratación, que es un marco en el que opera una institución extremadamente controvertida, las cuotas²⁴. Una institución que ha generado una controversia sobradamente conocida en el marco comunitario a partir de la Sentencia KALANKE, que marcó la doctrina que, al menos formalmente, han seguido todas las demás. Sintetizando una jurisprudencia muy conocida que será además objeto de estudio en otros trabajos, la doctrina KALANKE se resume en el fallo de la Sentencia «Los apartados 1 y 4 del artículo 2 de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, se oponen a una normativa nacional que, como sucede en el presente asunto, en caso de candidatos de distinto sexo que concurren a una promoción con la misma capacitación, concede automáticamente preferencia a las candidatas femeninas en los sectores en los que las mujeres están infrarrepresentadas, considerando que existe infrarrepresentación cuando las mujeres no cubren al menos la mitad de los puestos en cada uno de los grados de la categoría de personal de que se trate y sucede lo mismo en todos los niveles de función previstos en el organigrama». En el razonamiento faltaban matices, que justamente han constituido la aportación de la jurisprudencia posterior, aún partiendo del principio KALANKE. De este modo, en la STC 11 noviembre 1997, caso MARSCHALL, que añade a la doctrina básica una importante coda: «salvo que concurren en la persona de un candidato masculino motivos que inclinen la balanza a su favor, siempre que: —dicha norma garantice, en cada caso particular, a los candidatos masculinos con igual capacitación que las candidatas femeninas, que las candidaturas serán objeto de una apreciación objetiva que tenga en cuenta todos los criterios relativos a la persona de los candidatos de ambos sexos e ignore la preferencia concedida a las candidatas femeninas cuando uno o varios criterios hagan que la balanza se incline a favor del candidato masculino, y que —tales criterios no sean discriminatorios en perjuicio de las candidatas femeninas», cláusula de apertura que contenía la norma en examen. Es difícil predecir qué contenido ha de tener esa cláusula de salvaguardia.

La Sentencia BADECK da un corto paso más: «un motivo de rango jurídico superior, a condición de que dicha normativa garantice que las candidaturas son objeto de una apreciación objetiva que tenga en cuenta situaciones particulares de naturaleza personal de todos los candidatos»²⁵,

²⁴ Muy bien estudiadas entre nosotros por SIERRA HERNANZ, E., *Acción Positiva y Empleo de la Mujer*, Editorial CES, Madrid, 1999.

²⁵ Sentencia 28 marzo 2000 C-158/97

Y la Sentencia ABRAHAMSON²⁶ aporta un elemento más al conjunto: la Directiva admite «una práctica jurisprudencial nacional, según la cual a un candidato perteneciente al sexo infrarrepresentado puede concedérsele la preferencia frente a un competidor del sexo opuesto, siempre que los candidatos posean méritos equivalentes o sensiblemente equivalentes y cuando las candidaturas sean objeto de una apreciación objetiva que tenga en cuenta las situaciones particulares de naturaleza personal de todos los candidatos».

La más clara en la exposición de la restricción implícita en la cláusula de salvaguardia es, en suma la sentencia BRIHECHE citada, que niega que la Directiva 76/207 autorice a «una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que reserva la exención del límite de edad para ingresar en el empleo público a las viudas que no se hayan vuelto a casar y que se vean en la necesidad de trabajar, con exclusión de los viudos que no se hayan vuelto a casar y que se encuentren en la misma situación», en que la reserva se encuentra asociada a una determinada situación de necesidad que pueden compartir por igual los hombres y las mujeres.

Como puede comprobarse a través de esta breve síntesis jurisprudencial, y con la excepción del caso BRIHECHE, mal planteado desde la instancia, la doctrina comunitaria ha diseñado un marco para la acción positiva favorable a ésta, como no podía ser menos, dada la situación del Derecho Comunitario, pero con una referencia a una cláusula de salvaguardia cuyo contenido potencial es muy difícil de definir. Ha de permitir apreciar —puesto que las preferencias suponen siempre la equivalencia de méritos, sin la cual la propia acción positiva no podría desarrollarse (sentencia ABRAHAMSON)— circunstancias no asociadas a la valía profesional del candidato preterido, «personales», es la pista que da la Sentencia ABRAHAMSON, que deshacen la virtualidad de la acción positiva, en la medida en que obligan a dejar en segundo plano el hecho de la desproporción entre hombres y mujeres en el ámbito contemplado para tener en cuenta circunstancias personales que se han contemplado a la hora de valorar los méritos. Se trata de una jurisprudencia bien contradictoria en sus desarrollos, que debería ser revisada a la luz del texto del Derecho originario, mucho más contundente y en la línea con las normas de la Convención de la ONU.

No resulta extraño, por todo lo dicho, que la ley de Igualdad se haga eco de la posibilidad de que existan preferencias de colocación a favor de las mujeres en varios preceptos. En uno, art. 11, las define en el marco de las acciones positivas como parte de esa categoría que son: «medidas específicas a favor de las mujeres para corregir situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto de los hombres. Tales medidas, que serán aplicables en tanto subsistan dichas situaciones, habrán de ser razonables y proporcionadas en relación con el objetivo perseguido en cada caso», extendiendo su párrafo segundo la autorización para establecerlas también a los particulares. En relación con el marco laboral, el art. 43 de la Ley autoriza específicamente a establecerlas a la negociación colectiva²⁷. Y el nuevo apartado 4 del art. 17 ET da forma definitiva a la autorización: «la negociación colectiva podrá establecer medidas de acción positiva para favorecer el acceso de las mujeres a todas las profesiones. A tal efecto, podrá establecer reservas y preferencias en las condiciones de contratación de modo que, en igualdad de condiciones de idoneidad, tengan prefe-

²⁶ Sentencia 6 de julio de 2000, C- 407/98

²⁷ Sería su marco preferente los Planes de Igualdad, pese a que no las mencionan los arts. 45 y ss.



rencia para ser contratadas las personas del sexo menos representado en el grupo o categoría profesional de que se trate». De este modo, los elementos a tomar en cuenta en el marco de la acción positiva por el legislador o la negociación colectiva sólo son dos:

- la diferencia en la participación de hombres y mujeres en el ámbito concreto para el que se proyecta la acción. Una diferenciación que ha de ser «patente», cuyo requisito puede reconducirse a la noción de «presencia equilibrada» de la Disposición Adicional 1.ª de la norma.
- y la igualdad en las condiciones de idoneidad entre el candidato preterido y la trabajadora admitida.

La proporcionalidad y razonabilidad de las medidas se tendrá en cuanto se den ambos requisitos y por tanto persista la desigualdad entre los colectivos considerados. Superada esta situación, el «derecho desigual igualatorio» de la jurisprudencia constitucional se convierte simplemente en derecho desigual, y por tanto contrario al mandato del art. 14 CE, generando la nulidad de la norma que contenga la preferencia y la de sus actos de aplicación. Esta de la actualidad de la diferencia de participación es la única cláusula de salvaguarda que la ley preserva, en línea con la Sentencia del Tribunal Constitucional citada más arriba.

5.3. La discriminación en el empleo: supuestos

Responder a esta cuestión requiere plantear de nuevo el concepto de discriminación y sus rasgos en un marco en que aquél es de sobra conocido, como se ocupa de difundirlo la propia Ley de Igualdad. Por eso, vamos a centrarnos exclusivamente en la manifestación de la discriminación asociada a la contratación laboral (en las modalidades amplias que se han mencionado antes). Creo que habrá acuerdo si se dice que la discriminación en el empleo consiste básicamente en una omisión: el empresario se niega a contratar, o a renovar el contrato, o a readmitir a la trabajadora en excedencia voluntaria porque es mujer, o porque está embarazada.

En la mayor parte de los casos revestirá esa forma individualizada, en que la víctima de la discriminación es perfectamente identificable.

Y, además, bastará con esa omisión; la discriminación no requiere un término de comparación concreto, bastando con el resultado peyorativo en relación con la mujer como miembro de uno de los colectivos mencionados en el art. 14 CE. La discriminación es un concepto con un fuerte referente social. Es un problema de interrelación de grupos sociales, y como tal debe ser valorado en buena parte de los casos en que la discriminación no asuma su forma más simple, en que una mujer no es contratada para contratar a un hombre.

Por eso también puede haber discriminación cuando la contratada es otra mujer, si el motivo de la no contratación fue, por ejemplo, el embarazo de la trabajadora preterida. O cuando no se contrata a una mujer —normalmente en contemplación del embarazo de ésta— en una empresa con un alto porcentaje de mujeres trabajando en ella, lo que puede suceder en empresas con plantilla segregada. Y por supuesto, habrá discriminación incluso sin contemplar el supuesto de una mujer concreta, en empresas en las que la plantilla se encuentre totalmente masculinizada, o masculinizada en términos que desconozcan la referencia a la

«participación equilibrada» de la DA 1 de la Ley de Igualdad. O internamente segregada, de modo que las mujeres sólo sean admitidas y contratadas en determinadas categorías en las que no participan hombres —supuesto que suele estar en la base de las discriminaciones retributivas—. En estos últimos supuestos, la discriminación puede considerarse generada con la importante diferencia de hombres y mujeres en la plantilla de la empresa, sin que ésta haya adoptado medidas adecuadas para superarla, y sin que se tenga que producir necesariamente para desencadenar la acción judicial una no contratación de una mujer concreta. Ese es el caso contemplado, en la jurisprudencia ordinaria, por la Sala IV del Tribunal Supremo, en Sentencia de 4 de mayo de 2000 (4266). Se trataba del caso de una demanda interpuesta por un sindicato frente a una empresa en que la totalidad de la plantilla estaba integrada por hombres y no había contratado a ninguna mujer en el periodo comprendido entre julio de 1991 y julio de 1992 «y ello a pesar del compromiso alcanzado entre la citada empresa y el Comité Intercentros» en orden a propiciar la contratación de mujeres en la empresa. Y «sin que la empresa demandada haya aportado una justificación objetiva y razonable de su conducta», declarando la especial inutilidad del argumento de la exigencia de un determinado título de FP-II que muy pocas mujeres tienen y que no era objetivamente necesario dada la ínfima cualificación de los puestos ofertados —especialistas, en un caso en que tampoco se contrató a ninguna mujer por no haber ninguna con ese título—²⁸.

Precisamente la necesidad de tomar en consideración la situación de la empresa es especialmente sentida en la Ley de Igualdad, que la contempla en relación con los Planes de Igualdad y que impone a ésta el análisis de su personal desde lo que se ha dado en llamar «perspectiva de género». Y adoptar esta visión es una forma necesaria de interpretarla.

5.4. Discriminación y empleo: las justificaciones

Tan importante como proclamar la prohibición de discriminación en el acceso al empleo es, por supuesto, evaluar el peso relativo que tiene en el marco de la negativa empresarial la motivación que ha conducido a la no contratación de la mujer.

Al respecto, la jurisprudencia comunitaria da testimonio de unos criterios de evaluación extremadamente rígidos en lo que hace a la valoración de los intereses empresariales que pueden oponerse a la fuerza de la discriminación por razón de sexo. Como muestra pueden citarse varias Sentencias:

- a) la Sentencia BUSCH, ya citada, que rechaza la legitimidad de la argumentación empresarial para despedir a la trabajadora con base en que no le había notificado su embarazo y que ese embarazo le iba impedir realizar las tareas propias de su puesto de trabajo. El argumento del TJCE es tan conciso como drástico: «44 En cuanto a las consecuencias económicas que puedan deducirse para el empresario de la obligación de reincorporar a su puesto de trabajo a una mujer encinta que no podría cumplir, durante la duración del embarazo, la totalidad de las tareas relacio-

²⁸ Otro caso extremadamente interesante, de plantilla desproporcionadamente masculinizada con escasa contratación de mujeres, temporales y a tiempo parcial en un servicio de limpieza viaria, en STSJ País Vasco de 30 enero 2001 (957).

nadas con su empleo, es preciso recordar que, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el perjuicio económico padecido por el empresario no puede justificar una discriminación por razón de sexo ²⁹

- b) la Sentencia DEKKER, de 8 de noviembre de 1990, en un caso en que la actora había sido declarada apta para acceder a un empleo de educadora de adultos pero se encontraba embarazada, y el empresario rechaza la contratación argumentando que «no hubiera podido conseguir que el Risicofonds le devolviera las prestaciones diarias que estaría obligado a abonar a la interesada durante su baja por maternidad y que, sin embargo, se hubiera visto obligado a contratar un sustituto. Esta situación se explica por el hecho de que, por una parte, el régimen nacional de que se trata asimila el embarazo a la enfermedad y, por otra parte, el Ziekengeldreglement no contiene ninguna disposición que excluya el embarazo de los casos en que el Risicofonds está facultado para denegar la devolución de las prestaciones diarias». Pese a la realidad de la argumentación del empresario desde el punto de vista económico, estima el Tribunal que vulnera el principio de igualdad si «si se niega a celebrar un contrato de trabajo con una candidata que había considerado apta para ejercer la actividad de que se trata, cuando esta negativa de contratación se basa en las eventuales consecuencias, perjudiciales para el empresario, que se seguirían de la contratación de una mujer embarazada y que tienen su origen en normas promulgadas por las autoridades públicas en materia de incapacidad laboral que asimilan la incapacidad para ejercer una actividad por causa de maternidad a la incapacidad para ejercer una actividad por causa de enfermedad.

Y nuestra jurisprudencia no le ha ido a la zaga aportando nuevas justificaciones potenciales que quedan deslegitimadas en el contexto de la prohibición que se analiza ³⁰.

- a) las exigencias de formación profesional que no se hallaban claramente explicitadas en la convocatoria se consideran un supuesto de discriminación indirecta en la ya citada STS de 4 de mayo de 2000 (4266) ³¹, «(pues) el título de Formación Profesional 2 exigido por la Empresa para acceder a tal contratación de especialista excede de las previsiones del Convenio Colectivo...que efectivamente no exige ninguna titulación para ello...y aunque tal exigencia afecte formalmente por igual a hombres y mujeres, resulta desproporcionada —dada la mínima cualificación de la categoría— y perjudicial para el colectivo femenino, que por razones socio-económicas no suele poseer tal título; siendo significativo que la propia Sentencia de instancia...expresa que “son escasas” las mujeres que lo tienen. Y, en todo caso, la empresa no ha aportado ninguna prueba objetiva y razonable de tal exigencia».
- b) también son discriminatorias las exigencias de antigüedad en la contratación o experiencia en el puesto de trabajo generadas en un contexto en que la empresa no

²⁹ En el mismo sentido sentencia MAHLBURG, de 3 de febrero de 2003 para un caso muy semejante

³⁰ Aunque no falta alguna resolución que se opone abiertamente a las tesis comunitarias, como la STSJ Galicia de 28 de septiembre 2002 (3416), en un caso en que no llamada una trabajadora encinta, primera en la bolsa de contratados, porque se hallaba embarazada y el trabajo que debía prestar suponía el manejo de elementos radiactivos.

³¹ Reitera su doctrina la STSJ Cantabria 14 noviembre 2005 (3000).

- tenía mujeres contratadas, supuesto en que la discriminación indirecta se hace patente para la STSJ Cantabria de 6 de septiembre de 2006 (2633).
- c) y no justifican la discriminación las contrataciones de mujeres de forma testimonial, en número mínimo y a tiempo parcial en el marco de una empresa dedicada a la limpieza viaria, que arguye que este trabajo, como otros, suele estar desarrollado por hombres y las mujeres no suelen solicitarlo (STSJ País Vasco, de 30 de enero de 2001 (957)).
 - d) tampoco justifica la no contratación el hecho de que la trabajadora solicite el ingreso en la empresa antes de que hayan transcurrido las 6 semanas posteriores al parto de disfrute obligatorio. En opinión de la Sala este es un derecho a ejercer con plenitud en el marco de la prestación de trabajo. Fuera de ella, es la mujer la que, atendiendo a sus circunstancias personales y de salud, puede decidir cuando interrumpir el descanso, sin que le pueda ser impuesto por la empresa contratante (STSJ Andalucía Sevilla 10 julio 2002 (1476)).

En síntesis, la justificación «objetiva y razonable» de la no contratación de una mujer por el hecho de serlo o por estar embarazada ha de buscarse en el ámbito del más estricto de los escrutinios, que incluso descarta los argumentos de pura razonabilidad económica como lo son el que la trabajadora no pueda desarrollar temporalmente el trabajo para el que se le contrata³².

5.5. La discriminación y el empleo: medios de reacción

La reacción judicial

La primera afirmación a hacer en este ámbito consiste en subrayar que, por regla general, en la inmensa mayoría de los casos la respuesta judicial ha de ser residenciada ante el Orden Social de la Jurisdicción, al tratarse de una materia estrechamente integrada en la

³² Resulta extravagante en esta línea jurisprudencial cuyo fundamento es inobjetable la STSJ Cantabria de 6 de septiembre de 2006 (2633), que declara razonable y proporcionada una conducta de la empresa que, en el contexto de un acuerdo alcanzado con el Comité de Empresa para hacer fijos a trabajadores temporales, realiza una oferta de empleo pública exigiendo experiencia en la empresa y más concretamente en las tareas del puesto de trabajo, de modo que, aunque habían presentado su candidatura al puesto 6 mujeres, fueron contratados hombres, ninguno de los cuales acreditó tener experiencia en las tareas del puesto de trabajo (manejo y cargue de cloro), que se había admitido que podían desarrollarlo por igual hombres y mujeres. A la vista de los hechos, la Sala estima que el acuerdo suscrito entre empresa y Comité se basaba en el principio de estabilidad en el empleo y «habrá que entender que...el objetivo (era) legítimo y, asimismo, que el medio utilizado para alcanzarlo, esto es, exigir el requisito de estar en posesión de experiencia profesional, en el contexto negociador expuesto fue proporcionado, lo que nos conduce a descartar que en el compromiso alcanzado entre la citada empresa y el comité existiera una intención discriminatoria encubierta...y, consecuentemente, el comportamiento empresarial al ejecutarlo no puede considerarse lesivo» del art. 14 CE. El acuerdo, en efecto, podía ser legítimo, pero en el contexto del caso, no tener en cuenta que había habido una oferta pública de empleo y que no se había respetado por la empresa la exigencia de experiencia profesional en los contratados, supone desechar dos elementos claves para generar indicios de discriminación, y para exigir del empresario la misma «transparencia» en los criterios de selección que, paradójicamente, la propia Sentencia enuncia como consecuencia básica de la prohibición de discriminación.



«rama social del Derecho» del art. 1 de la LPL, para cuya existencia, como es sabido no es imprescindible la previa existencia de un contrato de trabajo. La segunda es que, dada la forma en que comúnmente opera la discriminación en el empleo —preterición de una trabajadora a favor de otra u otro trabajador— la presencia en el proceso de los trabajadores preferidos se hace imprescindible o, cuanto menos, la llamada al proceso de dichos trabajadores, afectados principalísimos por las consecuencias de la Sentencia que se dicte, en caso de ser ésta favorable a la actora. La tercera, como puede deducirse de todo lo dicho hasta ahora, que las legitimaciones colectivas son especialmente adecuadas en relación con estos procesos en casos en que la discriminación posea un ámbito de este carácter, alcanzando en este ámbito una especial relevancia la posibilidad que deja abierta el art. 12.2 de la LOI.

Dicho lo anterior, hay que subrayar que, en el ámbito del OSJ, existe una pluralidad de procedimientos que han demostrado su aptitud para servir de cauce a estas reclamaciones:

- desde luego, el proceso ordinario, en su carácter general, con las adaptaciones probatorias derivadas de la naturaleza de la pretensión ejercitada y que recoge expresamente la LPL:
- más adecuado puede ser el cauce del proceso de tutela de los derechos fundamentales, particularmente con el reforzamiento del contenido de éste generado en la propia Ley de Igualdad a través del enriquecimiento de sus posibilidades en el ámbito indemnizatorio (art. 181 LPL).
- el proceso de conflicto colectivo puede resultar especialmente útil —y ha demostrado serlo en la jurisprudencia española— en relación con aquellos casos en que la discriminación se manifiesta como una política consolidada de la empresa, en la que no hay víctimas concretas porque todas las mujeres lo son.
- y el proceso de oficio, en los términos establecidos en el modificado art. 146 LPL (DA 13 LOI)

Todos los procesos citados plantean, en mayor o menor grado, la dificultad de acreditar la existencia de una discriminación, sobre todo en los casos en que la mujer es discriminada con contratación de otra mujer, en las discriminaciones indirectas o en los supuestos en que la plantilla de la empresa esté patentemente masculinizada —no tanto en el caso de la STS 4 mayo 2000, que ciertamente era un caso límite—. Los problemas de prueba de este tipo de comportamientos son difíciles de superar, como en general en todos los casos de discriminación, y, si cabe, aún más, en la medida en que la omisión empresarial no suele estar motivada al no haber norma que se la imponga. Este es el sentido del art. 13 LOI, que trata de implantar directamente una inversión de la carga de la prueba en materia de discriminación por razón de sexo —recuérdese que la obligación de alegación y prueba que pesa sobre el empresario descansa en «alegaciones» de la parte actora que afirma haber sufrido una discriminación—. Alegaciones, no pruebas, ni siquiera de indicios. Es cierto que el texto del art. 13 de la LOI no ha sido transplantado a la LPL —como sí lo ha sido a la LEC y a la LJCA DDAA 5.^a y 6.^a LOI—, pero ello no es óbice para entender derogados los diversos preceptos que se sostienen en la prueba de indicios por oposición a lo dispuesto en el art. 13 mencionado.

En cualquier caso, sea lo que fuera de la solución que se adopte por los Tribunales en lo relativo a la distribución de la carga de la prueba, incluso si se mantiene la vigencia de la prueba de indicios, habrá que convenir en que la prohibición de discriminación por ra-

zón de sexo en materia de empleo hace especialmente necesario exigir esa «transparencia» en los criterios de selección que con todo acierto ha ido destacando nuestra jurisprudencia ordinaria y constitucional y de la que hemos hablado antes³³. Haciendo transparentes esos criterios y demostrando su carácter racional y ajeno a la discriminación denunciada es como se salvaguarda la posición procesal del empresario.

En relación con la dinámica de la prueba de indicios —en mi opinión ya superada— lo que no debe admitirse es la excesiva dureza a la hora de determinar qué son suficientes indicios, no imponiendo exigencias equivalentes a la prueba plena, debiendo descartarse interpretaciones como ésta del TSJ Andalucía-Málaga de 19 de abril de 2002 (2426): debe distinguirse «entre la aportación de elementos probatorios suficientes para ser tenidos como prueba del indicio exigido para cuestionar la legitimidad constitucional del móvil de la actuación empresarial, y las que simplemente suponen meras sospechas y conjeturas sin base suficiente para dar lugar a tan importante efecto jurídico como es el de invertir la carga de la prueba». No es sostenible esta tesis porque simplemente no se invierte la carga de la prueba en nuestro sistema, sino que se impone al empleador alegar y probar las razones de su comportamiento, no siempre explícitas aunque sean lícitas. El principio de prueba exigido en la LPL está fundado más en la generación de una apariencia de buen derecho de las alegaciones de la demandante que en pruebas no siempre posibles en el sentido técnico del término.

Finalmente, éste que analizamos es un campo abonado especialmente para la utilización de informes estadísticos —el auxilio de expertos es especialmente valioso en casos como éstos, en especial de organismos competentes en materia de defensa de derechos de la mujer— como prueba de la concurrencia de discriminación. En ocasiones, como las citadas más arriba, la evidencia se impone con sólo considerar la absoluta masculinización de la plantilla. Pero, como bien pone de manifiesto el Tribunal Superior de Cantabria, en su Sentencia de 14 de noviembre de 2005 (3000) «la prueba estadística (porcentaje hombres/mujeres afectados por una medida) opera como presunción de que existe una intencionalidad discriminatoria. Existen dos posibilidades de atender al número de hombres y mujeres contratados por la empresa —estadística intra-empresarial— o a los suficientemente cualificados para el trabajo en el área cercana —estadística extraempresarial—. Se corresponden tales criterios con los “pass rates” o “flow statistics” y “stock statistics” del derecho norteamericano».³⁴

Uno de los problemas más relevantes que plantea la reacción judicial a las discriminaciones en la contratación es, precisamente, el contenido de la Sentencia en aquellos procesos en los que, salvo conflictos colectivos y en cierta medida oficio, además de declarar la existencia de discriminación es posible deducir sus consecuencias sobre la posición jurídica de la parte actora. Sobre el particular no existe una línea uniforme, ni la impone tampoco la LOI, que, adoptando una fórmula que las Directivas comunitarias han reiterado des-

³³ Creo que es preciso hablar sobre las dos posibilidades de distribución de la carga de la prueba, también de la prueba de indicios, por la imprevisibilidad de la posición judicial, ante la compleja redacción del art. 13 de la LOI.

³⁴ Una visión general de esta problemática en relación con la acción positiva en SIERRA HERNAIZ, E., *op. cit.*

de el principio, sostiene que «los actos y las cláusulas de los negocios jurídicos que constituyan o causen discriminación por razón de sexo se considerarán nulos y sin efecto, y darán lugar a responsabilidad a través de un sistema de reparaciones o indemnizaciones que sean reales, efectivas y proporcionadas al perjuicio sufrido, así como en su caso, a través de un sistema eficaz y disuasorio de sanciones que prevenga la realización de conductas discriminatorias» (art. 10). Dejando el sistema sancionador para más adelante, la LOI prevé dos soluciones posibles, y no incompatibles entre sí: la nulidad de los actos y las indemnizaciones procedentes.

Lo que sucede es que, como tantas veces se ha dicho, la no contratación es una omisión, y resulta difícil anular las omisiones. El TC lo ha intentado con una fórmula que podría extenderse para la interpretación del art. 10 LOI: equiparar los efectos de la discriminación a los de un despido nulo por vulneración de un derecho fundamental (SSTC 173/94 y 166/1988). Y algún Tribunal de Justicia ha seguido esta tesis³⁵, afirmando que «puesto que la referida conducta prohibida ha tenido como consecuencia crear un obstáculo definitivo al acceso al empleo de la trabajadora afectada, sus efectos pueden ser equiparados a los de aquellas medidas que, en el ordenamiento laboral, impiden la continuidad del vínculo laboral por decisión unilateral del empresario, esto es, a los del despido fundado en la vulneración de un derecho fundamental».

Esta fórmula es la que más se aproxima al elenco de propuestas vinculantes del art. 3 de la Directiva 76/207 y desde luego entiendo que es plenamente operativa en los casos en que la discriminación se ha limitado a la no contratación de una trabajadora determinada. Pero presenta problemas en el caso en que haya terceros afectados. Y en este problema han embarrancado las tesis de nuestros Tribunales ordinarios, que se han decantado unas veces a favor del reconocimiento de indemnizaciones a la trabajadora afectada³⁶; en tanto que otras se plantean el tema y descartan expresamente que la solución al caso fuera la contratación de las trabajadoras demandantes pues «si precisamente lo que se pretende es la igualdad entre trabajadores de ambos sexos, el derecho de estas mujeres en la materia no puede ser de mejor condición que el que corresponde al resto de solicitantes de trabajo» en la misma oferta pública³⁷. Como se ha visto, el art. 10 LOI admite que la respuesta frente a la discriminación puede ser indemnizatoria, pero eso significa que los Tribunales han de tomarse especialmente en serio esta respuesta y su cuantía, a fin de que sean «reales (y) efectivas», compensando en la actualidad los daños sufridos y previniendo conductas futuras de discriminación. En este sentido, puede sugerirse el cálculo de las indemnizaciones

³⁵ En una Sentencia extraordinariamente bien fundamentada, STSJ Andalucía-Sevilla de 8 de julio de 2003 (9).

³⁶ *Vid.* sTSJ Valencia 22 octubre 1998, que confirma parcialmente la Sentencia de la instancia, y la ratifica en lo que respecta a la condena a la empresa a abonar una indemnización de 415.030 ptas; STSJ Cantabria 14 noviembre 2005 (3000) con un fallo más complejo: «condenamos al cese inmediato de la empresa demandada en la actitud de atentado en el acceso al empleo por razón de sexo aplicando el Convenio en su art. 18 en cuanto a la acción positiva y la subsidiaria de que se considere como candidata en reserva a la trabajadora que superó las pruebas, incluida la psicotécnica, y fue excluida en la entrevista personal, para su contratación preferente en las nuevas contrataciones previstas para los años 2005 y 2006» y a «que se reparen las consecuencias derivadas de dicha conducta de atentado al principio de igualdad en el acceso al empleo mediante el abono de una indemnización, que se fija en 1202,02 euros» cuyo cálculo no se justifica.

³⁷ STSJ País Vasco 30 enero 2001 (957).

sobre la base de las que nuestro ordenamiento prevé para el despido disciplinario improcedente.

La sanción administrativa fundada en estas conductas

La LOI ha sido consciente de la importancia que puede llegar a tener la intervención de la potestad sancionadora administrativa en el marco de las conductas generales de discriminación, así se desprende de la delimitación y precisión de los nuevos apartados de los arts. 7 y 8 de la LOISOS contenida en la DA 14 de la LOI. En cambio, no parece que lo haya sido tanto, o que haya actuado tan cuidadosamente, a la hora de precisar los términos en que juega cuando la discriminación se ejecuta antes de que el contrato de trabajo haya llegado a celebrarse y, por tanto, no exista «empresario» al que imputársela. Este es un obstáculo que parece imponerle la propia LISOS en la parte no reformada (art. 2) que declara responsable «en particular» al «empresario en la relación laboral» (apartado 1) y en la propia tipificación de la sanción cuando refiere las decisiones al «empresario» (art. 8.12 modificado por la DA 14 LOI); una noción que, si se anuda al concepto que da del mismo el art. 1.2 ET generaría el paradójico efecto de dejar sin sanción estos comportamientos, de cuya gravedad no cabe duda.

Sin perjuicio de estas discordancias legales, estimo que hay que interpretar la LOI buscando su «efecto útil», y no conduciéndola al absurdo. En el conjunto de nuestro ordenamiento la noción de empresario no siempre se vincula con la celebración de un contrato de trabajo. Empresario es también un sujeto del mercado de trabajo caracterizado por requerir la celebración de contratos de trabajo para llevar a cabo su proyecto productivo. Así lo contempla la propia LISOS en otros preceptos, por ejemplo en el art. 8.2 cuando declara la condición de infracción muy grave de la cesión de trabajadores, en la cual existe por lo menos un empresario que no lo es realmente. Y lo remacha en el art. 2.1.3, cuando declara sujetos responsables en materia de empleo a «los empresarios», siendo así que muchas de las infracciones tipificadas no tienen como presupuesto inmediato la celebración de un contrato de trabajo. En este contexto forzosamente amplio es donde tiene sentido el art. 8.12 de la LISOS, que señala al empresario —entendido en sentido amplio— cuyas decisiones pueden constituir discriminaciones, al contratar, o al dejar de hacerlo, a una trabajadora protegida por el mandato inequívoco de la Ley de Igualdad.



PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN EN LAS CONDICIONES DE TRABAJO

JAIME CABEZA PEREIRO

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Vigo

EXTRACTO

La transposición al Derecho interno de la Directiva 2002/73/CE, de modificación de la Directiva 76/207/CEE, ambas refundidas en la Directiva 2006/54/CE, por la LO 3/2007, de 22 marzo, ha supuesto que se incorporen al ordenamiento jurídico español una serie de técnicas de interés para una mejor tutela de los derechos a la igualdad y a la no discriminación por razón de género.

El conocimiento de dichas técnicas constituye un requisito previo para que se analice la repercusión de estos instrumentos vinculantes en el ámbito de las condiciones de trabajo, a la par que se tome conciencia de la repercusión que en la actualidad tienen, también en esta parcela jurídica, las técnicas de derecho no vinculante (soft law).

En este estudio, después de un repaso de todo ello, y a partir de constatarse cómo las normas heterónomas y autónomas se han construido arrancando de un arquetipo de trabajador que en absoluto es una mujer, se analizan, desde el concepto que aporta el art. 5 de dicha Ley Orgánica de la locución «condiciones de trabajo», las principales de ellas, en particular el salario, la seguridad y salud en el trabajo y el despido, desde el punto de vista de las novedades normativas que se han producido y de la repercusión que deben tener en el contexto de nuestro Derecho del Trabajo.

ÍNDICE

1. APROXIMACIÓN A LAS FUENTES
2. CUESTIONES TRANSVERSALES
3. EL AVANCE DEL SOFT LAW
4. LA LUCHA CONTRA EL ESTEREOTIPO DEL VARÓN
5. EL TRATAMIENTO DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO EN LA LOI
 - 5.1. En cuanto al salario
 - 5.2. En cuanto a la seguridad y salud en el trabajo
 - 5.3. En cuanto al despido
6. UNA REFLEXIÓN FINAL

1. APROXIMACIÓN A LAS FUENTES

Para delimitar el objeto de análisis de este estudio parece lo más aconsejable adaptarse a las fuentes que, en el contexto temporal en el que se aborda, tratan más directamente esta materia. Básicamente, en el nivel comunitario, la Directiva 2006/54/CE, de 4 julio, del Parlamento y del Consejo, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación —en adelante, Directiva de refundición—. Y, en el nivel interno, la norma que hace las veces de instrumento de transposición, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (en adelante, LOI).

En cuanto a la norma derivada comunitaria, la Directiva de refundición reunifica, entre otras, la Directiva 76/207/CEE, del Consejo, de 9 septiembre, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, y la Directiva 2002/73/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 2 septiembre, de modificación de la anterior. No se trata ahora, desde luego, de describir una y otra ni de analizar los principios inspiradores de la segunda, en su modificación material de la primera¹. Pero sí de reconocer que entre una y otra no ha habido un cambio material de significado en la locución «condiciones de trabajo»: si en la primera se incluía expresamente el despido, en la segunda se hace referencia además a la retribución. En ambas se diferenciaban de dichas condiciones las cuestiones de acceso, selección y contratación, de promoción profesional y toda la materia de formación y reciclaje profesionales. Y, además, en la 2002/73/CE también se alude de forma separada a la afiliación y participación en organizaciones «de trabajadores y empresarios...» Todos estos matices se incluyen ahora en el art. 14 de la Directiva de refundición, y deben ser utilizados como criterio de delimitación del elenco de cuestiones que deben ser abordadas, excluyéndose, por lo tanto, las de acceso al empleo, de formación y promoción.

Habrá que hacer referencia a algunas técnicas introducidas por la Directiva de 2002. Por ahora, quisiera hacer notar que la Directiva de refundición ha dejado deliberadamente al margen de su tarea compiladora dos normas derivadas muy características: la Directiva

¹ Sobre este particular, PÉREZ DEL RÍO T., «La protección frente a la discriminación en el Derecho Comunitario: las D/2000/43/CEE, D/2000/78/CEE y D/2002/73/CEE. Modificación de la D/76/207/CEE», *RDS*, núm. 19, 2002, pág. 91 ss.

92/1985/CEE, de 19 octubre, de maternidad y la Directiva 96/34/CE, de 3 junio, relativa al acuerdo marco sobre el permiso parental. Es cierto que una y otra están dotadas de bases jurídicas diferentes a las refundidas: la primera de ellas, la seguridad y la salud; la segunda, la circunstancia de sustentarse en un acuerdo entre los interlocutores sociales², pero también lo es que su consideración separada plantea algunos interrogantes sobre el deber ser del derecho antidiscriminatorio. Todo ello no obstante, el argumento de sistemática normativa debe guiar estas páginas, para marginar también una consideración central de los tópicos de la maternidad y de la conciliación de la vida personal, familiar y laboral.

Por lo que respecta al Derecho interno, deberán tomarse en consideración algunos preceptos centrales de la LOI. Su art. 5 ubica el tema de las condiciones de trabajo en un ámbito material idéntico al del art. 14 de la Directiva de refundición, incluyendo específicamente las retributivas y de despido, y contemplado de forma separada a las mismas los temas de acceso, formación y promoción profesionales y afiliación y participación en organizaciones sindicales y empresariales. Por su parte, el art. 43 encomienda a la negociación colectiva la promoción de la igualdad a través de medidas de acción positiva para favorecer la aplicación efectiva del principio de igualdad de trato y no discriminación entre hombres y mujeres en las condiciones de trabajo. Por lo demás, en diversos preceptos se regulan derechos de conciliación y de maternidad, cuya descripción se va a omitir por las consideraciones sistemáticas efectuadas en el párrafo anterior. Y, ya en la disposición adicional 11 ET, habrá que hacer referencia a algunos aspectos puntuales que deben ser tratados. En primer lugar, a la mención en el art. 17.4 ET, a las medidas de «desempate» en el ámbito de las condiciones de clasificación profesional, a los efectos de preferencia en el acceso al grupo, categoría o puesto de trabajo de que se trate en los casos de igualdad de condiciones —aunque se trate más bien de un tema de promoción profesional—. En segundo, a toda la trama de los despidos disciplinarios y objetivos —modificaciones de los arts. 53, 54 y 55 del ET—, aunque se trate de una materia «a caballo» entre el dominio de la Directiva de refundición y de las Directivas 92/1985/CEE y 96/34/CE, y a la inclusión de una disposición adicional 18.^a en el texto estatutario. En tercero, y ya al margen de aspectos puramente sustantivos, a los derechos pasivos de información que el nuevo apartado segundo del art. 64.1.1.^a les confiere a los comités de empresa y delegados de personal, de modo que la empresa ha de proporcionarles con cadencia no superior a la anual datos relativos a la aplicación del principio de igualdad en la empresa. Por cierto, no está de más recordar que las vaguedades del precepto sobre los contenidos del derecho-deber informativo pueden y deben suplirse, cuando menos, con las indicaciones que aporta el art. 21.4 de la Directiva de refundición.

Por supuesto, reviste una especial importancia también en el ámbito de las condiciones de trabajo todo el tema de los planes de igualdad. Sobre ellos, debe destacarse que el art. 46.2, en una técnica legislativa que debe calificarse cuando menos de mejorable, sigue una sistemática totalmente distinta de la del art. 5, al no referirse expresamente al tópico de condiciones de trabajo y contemplar específicamente muchas de ellas —omitiendo otras, dicho sea de paso—: acceso al empleo, clasificación profesional, promoción y formación,

² Un comentario a las razones de esta exclusión en MASSELOT, A., «The state of gender equality law in the European Unión», *European Law Journal*, 2007, vol. 13, núm. 2, pág. 162.

retribuciones, ordenación del tiempo de trabajo para favorecer la conciliación de la vida personal, familiar y laboral y prevención del acoso sexual y del acoso por razón de sexo.

2. CUESTIONES TRANSVERSALES

Aludo en este apartado, aunque sólo sea de manera referencial, a aquello que en la Directiva de refundición se conoce como «disposiciones horizontales», es decir, cuestiones de coercibilidad y aplicación del derecho a la igualdad y a la no discriminación que afectan a todos los contenidos sustantivos, y también a la cuestión de las condiciones de trabajo. Por supuesto, habrá que trascender el propio ámbito del Título III de la norma derivada comunitaria, que es precisamente el que regula dichas disposiciones.

En primer lugar, me parece elemental citar el papel que deben desempeñar las partes sociales. La llamada general del art. 21 de dicha Directiva al diálogo social resulta bastante ilustrativa. Es evidente que el papel de las organizaciones empresariales y sindicales debe reforzarse en todos los niveles: no sólo en el de la negociación colectiva o, más en general, del diálogo social, sino también en el de la vigilancia del cumplimiento de los principios de igualdad y no discriminación en el ámbito de la empresa, en el del planteamiento de conflictos individuales y colectivos y, muy en particular, en la esfera judicial, con una legitimación propia o a título de coadyuvante en defensa de los derechos de igualdad y no discriminación³.

Bien es cierto que esta posición en el proceso la ostentaban ya las organizaciones sindicales en el ámbito interno antes de la entrada en vigor de la LOI, al menos en el orden social, a poco que se interpretara sistemáticamente el art.175.1 y 2 LPL o que se analizara de modo no del todo restrictivo cierta doctrina del TC sobre la legitimación sindical para plantear recursos de amparo. Y que la misión de defensa y promoción de los derechos fundamentales a la igualdad y a la no discriminación en la negociación colectiva y en el conflicto les venía de suyo a ambas partes sociales, a la vista de la referencia a las dos del art. 7 CE. Pero también debe reconocerse que la Directiva 2002/73/CE y su norma de transposición, la LOI, les han conferido una responsabilidad especialmente cualificada en esta materia. Voy a omitir ahora todas las alusiones directas o indirectas que contiene la ley al respecto, pero sí que me parece necesario recalcar cómo las condiciones de trabajo constituyen un ámbito de la realidad sumamente sensible a esta intervención de organizaciones sindicales y empresariales, así como de las representaciones unitarias y de los trabajadores individuales, y tanto en las relaciones de diálogo y negociación como en las de conflicto. Nuestra red de convenios colectivos contiene numerosas cláusulas indirectamente discriminatorias, aunque las discriminaciones directas van siendo poco a poco eliminadas. Y, desde otra perspectiva, las propias normas convencionales constituyen instrumentos especialmente idóneos para que se introduzcan cláusulas de salvaguarda de la igualdad y de la no discriminación, así como medidas de acción positiva y discriminaciones positivas.

Otras instituciones que merecen referencia explícita son todas aquellas que persigan la defensa de los derechos de la mujer o, más en general, de los derechos de las personas

³ Un comentario a este tema en MASSELOT, A., *op. cit.*, pág. 166.

discriminadas o de los colectivos victimizados. Me da la impresión de que se trata de uno de los aspectos de la Directiva de refundición que aparecen más débilmente incorporados al Derecho español a través de la LOI. Uno de los mandatos de la norma comunitaria a los Estados miembros consiste en que velen por que todas estas entidades puedan iniciar, en nombre propio o en apoyo del demandante y con su autorización, procesos o procedimientos para exigir el cumplimiento de las obligaciones dimanantes de la misma. Es verdad que la LOI se pronuncia con fidelidad a tal mandato, no sólo en su art. 11.2, sino también en su disposición adicional quinta, al introducir un nuevo art. 11 bis en la Ley 1/2000, de 7 enero, de Enjuiciamiento Civil⁴, o sexta, al modificar en unos términos paralelos la Ley 29/1998, de 13 julio, de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Pero hay otra vertiente que me da la impresión de que queda peor cubierta, en relación con la incorporación del art. 20 de la Directiva de refundición. De acuerdo con la disposición adicional 28.^a de la LOI, el Instituto de la Mujer será el organismo competente a los efectos del art. 8 bis de la Directiva 76/207/CEE —es decir, de dicho art. 20—. Por consiguiente, en él descansa, entre otras, las competencias de su letra a): «sin perjuicio del derecho de víctimas y asociaciones, organizaciones u otras personas jurídicas, ...prestar asistencia independiente a las víctimas de discriminación a la hora de tramitar sus reclamaciones por discriminación». A la vista de lo cual, no hay duda de que a este organismo autónomo le compete la labor previa de asesoramiento y asistencia jurídica, o asistencia integral.

No obstante, se echa de menos que la LOI exprese esta idea de un modo más explícito en su articulado y expandiendo la competencia a otros organismos públicos y privados más allá del Instituto de la Mujer. Por ejemplo, podría enunciarla en el propio art.11.2, o en cualquier precepto de su Tít. I. Resulta incuestionable que en la práctica interna se producen muy escasos contenciosos individuales en los que una trabajadora demande por discriminación directa o indirecta, más allá de los supuestos característicos de despido o cualquier otra retorsión por embarazo o por ejercicio de los derechos de maternidad o, como mucho, por desacuerdo en la concreción horaria de los derechos de lactancia y guarda legal. Y también es difícil de cuestionar que esta circunstancia tiene mucho que ver con el déficit de asesoramiento específico, que deja a las mujeres en un desamparo evidente ante pretensiones cuya prueba no está a su alcance, por los elevados costes que comporta o porque requiere de datos o indagaciones de una complejidad técnica muy alta. Por todo ello, habría que seguir la senda de instituciones de otros Estados comunitarios con experiencias ya contrastadas, como la *Equal Treatment Comisión* holandesa, la *Equal Opportunities Ombudsperson* sueca o, muy en especial, la *Equal Opportunities Comisión* británica⁵. A quienes leemos regularmente la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades nos resulta familiar la cita de estas instituciones, como coadyuvantes de litigantes prin-

⁴ Incomprendiblemente, no se ha modificado la Ley de Procedimiento Laboral en la misma línea, aunque no cabe duda de que debe entenderse a este respecto aplicable la regla de supletoriedad de la LEC de acuerdo con la disposición adicional primera de la LPL.

⁵ No debe de dejar de hacerse referencia al Instituto Europeo para la Igualdad de Género, erigido el 1 diciembre 2006. Sus funciones y actividad sin duda deben producir importantes cambios en el funcionamiento y actuación de las instituciones competentes de los Estados Miembros.

cipales. Pero esta labor de coadyuvancia requiere previamente de un trabajo de asesoramiento que en la LOI apenas aparece insinuado, por más que nada de la norma se opone a su desarrollo.

Y, por supuesto, no debe entenderse que esta tarea le corresponde al Instituto de la Mujer en exclusiva, ni tan solo a los organismos públicos de igualdad de las diferentes CCAA, sino a otros organismos públicos y privados de defensa de los derechos de las mujeres. En otro orden de ideas, acaso se eche de menos que la LOI se refiriese de modo explícito a la Ley Orgánica 3/1981, de 6 abril, del Defensor del Pueblo, para implicarlo en toda esta materia en torno a la actividad de las Administraciones Públicas. Sin duda, en el ámbito material de la emisión de informes independientes, publicación de documentos y elaboración de recomendaciones en la esfera de sus funciones, este organismo debe desarrollar una labor importante, sin excluir, por supuesto, la de otras entidades.

Ya de una forma más esquemática, habría que enunciar otros principios contenidos en las «disposiciones horizontales» de la Directiva. Algunos de ellos, no especialmente novedosos por lo que se refiere a nuestro ordenamiento jurídico. Por ejemplo, la existencia de procedimientos judiciales y extrajudiciales adecuados, a cuyo fin los principios rectores del proceso de los arts. 175 ss. LPL hacen perfectamente las veces en el orden social, a la par que se han modificado correlativamente las leyes procesales civil y contencioso-administrativa, con alguna interesante regla novedosa en ambas que, por el carácter supletorio de la primera y por enunciarse de modo genérico en el art. 13.1 de la LOI, ha de entenderse también aplicable en la esfera del art. 179 de la ley rituarial laboral⁶. Por lo demás, y sin que pretenda ahora terciar en ciertas polémicas, me parece evidente que dicho art. 13 debe provocar una fuerte reinterpretación de los arts. 96 y 179 LPL, en una clave más exigente para la empresa demandada.

En el mismo ámbito de ideas, la trasposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva 97/80/CE, del Consejo, de 15 diciembre, ya no planteó en su momento problema alguno. Algo más novedoso es el principio de la indemnización o reparación real, efectiva, disuasoria, proporcional al perjuicio sufrido y no tasada, considerado en los arts. 18 y 25 de la Directiva de refundición. Tampoco en este ámbito la LOI se ha pronunciado en términos totalmente fieles con ella, porque el carácter disuasorio no se predica en la norma comunitaria tan solo de la sanción, sino también de la indemnización, como se concluye de forma inequívoca de la lectura de dicho art.18. Con todo, la llamada del art. 10 de la LOI a unas indemnizaciones «reales, efectivas y proporcionadas», así como el principio de la norma interna en el sentido más favorable a la plena efectividad del ordenamiento comunitario, debe producir un cambio muy sustancial en la práctica de los órganos judiciales en la determinación y cálculo de las indemnizaciones, algo más alejada del tradicional principio civilista de la responsabilidad contractual o extracontractual de la empresa.

Finalmente, hay que apuntar la regla de la «victimización» del art. 24 de la Directiva de refundición, traducida al Derecho interno en el principio de indemnidad frente a represalias del art. 9 de la LOI. Se trata de una doctrina que cuenta ya con una muy consolidada trayectoria en la jurisprudencia del TC y de los órganos de la jurisdicción ordinaria, pero

⁶ Me refiero a las especiales facultades que se le confieren en el nuevo apartado 5 del art. 217 LEC al órgano judicial para recabar informes o dictámenes de los organismos públicos competentes.



en referencia al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y, en menor medida, a la libertad sindical. Sin duda, la circunstancia de que no se haya desarrollado en torno al principio de no discriminación obedece a la circunstancia de que los litigios que se han suscitado en la esfera individual no han permitido, ni de lejos, la configuración de un cuerpo de doctrina significativo. Ello no obstante, los ecos del asunto *Coote*⁷ han llegado a nuestro ámbito en unos fundamentos de derecho que nos resultan sumamente familiares.

Bien es cierto que todas estas cuestiones transversales trascienden el análisis del tema estricto de la discriminación en las condiciones de trabajo. También, que en el desarrollo de la normativa antidiscriminatoria a lo largo de los últimos años se han aproximado las técnicas empleadas, cualquiera que fuera la causa de la discriminación —raza, orientación sexual, edad, género, nacionalidad—, de forma que las afirmaciones formuladas podrían repetirse, con muy escasas diferencias, en cuanto a la Directiva 2000/43/CE, de 29 junio, o a la Directiva 2000/78/CE, de 27 noviembre⁸. Pero no es menos verdad que el campo de las condiciones de trabajo resulta extremadamente fértil para el manejo de dichas técnicas, hasta el punto de que es casi imprescindible tenerlas en cuenta como un *præius* para el enfoque de cuestiones más sustantivas.

3. EL AVANCE DEL SOFT LAW

Desde luego que el ámbito de la discriminación, y en particular, por razón de género, constituye un espacio en el que tradicionalmente se ha desarrollado el método comunitario tradicional de las normas originarias y derivadas vinculantes. Muy en particular, se ha insistido en el carácter *self-executing* del art. 141 del Tratado de Roma. Y no hay duda de que se ha generado por parte del Tribunal de Justicia un cuerpo de doctrina muy significativo. Sin perjuicio de todo lo cual, de un tiempo a esta parte, en el marco de la Estrategia Europea para el empleo y del Método Abierto de Coordinación, también los tópicos de la igualdad y no discriminación se enriquecen de importantes aportaciones provenientes de documentos no vinculantes. Es decir, los mecanismos de *hard law* y de *soft law* se entrelazan y se entrecruzan, sin que sea fácil afirmar si este solapamiento a largo plazo traerá consigo efectos beneficiosos o perjudiciales, en un debate lo suficientemente conocido como para que no sea cuestión traerlo aquí de nuevo a colación. Baste, no obstante, decir que debe preservarse el carácter central y neurálgico de las directivas antidiscriminatorias⁹.

Las relaciones entre derecho vinculante y derecho no vinculante resultan más complejas si se tiene en cuenta que las Directivas más recientes tienden a servirse de técnicas que limitan su carácter imperativo, bien a través de la concesión de múltiples alternativas de transposición a los Estados Miembros, bien admitiendo su incorporación mediante variados instrumentos, bien a través de la incorporación en su articulado de técnicas propias del *soft law*. Aunque estas características no resultan especialmente intensas en las Directivas

⁷ Asunto C-185/1997, sentencia de 22 septiembre 1998.

⁸ Sobre esta identidad de técnicas, GOTTARDI, D., «Dalle discriminazioni di generi alle discriminazioni doppie o sovrapposte: le transizioni», *Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali*, 2003, 99-100, 2003, pág. 447 ss.

⁹ Véanse algunas interesantes ideas al respecto en WALBY, S., «The European Union and Gender Equality: emergent varieties of gender regime», *Social Politics*, 11, 1, 2005, pág. 7.

en torno a la igualdad por razón de género, sí que puede encontrarse algún rasgo al que debe hacerse referencia. Al menos los dos siguientes:

- La utilización de la técnica del *mainstreaming*, a la que se refiere el art. 29 de la Directiva de refundición, y que deben tener en cuenta los Estados miembros al elaborar y aplicar, también, «políticas y actividades». En realidad, iba de suyo la apelación a la transversalidad, siquiera sea porque aparece ya expresamente reconocida e impuesta a la Comunidad en el art. 3.2 del Tratado de Roma. Pero resulta muy pertinente tenerla en cuenta en el diseño y aplicación de todas las normas y reglas relativas a las condiciones de trabajo¹⁰. Por su parte, la LOI alude a ella en diversos pasajes, como método de análisis y como criterio orientador. Por ejemplo, en el art. 4 —«integración del principio de igualdad en la interpretación y aplicación de las normas», en el art. 14, que enuncia como regla general de actuación de los poderes públicos «la integración del principio de igualdad de trato y de oportunidades en el conjunto de las políticas económica, laboral, social, cultural y artística...», o e el art. 15, bajo cuya rúbrica —«transversalidad del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres»— se asevera que dicho principio «informará, con carácter transversal, la actuación de todos los poderes públicos».
- La apelación a la sociedad civil y al «diálogo con organizaciones no gubernamentales», el cual constituye precisamente la rúbrica del art. 22 de la Directiva. En el marco de la buena gobernanza, la implicación de todas las entidades constituye una herramienta clave para el desarrollo de las políticas comunitarias, y también las de igualdad. Sobre este tema, en torno al cual se ha insistido mucho en el marco de la Estrategia Europea para el Empleo, ya se ha puesto anteriormente de referencia el papel que deben desempeñar las entidades de defensa de los derechos de las mujeres en general, y de las mujeres trabajadoras en particular¹¹. También la LOI se pronuncia al respecto, cuando enuncia como criterio de actuación de los poderes públicos —art. 14.9— «el fomento de instrumentos de colaboración entre las distintas Administraciones públicas y los agentes sociales, las asociaciones de mujeres y otras entidades privadas».

En torno al tópico del empleo, y sin retrotraerse ahora al antiguo pilar de la *employability* de la Estrategia de Luxemburgo, se han planteado interesantes iniciativas y documentos que tienen que ver con la no discriminación en las condiciones de trabajo. A modo de ejemplo, en la definición de los estándares cualitativos del trabajo, se ha insistido en aspectos tales como la brecha entre los salarios masculinos y femeninos o la segregación por géneros en las diferentes categorías y grupos profesionales¹². Pero, sin detenerse ahora en otros documentos sin duda interesantes, me parece importante destacar, por esca-

¹⁰ Sobre el concepto de transversalidad como eje fundamental de la LOI, PÉREZ DEL RÍO, T., «La Ley Orgánica de Igualdad Efectiva entre mujeres y hombres. Aproximación para el debate», *RDS*, núm. 37, 2007, pág. 225 ss.

¹¹ A este tema me he dedicado recientemente en CABEZA PEREIRO, J., «Estrategia Europea, Estado autonómico y política de empleo», *XVIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, Laborum (Murcia, 2007) pág. 36 ss.

¹² Un comentario más extenso sobre estos aspectos en ASHIAGBOR, D., *The European Employment Strategy*, Oxford University Press (Oxford, 2005) pág. 183.

samente divulgado, el Pacto Europeo por la Igualdad de Género aprobado en el Consejo Europeo de Bruselas de 23 y 24 marzo 2006, e incorporado como Anexo II a sus Conclusiones. En este breve documento, el Consejo proyecta medidas en torno a la igualdad retributiva, a la segregación laboral o al fomento de la igualdad en la actuación de los interlocutores sociales. Sin perjuicio de su poco cuidado lenguaje, constituye otro ejemplo de instrumento de *soft law* que, al menos, debería orientar las políticas comunitarias.

Por supuesto, hay que destacar también el Plan de trabajo para la igualdad entre las mujeres y los hombres 2006-2010¹³, en el cual se vuelve a insistir en la necesidad de eliminar la diferencia salarial entre las mujeres y los hombres, en el reto de conciliar la actividad laboral con la vida privada y familiar y en la exigencia de eliminar los estereotipos sexistas en el mercado laboral. Y la Resolución del Parlamento Europeo de 13 marzo 2007 sobre este Plan, cuyos párrafos 17 ss. abundan sobre materias relativas a la igualdad en las condiciones de trabajo.

En resumen, y omitiendo mayores comentarios sobre el particular, no puede desdeñarse el espectro de iniciativas y de políticas que, bajo el paraguas de los instrumentos no vinculantes, se están poniendo en marcha en torno a la igualdad y a la no discriminación¹⁴. Aunque parece que el empleo y el acceso al mercado laboral son, en una primera instancia, los objetivos fundamentales de este tipo de iniciativas, ni debe ni puede desdeñarse su impacto también en cuanto se refiere a la materia de las condiciones de trabajo.

4. LA LUCHA CONTRA EL ESTEREOTIPO DEL VARÓN

Como última premisa previa a abordar específicamente el tema de las condiciones de trabajo, debe tenerse en cuenta que en él se plantea con más crudeza la cuestión del estereotipo. Con mayor intensidad, si cabe, que en cuanto a la maternidad, que es el ámbito del derecho de la diferencia y en el que no cabe duda de que la condición biológica de la mujer debe ser tomada en consideración. O que con respecto a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, en cuyo seno es claro que la condición social, de género, de la mujer, debe afrontarse a través de medidas que persigan eficazmente la corresponsabilización del hombre, fundamentalmente en las tareas de cuidado de la familia. En ambos ámbitos objetivos —maternidad y conciliación— resulta muy explícito el problema y relativamente evidente la solución.

Pero no sucede lo mismo con otras condiciones de trabajo, donde anidan diferencias y discriminaciones indirectas asentadas en patrones de conducta muy profundamente arraigados y en una consideración de las normas jurídicas construida históricamente, desde los propios orígenes del Derecho del Trabajo, a imagen de los hombres. Este vicio ha trascendido al propio ordenamiento comunitario y, muy en particular, a la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades, en bastantes sentencias en las que resuelve utilizando cri-

¹³ Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 1 marzo 2006 COM(2006) 92 final.

¹⁴ No en vano la LOI dispone en su art. 17 la aprobación periódica de un Plan Estratégico de Igualdad de Oportunidades, que debe abordar el Gobierno para las materias que sean competencia del Estado.

terios de acción positiva a favor de la mujer, pero a partir de unos estándares sociales que da por buenos e intangibles. Se ha dicho, en este sentido, que la Unión Europea ha adoptado un estereotipo masculino de trabajador y ciudadano ¹⁵.

Se pueden proponer ejemplos muy evidentes y documentados. En la materia retributiva, la consideración de la antigüedad, a modo de ejemplo, como puede comprobarse incluso en la más reciente jurisprudencia de la Corte de Luxemburgo, por más que en el caso concreto haya respondido la cuestión prejudicial en términos poco favorables a la pretensión de la trabajadora demandante ante el órgano judicial interno ¹⁶. Pero, más claramente, la concepción de los complementos de puesto de trabajo, que las más de las veces ponderan en exceso virtudes o condiciones tendencialmente masculinas. Por ejemplo, el esfuerzo físico, la cantidad más que la calidad de trabajo, o la penosidad o peligrosidad desde una concepción de ambas situaciones basada en paradigmas masculinos. También se producen evidentes diferencias salariales en torno a los roles sociales de cuidado de la familia, que se traducen en que las mujeres se ven privadas de complementos de disponibilidad, de suplementos retributivos por horas extraordinarias, de compensaciones salariales y extrasalariales por desplazamientos, o de retribuciones más elevadas derivadas del trabajo nocturno, en fin de semana o festivos. En fin, la consideración de las partidas extrasalariales a través de conceptos como dietas por desplazamiento, desgaste de herramientas o conceptos similares también produce en no pocas ocasiones impactos adversos para los colectivos de mujeres trabajadoras.

Por supuesto, habría que hacer especial hincapié en los temas relativos a la clasificación profesional, al trabajo de igual valor y a las discriminaciones indirectas en el salario base. No se trata ahora de volver sobre un tema suficientemente tratado en nuestro ordenamiento jurídico ¹⁷, pero sí de citarlo para poner de manifiesto un ámbito de las relaciones laborales en el que los estereotipos pueden demasiado, a partir del fenómeno de la segregación del trabajo entre hombres y mujeres, que ha facilitado que se propicien estas situaciones discriminatorias.

Otro ámbito que debía tomarse en consideración a los efectos de la utilización de dichos estereotipos es el de la prevención de riesgos laborales. Además de temas muy concretos y específicamente considerados en la ley, como el del embarazo, la maternidad y la lactancia, o la prevención frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo, no se contienen reglas específicas al respecto ¹⁸, pese a que existe toda una constelación de problemas derivados de que el trabajador «normal» ha sido siempre un varón. Temas tan elementales como la consideración de las enfermedades profesionales, los protocolos de la vigilancia de la salud o, más en general, la evaluación de riesgos y la planificación de la actividad

¹⁵ WALBY, S., *op. cit.*, pág. 6.

¹⁶ Me refiero al asunto 17/05, *Cadman*, sentencia de 3 octubre 2006.

¹⁷ Es suficiente ahora con la cita del muy valioso libro de SALDAÑA VALDERAS, E., *Discriminación retributiva en función del género. Un análisis técnico jurídico*, CARL-Mergablum (Sevilla, 2004).

¹⁸ Si se exceptúa la del nuevo apartado 5 del art. 4 de la Ley 31/1995, de 8 octubre, introducido por la disposición adicional 12.^a de la LOI, que encomienda a las Administraciones públicas promover la efectividad de los principios de igualdad y no discriminación a través de la consideración de las variables de sexo en las políticas preventivas.



preventiva constituyen condiciones de trabajo en cuyo régimen la negociación colectiva ha volcado su propia configuración de la realidad.

En fin, sin que se precisen más ejemplos, puede aludirse al tema del despido, que, como se ha dicho, se incluye en la Directiva de refundición. Probablemente en este tema los estereotipos queden más difuminados, pero pueden encontrarse algunos rastros. Por ejemplo, en el cómputo o no de ciertas inasistencias y de cuáles en el despido por causas organizativas, o en la selección de las personas afectadas por un despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, ya sea objetivo o en el marco de un expediente de regulación de empleo. O también en la propia delimitación y entendimiento de las causas organizativas, fundamentalmente.

5. EL TRATAMIENTO DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO EN LA LEY

Con la perspectiva que le ha dado a la expresión «condiciones de trabajo», sumamente restrictiva al acoger el ámbito que se le da en la Directiva de refundición y en el art. 5 de la LOI, y excluyendo además todas las cuestiones referidas a permiso parental y a maternidad, por el argumento sistemático de no haberse refundido las Directivas 92/85/CEE y 96/34/CE, en realidad el tratamiento de los contenidos se reduce a unas pocas materias, a la vez que gana una importante centralidad el tema de la retribución. En particular, sólo deben formularse comentarios específicos, además de a éste, a los de despido y seguridad y salud en el trabajo.

5.1. En cuanto al salario

La LOI guarda silencio sobre esta materia, que no es reformulada en sus contenidos generales. Lo cual no tiene mayor significación, si no se olvida que el art. 28 ET incorpora con notable fidelidad el principio de igual salario por trabajo de igual valor, después de que se reformara específicamente por la Ley 33/2002, de 5 julio. No me caben demasiadas dudas de que el ordenamiento español se adapta fielmente a las exigencias al respecto del art. 141 del Tratado de Roma y de la Directiva de refundición. Pero la LOI cuenta con algunas herramientas interesantes sobre las cuales no está de más formular algunas ideas. Que en su mayoría podrían reiterarse con otras condiciones de trabajo, pero que revisten un especial interés en torno a la materia retributiva.

En primer lugar, debe constatarse cómo hasta ahora las demandas individuales que las trabajadoras han planteado por discriminación retributiva han sido muy excepcionales. Si se repasa la jurisprudencia ordinaria y constitucional que se ha dictado, la inmensa mayoría tiene su origen en demandas de conflicto colectivo, las más de las veces interpuestas por organizaciones sindicales. Sin que quiera decir con esto que haya un exceso de demandas colectivas, sino más bien todo lo contrario. Pero sí que en la práctica no han existido demandas individuales. Sobre los porqués pueden formularse varias explicaciones, basadas en la falta de tradición al respecto, o en algunos de los déficits procesales que la LOI trata de afrontar, como ya he expresado. En todo caso, sí que es pertinente que la ley aborde la tarea de afrontar problemas instrumentales, en la línea que paso a comentar.

1. Tiene importancia que el ordenamiento español incorpore expresamente el concepto de discriminación indirecta. Bien es cierto que el art. 6 no tiene nada de novedoso y que se limita a trasladar, con un notable grado de fidelidad, la definición del ahora art. 2 de la Directiva de refundición. Pero no cabe duda de que esta recepción explícita facilita el conocimiento y la accesibilidad del contenido y las implicaciones de esta vertiente de la discriminación¹⁹. Es suficientemente sabido que nuestro TC la acogió ya en la conocida STC 145/1991, de 1 julio, pero han tenido que pasar casi dieciséis años para que alcanzara nuestros textos positivos. Además, el art. 6, en particular en el contraste entre sus dos primeros apartados, permite visualizar con gran sencillez la diferencia entre una discriminación directa, que nunca puede justificarse, y otra indirecta, cuya justificación se define en los mismos parámetros de la Directiva, acaso flexibles en exceso si se comparan con la doctrina dictada por el Tribunal de las Comunidades.
2. En segundo término, es evidente que los procedimientos administrativos y los procesos judiciales se han afinado. Ya he hecho antes alusión a las cuestiones de legitimación activa, de distribución de la carga de la prueba o de la posibilidad de que el órgano judicial actuante recabe ciertos informes. Habría que aludir también a la nueva responsabilidad que le incumbe a la Inspección de Trabajo en el planteamiento de demandas de oficio al amparo de los arts. 146 ss. de la LPL. Particular importancia tiene, en el tema de las retribuciones, la nueva letra d) del art. 146, puesto que establece que las comunicaciones de la Inspección a la autoridad judicial «recojan las bases de los perjuicios estimados para el trabajador». Sin duda que esta regla es de gran utilidad para todo tipo de pretensiones y, muy en particular, para las que pretenden la obtención de una indemnización no tasada por violación del derecho fundamental a la no discriminación. Pero resulta especialmente pertinente en la lucha contra las discriminaciones indirectas que se enquistan en los convenios colectivos en la definición de los sistemas clasificatorios y en el concepto de trabajo de igual valor.
3. Ya he expresado el interés que tiene dotar a las representaciones unitarias de las competencias de información pasiva que, en transposición de la Directiva 2002/73/CE, les otorga ahora el art. 64.1.1 ET. También ostenta una relevancia digna de destacarse la función de vigilancia y control de la letra c) del propio art. 64.1.9. Muy en particular, en cuanto se refiere a la aplicación de los convenios colectivos en cada centro de trabajo, tiene mucho interés verificar si cláusulas aparentemente neutras o sospechosas de contener discriminaciones indirectas producen en realidad un impacto adverso hacia el colectivo de las mujeres trabajadoras de cada unidad productiva.
4. Es bien conocida la importancia que en todos los litigios sobre discriminación retributiva tiene la prueba estadística, cara y poco accesible, por más que en ocasiones haya sido en exceso ensalzada por los órganos judiciales e incluso utilizada

¹⁹ Se han puesto de manifiesto los especiales problemas que ha provocado en la esfera de los ordenamientos internos la incorporación del concepto de discriminación indirecta. En este sentido, vg., ESCANDE-VARNIOL, M.C., «Impacto y perspectivas del principio de igualdad de trato en los países de la Comunidad Europea: informe de síntesis», *RL*, núm. 8, 2007, págs. 129-30.

fuera de contexto. Su interés específico para revelar discriminaciones retributivas indirectas se constata con facilidad a poco que se coteje la jurisprudencia de la Corte de Luxemburgo. Por ello conviene destacar el art. 20 de la LOI, que establece reglas imperativas de adecuación de las estadísticas oficiales. En cuanto estas estadísticas mejoren técnicamente, se facilite su acceso y se divulguen en la medida necesaria, sin duda existirá una herramienta de un poder muy considerable para ir desterrando estas discriminaciones.

5.2. En cuanto a seguridad y salud en el trabajo

Insisto en que no voy a referirme al tema de la maternidad, en el sentido amplio de la Directiva 92/95/CEE: embarazo, parto y puerperio, considerándose específicamente la lactancia natural. Sí que me parece conveniente comentar que, en torno a la maternidad, la LOI se enfrenta, con notable corrección técnica, a la eliminación de la discriminación directa de que es objeto la mujer a lo largo de estas situaciones en relación con las vacaciones anuales. Es bien conocido que el nuevo apartado 3 del art. 38 ET mejora considerablemente la doctrina de la sentencia del asunto Merino Gómez²⁰, al extender el derecho a la fijación de fecha alternativa a los casos de incapacidad temporal derivada del embarazo, del parto o de la lactancia natural. Y, al margen de alguna insuficiencia objetiva que se le puede reprochar, hay que considerar cómo concibe de forma integral el tema de la maternidad, excluyendo cualquier perjuicio que, en torno al disfrute de vacaciones, pueda sufrir la mujer por una condición relacionada con su condición biológica.

Como modelo regulativo, este art. 38.3 tiene, pues, mucho interés, para afirmar la necesidad de eliminar todas las diferencias de trato que se producen en la normativa estatal y convencional. No debe olvidarse que ya desde 1990 el Tribunal de Justicia de las Comunidades ha considerado que la discriminación por embarazo es, en todo caso, una discriminación directa y no admite ningún tipo de justificación²¹. De modo que debe insistirse en que las partes sociales y todas las instancias de creación de normas vinculantes deben tomar en consideración el objetivo de que las mujeres no sufran ningún perjuicio en sus condiciones de trabajo por causa del embarazo, más allá del típico y tópico tema del coste cero en las cotizaciones sociales o del derecho a un subsidio del cien por cien de la base reguladora.

Y, dicho sea de paso, la consideración de las vacaciones como un derecho directamente derivado de la seguridad y salud en el trabajo, contenido en la Directiva 2003/88/CE, de 4 noviembre²², refuerza que la mujer, en las situaciones del art. 38.3, no sufra un perjuicio en sus condiciones de salubridad en el trabajo a causa de otra circunstancia, la maternidad, asimismo considerada dentro del ámbito de la protección de la salud.

²⁰ Sentencia de 18 marzo 2004, asunto C-342/01.

²¹ Asunto C-177/88, *Dekker*, sentencia de 8 noviembre 1990.

²² Véanse, entre otros, asunto C-173/99, *Bectu*, sentencia de 26 junio 2001, C-131/04 y C-257/04 *Robinson-Steele* y otro, sentencia de 16 marzo 2006 y c-124/05 *Federatie Nederlandse Vakbeweging*, sentencia de 6 abril 2006.

Al margen de ello, la LOI no introduce cambios en la Ley 31/1995, de 8 noviembre, más allá de la reforma del art. 26 y del art. 5.4, como ya se ha dicho. Con respecto a este precepto, bien está que imponga a la Administración pública la toma en consideración de las variables relacionadas con el sexo. Pero se echa en falta una consideración más global de este principio, que alcanzara el tema de la evaluación de riesgos y de la planificación de la actividad preventiva, y, en general, vinculara en alguna medida la actuación de todos los agentes que participan en la ley. Muy en especial, a las empresas, a los servicios de prevención propios y ajenos —entre ellos, en particular, a las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales—, a los delegados de prevención y a los demás órganos de representación de la parte social. Y, por supuesto, a todos los órganos de la Administración Pública, con la Inspección de Trabajo y Seguridad Social a la cabeza. No vaya a ser que, al final, los riesgos específicos de la mujer tengan que ser tutelados en aplicación del precepto dedicado a personas especialmente sensibles a determinados riesgos.

Y, porque se trata de un tema preventivo en su esencia, hay que formular una reflexión al acoso sexual y al acoso por razón de sexo. En torno a él, el ET sólo ha sufrido reformas de adaptación técnica: art. 4.2 e) y art. 54.2 g) fundamentalmente. Pero hay que estar a los conceptos y reglas del art. 7, que básicamente recoge las definiciones y reglas del art. 2 de la Directiva de refundición. Desde este punto de vista, quedan pocos flancos de crítica que hacerle a dicho precepto. No obstante, quisiera decir que me parece perturbadora la diferencia que establece la norma comunitaria y reproduce la norma interna entre un hostigamiento que tenga un cariz sexual y otro que responda a los arquetipos sociales que se puedan construir las personas sobre las mujeres y los hombres. La separación entre ambos crea el riesgo de que se pueda banalizar el segundo, al considerarse particularmente ofensivo el primero. Uno y otro responden a la misma lógica de poder que se basa en la preponderancia del hombre sobre la mujer y se conciben como formas de exteriorización de la misma²³. Y, si no son sino variaciones sobre el mismo tema, la peor valoración social del acoso estrictamente de sexo no debe propiciar una mayor tolerancia del más sociológico. Por más que el primero pueda producir mayor repugnancia, el segundo resulta igual de intolerable. Además, sin tomar en consideración estos riesgos, no entiendo qué aporta que se enuncien de forma separada los dos conceptos, si luego la consecuencia es la misma: que ambos son discriminatorios.

5.3. En cuanto al despido

Esta materia se regula de una forma un tanto parcial en la Directiva de refundición. La referencia más directa es la del art. 16, centrado en los permisos de paternidad y adopción, para proteger a quienes se acojan a ellos, sean hombres o mujeres, frente al despido motivado por dicho ejercicio. Llama la atención la distinta estructura de este precepto en comparación con la del art. 15, relativo a la maternidad, que no se refiere a la protección frente a decisiones extintivas del empresario, seguramente porque sería redundante con el

²³ Me remito a mi estudio «El derecho de la mujer a trabajar en igualdad: apuntes sobre el estado de la cuestión», *REDT*, núm. 104, 2001, pág. 222 ss.

art. 10 de la Directiva 92/1985/CEE, que la regula de un modo más preciso. Pero tampoco debe olvidarse que la cláusula 2.4 del Acuerdo Marco sobre el permiso parental anexo a la Directiva 96/34/CE establece la tutela frente al despido por la solicitud y ejercicio de este permiso. Y, con la regla de remisión del art. 28 de la Directiva de refundición, queda cerrado el círculo de protección y sinergias entre las tres normas derivadas a los efectos de las decisiones extintivas basadas en la maternidad o en el ejercicio de los derechos de conciliación.

Debe destacarse que la normativa comunitaria, como probablemente no podría haber sido de otro modo, sólo alude a las decisiones motivadas por el ejercicio de los derechos específicamente considerados, sin que haga referencia —tampoco se encuentran rastros muy específicos en la jurisprudencia comunitaria— a las posibles discriminaciones indirectas que se produzcan en las decisiones extintivas de la empresa no vinculadas a la persona del trabajador. Es decir, en el ámbito de los despidos por causas empresariales o, por utilizar la terminología del art. 1.1 a) de la Directiva 98/59/CE, de 20 julio, «despidos efectuados por el empresario, por uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores». Habría que verificar el impacto real que produce la selección de personas afectadas con base en unos criterios que pueden incidir de una forma desigual en los colectivos de trabajadores y trabajadoras. Desde las más sencillas fórmulas de «*last in first out*», de clasificación profesional o de cualificación hasta las más complejas, incluso basadas en compromisos entre las partes empresarial y social, y luego asumidos mediante adhesiones individuales, no es difícil detectar la existencia de discriminaciones indirectas. Lo cual, a la postre, incluso se contrasta con unos datos estadísticos irrefutables, basados en edades comparadas de abandono del mercado de trabajo entre hombres y mujeres. Datos que, si bien no pueden considerarse muy concluyentes en ámbitos funcionales y territoriales muy extensos, sí que pueden evidenciar impactos adversos cuando el colectivo es más reducido.

No cabe duda de que estas discriminaciones indirectas se encuentran contempladas en el art. 14 1 c) de la Directiva de refundición, y, por lo que respecta al ordenamiento interno, en el art. 6 de la LOI. Pero se trata de un ámbito en el que no parece haberse prestado la debida atención a la distinta situación de las mujeres y en el que, a primera vista, no puede descartarse que existan dichas discriminaciones, sino más bien debe sospecharse todo lo contrario.

Ya en cuanto a la LOI, otra vez se han modificado los arts. 53 y 55 del ET para reforzar la tutela antidiscriminatoria de protección frente a la maternidad y al ejercicio de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral. Pero, antes del comentario genérico de esta modificación, quisiera aludir al art. 52 d) del ET, que curiosamente no ha sido afectado por la reforma. Lo cual debe criticarse, porque una buena técnica legislativa que no expusiera a los trabajadores y trabajadoras a despidos por inasistencias que en todo caso deberían considerarse improcedentes por la jurisprudencia —o, eventualmente, nullos— exigiría contemplar específicamente ausencias como las debidas al ejercicio del permiso de paternidad y al riesgo durante la lactancia. Y, aunque podría decirse que este asunto tiene menos importancia a la vista de la más reciente jurisprudencia del TS, que va cercando progresivamente las reglas de cómputo para que puedan considerarse procedentes los despidos objetivos derivados de ausencias al trabajo justificadas, tampoco deja de exponer a trabajadores y trabajadoras que ejercen sus derechos a ciertos riesgos de pérdida de sus empleos.

Dicho sea de paso, y aunque no se trata de una novedad que haya incorporado la LOI, ya desde la Ley 39/1999, de 5 noviembre, se excluyen del cómputo las inasistencias «causadas por embarazo, parto o lactancia». Con esta escueta redacción, se ha mejorado la protección de la mujer que sufre alteraciones derivadas de la maternidad después de su reincorporación al puesto de trabajo en relación con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. En efecto, para el caso de las ausencias en este período de tiempo, por más que estuvieran vinculadas con alteraciones de la salud derivada de la maternidad, el Tribunal ha declarado que no exigen un tratamiento diferenciado en relación con otras bajas derivadas de cualquier enfermedad o accidente desde el principio de igualdad por razón de sexo²⁴. Ya es lástima que, con este buen precedente, ahora el Parlamento se haya «olvidado» del art. 52 d).

En referencia a la tutela antidiscriminatoria y la reforma de los arts. 53 y 55, las novedades pueden agruparse en cuatro clases distintas: 1) las que subsanan errores u omisiones de leyes anteriores, 2) las que obedecen a la introducción de instituciones en otros preceptos de la LOI, 3) las que mejoran algún aspecto ya regulado en leyes anteriores, y 3) las novedades *strictu sensu* de un mayor rango cualitativo.

- 1) Al respecto, se ha superado en primer lugar una clara omisión de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, que sólo había modificado el art. 55, pero no el art. 53, para que se declaren nulas las decisiones extintivas coincidentes con el ejercicio de los derechos que la legislación laboral les reconoce a las trabajadoras víctimas de este tipo de violencia, salvo que se acredite su procedencia. En segundo lugar, se integra a la tutela, tanto para el despido objetivo como para el disciplinario, el caso de solicitud o disfrute de la ausencia o reducción de jornada del art. 37.4 bis ET relativo a hijos o hijas prematuros o que deban permanecer hospitalizados después del parto. Y en tercero, se resuelven las dudas —que, dicho sea de paso, la doctrina de suplicación había resuelto las más de las veces en sentido positivo— relativas a que se omitía, en ambos supuestos extintivos, el período de disfrute de la excedencia del art. 46.3, de tal forma que podía sostenerse que la protección sólo amparaba el período entre la solicitud y el comienzo de ejercicio del derecho, pero no su ejercicio efectivo.
- 2) En este segundo grupo hay que ubicar la referencia, como período protegido, a la suspensión del contrato por riesgo durante la lactancia y por paternidad. A este respecto, la LOI ha actuado con más diligencia en la reforma de los arts. 53.4 y 55.5 que con la omisión de cambios en el art. 52 d).
- 3) En este apartado debe incluirse el tiempo durante el cual las mujeres trabajadoras se encuentran en suspensión del contrato por incapacidad temporal debida a enfermedades causadas por el embarazo, parto o lactancia natural. Curiosamente, es una reforma paralela a la que el art. 52 d) había sufrido con ocasión de la Ley de conciliación de la vida familiar y laboral de 1999. Y que incrementa fuertemente la tutela durante estos períodos, más allá de no poder computarse las ausencias en

²⁴ Sentencia de 8 noviembre 1990, asunto C-179/88, *Hertz* y sentencia de 29 mayo 1997, asunto C-400/95, *Larsson*

un despido objetivo. En tales casos, cualquiera que sea el período transcurrido desde el alumbramiento o desde la reincorporación de la mujer, el despido será nulo si no es procedente. Otra vez nos encontramos con un precepto de protección integral de la maternidad, paralelo al anteriormente comentado del art. 38.3 ET, que podría ser tomado como referente para otras mejoras en la negociación colectiva.

- 4) Sin duda, la novedad más evidente y sobresaliente en los arts. 53.4 y 55.5 consiste en la introducción de sendas letras c) simétricas, con el fin de proteger a trabajadoras y trabajadores durante un período en el que son muy vulnerables, cual es el regreso del ejercicio de ciertos derechos derivados de la maternidad y de la conciliación de la vida personal, familiar y laboral. Se trata de extender la tutela frente al despido, que sólo cabe calificarse como nulo salvo que se acredite su procedencia, a lo largo de nueve meses tras la reincorporación de la suspensión por maternidad biológica o adoptiva o por acogimiento, o paternidad. Como comentario, debe destacarse que las únicas instituciones protegidas de conciliación son la paternidad, la adopción y el acogimiento, pero no las demás, y tampoco se protege la licencia horaria por lactancia. Para las demás, habría que acogerse a la prueba de indicios de los arts. 96 y 179.2 ET para poder defender la nulidad²⁵.

Se ha comentado mucho que tal vez la ley hubiera debido enmendarle la plana al TS, después de su muy conflictiva sentencia sobre la prueba del conocimiento del embarazo como requisito para que entre en juego la aplicación de los arts. 53.4 y 55.5 ET²⁶. Probablemente, la LOI podría haber aclarado el asunto, pero en mi opinión no es un problema legal, pues la ley opta claramente por una tutela a plazo, no condicionada a ningún requisito adicional más allá de la propia existencia del embarazo y que comienza «desde la fecha de inicio del embarazo». Mal puede conocer la empresa el embarazo en la fecha de su inicio, y mal pueden conocerlo ni la propia interesada ni el facultativo o facultativa que la atiende. La sentencia del TS es sencillamente ilegal, en el sentido de *contra legem* y sólo cabe esperar a que la Sala de lo Social enmiende su error. Que el art. 2 de la Directiva 92/85/CE defina a la trabajadora embarazada en términos de conocimiento no vincula *in peius* al legislador interno, como bien expresa el voto particular de la sentencia.

Por último, sólo quiero formular una muy breve reflexión en torno a la nueva disposición adicional 18.ª ET. El cálculo de las indemnizaciones tasadas en caso de jornada reducida por guarda legal, o por disfrute a tiempo parcial de la maternidad o de la paternidad, es un tema cuya importancia se relativiza a medida que se amplía el ámbito de la tutela antidiscriminatoria de los arts. 53.4 y 55.5 ET. Pero que guarda interés en todos los demás casos distintos del despido (arts. 40, 41 y 50 ET, fundamentalmente). En cualquier caso, resuelve un problema sobre el que los tribunales habían arrojado notable confusión a lo largo de los últimos años.

²⁵ A este respecto, el camino queda allanado después de que el TC haya recordado que la denegación de ciertos derechos puede constituir una discriminación indirecta por razón de género. Por más que esta doctrina redunde en la perpetuación de los estereotipos sociales, en los tiempos que corren es muy provechosa. Véase la STC 3/2007, de 15 enero, que se refiere a la anterior STC 240/1999, de 20 diciembre, que ya enunciaba esta idea.

²⁶ STS de 19 julio 2006 (RJ 2006/6653).

6. UNA REFLEXIÓN FINAL

En estas páginas he omitido de una forma muy deliberada un tratamiento frontal de los planes de igualdad, que a la postre constituyen la herramienta más destacada que la LOI le entrega a las partes sociales —a ambas, no sólo a las organizaciones sindicales y representaciones unitarias— para que erradiquen las discriminaciones y para que construyan unas normas autónomas igualitarias, equitativas y no discriminatorias, y muy en particular en todo lo que atañe a las condiciones de trabajo. Sólo quisiera comentar cómo su puesta en marcha y su normalización me sugieren tres afirmaciones generales: la primera de ellas consiste en que la defensa de estos principios, la eliminación de discriminaciones directas e indirectas y la introducción de cláusulas específicas debe producir el efecto de que toda la materia relativa al sexo y al género transite de la periferia al núcleo del conflicto colectivo de la negociación de los convenios. A tal fin las reglas del art. 85 ET me parecen muy pertinentes. La segunda se refiere a que tal vez haya que atender a cierto conflicto social que está latente en toda esta materia entre unos trabajadores varones tradicionalmente considerados en las relaciones colectivas y unas trabajadoras mujeres olvidadas. Quiero decir que la eliminación de discriminaciones indirectas debe construirse parcialmente en clave de renuncia a ciertas condiciones que claramente favorecen a los hombres. A modo de ejemplo, unas reglas salariales neutras tal vez deban amortizar o congelar complementos salariales que producen impacto adverso o incluso afectar a salarios base desproporcionados. También por este motivo el reto de la igualdad en las relaciones laborales resulta particularmente difícil. Por último, del mismo modo que el convenio debe responder a un equilibrio interno entre prestaciones y renunciaciones de la parte empresarial y de la parte social, también debe ser equilibrado desde el punto de vista de que no favorece injustificadamente al colectivo de trabajadores o de trabajadoras.



LA VIOLENCIA DE GÉNERO EN EL TRABAJO: EL ACOSO SEXUAL Y EL ACOSO MORAL POR RAZÓN DE GÉNERO

TERESA PÉREZ DEL RÍO

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Cádiz

EXTRACTO

La violencia contra las mujeres constituye una de las manifestaciones más virulentas de la discriminación por razón de género y se produce en todos los países, cualquiera que sea su nivel de desarrollo, en todas las situaciones (de paz o de conflicto) y en todos los sectores (el privado y el público), entre ellos el laboral, exteriorizándose en dos formas: el acoso sexual y el sexista por razón de género.

La Ley Orgánica para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres no lo podía ni debía ignorar y no lo ha hecho. Es más, ha convertido en uno de sus objetivos emblemáticos, la mejora del sistema de tutela frente a la violencia de género en el trabajo. Esta Ley realiza una definición jurídica de estos fenómenos, más coherente que la Directiva comunitaria de la que proviene (2006/54/CEE), de forma más o menos directa establece la obligación empresarial de garantizar espacios exentos de este tipo de actuaciones, y mejora (aunque relativamente) los procedimientos de tutela y el sistema sancionatorio.

El objetivo de este estudio es analizar en qué forma y con qué nivel de suficiencia la nueva Ley cumple las finalidades que asume en su exposición de motivos en este sensible ámbito, es decir, se pretende determinar en qué manera la Ley de igualdad es susceptible de convertirse en un instrumento adecuado para contribuir a la eliminación de la violencia de género en los lugares de trabajo, de conseguir que la violencia de género deje de ser el precio que las mujeres tienen que pagar cuando intentan la ruptura del rol social asignado, tratando de compaginar el ámbito privado de la reproducción y el cuidado, para integrarse en el público laboral, garantizando así su propia autonomía, su autosuficiencia, cuya carencia viene a ser la causa más frecuente de la violencia en otros ámbitos de la vida como el doméstico.

ÍNDICE

1. LA VIOLENCIA DE GÉNERO COMO REALIDAD SOCIAL Y SUS MANIFESTACIONES EN EL ÁMBITO LABORAL
2. LA REGULACIÓN DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO EN EL TRABAJO EN EL ÁMBITO COMUNITARIO
3. EL ACOSO SEXUAL Y EL ACOSO MORAL POR RAZÓN DE GÉNERO: DEFINICIÓN Y CARACTERES
 - 3.1. La tipología: acoso moral por razón de género, acoso sexual ambiental y chantaje sexual. Intencionalidad, actuaciones acosadoras y sujetos activos
 - 3.2. Derechos afectados: igualdad y dignidad
4. LOS EFECTOS DEL ACOSO. LA PREVENCIÓN DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO EN EL TRABAJO COMO RIESGO LABORAL
5. LOS PROCEDIMIENTOS DE TUTELA Y LA SANCIÓN DEL ACOSO
6. CONCLUSIONES

1. LA VIOLENCIA DE GÉNERO COMO REALIDAD SOCIAL Y SU MANIFESTACIÓN EN EL ÁMBITO LABORAL

La Plataforma de acción de Beijing aprobada en la IV Conferencia Mundial de las Naciones Unidas sobre la Mujer, septiembre de 1995, Capítulo D. define la violencia de género como *«todo acto de violencia, basado en la pertenencia al sexo femenino, que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como la amenaza de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad»*. Añade que *«...la violencia contra la mujer constituye una violación de sus derechos humanos y contra sus libertades fundamentales y es una de las mas graves consecuencias de las desigualdades económicas, sociales, políticas y culturales que existen entre hombres y mujeres, cuya permanencia ha sido el resultado de la permisividad de sistemas legales y políticos que han discriminado a la mujer a través de la historia»*.

Esta Declaración es fruto de los consensos logrados en la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos celebrada en Viena los días 14 a 25 de junio de 1993, en la que se aprobó la Declaración y Programa de Acción de Viena¹ que asume como presupuestos básicos de acción los siguientes:

- a) Los derechos de las mujeres y de las niñas forman parte inalienable e indivisible de los Derechos Humanos Universales. La igual participación de las mujeres en todos los ámbitos de la vida y la erradicación de toda forma de discriminación constituyen uno de los objetivos prioritarios de la comunidad internacional.
- b) Toda clase de violencia de género es incompatible con la dignidad de la persona humana y debe ser eliminada. Con esta finalidad, los Estados y la Comunidad Internacional han de adoptar medidas legales adecuadas y efectivas.
- c) La violencia de género debe eliminarse de la vida pública y privada. Los prejuicios de género deben ser erradicados de la administración de justicia.

La Declaración de 1993 compromete a los Estados partes en la eliminación de la violencia de género donde quiera que esta se produzca, mediante la imposición de obligaciones concretas como las siguientes:

¹ A/CONF.157/23.

- a) Adopción de medidas legislativas y procedimientos eficaces en todos los ámbitos —civil, penal, laboral y administrativo— para la prevención de actos de violencia contra las mujeres.
- b) Adopción de medidas jurídicas, políticas y culturales con enfoques de tipo preventivo y evitar eficazmente la reincidencia en la victimización de la mujer a consecuencia de la aplicación de la ley y otras intervenciones que no tengan en cuenta la situación de discriminación de la mujer.

La Asamblea General de la ONU había aprobado en 1993 una resolución histórica, en concreto la «*Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer*» (48/104 de 20 de diciembre) a partir de la cual han sido aprobadas una serie de resoluciones sobre la materia por la Comisión de Derechos Humanos (1997/54; 1998/52; 1999/42; 2000/45; 2001/49; 2002/52; 2003/45). En todos estos textos se reconoce la relación existente entre violencia de género y la situación social de discriminación de la mujer, es decir, de inferioridad de género, estadísticamente constatada. El objetivo asumido por la normativa internacional es instar a los Estados miembros de las organizaciones respectivas a que adopten medidas preventivas y sancionadoras adecuadas y eficaces para la erradicación de todo tipo de violencia en todos los ámbitos en que esta puede producirse² sobre la base de que la violencia contra las mujeres se puede producir tanto en el ámbito privado como en el público, en el ámbito doméstico, en el social y en el laboral³.

Por lo que aquí interesa, la violencia de género en el trabajo se define como «*conducta abusiva, ejercida en el lugar de trabajo tanto por superiores jerárquicos como por iguales, sin el consentimiento de la persona que la sufre, de forma que crea un ambiente laboral intimidatorio, hostil, humillante para la víctima y pone en peligro su puesto de trabajo o condiciona su carrera profesional*»⁴. Este tipo de actuación se manifiesta en dos formas diferentes: *el acoso sexual* y *el acoso moral por razón de género*.

La violencia de género en el trabajo constituye una manifestación de la violencia sexista que se ha venido concibiendo como un precio que las mujeres que pretenden salir del rol asignado e integrarse en el mercado de trabajo deben pagar para mantenerse en él. Es sin duda una de las actuaciones discriminatorias por razón de género más virulentas dados los devastadores efectos que suele producir sobre la salud de sus víctimas y su regulación constituye, en mi opinión uno de los temas estrella de la Ley Orgánica para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres 3/2007 (a partir de aquí LO 3/2007). Las múltiples carencias que presentaba en la materia la normativa anteriormente vigente había sido reiteradamente puesta de manifiesto por la doctrina. En primer lugar, nuestro ordenamiento jurídico social presentaba una definición muy deficiente de una de las manifestaciones de la violencia de género en el trabajo, el acoso sexual y una ausencia absoluta de definición de la segunda de estas manifestaciones, el acoso moral por razón de género, en segundo lugar, no reali-

² Ver la Decisión núm. 803/2004/CE del Parlamento Europeo de 21-abril-2004 (DOCE L 143 de 30-4-2004) mediante la que se aprueba un programa de acción comunitario (2004-2008) para prevenir y combatir la violencia ejercida sobre los niños, los jóvenes y las mujeres y proteger a las víctimas y grupos de riesgo (Programa Daphne II).

³ OSBORNE R. (coord.), *La violencia contra las mujeres. Realidad social y políticas públicas*, UNED, 2001.

⁴ Instituto de la Mujer (MTAS), *Estudio sobre las medidas adoptadas por los Estados miembros de la Unión Europea para la lucha contra la violencia hacia las mujeres*, 2002, pág. 11.

zaba mención alguna respecto de la prevención de este tipo de riesgo laboral y, en tercer lugar, adolecía de una inadecuación absoluta en los procedimientos de tutela.

Todo ello significaba un incumplimiento manifiesto de la normativa internacional y comunitaria en la materia, ámbito en el que los intentos de juridificar la violencia de género en el trabajo, prevenirla y sancionarla, son numerosos.

2. LA REGULACIÓN DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO EN EL TRABAJO EN EL ÁMBITO COMUNITARIO

Por lo que se refiere al *acoso sexual*, a partir de 1986, año en el que se reconoció relevancia comunitaria al tema y se realizó un estudio sobre su incidencia real y las posibilidades de actuación comunitaria, han sido adoptadas la Resolución del Consejo CEE de 29-5-1990, la Declaración del Consejo CEE de 19-12-1991, siendo la norma mas conocida, completa y útil hasta la adopción de la D/2002/73/CEE, a pesar de carecer de efecto jurídico vinculante, la Recomendación del Consejo CEE de noviembre de 1991 relativa a la protección de la dignidad de hombres y mujeres en el trabajo y el Código de Conducta para combatir el acoso sexual que la acompaña.

Respecto del *acoso moral*, la preocupación comunitaria es posterior. Se podría decir que la primera norma adoptada en esta materia es la Resolución del Parlamento Europeo 2001 de 20/09 sobre el acoso moral en el lugar de trabajo, en la que, entre otras medidas, el Parlamento solicita de los Estados miembros que con el objetivo de luchar contra el acoso moral y el acoso sexual en el trabajo, revisen su legislación vigente y, en su caso la complementen, así como que procuren elaborar una definición uniforme de acoso moral.

Tras algún tiempo de debates con los interlocutores sociales europeos (UNICE, CEP y CES), se optó por incluir los conceptos de acoso sexual y moral por razón de género en la D/2002/73/CEE de 23 de septiembre, de modificación de la D/1976/207/CEE relativa a la aplicación del principio de igualdad entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y la promoción profesionales y a las condiciones de trabajo. En el Número 8 de la exposición de motivos y fundamentos de la Directiva se señala: *«El acoso relacionado con el sexo de una persona y el acoso sexual son contrarios al principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres; por ello conviene definir ambos conceptos y prohibir dichas formas de discriminación. Con este objetivo, debe hacerse hincapié en que dichas formas de discriminación se producen no sólo en el lugar de trabajo, sino también en el contexto del acceso al empleo y a la formación profesional, durante el empleo y la ocupación».*

La Directiva define el acoso sexual en su art. 2.2.cuarto como *«...aquella situación en que se produce cualquier comportamiento verbal, no verbal o físico no deseado, de índole sexual, con el propósito o el efecto atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo».* En el mismo precepto pero en su párrafo tercero, se señala que constituye acoso por razón de sexo *«la situación en que se produce un comportamiento no deseado, relacionado con el sexo de una persona, con el propósito o el efecto de atentar contra su dignidad y de crearle un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo».* En su número 3.2.º añade que *«El rechazo de tal comportamiento por parte de una persona o su sumi-*

sión al mismo no podrá utilizarse para tomar una decisión que le afecte» párrafo que sin duda pretende hacer referencia, con éxito discutible, a una de las manifestaciones del acoso sexual, el *chantaje* o el acoso *quid pro quo*. Finalmente en el art. 2.3.1.º se señala «*El acoso y el acoso sexual en el sentido de la presente Directiva se considerarán discriminación por razón de sexo y por tanto se prohibirán.*».

Estas definiciones pasan literalmente al art. 2.1.c) y d) de la D/2006/54, que en su número 2 establece «*A efectos de la presente Directiva, el concepto de discriminación incluirá: a) el acoso y el acoso sexual, así como cualquier trato menos favorable basado en el rechazo de tal comportamiento por parte de una persona o su sumisión al mismo.*».

Respecto del concepto de acoso sexual es de señalar que resultaba mucho más clarificador el contenido en el Código de Conducta que señala «*...la conducta de naturaleza sexual u otros comportamientos basados en el sexo que afectan a la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo, incluido la conducta de superiores y compañeros, resulta inaceptable si:*

- a) dicha conducta es indeseada, irrazonable y ofensiva para la persona que es objeto de la misma;*
- b) la negativa o el sometimiento de una persona a dicha conducta por parte de empresarios o trabajadores (incluidos los superiores y los compañeros) se utilizan de forma explícita o implícita como base para una decisión que tenga efectos sobre el acceso de dicha persona a la formación profesional y al empleo, sobre la continuación del mismo, los ascensos, el salario o cualesquiera otras decisiones relativas al empleo, y/o*
- c) dicha conducta crea un entorno laboral intimidatorio, hostil o humillante para la persona que es objeto de la misma;*

Dicha conducta puede ser, en determinadas circunstancias, contraria al principio de igualdad de trato, tal como se define en los artículos 3, 4 y 5 de la Directiva 76/207/CEE del Consejo».

Resulta obvio que el concepto de acoso moral discriminatorio por razón de género que aparece en las Directivas señaladas, recibe influencias incoherentes del de acoso sexual, es confuso porque tiende a una aproximación conceptual de dos fenómenos muy diferentes, cuyo sujeto activo persigue objetivos distintos y se manifiesta en conductas muy diversas y cuya relación con el derecho de libertad es distinto ya que generalmente se admite que las actuaciones que constituyen acoso moral no pueden ser *deseadas* por alguien sin necesidad alguna de probarlo, mientras que, como se verá más adelante, lamentablemente respecto del acoso sexual, jurisprudencial y normativamente, lo *indeseado* de la conducta acosadora, es decir, la violación que la actuación implica del derecho de libertad, suele tenerse que demostrar de alguna forma. Conviene añadir que el Código de Conducta resulta perfectamente compatible con el contenido de la Directiva 2002/73/CEE, y por tanto sigue vigente cumpliendo una función de desarrollo, aclaración e instrumento interpretativo de la misma. De otro lado, la inmensa mayoría de las medidas sugeridas en esta norma para la prevención del acoso sexual, serían también adecuadas para la del acoso moral discriminatorio por razón de género y frente al acoso moral en general sea o no discriminatorio por otras causas como las señaladas en las D/2000/43 y 2000/78/CE.

El análisis de la evolución de la normativa comunitaria en la materia pone de relieve que, desde sus comienzos, el tratamiento del acoso sexual adopta una óptica de género y

se concibe como una manifestación discriminatoria y algo similar sucede con el acoso por razón de sexo o sexista. Este proceso, que culmina en su regulación conjunta por la Directiva D/2002/73/CEE no significa que el acoso viole exclusivamente el derecho a la igualdad; del concepto comunitariamente plasmado se puede deducir que la violencia de género en el trabajo se considera una actuación pluriofensiva, que viola al tiempo varios derechos fundamentales, clara y explícitamente el derecho a la *dignidad* ya que califica la conducta acosadora como *ofensiva*, al de *libertad* indirectamente en cuanto hace referencia a lo *indeseado* del acoso y también de forma indirecta el *derecho a la salud a la integridad física y psíquica en el trabajo*, en tanto se señala que crea un *entorno laboral intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo* para la persona que es objeto de la misma, produciendo devastadores efectos sobre su salud física y psíquica, pero es evidente que su consideración preeminente como actuación discriminatoria permite la aplicación de los procedimientos de tutela mucho mas elaborados y adecuados que su consideración como acto de violación de cualquier otro de los derechos que simultáneamente vulnera.

El pasado 26 de abril de 2007, los interlocutores sociales europeos (CES, UEAPME, CEEP y ETUC y el comité de enlace de EUROCADRES/CEC), han firmado un Acuerdo Marco sobre el acoso y la violencia en los lugares de trabajo⁵, con el objetivo de prevenir y, en su caso, gestionar las situaciones de violencia en el empleo. Según este acuerdo, las empresas establecidas en Europa, deben adoptar una política de *tolerancia cero* respecto de este tipo de comportamientos y diseñar y poner en marcha procedimientos para la detección, denuncia y sanción de este tipo de actuaciones. Este acuerdo parece responder a los datos estadísticos que ponen de manifiesto que el 5% de los trabajadores/as afirma haber sido víctima de actuaciones acosadoras. El acuerdo define la existencia de diversas formas de acoso, físicas, psicológicas y/o sexuales, constituir un accidente aislado o responder a una estrategia definida, puede tener como sujetos activos a los propios compañeros (acoso horizontal) un superior jerárquico (descendente) o uno o varios inferiores jerárquicos (descendente) o incluso puede ser realizado por terceros, tales como clientes, pacientes o alumnos. También afirman que su gravedad puede ser diversa, variando entre casos de menor importancia o comportamientos irrespetuosos a actos mucho más graves que requieren otras formas de tratamiento. Reconocen asimismo que aunque teóricamente el acoso puede afectar a cualquier tipo de trabajador y en cualquier tipo de empresa, en la prácticas ciertos grupos y sectores pueden estar sometidos a un riesgo mayor (no determinan cuales serían estos grupos de mayor riesgo pero puede entenderse que las personas en situación de mayor debilidad en el mercado como las mujeres).

La descripción, mas que definición de acoso y violencia en el trabajo se contiene en el núm. 3 del Acuerdo que señala que el acoso ocurre cuando uno o mas trabajadores o directivos, de forma repetida y deliberada, abusan, amenazan o humillan a otros, en circunstancias relacionadas con el trabajo; la violencia ocurre cuando uno o mas trabajadores o directivos son atacados en circunstancias relacionadas con el trabajo. Ambos tipos de actuaciones pueden ser realizados por uno o más jefes o trabajadores, con el propósito o el efecto de violar la dignidad de estos, afectando a su salud y/o creando un ambiente hostil en el

⁵ http://ec.europa.eu/employment_social/social_dialogue/. La traducción es aproximada y personal puesto que en este momento no está a disposición aún una traducción oficial del texto.

trabajo. Constituyen comportamientos inaceptables de uno o más individuos y pueden adoptar diversas formas, algunas de las cuales se pueden identificar más fácilmente que otras. El ambiente de trabajo puede influir en la exposición del personal al acoso y la violencia.

Los objetivos del acuerdo, definidos en el núm. 4, son concienciar y formar adecuadamente a directivos y personal lo que, entienden, puede reducir la probabilidad de acoso y de violencia en el trabajo. Las empresas deben adoptar una declaración clara e inequívoca de que el acoso y la violencia no serán toleradas. Esta declaración especificará los procedimientos que se seguirán en el momento en que se presenten casos de acoso o violencia y pueden incluir una etapa informal, en la cual una persona de confianza del empresario y de los trabajadores tenga asignada como función específica dar consejo y ayuda a las víctimas, de tal manera que un procedimiento adecuado y conveniente, deberá responder a los siguientes principios:

1. Confidencialidad y discreción para proteger la dignidad y confidencialidad de todos/as los implicados/as.
2. Sigilo, de tal forma que no se debe divulgar ninguna información a partes no implicadas en el caso.
3. Rapidez: las quejas deberán ser investigadas y tratadas sin demoras indebidas.
4. Transparencia y equidad: todas las partes implicadas deben ser oídas y tratadas de forma justa.
5. Las quejas y denuncias debe ser sostenidas por información detallada.
6. Debe quedar claro que las acusaciones falsas no serán toleradas y pueden dar lugar a sanciones disciplinarias.
7. Puede ser necesario requerir asesoramiento externo.

Una vez comprobada la existencia real de actuaciones violentas o acosadoras, habrán ser adoptadas las medidas apropiadas según el régimen disciplinario, incluido el despido. Las víctimas deberán recibir apoyo y, en caso de necesidad, ayuda para su reincorporación al trabajo. Los empleadores, previa consulta con el personal o su representación legal, establecerán y supervisarán estos procedimientos para asegurarse de que resultan eficaces tanto para la prevención de este tipo de situaciones, como para su tratamiento y gestión en el caso de que ocurran.

Por lo que se refiere a la puesta en práctica y evaluación (art. 139 del Tratado CE), las partes firmantes se comprometen a implementarlo de acuerdo con los procedimientos y prácticas específicos que rigen en los Estados miembros, es decir, no se trataría de un acuerdo reforzado, la intención de las partes no es que se convierta en Directiva comunitaria sino aplicarlo mediante la negociación colectiva. Señalan un periodo de tres años tras la fecha de su firma como periodo de cumplimiento, transcurridos los cuales los firmantes presentarán un informe sobre la puesta en práctica del Acuerdo, ante el Comité del Diálogo Social y durante este periodo, el citado Comité preparará y adoptará una tabla anual que resuma la puesta en práctica del mismo. En el cuarto año, el Comité del Diálogo Social realizará un informe sobre el nivel de aplicación y las acciones adoptadas en cumplimiento del Acuerdo.

Los firmantes prevén la posibilidad de que por parte de sus organizaciones, sean presentadas cuestiones sobre el contenido del Acuerdo y su interpretación, que podrán ser planteadas de forma conjunta o separada a dichas partes, y que estas podrán responder asimismo conjunta o separadamente. También se establece que en el cumplimiento del acuerdo

los miembros de las Organizaciones signatarias evitarán imponer cargas inútiles a las PyMES. El Acuerdo refleja la tradicional cláusula que afirma que su aplicación no constituye una razón válida para reducir el nivel general de protección otorgada a los trabajadores en el ámbito del mismo. Finalmente se señala que el Acuerdo no afectará al derecho de los interlocutores sociales, a concluir, a nivel adecuado, incluido el europeo, acuerdos que adapten o completen su contenido.

En definitiva, nos encontramos ante un Acuerdo autónomo⁶, en cuyo contenido se reconoce claramente la influencia del Código de Conducta comunitario para la protección de la dignidad de hombres y mujeres en el trabajo citado mas arriba, respecto del cual no introduce grandes novedades y cuya implementación dependerá del grado de sensibilización y formación de los interlocutores sociales nacionales. Como se puede observar, el Acuerdo no menciona la violencia de género en el trabajo, solo realiza alguna pequeña referencia al acoso por razones sexuales, sin embargo, como veremos, los sistemas de prevención del acoso pueden ser comunes para todo tipo de acoso o violencia en el trabajo.

Por lo que se refiere a Derecho comparado, los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros de la UE cuentan, en su mayoría, con una regulación específica del *acoso sexual*. Las definiciones contenidas en las diferentes legislaciones europeas son extremadamente variadas pues mientras las de ciertos países como Alemania y Austria presentan una definición amplia que incluye cualquier actuación o alusión sexista que podría permitir incluso entender incluida la prohibición del acoso moral, otras mantienen conceptos mas restrictivos. En cuanto al *acoso moral*, son varios los países europeos que cuentan con una regulación específica por ejemplo Suecia, país donde comenzó a estudiarse este fenómeno, cuya normativa se enfoca básicamente desde la protección de la salud laboral, mientras que la opción francesa es la inclusión del concepto en el Código de Trabajo.

En cuanto al ordenamiento jurídico español, el ET siempre ha recogido los derechos a la dignidad y a la intimidad de forma relacionada en su art. 4.2.e) que señalaba (a partir de su modificación por la Ley 62/2003 de 30 de diciembre) que los trabajadores en la relación laboral tienen derecho «Al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente a ofensas verbales o físicas de naturaleza sexual y frente al acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual». Como se puede observar, el precepto no realizaba referencia alguna al sexo/género entre las causas de acoso moral prohibidas, lo que, conociendo el origen del precepto, no resulta sorprendente (se trataba de trasponer las Directivas 2000/43/CEE y la 2000/78/CEE) pero no permitía concluir, porque sería absurdo, que el acoso moral discriminatorio por razón de género no fuera una actuación ilícita y sancionable.

De su parte, la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el orden social tipificaba en su art. 8.13 como infracción muy grave del ordenamiento jurídico social en materia de relaciones laborales, «el acoso sexual, cuando se produzca dentro del ámbito al que alcanzan las facultades de dirección empresarial, cualquiera que sea el sujeto activo de la misma» y el art.8.13.bis señalaba que se considerará infracción muy grave del ordenamiento en materia de relaciones laborales «El acoso por razón de origen racial o étnico, religión o con-

⁶ AGUILAR GONZÁLEZ, M.^a C. *La negociación colectiva en el sistema normativo comunitario* Lex Nova Valladolid 2006.



vicciones, discapacidad, edad u orientación sexual cuando se produzcan dentro del ámbito a que alcanzan las facultades de dirección empresarial, cualquiera que sea el sujeto activo del mismo, siempre que, conocido por el empresario, este no hubiese adoptado las medidas necesarias para impedirlo». Al igual que ocurre en el caso anterior, no existe en el precepto referencia alguna al acoso sexista laguna que, aunque formalmente, debía ser colmada.

Reiteradamente se ha puesto de manifiesto por la doctrina la insuficiencia y la confusión que ofrecía este escueto régimen jurídico para luchar contra un fenómeno tan complejo y arraigado en el ámbito laboral como la violencia de género. Tampoco se puede decir que los Tribunales del orden social españoles hayan realizado una labor activa en la persecución y sanción de la misma, por ello, y aún reconociendo que la norma no es la panacea, ni siquiera el instrumento esencial para la erradicación de la violencia de género, y sabiendo que resulta esencial un cambio de mentalidades, de cultura y de actitudes, resultaba obvia la necesidad de mejorar la normativa, aclarar los conceptos y los procedimientos de tutela, así como el sistema sancionatorio, estableciendo procedimientos adecuados y sanciones proporcionales y disuasorias, como de otro lado exige la normativa comunitaria; era preciso establecer una obligación de prevención de la violencia de género en el trabajo desde la óptica de que la violencia de género constituye una violación del derecho a la integridad física y psíquica de las trabajadoras, y finalmente, era necesario realizar una labor de sensibilización y de formación de los operadores jurídicos, especialmente la Magistratura Social y la Inspección de Trabajo para garantizar un mejor conocimiento y voluntad de aplicación de las normas de tutela.

3. EL ACOSO SEXUAL Y EL ACOSO MORAL POR RAZÓN DE GÉNERO: DEFINICIÓN Y CARACTERES

La LOIEMH hace referencia a la violencia de género en diversas ocasiones y ámbitos. En primer lugar, establece una definición jurídica de ambos conceptos en el art. 7 *Acoso sexual y acoso por razón de sexo* válido para cualquier ámbito, es decir, no aplicable exclusivamente al laboral, en los siguientes términos:

«1. Constituye acoso sexual cualquier comportamiento, verbal o físico, de naturaleza sexual que tenga el propósito o produzca el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo.

2. Constituye acoso por razón de sexo cualquier comportamiento realizado en función del sexo de una persona, con el propósito o el efecto de atentar contra su dignidad y de crear un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo.

3. Se considerarán, en todo caso, discriminatorios el acoso sexual y el acoso por razón de sexo.

4. El condicionamiento de un derecho o de una expectativa de derecho a la aceptación de una situación constitutiva de acoso sexual o de acoso por razón de sexo se considerará también acto de discriminación por razón de sexo».

Como se puede observar, los conceptos mejoran en coherencia a los contenidos en la Directiva pero siguen sin resultar suficientemente clarificadores para abarcar toda la complejidad del fenómeno que pretende definir. Debería haberse utilizado la posibilidad que

ofrece la propia Directiva de definir de forma mas clarificadora y completa una manifestación tan virulenta de la discriminación por razón de género y modelos había para hacerlo fácilmente, entre otros, como ya se ha señalado, la definición contenida en el Código de Conducta para la protección de la dignidad de hombres y mujeres en el trabajo.

3.1. La tipología: acoso moral por razón de género, acoso sexual ambiental y chantaje sexual. Intencionalidad, actuaciones acosadoras y sujetos activos

Del concepto recogido en la LO 3/2007 se derivan los elementos definitorios de la violencia de género aplicable al ámbito laboral, y de sus dos manifestaciones, el acoso sexual y el acoso moral por razón de género, sin embargo, al igual que en la Directiva, adolece de una definición clara y suficiente de dos fenómenos diferentes, de los dos tipos de acoso tradicionalmente aceptados por la doctrina: el acoso sexual ambiental y el chantaje sexual. La doctrina tanto internacional como comparada y nacional⁷, en base a la definición mucho mas clara del Código de Conducta comunitario, han venido definiendo el *chantaje sexual o acoso de intercambio*, como aquel realizado por un superior jerárquico (sea o no el empresario) y que consiste en condicionar la contratación, las condiciones de trabajo o la estabilidad en el empleo, al sometimiento de la víctima a una propuesta de tipo sexual, y de otro el denominado *acoso ambiental*, el realizado por cualquier compañero de trabajo o por superiores o inferiores jerárquicos de la víctima, que tiene por efecto crear un ambiente de trabajo desagradable, intimidatorio, hostil, humillante, ofensivo e inseguro. Es de reconocer que esta diferenciación no aparece tan claramente en la realidad ya que ambos tipos pueden aparecer relacionados, sobre todo cuando existe una pluralidad de sujetos implicados y/o una variedad de conductas, sin embargo debe ser reconocida en el ámbito teórico ya que de las diferencias conceptuales entre ambas dependerán algunas especificidades en lo que respecta a su tutela como se verá mas adelante.

El chantaje sexual, no obstante puede entenderse implícito en el núm. 4 del art. 7 cuando señala que «*El condicionamiento de un derecho o de una expectativa de derecho a la aceptación de una situación constitutiva de acoso sexual o de acoso por razón de sexo se considerará también acto de discriminación por razón de sexo*».

Esta tipología se relaciona de forma directa con el objetivo del sujeto activo de la conducta y de las actuaciones en que la misma consiste.

Respecto de la intencionalidad del sujeto acosador, como ha señalado la doctrina, en el supuesto del acoso moral, las agresiones, humillaciones o vejaciones repetidas se realizan de forma premeditada y con la intención de perjudicar y destruir a la víctima. En muchas ocasiones el objetivo último es expulsar a la víctima de un ámbito determinado, de un determinado puesto de trabajo o empresa por diversas razones. En el caso del acoso moral

⁷ RUBENSTEIN, M., *La dignité de la femme dans le monde du travail: Rapport sur le problème du harcèlement sexuel dans les États membres des Communautés européennes*, Comisión V/412/1/87-Fr., octubre, 1987; MACKINNON, C., *Sexual harassment of working women*, Yale University Press, New Haven and London, 1979; LOUSADA AROCHENA, F., *El derecho de los trabajadores a la protección frente al acoso sexual*. Comares, Granada, 1996, pág. 115.



misógino el objetivo sería demostrar el desprecio que la mujer merece al sujeto activo del mismo y en el *sexista*, consistiría en colocar a la víctima en el lugar que, según sus concepciones, le corresponde por naturaleza a la mujer. El objetivo del acoso moral discriminatorio puede residir en la intención de liberarse de mujeres que al asumir la función social asignada, las responsabilidades de cuidado, pierden disponibilidad laboral, convirtiéndose en opinión del acosador, en mano de obra mas cara y menos productiva. Por el contrario, en el acoso sexual, el autor tiene por objetivo la consecución de favores sexuales y su finalidad no es en principio destruir a la víctima, aunque no le importe en absoluto que ello suceda. Tampoco suele ser su objetivo la expulsión de la víctima de la empresa ya que incluso puede suponer un aliciente que, al menos temporalmente, una vez controlada mediante la intimidación, la víctima permanezca en su puesto de trabajo puesto que de esta forma el autor puede conseguir una mayor y más duradera satisfacción de sus objetivos. No se puede olvidar que la doctrina ha venido diferenciando entre *acoso sexual* y *acoso sexista* o *acoso por razón de sexo*, sobre la base de que en el primero de los tipos, el acosador trataría de conseguir una satisfacción de carácter *carнал* o *libidinoso*, mientras que en el segundo, el objetivo del acosador no era sino la manifestación de su desprecio por las mujeres, la desconfianza en sus capacidades y el valor social secundario que en su opinión estas deben seguir ocupando. Sin embargo es mayoritariamente reconocido que a pesar de que el acoso sexual tenga como base una conducta de naturaleza sexual, en el fondo, en la motivación de dicho comportamiento no existe, o no existe solo, o no existe predominantemente, un deseo sexual sino una finalidad de dominio o de afirmación de poder. Tampoco es infrecuente que el acoso moral sexista tenga una intencionalidad vengativa. M. F. Hirigoyen⁸ pone de manifiesto que en sus estudios ha detectado con frecuencia esta intencionalidad en aquellos casos en que una mujer ha rechazado los avances sexuales de un superior o de un colega; a partir de ese momento la mujer se ve marginada, humillada o incluso maltratada. Esta mezcla de acoso sexual y moral por razón de sexo existe en todos los medios profesionales y en todos los niveles de jerarquía.

Como se ha visto, el art. 7.1 de la LO 3/2007 califica como acoso sexual «...*cualquier comportamiento verbal o físico, de naturaleza sexual...*» de esta amplia definición se deduce que los comportamientos susceptibles de ser catalogados dentro del concepto de *acoso sexual*, son variados y de diferente nivel de gravedad: desde bromas y comentarios de mal gusto, alusiones groseras e inaceptables, gestos, exhibición de pornografía indeseada por la víctima, hasta la agresión física mas o menos grave. En el estudio realizado en el año 2000 por la Secretaría Confederal de la Mujer de CCOO⁹, se diferencia entre cinco clases de acoso: *acoso por invasión*, tipo de acoso que comprende aquellos comportamientos en que la presión y las molestias no se manifiestan verbalmente, ni traspasan un límite físico, siendo sin embargo ofensivas para quien las recibe; *acoso a través de presiones* recibidas de parte de jefes, compañeros, subordinados o clientes para mantener relaciones sexuales; *chantaje sexual* en el que se condiciona la vida laboral de una trabajadora o su contratación a la aceptación de alguna clase de relación sexual; *acoso físico leve* mediante tocamientos o rozamientos indeseados y finalmente, *agresión física directa*. Según el cita-

⁸ HIRIGOYEN, M.F., *El acoso moral en el trabajo*. Paidós, Barcelona, 2001 pág. 90.

⁹ Secretaría Confederal de la Mujer de CCOO, *El acoso sexual en el trabajo en España*, pág.34 y ss.

do informe, las formas de acoso mas comunes son la primera y la tercera de las señaladas, seguidas por el *chantaje* y las menos frecuentes las *agresiones sexuales directas*.

En un intento sistematizador, la doctrina¹⁰ distingue entre cuatro tipos de conductas en función de la gravedad o la intensidad de la acción:

- bromas o chistes sobre sexo, abuso del lenguaje, comentarios sexuales sobre la apariencia, el aspecto o con observaciones desagradables.
- invitaciones impúdicas o comprometedoras o uso de material pornográfico en el centro de trabajo,
- contacto físico de carácter sexual, acompañado o no de comentarios o gestos ofensivos, sin empleo de fuerza o intimidación;
- agresión física con empleo de fuerza o intimidación
- requerimiento de favores sexuales, acompañado de promesas explícitas o implícitas de trato preferencial o de amenazas en caso de no acceder a dicho requerimiento (chantaje sexual);

Evidentemente, de la gravedad de la actuación dependerá la sanción que, en base al principio de proporcionalidad, no puede ser la misma cuando nos encontramos ante alusiones por más groseras que sean y por mucho que enrarezcan el ambiente de trabajo, que cuando nos encontramos ante un chantaje sexual o una agresión física.

Por lo que se refiere al acoso moral, se han venido catalogando hasta 45 formas de conducta hostiles, que pueden constituir acoso si son repetidas y sistemáticas, que la mayor parte de la doctrina española¹¹ y extranjera acepta, pero que Hirigoyen¹² denomina y agrupa de forma diferente y en mi opinión más comprensible:

- Atentados contra las condiciones de trabajo (críticas exageradas o injustas y continuas, atribución sistemática de tareas diferentes, superiores o inferiores a las competencias del trabajador, impartición de órdenes contradictorias o imposibles de cumplir etc.);
- Aislamiento y rechazo o prohibición de la comunicación con la jerarquía o los compañeros;
- Atentados contra la dignidad personal (comentarios insultantes sobre la vida personal, la apariencia o la ideología de la víctima);
- Violencia verbal o gestual.

La característica esencial de este tipo de conductas es. o bien que no se pueden catalogar ni de ilegales ni de irregulares desde la óptica jurídica, de tal manera que la víctima no podría defenderse de ellas por vía legal alguna, colocándosela en una situación de impotencia si no se entiende que por su sistematicidad y su objetivo destructivo constituyen acoso antijurídico, por ejemplo, la frecuente utilización de comentarios descalificadores, basados en generalizaciones ofensivas para las mujeres del tipo o «*mujer tenía que ser*», «*vete a fregar que es tu sitio*» cuyo carácter discriminatorio por razón de género no da lugar a dudas ya que implica una minusvaloración sistemática de las capacidades y competencias de las mujeres en el desempeño de sus funciones laborales, o bien siendo ilegal-

¹⁰ SERRANO BUTRAGUEÑO, I., «El acoso sexual», *Revista Tapia*, 1995, pág. 20.

¹¹ MOLINA NAVARRETE, C., «La tutela frente a la violencia moral en los lugares de trabajo; entre prevención e indemnización». *Aranzadi Social*, núm. 18 enero, 2002 pág. 61.

¹² *El acoso moral...*, cit. págs. 96-97.

les o irregulares, adquieren un especial desvalor debido a su sistematicidad, a su carácter estratégico, por ejemplo, encomendar continuamente funciones inferiores a la categoría profesional contratada.

Uno de los requisitos que diferencian el acoso sexual del sexista es la *sistematicidad*: mientras que una sola actuación puede ser lo suficientemente grave como para constituir acoso sexual (agresión física o chantaje sexual) la reiteración de estas formas conductuales constituye requisito intrínseco de la existencia de acoso moral. La doctrina es unánime en la afirmación de que el término *acoso* es inapropiado para definir como tal una actuación esporádica por muy agresiva que sea y aunque haya tenido efectos devastadores sobre la salud de la víctima. Los actos agresivos que constituyen acoso moral deben ser realizados de forma continua y sistemática, de tal forma que realizados de forma esporádica no constituirían un acto ilegal sino una manifestación de poca civilidad, educación o incluso de agresividad, siendo el efecto acumulativo el que constituye acoso, al ser al tiempo la causa de los efectos devastadores sobre la salud psíquica y física de la víctima. La periodicidad mínima que se requiere para algunos analistas es de una vez por semana durante al menos seis meses, lo que en mi opinión parece excesivamente concreto ya que en función de la vulnerabilidad de cada sujeto y del grado de violencia de la agresión, del nivel de ayuda que reciba la víctima por parte de su entorno (compañeros, amigos, familia), del número y características de los acosadores, de la existencia de los testigos mudos y/o de cómplices, la destrucción psíquica de la víctima se puede producir en bastante menos tiempo.

No hay que olvidar que, en todo caso, la duración de la experiencia de acoso, sea sexual sea sexista, es importante pues cuanto más se prolonga la situación peores son los efectos sobre la salud y la integridad física y moral de la víctima y menores las posibilidades de lograr una solución aceptable y satisfactoria para la misma. El momento en que la víctima reacciona e intenta defenderse y, por tanto, la duración del acoso, depende en gran medida de la actitud de la empresa y del sexismo del entorno, de la posición del acosador y de la víctima y de las características de la actuación, pero dado que, en general, las personas acosadas suelen recurrir a estrategias informales o adaptativas, es obvio que estas se dificultan cuanto mas largo es el episodio y cuanto mas elevada es la posición del acosador.

Los *sujetos activos* de actuaciones violentas por razón de género en cualquiera de sus manifestaciones, pueden ser compañeros, superiores inmediatos, directivos, o incluso inferiores jerárquicos, en base a lo cual se ha catalogado tres tipos de acoso, *horizontal, descendente y ascendente*, o incluso como pone de manifiesto el Acuerdo comunitario sobre violencia y acoso en el empleo, los autores pueden ser terceros como clientes, pudiendo ser realizado únicamente por una persona o por varias conjuntamente. También es evidente que en el caso de chantaje sexual y en el acoso moral descendente el acosador debe tener reconocida superioridad jerárquica sobre la víctima. Los informes realizados en materia de acoso sexual en el trabajo ponen de manifiesto que la posición del acosador influye en el tipo de acoso y también demuestran que en la mayoría de los casos el acosador es un superior jerárquico de la víctima¹³.

¹³ SECRETARÍA CONFEDERAL DE LA MUJER DE CCOO, *El acoso sexual en el trabajo en España*, Madrid, 2000.

Junto con el acosador directo, pueden actuar dos tipos de sujetos, los *cómplices*, que colaboran de forma activa en el proceso y los denominados *cooperadores necesarios*. Con este término se está haciendo referencia a personas *normales* que desarrollan mecanismos atribucionales erróneos tendentes a estigmatizar a la víctima mediante la creación de la idea de la provocación, es decir asumiendo de forma acrítica la concepción de que *algo habrá hecho* la víctima para merecer el tratamiento de que está siendo objeto, con lo que colaboran tácitamente en la consumación del acoso, constituyéndose en cooperadores necesarios del acosador. Es frecuente que en ellos se desarrolle el mecanismo de la *obediencia debida a la autoridad* que explica cómo personas *normales* pueden con bastante facilidad llegar a involucrarse y colaborar activamente en la agresión a derechos básicos, siempre que ello sea solicitado, ordenado o autorizado por personas con relaciones de superioridad jerárquica, sobre las que los cooperadores descargarán posteriormente la responsabilidad de su propio comportamiento. Según la psicología laboral, existen tres condiciones para que el acoso pueda tener lugar: el secreto de las actuaciones, la connivencia de los compañeros (testigos mudos) y el sentimiento de vergüenza y humillación e incluso de culpabilidad de la víctima, todos ellos susceptibles de incidir posteriormente en las posibilidades de defensa frente a la actuación acosadora.

Finalmente señalar que aunque el art.7 de la LO 3/2007 está ubicado en el Título I y por tanto no resulta únicamente aplicable al ámbito laboral, la relación laboral constituye el marco delimitador de la violencia de género en el trabajo en cualquiera de sus manifestaciones, de tal forma que para considerar laboral una actuación acosadora ha de tratarse de un comportamiento que la víctima padezca cuando, de una u otra forma, se encuentra dentro del ámbito de organización y dirección de un empleador o cuando el acoso se encuentre relacionado de manera directa o indirecta con su relación laboral. Ello explica que el sujeto activo del acoso pueda ser cualquier persona, no solo el empleador sino sus representantes o personas en quien este delegue su poder de dirección, otros trabajadores de la empresa cualquiera que sea su relación jerárquica con la víctima, personas relacionadas con esta con motivo de cualquier tipo de conexión de aquellas con la empresa, especialmente clientes, proveedores. En definitiva, sería acoso laboral todo aquel que el/la trabajador/a sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute de forma subordinada o para-subordinada.

3.2. Los derechos afectados: igualdad y dignidad

Según ponen de manifiesto los informes sobre victimología de la violencia en el trabajo, los riesgos de sufrirla aparecen estrechamente relacionados con las condiciones de trabajo. Se ha comprobado estadísticamente que las víctimas más frecuentes del acoso sexual en el trabajo son mujeres jóvenes que acaban de conseguir su primer empleo, normalmente de carácter temporal o atípico, mujeres solas con responsabilidades familiares como madres solteras, viudas, separadas, divorciadas, y mujeres que acceden por primera vez a sectores profesionales o categorías tradicionalmente masculinas, en las que las mujeres se encuentran subrepresentadas, sobre todo si lo hacen de forma individual. También se convierten en posibles víctimas de acoso sexual las que acceden a puestos de responsabilidad y dirección. Las causas o factores que originan estos grupos de riesgo son diferentes pero

reconducibles en todo caso a la situación de discriminación de la mujer en el ámbito laboral y a la posición asimétrica de poder entre hombres y mujeres. Respecto del *acoso moral genérico*, las víctimas suelen ser trabajadores *distintos* y especialmente competentes tanto personal como profesionalmente. El acosador laboral normalmente actúa por envidia personal o profesional. También suelen ser víctimas del acoso moral aquellos trabajadores cuya estabilidad se encuentra especialmente protegida frente a la extinción del contrato, por ello suele producirse con mas frecuencia en la administración pública, y especialmente el sector sanitario y el educativo, mas concretamente la Universidad ¹⁴, constituyen ámbitos apropiados para el acoso moral.

Todos los estudios realizados al respecto ponen de manifiesto que las víctimas de acoso sexual son muy mayoritariamente de sexo femenino y también pertenecen mayoritariamente al sexo femenino las víctimas de acoso moral discriminatorio por razón de género, como cabía esperar dada la íntima relación de ambos tipos de acoso con un fenómeno más amplio o, si se quiere, constituyen manifestaciones de dos fenómenos mas amplios, la discriminación y la violencia sexista ¹⁵ así pues, el carácter discriminatorio del acoso relacionado con el sexo, tanto el moral como el sexual, se acaba de entender solo a través del concepto *género*, es decir, como manifestaciones de la violencia de género en el trabajo, sin embargo, mientras que el acoso sexual se ha aceptado por la doctrina tradicional y mayoritariamente, tanto en el ámbito comunitario como en el comparado, como una actuación discriminatoria por razón de género, la del acoso moral no ha sido tan clara aunque resulta innegable que también en este caso, el género de la trabajadora constituye el elemento determinante de la conducta del acosador, que ataca a la víctima precisamente por el hecho de ser mujer, realizando comportamientos ofensivos basados en criterios y estereotipos asociados a una determinada visibilización de la condición femenina. Como se ha señalado, el objetivo generalmente asumido por el acosador moral suele ser destruir y expulsar a la víctima de su trabajo, pero en el supuesto del acoso moral por razón de género la causa es el hecho de que la víctima sea mujer.

A pesar de ello, nuestro ordenamiento y, consecuentemente, nuestros tribunales, han tratado la violencia de género en todas sus manifestaciones casi exclusivamente como violación del derecho a la dignidad no como actuaciones discriminatorias.

De forma coherente con la normativa comunitaria, la LO 3/2007, viene a solucionar este problema al señalar de forma expresa en su art. 7.3 que «*Se considerarán en todo caso discriminatorios el acoso sexual y el acoso por razón de sexo*». Como ha señalado la mejor doctrina ¹⁶, la consideración de la violencia en el trabajo como violación del derecho a

¹⁴ HIRIGOYEN, M. F., *op. cit.*, pág. 109.

¹⁵ HIRIGOYEN, M.F. si que pone de relieve que en sus estudios, el porcentaje de mujeres entre las víctimas de acoso moral es del 70% y añade que dichas cifras concuerdan con las de otros estudios realizados por ejemplo por Chiaroni, que detecta un porcentaje del 73% de mujeres; otros estudios no revelan una diferencias tan significativas entre los porcentajes de hombres y mujeres entre las víctimas de acoso moral sin embargo se pone de manifiesto que «*hay que enmarcar dichos resultados en el contexto socio-cultural... No solo las mujeres son víctimas mayores en número que los hombres sino que además se las acosa de un modo distinto: suelen aparecer connotaciones sexistas o machistas...*» *op. cit.*, pág. 89.

¹⁶ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F. «El acoso moral en el trabajo ¿una nueva forma de discriminación?». *Revista de Derecho Social*, núm. 19, 2002, págs. 53 y ss.

la igualdad de trato entre hombres y mujeres y a la prohibición de discriminación por razón de sexo, permite la aplicación de procedimientos de tutela mucho más elaborados y eficaces que la consideración como actuación violadora de otro tipo de derechos como la dignidad, sin embargo, no se puede olvidar que la violencia en el trabajo constituye una actuación pluriofensiva. La propia norma señala que «...constituye acoso sexual cualquier comportamiento...que tenga el propósito o produzca el efecto de atentar contra la dignidad de una persona...».

La doctrina ha venido insistiendo en que la *ofensividad* constituye uno de los elementos calificadores más relevantes del concepto de acoso en sus dos modalidades, al que en el supuesto de acoso sexual se ha venido uniendo inseparablemente el de *indeseabilidad*¹⁷. El acoso sexual se configura como una violación del derecho a la dignidad pero también como una violación del derecho de libertad de la víctima de tal forma que una parecía inexistente sin la concurrencia de la otra. En el supuesto del acoso moral, la relevancia del elemento indeseabilidad ha venido entendiéndose inferior y de hecho ningún analista hace referencia al mismo ya que en principio parece que nadie pudiera desear ser víctima de las actuaciones que constituyen acoso moral, lo que sin duda no ocurre con el acoso sexual, respecto del cual subsiste la reiterada sospecha de que la víctima pudo provocarlo o incluso aceptarlo pero se niega a reconocerlo.

Esta indigna y discriminatoria sospecha, ha sido eliminada por la LO 3/2007 que, de forma coherente con el concepto, elimina la referencia expresa a que el acoso deba ser *indeseado* tanto en el supuesto de acoso sexista como del acoso sexual ya que, obviamente, si lo fuera, no sería acoso y si la víctima se siente tal y denuncia, es porque no lo desea. En otras palabras, el propio término acoso, implica que la actuación que lo configura es indeseada por su víctima a la que resulta ofensivo ya que en caso contrario no sería acoso y, por tanto, en el elemento definitorio en el que debe insistirse es el de *ofensividad*, que es exactamente lo que hace la LO 3/2007, respecto del cual resulta obviamente más problemático y su interpretación más relevante en el supuesto de acoso sexual, sin embargo no deja de serlo en el acoso moral ya que lo más seguro es que el sujeto activo del mismo niegue tener conciencia de la ofensividad de sus actuaciones, no siendo en absoluto infrecuente que el acosador tache a la víctima de paranoica con manía persecutoria.

Según se ha venido aceptando de forma unánime por la doctrina¹⁸, la interpretación del término ofensividad admite dos sentidos: en un sentido objetivo, solo se entenderían ofensivas aquellas actuaciones que socialmente, con criterio de razonabilidad, se consideran atentatorias a la dignidad de la persona; para esta postura el elemento esencial del acoso es la ofensividad objetiva de la actuación para cualquier sujeto considerado *normal* mientras que en un sentido subjetivo, se entiende que la determinación de lo ofensivo queda al arbitrio de la víctima, equiparándose así a lo indeseado. Esta posición doctrinal, parte de la base de que todo individuo ha de tener reconocido, como derivación del derecho a la dignidad, el derecho a determinar qué le resulta ofensivo y hacerlo saber a su entorno. El con-

¹⁷ LOUSADA AROCHENA, F., *El derecho de los trabajadores a la protección frente al acoso sexual*. Comares, Granada, 1996. pág. 105 ss.

¹⁸ Ver por todos LOUSADA AROCHENA, F., «El concepto de acoso sexual en la Sentencia de 13.12.1999 del Tribunal Constitucional», *Relaciones Laborales*, núm. 3, 2000.



cepto de ofensividad por el que se opte resulta relevante en óptica jurídica ya que determinará la existencia o inexistencia del acoso y, al respecto, cada una de ambas posturas tiene sus ventajas y sus inconvenientes desde la finalidad de una mejor y mayor protección de las víctimas. De un lado el estándar objetivo obliga a realizar un juicio de valor que se deja en manos del juez, por lo cual, si la valoración judicial no coincide con la de la persona acosada, es posible que muchos comportamientos ofensivos y de efectos perjudiciales para sus víctimas queden impunes. El estándar subjetivo, de su parte aunque permite proteger a las víctimas mas susceptibles o vulnerables presenta importantes inconvenientes prácticos: esta deberá demostrar que las actuaciones del presunto acosador le han resultado ofensivas, humillantes y vejatorias, que el autor era consciente de ello, que a pesar de saberlo continuó en su acción y que ello le produjo graves daños psíquicos o incluso físicos.

Son posibles además posturas eclécticas en el sentido de que, probablemente haya de buscarse una solución que combine ambos criterios rechazando tanto un standard estrictamente objetivo en el que no se tenga en consideración las circunstancias personales de la víctima, como otro exclusivamente subjetivo en el que una excesiva sensibilidad de la víctima pueda llevar a resultados irrazonables. Esta tercera postura, considera antijurídico tanto lo ofensivo en sentido objetivo como lo ofensivo en sentido subjetivo de tal manera que constituiría acoso toda actuación de cuya ofensividad es consciente el acosador que *sabe*, porque la víctima lo ha podido manifestar expresa o implícitamente, que le resulta ofensiva y a pesar de ello ha insistido en su actuación (lo que de otro lado constituye una muestra de la existencia de intencionalidad acosadora) y además, toda actuación respecto de la que el acosador *debiera saber* que resulta ofensiva dada su gravedad y las circunstancias concurrentes, aunque la víctima no manifestase nada por que no pudiese hacerlo o cuando esta manifestación no fuese suficientemente contundente y probada. Esta última resulta la más adecuada y conforme a las directrices comunitarias, en concreto, el Código de Conducta comunitario. La LO 3/2007 señala que el acoso, tanto sexual como sexista es toda actuación «...que tenga el propósito o produzca el efecto de...crear un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo». Sin duda la primer parte (el *propósito*) está haciendo referencia a la intencionalidad de que se habló mas arriba pero la relación con el *efecto* es de alternatividad (*o*) lo que viene a significar que la intencionalidad es relevante pero no absolutamente, no es preciso que se trate de una actuación dolosa, directamente intencionada y encaminada a crear este tipo de ambiente de trabajo entorno a la víctima, basta con que lo produzca.

4. LOS EFECTOS DEL ACOSO. LA CONSIDERACIÓN DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO EN EL TRABAJO COMO RIESGO LABORAL Y SU PREVENCIÓN

La violencia de género en el trabajo produce similares efectos en sus dos manifestaciones; provoca en las víctimas una situación psíquica que se suele diagnosticar como trastorno *adaptativo con estado emocional ansioso-depresivo* y que suele traducirse en una incapacidad temporal para el trabajo que exige el pase a situación de baja laboral. Este hecho no puede conducir a la confusión entre el acoso moral y otros fenómenos que producen el mismo efecto pero no lo son, por ejemplo con el *estrés* o la *presión labo-*

ral¹⁹. Los efectos del acoso derivan de la percepción por parte de la víctima de que en la jerarquía no existe error organizacional, que las malas condiciones y las exigencias laborales derivan de una intención directa de perjudicarla, de humillarla y ello le conduce a una pérdida de confianza y de autoestima.

Los efectos de la violencia de género en el trabajo son similares en todas sus manifestaciones y calificados por la doctrina como *devastadores*²⁰: la víctima siente ansiedad, tensión, irritabilidad, depresión, incapacidad de concentración, insomnio, fatiga, dolores de cabeza. Según los criterios del DSM IV (Clasificación Internacional de las Enfermedades Mentales), el 69 % de las víctimas de acoso presentan un cuadro depresivo severo que justifica una atención médica y que implica un alto riesgo de suicidio.

A la vista de lo señalado mas arriba se comprenderá la calificación como *devastadores* de los efectos del acoso; sin embargo la producción de los mismos no constituye elemento definitorio del concepto ya que, incluso cuando estos no concurriesen o no adquiriesen la extremada gravedad que pueden llegar a adquirir, el acoso existiría²¹. Es obvio que el nivel de gravedad e incluso la existencia de dichos efectos dependerá en parte de la gravedad del propio proceso de acoso, pero también del carácter, del nivel de autoestima y de la ayuda recibida por la víctima de parte de su entorno, sus compañeros, familias o parejas. El hecho de que debido a un carácter mas estoico, a una mayor capacidad de resistencia psicológica o a una eficaz y oportuna ayuda, una determinada víctima no sufra los espectaculares daños psicosomáticos y relacionales que podría producirle el mismo tipo de actuación a otra persona con características personales o relacionales distintas, no excluye ni la gravedad del acoso ni que este exista. Sin embargo, su constatación constituye una prueba más, de importancia relevante, de la existencia del acoso. Lo que si se puede deducir claramente de lo expuesto es que la violencia de género en sus dos manifestaciones, el acoso sexual y el acoso moral por razón de género, ponen en riesgo evidente el derecho a la salud en el trabajo y a la integridad física y psíquica de sus víctimas e incluso pueden acabar produciendo su muerte, en definitiva la violencia de género en el trabajo constituye una violación del derecho a la integridad física y psíquica y, como consecuencia específica, del derecho a la salud laboral.

Hay que tener presente que el hostigador llega tan lejos como le permite su empresa y que hay empresas que reúnen todas las condiciones para que surja y se desarrolle el acoso moral; en estos casos, la propia empresa se convierte en *cómplice* del acoso. Un ambiente organizativo que responde al modelo denominado *management tóxico*, fuertemente competitivo, agresivo y estresante, en el que no se toman para nada en consideración los riesgos psicosociales, constituye un importante campo de cultivo para la proliferación de actuaciones de acoso. Las organizaciones en que se producen riesgos de tipo psicosocial son denominadas *organizaciones tóxicas* debido a que trabajar en ellas resulta nocivo para la

¹⁹ HIRIGOYEN, M.F., *op. cit.*, pág. 21; NAVARRO DOMENICHELLI «El mobbing o acoso moral en el trabajo», *Revista de Trabajo y Seguridad Social (Estudios Financieros)*, núms. 233-234, 2002, pág. 178.

²⁰ RUBENSTEIN, M. *La dignité de la femme dans le monde du travail: Rapport sur le problème du harcèlement sexuel dans les États membres des Communautés européennes*, Comisión V/412/1/87-Fr., octubre, 1987, pág. 19.

²¹ MOLINA NAVARRETE, C. «¿La “justicia” contra el “acoso moral” deja de “administrarse” con trazos torcidos?: Un nuevo criterio sobre la compatibilidad de indemnizaciones (Comentario a la STS Sala 4.ª de 17 de mayo de 2006)» *Revista de Derecho Social*, núm. 35 2007 pág. 182.



salud de sus trabajadores. Un tipo de organización tóxica, se corresponde con un tipo de *management* también tóxico. En este tipo de organizaciones, la deliberada y persistente agresión, con el objetivo de destruir a otro en que consiste el acoso moral, pasa desapercibida y es justificada como estrés, urgencia en el trabajo, etc. Sobre la necesidad y la posibilidad de prevenir los riesgos psicosociales y organizacionales, con el objetivo de evitar que las empresas se conviertan en organizaciones tóxicas, se vienen realizando importantes análisis en los últimos años, en los que frente a la alegación frecuentemente realizada de que resulta imposible la evaluación y la prevención de este tipo de riesgos, se demuestra la posibilidad de evaluarlos, se crean instrumentos de medida y métodos para su prevención sobre la base de que la empresa se puede y por ello se debe organizar sobre conceptos distintos.

Nuestra Constitución consagra en su art. 15 el derecho a la vida y a la integridad física y moral y el art. 40.2 señala que los poderes públicos velarán por la seguridad e higiene en el trabajo. El desarrollo normativo de los derechos constitucionalmente reconocidos se realiza en nuestro ordenamiento jurídico mediante el art. 4.2.d) ET que reconoce el derecho de todo trabajador a la integridad física y a una adecuada política de seguridad e higiene, por el art. 19 ET según el cual, los trabajadores tendrán derecho a una protección eficaz en esta materia, y por el texto refundido de la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales que no contiene normas específicas relativas al acoso pero según reitera la doctrina laboralista resulta incontestable que la prevención del acoso entra de lleno en la obligación de protección del empresario como riesgo susceptible de provocar daño en la salud de los trabajadores. Al igual que ocurre con el acoso sexual, el tratamiento en óptica preventiva del acoso moral es esencial y de hecho muchos de los países que han tratado el tema en sus ordenamientos jurídicos, lo han hecho desde esta óptica. Como ya se ha señalado, la regulación mas avanzada en materia de acoso, la sueca, enfrenta este problema en el marco de la Ley Básica de Prevención de Riesgos y establece como principio general que todo empresario debe planificar y organizar el trabajo, previniendo el riesgo de persecución psicológica, comprometiéndose asimismo en su erradicación; a tal fin, debe prever procedimientos de detección, encauzamiento e intervención inmediata ante tales situaciones existentes o potenciales, así como formas de ayuda o apoyo inmediato a las víctimas. En este mismo sentido insiste el Acuerdo sobre protección frente a la violencia y el acoso en el trabajo citado mas arriba.

Por lo que se refiere a nuestro ordenamiento, la doctrina venía defendiendo que ante la carencia de normas específicas, los criterios a tomar en cuenta para la prevención de la violencia en el trabajo son los generales frente a cualquier tipo de conducta de cualquier naturaleza que puede crear un riesgo para el trabajador o trabajadora en el ámbito de la empresa, constituyendo lo previsto en los Arts. 14 y 15 de la LPRL cobertura suficiente desde la perspectiva legal para entender existente la obligación empresarial de adoptar medidas organizativas suficientes y eficaces para prevenir el acoso en los lugares de trabajo enmarcados en su ámbito de organización y dirección. La obligación de prevención y seguridad establecida en LPRL, consecuencia de la transposición a nuestra normativa interna de la D/89/391/CEE marco comunitario en la materia, es muy exigente; cuando se señala que el empleador debe adoptar «*cuantas medidas sean necesarias para la protección de la seguridad y la salud*» está obligándole a adoptar no solo las previstas ya en los textos legales, sino cualquier otra posible, razonable y necesaria para evitar y prevenir cualquier

situación de riesgo, de tal forma que la ausencia de una normativa específica que aborde el riesgo de acoso, ofreciendo pautas concretas de detección, prevención y tratamiento, no exonera en absoluto de responsabilidad al empresario en razón del carácter genérico de su deuda de seguridad establecida normativamente y que por consiguiente será exigible ante los tribunales. Esta responsabilidad existirá tanto si es él mismo o son sus representantes los sujetos activos del acoso (acoso descendente), como si lo son compañeros no ligados mediante relación de superioridad jerárquica con la víctima (acoso horizontal) siempre que no haya adoptado las medidas preventivas suficientes y eficaces para prevenirlo y erradicarlo.

Del contenido de la LPRL se derivan una serie de obligaciones empresariales. En primer lugar, la obligación de identificar el riesgo y valorarlo, adoptando las medidas preventivas razonables y necesarias para evitarlo (art. 16.1 y 2 de la LPRL —también modificados por la Ley 54/2003) y art. 7.c del RD 39/97 sobre Servicios de Prevención). Estas medidas pueden ser de carácter organizativo, modificando procedimientos de organización o producción, aumentando su transparencia, incrementando la participación de los trabajadores en su práctica y control; de ayuda y atención a la víctima; de prevención disuasoria, mediante, por ejemplo, la adopción de medidas disciplinarias severas contra los acosadores. En el cumplimiento de esta obligación, la empresa debe tener en consideración lo establecido en el art. 4 del Reglamento de Servicios de Prevención, es decir, el empleador tendrá que tener en cuenta los factores subjetivos, las características personales de los trabajadores y este extremo resulta especialmente importante ya que el factor subjetivo de la víctima se convierte, en algunos casos, en la excusa en la que se amparan algunas empresas para consentir o no corregir situaciones de acoso y algunos tribunales para no considerar su concurrencia. No resulta en absoluto infrecuente la producción de un círculo vicioso en función del cual, el trastorno psicológico causado por el acoso, legitime al acosador para su persistencia en el mismo. Respecto de las condiciones objetivas de trabajo, el empleador deberá analizar los aspectos organizativos que pueden propiciar las situaciones de acoso: una mala organización, una mala, inconcreta o falta de equidad en la distribución del trabajo, pueden ser propicias para la aparición de situaciones de violencia de género. Cuando la empresa tenga conocimiento de la existencia de conductas que podrían ser constitutivas de acoso moral o sexual, está obligada a intervenir para preservar los derechos básicos de la víctima, para lo cual debe analizar la situación y adoptar las medidas correctoras procedentes.

A pesar de que como se ha intentado demostrar, la normativa general sobre salud laboral anterior a la adopción de la LO 3/2007 permitía exigir el empleador la adopción de medidas preventivas frente al riesgo de acoso en el trabajo, en aras al principio de seguridad jurídica se hacía necesario que siguiendo los modelos ofrecidos por el derecho comparado, fueran adoptadas normas específicas en esta materia.

La LO 3/2007 trata en diversos preceptos y desde diversas ópticas el tema de la violencia de género en el trabajo. Se podría decir que es uno de sus temas recurrentes en materia social. Sin embargo, el tratamiento en óptica preventiva, es decir, desde la salud laboral, podría parecer insuficiente ya que entre las modificaciones realizadas en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, no se realiza referencia alguna a esta materia. Sin embargo, una lectura mas pormenorizada permite anular al menos parcialmente esta primera impresión. A lo largo de su articulado, son diversas las menciones que realiza a la violencia sexista en óptica preventiva.

En su art. 25 que se refiere a la integración del principio de igualdad en las políticas de salud se establece entre las actuaciones a realizar por las Administraciones Públicas a través de sus Servicios de Salud *«La consideración dentro de la protección, promoción y mejora de la salud laboral del acoso sexual y del acoso por razón de sexo»*.

En su Disposición Adicional Octava por la que se introducen una serie de reformas en la Ley General de Sanidad se modifica el art. 18 de dicha Ley introduciendo un nuevo apartado que señala como objetivo de la política de salud *«9.—La protección, promoción y mejora de la salud laboral, con especial atención al acoso sexual y al acoso por razón de sexo»*.

Esta óptica se manifiesta también mediante su art. 44 en el que entre las medidas susceptibles de formar parte de los Planes de Igualdad de Oportunidades que deben negociarse y en su caso acordarse en los términos que la misma Ley establece, se listan las *«Medidas específicas para prevenir el acoso sexual y el acoso por razón de sexo en el trabajo»* y en concreto se señala *«1.—Las empresas deberán promover condiciones de trabajo que eviten el acoso sexual y el acoso por razón de sexo y arbitrar procedimientos específicos para su prevención y para dar cauce a las denuncias o reclamaciones que puedan formular quienes hayan sido objeto del mismo. Con esa finalidad se podrán establecer medidas que deberán negociarse con los representantes de los trabajadores, tales como la elaboración y difusión de códigos de buenas prácticas, la realización de campañas informativas o acciones de formación. 2.—Los representantes de los trabajadores deberán contribuir a prevenir el acoso sexual y el acoso por razón de sexo en el trabajo mediante la sensibilización de los trabajadores y trabajadoras frente al mismo y la información a la dirección de las empresa de las conductas o comportamientos de que tuvieran conocimiento y que pudieran propiciarlos»*.

Parece deducirse que la Ley establece una obligación para las empresas *que deberán* prevenir el riesgo de acoso y crear procedimientos de queja y reclamación a favor de las víctimas de este tipo de actuaciones, que *podrán* negociarse con la representación del personal. Es obvio que planificar la prevención del acoso no es una cuestión fácil ya que se deben tener en cuenta los sistemas de organización, las relaciones sociales y la influencia de factores psicosociales y ambientales en el trabajo, sin embargo ha de señalarse que no es necesario en absoluto partir de cero. Las medidas propuestas por el Código de Conducta Comunitario para la protección de la dignidad de hombres y mujeres en el trabajo de 1992, aunque pensadas para la prevención del acoso sexual en el trabajo, podrían resultar útiles también para la prevención del acoso moral por razón de sexo y de la violencia en el trabajo en general.

De hecho, en el ámbito del empleo público la Ley hace referencia a la violencia de género en su art. 51 *«Criterios para la actuación de las Administraciones públicas»* en cuyo apartado e) se establece como uno de los deberes de las mismas *«Establecer medidas efectivas de protección frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo»* y en cuyo art. 62 *«Protocolo de actuación frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo»* se señala *«Para la prevención del acoso sexual y del acoso por razón de sexo, en la Administración General del Estado se aprobará, reglamentariamente, un protocolo de actuación que comprenderá al menos los siguientes principios: a) El compromiso de la Administración General del estado de prevenir y no tolerar el acoso sexual y el acoso por razón de sexo; b) La instrucción a todo el personal de su deber de respetar la dignidad de las personas y su*

derecho a la intimidad, así como a la igualdad entre mujeres y hombres; c) El tratamiento reservado de las denuncias de hechos que pudieran ser constitutivos de acoso sexual o de acoso por razón de sexo, sin perjuicio de lo establecido en la normativa de régimen disciplinario; d) La identificación de los responsables de atender a quienes formulen una queja o denuncia». Estas medidas son muy similares a las preconizadas en el Código de Conducta Comunitario para la protección de la dignidad de hombres y mujeres en el trabajo y por ello, pueden servir de modelo de actuación en el sector privado.

En definitiva, parece fuera de duda que a partir de la Ley Orgánica de igualdad efectiva entre mujeres y hombres, la violencia en el trabajo y especialmente la violencia discriminatoria, constituye una violación del derecho a la seguridad y salud laboral y por ello el empleador debe adoptar todas las medidas razonables y eficaces para prevenir este riesgo y conseguir ambientes exentos de violencia en el trabajo. En este sentido además incide reiterada jurisprudencia en la que se califican los efectos del acoso tanto sexual como moral, como accidente de trabajo tema que no es posible tratar aquí en profundidad. A pesar de todo ello resulta necesario señalar que la óptica preventiva (mucho más eficaz que la sancionadora) resulta insuficiente en la LO 3/2007 ya que debería haberse recogido la obligación empresarial de prevención de la violencia sexista y en general de la violencia en el trabajo en la propia LPRL, su lugar natural.

5. LOS PROCEDIMIENTOS DE TUTELA Y LA SANCIÓN DEL ACOSO

La doctrina española²² ha puesto reiteradamente de manifiesto que los procedimientos jurisdiccionales de tutela antidiscriminatoria regulados hasta el momento por la LPL eran inadecuados y el sistema sancionatorio insuficientemente eficaz, proporcional ni disuasorio. Y como es sabido no existen derechos si no está previsto un procedimiento adecuado y eficaz para garantizar su protección y un aparato sancionatorio adecuado, proporcional y disuasorio frente a su violación. Además, en general, hasta el momento, los operadores jurídicos no han demostrado la suficiente sensibilidad ni la formación requerida para garantizar una correcta aplicación de la norma. Esta crítica se acentúa en el caso de la violencia sexista, en tanto en cuanto se trata sin duda de la manifestación más grave y rechazable de la discriminación por razón de género.

Uno de sus objetivos de la LO 3/2007, explicitados en la Exposición de Motivos, es el reforzamiento de los mecanismos de control y sanción en materia de no discriminación, mejorando los procedimientos jurisdiccionales de tutela, reforzando el papel de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, y procurando que las sanciones sean adecuadas, eficaces, proporcionales y disuasorias. Todo ello en cumplimiento de las obligaciones comunitarias derivadas de la D/2002/73/CE.

El art. 6 de la D/1976/207/CEE imponía a los Estados miembros la obligación de introducir en sus legislaciones las disposiciones necesarias para que toda persona que se es-

²² LOUSADA AROCHENA, F. «Violencia de género y proceso laboral» en *Violencia de género en el trabajo: Respuestas jurídicas a problemas sociales* (Cuesta Aguado y Pérez del Río coordinadoras) Mergablum, Sevilla 2004 págs. 95 ss.

timase lesionada en materia de igualdad de trato en las condiciones de empleo y trabajo por razón de sexo, pudiera hacer valer sus derechos por vía jurisdiccional. La Directiva 2002/73/ CEE de reforma de la misma y posteriormente la 2006/54 de refundición, recogen una serie de medidas para la mejora de la efectividad de los procedimientos de tutela que han venido siendo reclamadas desde hace tiempo por la doctrina y exigidas por la jurisprudencia del TJCEE. Un informe realizado por expertos en el año 1995 y titulado «The utilisation of sex equality litigation procedures in the member states of the European Community: A comparative study», recomendaba a la Comisión que promoviese la adopción de un conjunto de instrumentos de mejora en los procedimientos de tutela antidiscriminatoria, con el objetivo de «*garantizar —de forma mas efectiva y adecuada— el interés público y los objetivos de igualdad*» entre ellos la ampliación de la legitimación activa en los ordenamientos jurídico-procesales de los Estados miembros, la facilitación de la prueba de discriminación mediante la inversión de su carga, la admisión de la pertinencia de pruebas estadísticas y de expertos, el reforzamiento de la efectividad de las sentencias, la previsión de un régimen sancionatorio adecuado, proporcional y disuasorio y un sistema eficaz de tutela frente a las represalias adoptadas por el empleador contra las personas que utilizasen estos procedimientos en ejercicio de su derecho a la tutela judicial efectiva. Estas sugerencias se habían recibido normativamente en las D/97/80/CE y el D/2002/73/CE.

Por su parte la jurisprudencia del TJCE²³ ha señalado que de la Directiva deriva para los Estados miembros la obligación de sancionar la violación del derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación por razón de género y añade que si un Estado decide sancionar mediante la fijación de una indemnización por daños y perjuicios, esta, en todo caso, para asegurar su efecto disuasorio, debe ser adecuada en relación a los perjuicios sufridos y en ninguna manera meramente simbólica ni previamente tasada.

Por lo que se refiere a la adecuación del ordenamiento jurídico español a las exigencias comunitarias en materia de tutela y garantía, la Ley de Procedimiento Laboral en absoluto había agotado las posibilidades ofrecidas o incluso apenas respondía a las exigencias planteadas por el derecho comunitario y por nuestra Constitución en materia de tutela antidiscriminatoria por razón de sexo, por lo que resultaba manifiestamente mejorable y esto es lo que pretende la Ley de igualdad. La LO 3/2007 realiza reiteradas referencias a los procedimientos de tutela antidiscriminatoria y al sistema sancionatorio. En su art. 10 *Consecuencias jurídicas de las conductas discriminatorias* señala que «*Los actos y las cláusulas de los negocios jurídicos que constituyan o causen discriminación por razón de sexo se considerarán nulos y sin efecto, y darán lugar a responsabilidad a través de un sistema de reparaciones o indemnizaciones que sean reales, efectivas y proporcionadas al perjuicio sufrido, así como, en su caso, a través de un sistema eficaz y disuasorio de sanciones que prevenga la realización de conductas discriminatorias*».

Resultaba en primer lugar manifiestamente mejorable el régimen jurídico de la *legitimación activa*. Con base en el art. 7.3 de la LOPJ y de la jurisprudencia del TS respecto de la legitimación sindical para la defensa de los intereses difusos, doctrinalmente se había defendido también la posible legitimación de las entidades públicas que tienen como obje-

²³ Entre otros A. Draehmphael 180/95 Sentencia de 22 de abril de 1997.

to la promoción y defensa del derecho a la igualdad de las mujeres, en concreto los Institutos de la Mujer nacional y algunos de Comunidades Autónomas en función de su naturaleza jurídica; por la misma razón se admitía la posibilidad de actuación como *coadyuvantes* de este tipo de instituciones a pesar de que la posibilidad de actuar en esa función procesal según el art. 175.2 LPL se limitaba a los sindicatos. Se objetaba la ampliación de legitimación a los procedimientos de defensa frente al acoso sexual debido a la fuerte implicación del derecho a la intimidad que los mismos presentan. Confirmando parcialmente esta doctrina la LOIEMH señala en su art. 12. que «1. *Cualquier persona podrá recabar de los tribunales la tutela del derecho a la igualdad entre mujeres y hombres, de acuerdo con lo establecido en el artículo 53.2 de la Constitución. 2. La legitimación y la capacidad para intervenir en los procesos civiles, sociales y contencioso-administrativos que versen sobre la defensa de este derecho corresponde a las personas físicas y jurídicas, con interés en el resultado del pleito, determinadas en las Leyes reguladoras de estos procesos. 3. La víctima será la única legitimada en los litigios sobre acoso sexual.*».

Sin embargo, la ley procesal reconoce otros títulos de intervención bajo los que pueden actuar en el proceso los Organismos de promoción de la igualdad. La Disposición adicional vigésimo quinta que introduce una serie de modificaciones en la Ley de creación del Instituto de la Mujer 16/1983, añade un nuevo art. 2 bis a la Ley que pasa a señalar «Además de las atribuidas en el artículo anterior y demás normas vigentes, el Instituto de la Mujer ejercerá, con independencia, las siguientes funciones: a) *la prestación de asistencia a las víctimas de discriminación para que tramiten sus reclamaciones por discriminación.*». En definitiva, a partir de la LO 3/2007, se amplía la legitimación activa en los procedimientos de tutela frente al acoso sexista, aunque excluyen de esta posibilidad en los supuestos de acoso sexual en los que, de todas formas, la víctima podrá ser coadyuvada por los organismo de igualdad.

La regulación del procedimiento de tutela de derechos fundamentales recogía dos referencias específicas a la prueba de la discriminación, la primera, la realizada en el art. 96 que reconoce el principio de inversión de la carga de prueba. Al respecto el art. 13 LO 3/2007 señala: «1. *De acuerdo con las Leyes procesales, en aquellos procedimientos en los que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad. 2. Lo establecido en el apartado anterior no será de aplicación a los procesos penales ni a los procedimientos de naturaleza sancionadora.*».

Es decir, en el proceso social de tutela frente a la violencia de género, cabe la aplicación de la inversión como en cualquier otro en que se sustancie una demanda de tutela frente a cualquier otro tipo de acto discriminatorio, otra cosa es que este sistema no sea siempre funcional en casos de acoso. Ciertamente es aplicable de forma literal cuando se trata del acoso realizado por un sujeto diferente del empleador, ya que acreditado el acoso, este hecho resulta indicio del incumplimiento del deber empresarial de mantener espacios laborales exentos de violencia, aunque el empresario siempre puede acreditar la utilización de la diligencia debida para prevenirla y en cuanto la conoció sancionarla²⁴. También ten-

²⁴ ALTÉS TÁRREGA, J.A. *El acoso sexual en el trabajo* Tirant lo Blanch, Valencia 2002.

dría aplicación literal cuando se trata de comprobar la existencia de represalias contra la negativa de la víctima de chantaje sexual o sexista. En los demás casos, la jurisprudencia constitucional ha desvelado mayores deficiencias en la aplicabilidad de la regla de inversión de la carga probatoria: la aportación de los indicios del acoso, no sustituye a la declaración de la víctima, limitándose a reforzar la credibilidad subjetiva, verosimilitud objetiva y persistencia incriminatoria exigida por la doctrina jurisprudencial en la materia, de tal manera que la sola utilización de los indicios de que habla la norma podría resultar insuficiente (STC 136/2001 de 18 de junio); la aplicación de esta norma se vincula a la diligencia probatoria de la demandante de modo que si es posible presentar una prueba directa y esta no la practica de forma diligente, no se podrá amparar en la inversión como único medio de prueba (STC 207/2001 de 22 de octubre en la que en un caso de acoso a través de anónimos, no se practicó de modo diligente la pericial caligráfica).

La inversión de la carga de la prueba se declara excluida en el procedimiento administrativo sancionador, restricción no derivada de la D/2006/54 que se pretende transponer, cuyo art. 19.5 señala que *«El presente artículo no se aplicará a los procesos penales salvo que los Estados miembros así lo dispusieren»* aunque en su apartado 3 viene a señalar que *«Los Estados miembros podrán abstenerse de aplicar el apartado 1 a los procedimientos en los que la instrucción de los hechos corresponda a los órganos jurisdiccionales o al órgano competente»*.

Por lo que respecta a la protección frente a la adopción de represalias la Ley intenta responder a las exigencias de la normativa comunitaria; en su art. 9 establece *«También se considerará discriminación por razón de sexo cualquier trato adverso o efecto negativo que se produzca en una persona como consecuencia de la presentación por su parte de queja, reclamación, denuncia, demanda o recurso, de cualquier tipo, destinados a impedir su discriminación y a exigir el cumplimiento efectivo del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres»*. Esta disposición tampoco responde de forma absoluta a las sugerencias realizadas por la doctrina comunitaria y española, sobre todo al ámbito subjetivo de protección de la calificación como discriminatorias de las represalias. Debería haberse ampliado a las personas que actúen en ayuda de la víctima, lo que sobre todo resulta especialmente necesario en los supuestos de violencia de género en los que resulta frecuente la presencia de los denominados *testigos mudos*, personas que habiendo comprobado la veracidad de la denuncia presentada se niegan a declarar a favor de las víctimas por temor a ser represaliados por ello.

El segundo procedimiento de tutela es el de extinción indemnizada del contrato por voluntad del trabajador, regulada en el art. 50 ET. La extinción puede solicitarse con fundamento en unos casos en la causa establecida en el apartado a) del art. 50, cuando la discriminación consista en *modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo que redunden en perjuicio de la formación profesional del trabajador y menoscabo de su dignidad*; también es utilizable y de hecho es la vía mas frecuente, el apartado c) del precepto, que actúa como cláusula de apertura explícita y que se refiere a *cualquier incumplimiento grave y culpable por el empresario de sus obligaciones contractuales*. En este caso, la tramitación se realizará mediante el cauce del procedimiento ordinario (art.182 LPL en relación art.102 LPL) pero dotado de las características de que goza el de tutela de derechos fundamentales, por lo cual muchas de las cuestiones apuntadas respecto de las insuficiencias apreciables en su regulación son aquí aplicables. Sin duda, la opción por utilizar este

procedimiento que implica la pérdida del puesto de trabajo, viene siendo la más utilizada en los supuestos de violencia sexista, y sobre todo en los de tipo descendente ya que es muy frecuente que el objetivo de la víctima sea perder de vista cuanto antes a su verdugo. En este supuesto, la efectividad de la tutela viene dependiendo de la adecuación, proporcionalidad y efecto disuasorio del sistema sancionador.

El sistema sancionatorio de la discriminación por razón de género recogido en nuestro ordenamiento jurídico, no respondía en general a estos principios pero aún respondía peor en los supuestos de su manifestación en forma de violencia. Las sanciones previstas son de tres tipos: social (la nulidad del acto discriminatorio en base al art. 17 ET), administrativa (en base al art. 8.12 y al art. 16.2 de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social —LISOS—) e indemnizatoria (en base al art. 180.1 LPL).

Por lo que se refiere a la sanción social, como se ha visto la Ley insiste en que toda actuación discriminatoria es nula (art. 10 LO 3/2007) pero siguen persistiendo los problemas reseñados por la doctrina respecto de la posibilidad de aplicar esta sanción en muchos supuestos por ejemplo cuando la actuación discriminatoria es de carácter omisivo.

Respecto de la sanción administrativa de la discriminación la norma realiza importantes modificaciones en la LISOS. La LO 3/2007 introduce una modificación en art. 8 de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social cuyo apartado 13.bis pasa a calificar como infracción muy grave del ordenamiento jurídico, con la sanción correspondiente «...*el acoso por razón de sexo cuando se produzca dentro del ámbito a que alcanzan las facultades de dirección empresarial cualquiera que sea el sujeto activo del mismo, siempre que conocido por el empresario, este no hubiera adoptado las necesarias medidas para impedirlo*».

En mi opinión habría sido más adecuado tratar las dos manifestaciones de la violencia de género en el trabajo en el mismo apartado del art. 8 LISOS, el 13, calificándolas de la misma forma como infracciones muy graves del ordenamiento y tratándolas en los mismos términos, es decir, sin el condicionamiento final de que haya sido conocido por el empleador y este no haya adoptado las medidas necesarias para impedirlo ya que lo que hubiera debido hacer no es actuar a posteriori sino a priori, adoptando las medidas adecuadas y eficaces para prevenir estas actuaciones infractoras y sancionables.

En segundo lugar sanciona los incumplimientos empresariales referidos a los Planes de Igualdad mediante la introducción de un nuevo párrafo 13 en el art. 7 que califica de infracción grave del ordenamiento jurídico «*No cumplir las obligaciones que en materia de planes de igualdad establecen el Estatuto de los Trabajadores o el convenio colectivo que sea de aplicación*» al que se añade la introducción de un número 17 en el art. 8 que califica de infracción muy grave del ordenamiento «*No elaborar o no aplicar el plan de igualdad, o hacerlo incumpliendo manifiestamente los términos previstos, cuando la obligación de realizar dicho plan responda a lo establecido en el apartado 2 del artículo 46 bis de esta Ley*» es decir, cuando los planes de igualdad vengan a sustituir las sanciones accesorias impuestas a un empleador que ha sido considerado culpable o cómplice de acoso, o de permitir que este se produjera en su ámbito de organización y dirección.

En tercer lugar trata de adecuar la sanción administrativa de la discriminación a la nueva redacción introducida en el art. 17 ET mediante la adición de un párrafo en el art. 8.12 LISOS que califica de discriminación por razón de sexo «*las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una denuncia efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial destinada a*

exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación». El objetivo es pues la protección de las víctimas demandantes de tutela frente a las represalias, a cuya efectividad se puede aplicar la crítica señalada anteriormente de que deberían haber sido también protegidos de forma expresa las personas que la ayuden o testifiquen a su favor.

Se había señalado reiteradamente por parte de la doctrina que para disuadir a sus autores de la realización de actuaciones discriminatorias e incentivar la utilización de los procedimientos de tutela por parte de las víctimas, sería necesario reforzar los efectos resarcitorios y disuasorios de las sentencias adoptadas mediante la adopción de sanciones complementarias a las tradicionales por ejemplo, la exclusión de los empleadores tanto personas físicas como jurídicas, condenadas mediante sentencia firme por actuaciones discriminatorias, de la posibilidad de obtener bonificaciones, subvenciones, exenciones o ventajas fiscales, así como la pérdida de las que vinieran percibiendo. Esta exclusión debería complementarse mediante la obligación de comunicar las sentencias de condena firmes a los organismos comunitarios, estatales, autonómicos y locales competentes para la concesión de dichas subvenciones o bonificaciones, con la finalidad de crear un *registro de excluidos*. Sin duda ello obligaría a los empleadores a recapacitar antes de adoptar decisiones o realizar actuaciones discriminatorias. Se trataría de algo similar a las denominadas *cláusulas sociales* condicionantes de ayudas públicas a las empresas tratadas en los Arts.33 a 35 LO 3/2007.

La Ley acepta esta propuesta doctrinal mediante la introducción de un nuevo art. 46.bis en la LISOS que establece «1. *Los empresarios que hayan cometido las infracciones muy graves tipificadas en los apartados 12, 13 y 13 bis) del artículo 8 y en el apartado 2 del artículo 16 de esta Ley serán sancionados, sin perjuicio de lo establecido en el apartado 1 del artículo 40, con las siguientes sanciones accesorias:*

a) *Pérdida automática de las ayudas, bonificaciones y, en general, de los beneficios derivados de la aplicación de los programas de empleo, con efectos desde la fecha en que se cometió la infracción, y*

b) *Exclusión automática del acceso a tales beneficios durante seis meses.*

2. *No obstante lo anterior, en el caso de las infracciones muy graves tipificadas en el apartado 12 del artículo 8 y en el apartado 2 del artículo 16 de esta Ley referidas a los supuestos de discriminación directa o indirecta por razón de sexo, las sanciones accesorias a las que se refiere el apartado anterior podrán ser sustituidas por la elaboración y aplicación de un plan de igualdad en la empresa, si así se determina por la autoridad laboral competente previa solicitud de la empresa e informe preceptivo de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en los términos que se establezcan reglamentariamente, suspendiéndose el plazo de prescripción de dichas sanciones accesorias.*

En el supuesto de que no se elabore o no se aplique el plan de igualdad o se haga incumpliendo manifiestamente los términos establecidos en la resolución de la autoridad laboral, ésta, a propuesta de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, sin perjuicio de la imposición de la sanción que corresponda por la comisión de la infracción tipificada en el apartado 16 del artículo 8, dejará sin efecto la sustitución de las sanciones accesorias, que se aplicarán de la siguiente forma:

a) *la pérdida automática de las ayudas, bonificaciones y beneficios a la que se refiere la letra a) del apartado anterior se aplicará con efectos desde la fecha en que se cometió la infracción;*

b) la exclusión del acceso a tales beneficios será durante seis meses a contar desde la fecha de la resolución de la autoridad laboral por la que se acuerda dejar sin efecto la suspensión y aplicar las sanciones accesorias».

Finalmente, el derecho a la tutela indemnizatoria, resarcitoria o reparadora, también denominada sustitutoria o por equivalente, por la violación del derecho social fundamental a la igualdad de trato y la prohibición de discriminación por razón de sexo, como vimos, se encuentra previsto en el art. 8 quinquies de la D/2002/73/CEE en los siguientes términos: «...Las sanciones, que podrán incluir la indemnización a la víctima, serán efectivas, proporcionales y disuasorias...». Como se ha señalado, la necesidad de que las indemnizaciones establecidas respondan a estos principios (efectividad, proporcionalidad y posean una suficiente fuerza disuasoria) ha sido objeto de interpretación en reiteradas ocasiones por la jurisprudencia del TJCEE.

En nuestro ordenamiento jurídico, este derecho se encuentra normativamente previsto en el art.180 LPL que establece que la sentencia que declare la existencia de la vulneración denunciada y previa declaración de nulidad de la conducta combatida, ordenará el cese inmediato del comportamiento «...así como la reparación de las consecuencias derivadas del acto, incluida la indemnización que procediera». Se encuentra pues fuera de toda duda la posibilidad de reclamar al juez el reconocimiento del derecho al resarcimiento pleno de los daños derivados de la discriminación por razón de género. Los problemas más importantes que se planteaban en este ámbito eran, de un lado, el de la compatibilidad de la indemnización por daños y perjuicios y las indemnizaciones tasadas legalmente, y de otro, el de la suficiencia de las cuantías indemnizatorias y este problema se planteaba con especial virulencia en el ámbito del acoso. El primero había sido solucionado mediante el cambio de doctrina jurisprudencial que significó la STS de 15-05-2006 que declaraba la compatibilidad de ambos tipos de indemnización, solución que ha resultado ratificada mediante la modificación introducida por la Disposición adicional décimo tercera en el art. 181 de la LPL que pasa a señalar «Cuando la sentencia declare la existencia de vulneración, el Juez deberá pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización que, en su caso, le correspondiera al trabajador por haber sufrido discriminación, si hubiera discrepancia entre las partes. Esta indemnización será compatible, en su caso, con la que pudiera corresponder al trabajador por la modificación o extinción del contrato de trabajo de acuerdo con lo establecido en el Estatuto de los Trabajadores». Respecto del segundo la Ley guarda silencio a pesar de que existe alguna experiencia comparada que trata de aproximar y objetivar en la medida de lo posible las cuantías indemnizatorias fijadas por los tribunales sociales; en el caso español se puede señalar su diversidad y su escasez, si se comparan con la fijadas en otros órdenes jurisdiccionales por causas similares no digamos ya con las fijadas en otros países sobre todo EEUU.

Finalmente señalar que resulta absolutamente indiscutible que la norma jurídica no es suficiente y evidentemente no constituye la panacea susceptible de eliminar la situación de discriminación, pero siempre que cumpla ciertas condiciones puede constituir un medio fundamental para garantizar la igualdad y proteger frente a la discriminación por razón de género. Para que la norma cumpla con esta función, es esencial, en primer lugar, que exista la voluntad política de terminar con la situación de discriminación, es importante que exista la sensibilidad suficiente para comprender que no es aceptable una situación de discriminación de la mitad de la ciudadanía, incompatible con el principio de igualdad digni-



dad de todos los seres humanos. En segundo lugar, es necesario que la norma de garantía y tutela antidiscriminatoria sea técnicamente buena, clara, completa, eficaz y adecuada pero también es necesario que sea suficientemente conocida en todo su significado y alcance por todos los profesionales encargados de su interpretación y aplicación, es decir, y por lo que respecta al Derecho del Trabajo, por los operadores jurídico-sociales, los profesionales de la magistratura social, de la abogacía, de la Inspección de Trabajo y esencialmente por los interlocutores sociales, fuente esencial de regulación de las condiciones de trabajo a través de la negociación colectiva. También es necesario su conocimiento por parte de los destinatarios de las normas, en definitiva por toda la ciudadanía.

El objetivo de garantizar ese conocimiento suficiente por parte de los operadores jurídicos al menos, parece detectarse en la Disposición adicional tercera que introduce una serie de modificaciones en la Ley Orgánica del Poder Judicial. En su número cinco que modifica el art. 310 de esta norma, se establece que «*Todas las pruebas selectivas para el ingreso y la promoción en las Carreras Judicial y Fiscal contemplarán el estudio del principio de igualdad entre mujeres y hombres, incluyendo las medidas contra la violencia de género, y su aplicación con carácter transversal en el ámbito de la función jurisdiccional*». Y mediante su número nueve, se añade un apartado 5 al art. 433 bis, con la siguiente redacción: «*El Plan de Formación Continuada de la Carrera Judicial contemplará la formación de los Jueces y Magistrados en el principio de igualdad entre mujeres y hombres y la perspectiva de género. La Escuela Judicial impartirá anualmente cursos de formación sobre la tutela jurisdiccional del principio de igualdad entre mujeres y hombres y la violencia de género*». Su número diez añade un segundo párrafo al apartado 2 del art. 434 que pasa a señalar: «*El Centro de Estudios Jurídicos impartirá anualmente cursos de formación sobre el principio de igualdad entre mujeres y hombres y su aplicación con carácter transversal por los miembros de la Carrera Fiscal, el Secretariado y demás personal al servicio de la Administración de Justicia, así como sobre la detección y el tratamiento de situaciones de violencia de género*». Debería haberse previsto un sistema similar de exigencia de conocimientos y formación para la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, cuyas funciones en materia de vigilancia y control de la discriminación por razón de género resultan reforzadas en la Ley, esperemos que también lo sean los medios de que disponga para cumplirlas.

6. CONCLUSIONES

En definitiva, resulta indudable la importancia que la LO 3/2007 otorga a la violencia de género en el trabajo, son muchas las referencias que aparecen en la Ley a este tema, si bien en algunos ámbitos con mayor adecuación que en otros. Cabe esperar que de esta mejora indudable en el tratamiento legal de la violencia de género en el empleo, tanto en lo referente a su definición como a su prevención y tutela, derive una mejora al menos a medio plazo de la situación real y las mujeres puedan dejar de considerar que el acoso es el precio que las trabajadoras deben pagar por romper con los roles tradicionalmente asignados, es decir, por salir de su lugar natural, el ámbito de la reproducción.





FUNCIONES Y ALCANCE DE LAS NORMAS SOBRE CONCILIACIÓN DE LA VIDA LABORAL Y FAMILIAR

EMILIA CASTELLANO BURGUILLO

Prof. Dra. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Huelva

EXTRACTO

En este estudio se pretende realizar una descripción y valoración de las novedades que en materia de conciliación de la vida familiar y laboral ha introducido la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, de igualdad efectiva entre mujeres y hombres.

Es de destacar la mejora de derechos ya existentes y la creación de nuevos derechos que persiguen la consecución de la corresponsabilidad que debe existir entre mujeres y hombres, tanto en la esfera de la vida personal como en la profesional. Algunas de las medidas adoptadas contribuirán a la realización de este objetivo; sin embargo, otras perpetúan las diferentes situaciones de mujeres y hombres en la esfera familiar y por extensión en la profesional.

La exposición de ambos tipos de figuras puede resultar extremadamente técnica, de ahí que hayamos querido facilitar al lector esta tarea presentando unos cuadros resumen al final del estudio de cada una de las figuras jurídicas que vamos a comentar.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. IGUALDAD DE GÉNERO Y CONCILIACIÓN DE LA VIDA FAMILIAR Y LABORAL: ACLARACIÓN CONCEPTUAL
3. MODIFICACIONES EN DERECHOS YA EXISTENTES
4. NUEVOS DERECHOS DE CONCILIACIÓN DE LA VIDA PERSONAL Y FAMILIAR
5. SITUACIÓN EN ALGUNAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS
6. CONCLUSIONES

1. INTRODUCCIÓN

Como señala la propia exposición de motivos de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (en adelante LO 3/2007), la igualdad entre hombres y mujeres es un principio jurídico universal reconocido en textos internacionales y europeos. Formando parte España de las organizaciones internacionales y europeas que protegen este derecho, era necesaria la aprobación de una Ley como la aquí comentada.

Es una norma, como se ha dicho en anteriores capítulos, transversal, pretende la regulación de medidas en un conjunto de aspectos de la vida de estas mujeres y hombres, entre ellos los que facilitan la conciliación de los tiempos de trabajo y de atención a las responsabilidades familiares o simplemente tiempo personal o de ocio.

Ésta sería la primera justificación para la aprobación del conjunto de medidas que vamos a analizar en el presente capítulo, pero también hay otras como la constante presión ejercida por la negociación colectiva en esta materia que ha mejorado diversos aspectos de los contemplados en la Ley 39/1999, de 5 de noviembre de Conciliación de la vida personal y laboral de las personas trabajadoras, y que esperaba a esta reforma legal para mejorar otras muchas.

La aprobación de esa Ley en el año 1999, supuso sin duda un gran impulso a las medidas de conciliación de la vida personal y la profesional, pero no llegó todo lo lejos que otros ordenamientos europeos habían llegado hasta esa fecha, es el caso de los países nórdicos, Dinamarca, o Suecia, Estados que se ponen como ejemplo en el intento de llegar a ser sociedades parecidas a la nuestra, aunque a veces se olvidan algunos condicionantes como pueden ser los económicos. De cualquier forma, no es esta la materia que ahora nos ocupa. En las próximas líneas expondremos aquellos derechos ya existentes en nuestro ordenamiento jurídico pero que han experimentado alguna modificación importante en relación con esta búsqueda conciliación y, por otra parte, analizaremos aquellos derechos que suponen una nueva regulación en la materia, ya que no existen precedentes en nuestra normativa, al menos nacional, aunque sí en alguna Comunidad Autónoma como también se expondrá. La referencia a las Comunidades Autónomas entendemos que procede ya que estamos en un momento en el cual van ganando protagonismo en relación con muchas materias, siendo ésta que ahora analizamos una de las posibles.

Todo ello partiendo de una reflexión expuesta por el profesor Molina Navarrete y compartida por nosotros según la cual «en definitiva, la búsqueda de la igualdad efectiva entre sexos no es algo que se le concede por magnanimidad de los nuevos gobernantes y a todos los ciudadanos convencidos del deber de cumplir con esa deuda histórica con las mujeres,

sino que es algo más, además de promovido, exigido por las nuevas realidades, tanto sociales como económicas»¹.

2. IGUALDAD DE GÉNERO Y CONCILIACIÓN DE LA VIDA FAMILIAR Y LABORAL: ACLARACIÓN CONCEPTUAL

A modo de introducción es preciso realizar una aclaración de lo que el concepto «Género» significa, ya que en algunas ocasiones se ha tendido a confundir las cuestiones de género con las cuestiones de conciliación de la vida familiar y laboral, siendo ésta sólo una parte de la primera. El Género es una idea amplia, «es un concepto y una realidad transversal que recorre todos los grupos y todas las realidades sociales»².

El género es por tanto, un concepto que comienza a estar presente en la mayoría de las políticas y medidas puestas en práctica por los Estados miembros de la Unión Europea³, y también, como no podía ser de otra forma, en las medidas de conciliación de la vida personal y profesional que cualquier Estado apruebe. Conseguir la igualdad entre los géneros es un fin en sí mismo y para su consecución se utiliza una concreta forma de diseñar y aplicar las medidas que se aprueban y que se conoce con el nombre de *Mainstreaming*⁴, que ya ha sido explicado en páginas previas.

Por tanto, cada una de las medidas que van a ser analizadas en este capítulo precisan ser completadas con todas aquellas que desde otras parcelas, ha modificado o incluido la LO 3/2007.

Para comenzar con este análisis debemos destacar en primer lugar el artículo 44 de la LO 3/2007, que realiza una declaración genérica que posteriormente se concreta en algunos derechos que analizaremos en las páginas siguientes, y que se refiere al reconocimiento que se produce para todos los trabajadores y trabajadoras de derechos de conciliación

¹ MOLINA NAVARRETE, C, «El impacto laboral de la ley de igualdad de sexos: lo que queda después de vender el humo político». *Revista del centro de estudios financieros. CEF. Trabajo y Seguridad Social*. Núm. 290. mayo 2007, pág. 103.

² COBO, R. «Multiculturalismo, democracia paritaria y participación política», en *Revista de Política y Sociedad*, núm. 32, 1999, pág. 58.

³ Como de otros muchos conceptos, de éste también existen diversas definiciones que lo resumen como «conjunto de funciones, comportamientos, actitudes, situación y posición social que tiene cada sexo.[...] La teoría de género permite analizar y comprender las características que definen a las mujeres y hombres, sus semejanzas y diferencias, sus posibilidades, el sentido de sus vidas, sus expectativas y oportunidades, las complejas y diversas relaciones sociales que se dan entre ambos géneros, los conflictos institucionales y cotidianos que deben enfrentar y la manera en que lo hacen, identificar los recursos y las capacidades de acción para enfrentar las dificultades de la vida y la realización de los propósitos». LAGARDE, M. «Género y Feminismo. Desarrollo Humano y Democracia». Colección de *Cuadernos inacabados*, núm. 25, Editorial horas y HORAS, Madrid, 1997, págs. 27 y 28.

⁴ Sobre este concepto puede consultarse LOMBARDO, E. «El mainstreaming: la aplicación de la transversalidad en la Unión Europea», en *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, núm. 12 de 2003, págs. 6-11 en <http://dialnet.unirioja.es/servlet/autor> de 5 de septiembre de 2005. CONSEJO DE EUROPA. *Mainstreaming de género. Marco conceptual, metodología y presentación de buenas prácticas*. Informe final de las actividades del Grupo de especialistas en mainstreaming (EG-S-MS). Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Instituto de la Mujer, Serie documentos núm. 28, Madrid, 1999.

de la vida personal, familiar y laboral de manera que se fomente la asunción equilibrada de las responsabilidades familiares, evitando toda discriminación basada en su ejercicio.

Se pretende en definitiva, buscar la paridad que inspira toda la Ley del año 2007 también en materia de conciliación de la vida profesional, personal y familiar, es decir, el equilibrio que desde la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, se persigue y que aun no se ha conseguido. Para esa asunción equilibrada de responsabilidades familiares esta Ley apuesta por reformar derechos ya existentes y por crear otros que aun no habían sido reconocidos en nuestro ordenamiento jurídico. Comenzaremos el análisis por los primeros

3. MODIFICACIONES EN DERECHOS YA EXISTENTES

3.1. Supuestos de intervención quirúrgica (art. 37.3)

Entre los derechos ya existentes pero que han experimentado alguna modificación se encuentran los permisos previstos en el artículo 37 ET. Se trata de periodos retribuidos que el empresario concede al trabajador por determinadas circunstancias como el nacimiento de un hijo y por el fallecimiento, accidente o enfermedad graves, u hospitalización de parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad. A este listado de circunstancias se añade por la LO 3/2007 los supuestos de intervención quirúrgica sin hospitalización que precisen de reposo domiciliario. Se trata sin duda de dar respuesta a una realidad producida como consecuencia de los avances científicos en materia de salud que permiten reducir el tiempo de hospitalización o incluso compensarlo por un reposo domiciliario.

ANTES	AHORA
No se preveía este supuesto	2 días por intervención quirúrgica sin hospitalización que precisen de reposo domiciliario

3.2. Permiso por lactancia (art. 37.4 ET)

También en relación con este precepto debemos destacar las modificaciones introducidas en su punto 4, concretamente en el llamado permiso por lactancia del menor de 9 meses. Al igual que el anterior se trata de un permiso retribuido que se concede a la trabajadora para que alimente al recién nacido.

Se trata de una figura polémica que ha planteado algunas dudas, ya que a pesar del lenguaje neutro con el que las medidas de conciliación de la vida profesional y personal se presentan, especialmente tras la aprobación de la Ley 39/1999, se concede normalmente a la trabajadora, incluso si la madre no trabaja el padre no tiene derecho a tal permiso⁵. Esta exclusión del hombre, padre del menor, tendrá sentido cuando se trate de lactancia natural pero no así en caso de lactancia artificial.

⁵ Véase Sentencia del Tribunal Superior de Andalucía, sede Málaga de 19 de mayo de 2000, Sentencia del Tribunal de Justicia del País Vasco de 24 de abril de 2001, entre otras.

A pesar de estas dudas interpretativas no se ha aprovechado la ocasión con la reforma introducida por la LO 3/2007 para modificar este aspecto y sigue por ello expresándose en términos estrictamente femeninos. Este aspecto no queda salvado, entendemos, por la afirmación que se contiene al final de este punto 4 del artículo 37 ET, al señalar que «este permiso podrá ser disfrutado indistintamente por la madre o el padre en caso de que ambos trabajen». Esta última aclaración introducida con la Ley del año 1999 hace depender el derecho del padre de la circunstancia de que la madre se encuentre trabajando. No se trata por tanto, de derechos autónomos e individuales.

La segunda cuestión que esta figura ha planteado se refiere a la suficiencia del tiempo concedido para realizar la mencionada lactancia. El artículo 37. 4 ET concede una hora al día que podrá dividirse en dos fracciones de media hora cada una. Entre las novedades introducidas por la LO 3/2007 encontramos la ampliación de la duración de este permiso en caso de parto múltiple y de forma proporcional, es decir, una hora por cada hijo. Pero sin duda la mayor novedad es la contenida en el segundo párrafo del artículo 37.4 ET, que expresamente señala que «la mujer, por su voluntad, podrá sustituir este derecho por una reducción de su jornada en media hora con la misma finalidad o acumularlo en jornadas completas en los términos previstos en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario respetando, en su caso lo establecido en aquella».

Esta posibilidad de acumular la hora diaria en periodos determinados deja vacía de contenido esta figura, ya que si el fin perseguido es la alimentación del menor, ésta no puede producirse en períodos acumulados determinados. Se trata de conceder de forma velada, entendemos, un permiso retribuido para atender al menor pero no concretamente su lactancia. De cualquier forma, es derecho del trabajador concretar este tipo de permisos, debiendo sólo preavisar al empresario con 15 días de antelación para la vuelta o reincorporación a la jornada ordinaria.

ANTES	AHORA
No se preveía este supuesto	Ampliación de la duración de este permiso en caso de parto múltiple y de forma proporcional
No se preveía este supuesto	Posibilidad de acumular la hora de lactancia en jornadas completas en los términos previstos en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario respetando, en su caso lo establecido en aquella.

3.3. Reducción de jornada por guarda legal (art. 37.5 ET)

Otra de las modificaciones introducidas en el artículo 37 ET se contienen en su apartado 5, en concreto, en relación con la reducción de jornada para la guarda legal de un menor de ocho años, anteriormente el límite de edad era de seis años. Además del límite de edad la modificación introducida se refiere al periodo de la jornada que puede reducirse, ya que anteriormente era como mínimo de un tercio y ahora se permite que sea como mínimo de un octavo, siendo el límite máximo nuevamente la mitad de la jornada. Esto va a permitir a los trabajadores poder reducir franjas temporales inferiores con las consiguientes consecuencias económicas que esto conlleva, ya que la reducción de jornada conlleva una

reducción proporcional de su salario, al poder ser la primera inferior también lo podrá ser la reducción de su salario ⁶.

Si este tipo de medidas las relacionamos con las modificaciones que quieren introducirse en los horarios de las ciudades en cuanto a los servicios que se ofrecen al ciudadano, sin duda será bien recibida por la clase trabajadora, ya que podrá reducir su jornada y salario el tiempo imprescindible para recoger o entregar a las personas dependientes en los diferentes centros donde pasan el tiempo que ellos están prestando un servicio.

La posición de los empresarios quizás no sea tan positiva, ya que esto les puede suponer no estrictamente costes económicos pero sí es posible que conlleve costes organizativos.

ANTES	AHORA
Reducción de jornada por guarda legal de un menor de seis años, de como mínimo de un tercio	Reducción de jornada por guarda legal de un menor de ocho años, de como mínimo un octavo

3.4. Excedencia voluntaria (art. 46.2 ET)

Sin duda la excedencia es otra de las figuras cuyas modificaciones resultan más beneficiosas para los trabajadores. En el nuevo artículo 46.2 ET se señala que «el trabajador con al menos una antigüedad en la empresa de un año tiene derecho a que se le reconozca la posibilidad de situarse en excedencia voluntaria por un plazo no menor a cuatro meses y no mayor a cinco años. Este derecho sólo podrá ser ejercitado otra vez por el mismo trabajador si han transcurrido cuatro años desde el final de la anterior excedencia».

La modificación se refiere a la duración mínima de la excedencia que pasa de dos años a cuatro meses. Este descenso tan importante del umbral mínimo de la excedencia voluntaria presenta a nuestro entender varios aspectos a destacar. En primer lugar, puede responder a la circunstancia, en muchas ocasiones producidas, de esperar los meses aconsejables para que el menor ingrese en algún tipo de guardería o centro de día. Si tenemos en cuenta que el permiso de maternidad es de 16 semanas y la excedencia contemplada en este artículo puede ser como mínimo de 4 meses nos encontraríamos en la situación de un menor de unos 8 meses que presenta un mayor grado de autonomía que el menor de 4 meses, lo que le permitirá una mayor autonomía en caso de tener que acudir a algún servicio público o privado de asistencia. Al mismo tiempo se trata de un período de más fácil asunción por las familias, ya que al ser un período en el cual el trabajador/a que lo disfrute no obtiene rentas procedentes del trabajo, si este periodo se reduce también lo hace el perjuicio económico para la familia.

En segundo lugar, permite reducir las largas ausencias del mercado de trabajo que en la actualidad realizan principalmente las mujeres. Esta nueva configuración legal puede servir de estímulo para que sean los hombres los que soliciten la excedencia, al ser menor el perjuicio que padecen, tanto económico como en sus carreras profesionales. Lo mismo puede decirse para las mujeres.

⁶ Véase STC 3/2007, de 15 de enero.

Este periodo de cuatro meses a cinco años se aplica para la excedencia voluntaria genérica, no necesariamente para el cuidado de un hijo, lo que también va a permitir ausentarse temporalmente del mercado de trabajo por otros motivos no relacionados con las responsabilidades familiares.

ANTES	AHORA
Excedencia voluntaria por un plazo no menor a dos años y no mayor a cinco años.	Excedencia voluntaria por un plazo no menor a cuatro meses y no mayor a cinco años.

3.5. Excedencia por cuidado de familiares (art. 46.3 ET)

Para el caso específico de la excedencia por cuidado de hijos, el nuevo artículo 46.3 ET se limita a señalar la duración máxima de 3 años, pero no establece período mínimo por lo que entendemos aplicable esos 4 meses del apartado segundo de este mismo artículo. La modificación que se contiene en este apartado 3 del artículo 46 ET se centra en la inclusión de los acogimientos provisionales como supuestos de hecho que permiten su solicitud, además de los ya contemplados anteriormente como son nacimiento de un hijo, adopción o acogimiento permanente.

Para el cuidado del resto de familiares, hasta el segundo grado de consaguinidad o afinidad, el nuevo artículo 46.3 E.T. amplía la duración de esta excedencia de uno a dos años, siempre que ese familiar por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad no pueda valerse por sí mismo y no desempeñe actividad retribuida. En la medida en que el colectivo de dependientes va en aumento, entendemos que esta posibilidad junto con las medidas previstas en la Ley de Dependencia aprobada también recientemente facilitaran la asunción de este concreto tipo de responsabilidades familiares.

Otra de las novedades es que tanto para la excedencia para el cuidado de hijos como para el cuidado de familiares el nuevo artículo 46.3 ET permite que se disfrute de forma fraccionada, constituyendo un derecho individual del trabajador, hombre o mujer y con el límite de que un mismo sujeto causante cause derecho a más de dos trabajadores de la misma empresa, en cuyo caso el empresario podrá negar su concesión simultánea por razones de funcionamiento de la empresa..

ANTES	AHORA
Excedencia para cuidado de hijos de duración de dos años como mínimo. No se preveía este supuesto. Excedencia para el cuidado de familiares hasta el segundo grado de consaguinidad o afinidad, de duración no superior a un año. No se preveía este supuesto	Excedencia para cuidado de hijos de duración de cuatro meses como mínimo. Inclusión de supuestos de acogimientos provisionales. Excedencia para el cuidado de familiares hasta el segundo grado de consaguinidad o afinidad, de duración no superior a dos años. Disfrute de forma fraccionada de la excedencia para cuidado de hijos o de familiares

3.6. Permiso de maternidad (art. 48.4 ET)

El permiso de maternidad es sin duda alguna una de las más importantes medidas de conciliación de la vida familiar y laboral. Este permiso contemplado en el artículo 48 E.T. permite que la madre se dedique durante un período de 16 semanas al recién nacido, o en caso de parto múltiple hasta 18 semanas. Las modificaciones introducidas por la LO 3/2007 son varias en relación con este permiso.

En primer lugar declara el nuevo artículo 48.4 ET que en caso de fallecimiento de la madre, con independencia de que ésta realizara o no algún trabajo, el otro progenitor podrá hacer uso de la totalidad o, en su caso, de la parte que reste del período de suspensión. La novedad se centra en el hecho de que resulte indiferente para el disfrute por el otro progenitor la circunstancia de que la madre, antes del parto o del propio embarazo, estuviera o no trabajando. La transmisión de ese período de suspensión se produce en todo caso en los supuestos de fallecimiento de la madre.

Sigue diciendo este apartado 4 del artículo 48 ET que dicho período que se transmite se computará desde la fecha del parto, y sin que se descuenta del mismo la parte que la madre hubiera podido disfrutar con anterioridad al parto. Se trata en todo caso y como puede observarse de garantizar el mayor tiempo posible de atención, por parte del otro progenitor, del recién nacido.

En este caso el reflexión que nos surge es que resultando ser un derecho individual e intransferible de la madre, generado por el nacimiento de un hijo, el mismo se trasfiere al otro progenitor. Las respuestas a esta situación pueden ser varias, una de ellas es que a pesar del reconocimiento de un auténtico derecho de paternidad a los padres varones, éste aún resulta insuficiente comparado con el permiso de maternidad, de ahí que los beneficios que éste último genere se extiendan al otro progenitor aunque sea al precio de dejar de ser autónomo e independiente, todo ello porque el bien jurídico protegido con cualquier medida de conciliación de la vida familiar y laboral es la protección del menor o de la persona necesitada de cuidado.

La segunda modificación del artículo 48.4 E.T. tiene relación con los supuestos de fallecimiento del hijo. En este caso, no previsto en la redacción anterior del artículo citado, señala la LO 3/2007 que el período de suspensión de la relación laboral de 16 semanas no se verá reducido, pudiendo la madre a pesar del fallecimiento del hijo disfrutar de esa suspensión de maternidad, salvo que la madre transcurridos las 6 primeras semanas de recuperación estimada media decida voluntariamente incorporarse al puesto de trabajo. Se trata de permitir a la madre la recuperación física y psíquica necesarias tras el fallecimiento del hijo, lo que hace variar en relación con una misma figura jurídica el bien jurídico protegido, ya no sería el menor en relación con los cuidados que precisa sino la salud física y psíquica de la madre⁷. A pesar de esta variación en el bien jurídico protegido, la reforma que comentamos no ha incluido a los varones en este nuevo supuesto y no ha realizado la misma declaración al establecer el permiso de paternidad en el nuevo artículo 48 bis E.T., sólo se protege por tanto, la salud física y psíquica de la madre en caso de fallecimiento del hijo.

⁷ Para mayor información véase LÓPEZ ANIORTE, M.C. «Análisis crítico del régimen jurídico de la suspensión contractual por nacimiento de hijo». *Revista de Derecho Social*, núm. 13, 2001.

La tercera modificación producida con esta Ley de Igualdad en relación con el permiso de maternidad se refiere al periodo de esas 16 semanas que la madre puede ceder al padre para que junto con su permiso de paternidad de 15 días, éste pueda dedicar su atención al cuidado del recién nacido. Según la redacción anterior de este precepto, en la cual también se contemplaba esta posibilidad, el padre al cual se le había cedido una parte de las 16 semanas y decidía disfrutarlas de forma sucesiva al periodo disfrutado finamente por la madre, se le retiraba dicho periodo concedido por la madre si en el momento de ésta incorporarse a su puesto de trabajo, se encontraban razones suficientes para no hacerlo por no encontrarse la madre aún en condiciones de volver al mercado de trabajo, ya fuera por alguna secuela física o psíquica.

Con la nueva redacción de este artículo 48.4 ET se le ofrece una garantía al padre en cuanto al disfrute de esas semanas que ha recibido por cesión de la madre, ya que declara el mencionado precepto que «el otro progenitor podrá seguir haciendo uso del periodo de suspensión por maternidad inicialmente cedido, aunque en el momento previsto para la reincorporación de la madre al trabajo ésta se encuentre en situación de incapacidad temporal».

La duda de interpretación que nos surge ahora es qué ocurre en los casos en los que no se llega a una situación de incapacidad temporal sino tan sólo de deseo de no reincorporación por parte de la madre, ¿podría rescatar el tiempo inicialmente cedido al otro progenitor? Sobre este aspecto y sobre la posible picaresca en el disfrute simultáneo de ese periodo de incapacidad temporal por parte de la madre y del periodo cedido por el padre, deberán pronunciarse nuestros Tribunales de Justicia en los próximos meses.

La cuarta modificación en relación con el permiso de maternidad está relacionada con la prestación económica que se recibe durante el disfrute de dicho permiso. Señala el párrafo tercero del nuevo artículo 48.4 ET. que «en caso de que la madre no tuviese derecho a suspender su actividad profesional con derecho a prestaciones de acuerdo con las normas que regulen dicha actividad, el otro progenitor tendrá derecho a suspender su contrato de trabajo por el periodo que hubiera correspondido a la madre, lo que será compatible con el ejercicio del derecho reconocido en el artículo siguiente».

Sobre este párrafo varios aspectos deben ser comentados, por una parte, entendemos que esta posibilidad se refiere al periodo que excede de las seis primeras semanas posteriores al parto que son de recuperación, principalmente física, de la madre, por tanto esa posibilidad de suspender su actividad profesional por parte del otro progenitor se limita a las diez semanas restantes en las cuales la madre dejaría de disfrutar del permiso de maternidad y lo haría el otro progenitor, volviendo la madre a incorporarse a su puesto de trabajo.

Esta modificación, por otra parte, debe relacionarse con la producida en la Ley General de Seguridad Social, concretamente con el nuevo artículo 133 ter que modifica los períodos de carencia que deben cumplirse para tener derecho a la prestación de maternidad, en función de la edad de la trabajadora, estableciéndose tres tramos (menores de 21 años, entre 21 y 26 años y mayores de 26 años) y ampliándose el periodo en el cual se puede computar ese periodo de carencia hasta los 7 años o incluso en toda la vida laboral del beneficiario.

Además y también en relación con las modificaciones producidas en materia de Seguridad Social no podemos olvidar la creación de la llamada prestación asistencial de mater-

nidad, contemplada en los nuevos artículos 133 sexies y septies LGSS para los casos en los cuales no se cumpliera el periodo de carencia, es decir no para cualquier supuesto, ya que la realización de una actividad profesional previa es necesaria. En estos casos se podrá recibir una prestación económica del 100% del IPREM⁸ cuantificado actualmente en 16,64 euros diarios, 499,20 euros mensuales o 5.990,40 euros anuales durante los 42 días siguientes al parto⁹.

Por tanto, en el supuesto planteado en ese tercer párrafo del artículo 48.4 ET serán los padres del menor los que deban decidir entre acudir a la prestación asistencial de maternidad o a la prestación contributiva a la que pudiera tener derecho el padre del menor, previa renuncia entendemos, aunque no lo diga expresamente el precepto, por parte de la madre a dicho periodo que ahora asume el padre, y todo al margen de su permiso de paternidad de 15 días.

La quinta modificación producida en relación con el permiso de maternidad se refiere a la fecha de comienzo del cómputo de su duración. Con la nueva Ley de Igualdad se ha introducido en supuesto de hecho no contemplado en la normativa anterior. Nos referimos a la situación descrita en el quinto párrafo del artículo 48.4 ET. En concreto señala que «en los casos de partos prematuros con falta de peso y aquellos otros en que el neonato precise, por alguna condición clínica, hospitalización a continuación del parto, por un periodo superior a siete días, el periodo de suspensión se ampliará en tantos días como el nacido se encuentre hospitalizado, con un máximo de trece semanas adicionales, y en los términos en que reglamentariamente se desarrolle».

Se trata con este tipo de regulaciones de no agotar la mayor parte del permiso de maternidad en el propio hospital, de manera que la madre pueda disponer al salir el recién nacido del mismo de un periodo tiempo adecuado para su atención ya en el hogar familiar, siempre que la hospitalización del menor exceda de los 7 días y con el límite de ampliación del permiso de maternidad de 13 semanas que se sumarían a las 16 que dura el permiso de maternidad. Entendemos que esta posibilidad es igualmente aplicable a los supuestos antes descritos en los que sea el padre el que disfrute de todo o parte de ese permiso de maternidad.

La última modificación sustancial del artículo 48.4 ET se refiere a los supuestos en los cuales el menor ha nacido con algún tipo de discapacidad, incluidos los supuestos de adopción y acogimiento, y por ello se amplía el periodo de 16 semanas de permiso de maternidad en 2 semanas más. Estas 2 semanas adicionales se conceden a los dos progenitores, no necesariamente a la madre, por lo tanto serán ellos los que decidan cómo distribuirlo, si lo hacen sucesivamente o simultáneamente, pero en todo caso de forma ininterrumpida.

⁸ Indicador Público de Rentas.

⁹ En relación con esta prestación asistencial no se dice nada sobre los supuestos de adopción y acogimiento.

ANTES	AHORA
<p>El disfrute por el otro progenitor del permiso de maternidad en caso de fallecimiento de la madre, se concedía si la madre realizaba algún trabajo.</p>	<p>El disfrute por el otro progenitor del permiso de maternidad en caso de fallecimiento de la madre, se concede con independencia de que la madre realice o no algún trabajo. Sin descontar el periodo disfrutado antes del parto.</p>
<p>No se preveía este supuesto.</p>	<p>Supuestos de fallecimiento del hijo, la madre puede disfrutar del período de suspensión de 16 semanas, salvo que la madre transcurridos las 6 primeras semanas de recuperación estimada media decida voluntariamente incorporarse al puesto de trabajo.</p>
<p>El padre perdía el disfrute de esas semanas cedidas previamente por la madre.</p>	<p>Garantía al padre en cuanto al disfrute de las semanas que ha recibido por cesión de la madre, aunque ésta en el momento previsto para su reincorporación al trabajo se encuentre en situación de incapacidad temporal.</p>
<p>No se preveía este supuesto.</p>	<p>En caso de que la madre no tenga derecho a prestaciones económicas durante el permiso de maternidad, el otro progenitor tendrá derecho a suspender su contrato de trabajo por el periodo que hubiera correspondido a la madre, o bien disfrutar de la prestación asistencial de maternidad.</p>
<p>No se preveía este supuesto.</p>	<p>Período especial que se suma a las 16 semanas en los casos de partos prematuros con falta de peso y aquellos otros en que el neonato precise, por alguna condición clínica, hospitalización a continuación del parto, por un periodo superior a 7 días, con un máximo de 13 semanas adicionales.</p>
<p>No se preveía este supuesto.</p>	<p>Reconocimiento de 2 semanas adicionales a las 16 en los supuestos en los cuales el menor ha nacido con algún tipo de discapacidad, incluidos los supuestos de adopción y acogimiento</p>

3.7. Riesgo por embarazo (art. 48.5 ET)

La suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante del embarazo fue una de las conquistas de la Ley 39/1999, como consecuencia de la transposición de la normativa comunitaria de salud laboral que prevé que en caso de incompatibilidad del puesto de trabajo con la situación de embarazo, el empresario debe modificar el puesto de trabajo de esa trabajadora, si esto no fuera posible trasladarla a otro puesto de trabajo y en todo caso si tampoco eso fuera factible se suspendería su contrato de trabajo hasta que la causa que provoca el riesgo desapareciera. Esta situación que está provocada por la maternidad de la trabajadora no tenía la misma protección que ésta a efectos económicos, y ello porque por tradición las mujeres que se encontraban en la situación descrita pasaban a encontrarse en situación de incapacidad temporal percibiendo una prestación del 75% de la base reguladora. Con la reforma de 1999 se cambió la denominación de la prestación pero se siguió manteniendo la contraprestación del 75% que muchos convenios colectivos en los últimos años han mejorado hasta el 100% de la base reguladora.

Con la reforma del año 2007 se equipara el origen del riesgo con la maternidad y se concede el 100% de la retribución de la mujer. Además de esto, se ha aprovechado la reforma de este año para incluir una nueva situación protegida especialmente desde el punto de vista de la salud laboral, y a ello se refiere el artículo 48.5 ET cuando se incluye junto al riesgo durante el embarazo al riesgo durante la lactancia que analizaremos en las páginas siguientes. Ambas situaciones responden a la necesidad de proteger bien la salud de la madre bien la salud del recién nacido, y todo ello conforme a la Directiva 92/85, de 19 de octubre sobre aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o esté en periodo de lactancia ¹⁰.

ANTES	AHORA
Reconocimiento del 75% de la base reguladora en los supuestos de riesgo por embarazo.	Reconocimiento legal del 100% de la base reguladora en los supuestos de riesgo por embarazo

4. NUEVOS DERECHOS RECONOCIDOS EN LA LO 3/2007

4.1. Adaptación de la jornada (art. 34.8 ET)

Entre los nuevos derechos reconocidos en la LO 3/2007 se encuentra el contemplado en el nuevo artículo 34.8 ET, según el cual «el trabajador tendrá derecho a adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en los términos que se establezcan en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario respetando, en su caso, lo previsto en aquella».

Con este nuevo precepto se crea un auténtico derecho a la adaptación de la jornada de trabajo por parte del trabajador. Si bien hasta el momento la distribución de la jornada forma parte del poder de organización y dirección del empresario y era concretada por la negociación colectiva, ahora con este nuevo precepto se deja en manos del trabajador, que igualmente tendrá que respetar dicha negociación colectiva, la fijación de su jornada con el fin de que pueda atender su vida personal y familiar, además de la laboral.

Sin duda alguna se trata a nuestro entender de uno de los preceptos que puede dar más ríos de tinta en los Tribunales de Justicia, si la negociación colectiva no se apresura a establecer pautas y límites para su ejercicio ¹¹. Debemos reseñar que se trata no sólo de vida

¹⁰ Para más información véase MONTOYA MELGAR, A. «Trabajo de la mujer y prevención de riesgos laborales». *Aranzadi Social* núm. 13, 2003.

¹¹ De hecho la Sentencia del Tribunal Constitucional 3/2007 de 15 de enero, aborda esta cuestión. Se trata de un supuesto de solicitud por una trabajadora de la empresa Alcampo S.A., de una reducción de jornada para el cuidado de un menor. Dicha solicitud es denegada por la empresa por entender que no se estaba haciendo uso del derecho previsto en el artículo 37 ET sino que por el contrario se trataba de una modificación sustancial de la jornada ordinaria sometida al artículo 41 ET, ya que la trabajadora pretendía dejar de realizar turnos rotarios de mañana y tarde y trabajar sólo por la tarde de lunes a miércoles. Al margen de la concreción horaria lo que señala el Tribunal Constitucional es que «a diferencia del principio genérico de igualdad, que no postula ni como fin ni

familiar sino también personal, quedando por tanto, al margen de las necesidades de conciliación de los tiempos de trabajo y atención a la familia, las causas que lleven al trabajador a concretar su jornada, éstas pueden ser de diversa índole.

Resulta evidente la oposición que en el colectivo de empresarios el ejercicio de este derecho va a generar. No sólo por los costes económicos sino especialmente organizativos que esto puede suponer, especialmente en Comunidades Autónomas como Andalucía donde priman las PYME ¹².

El conflicto de intereses en este caso es inevitable si no se sabe gestionar. Por definición los intereses de los empresarios y de los trabajadores son contrapuestos. Los empresarios buscan la máxima productividad, lo que es legítimo desde el punto de vista del Derecho a la Libertad de Empresa; mientras que los trabajadores persiguen trabajar menos a cambio de mejores retribuciones, lo que igualmente como postura está legitimada. Este conflicto también se pone de manifiesto en los tiempos de trabajo y atención a la familia y a la vida personal, ya que el empresario suele considerar las medidas de conciliación de estas facetas de la vida como una minoración de la productividad de la empresa y por supuesto del propio trabajador, y por su parte el trabajador no puede atender a los intereses que fija la empresa si precisa dedicar tiempo a las responsabilidades familiares y personales o, cuando menos, le resulta más complicado ¹³.

Otro de los aspectos que destaca en este nuevo precepto es que se refiere tanto a la duración como a la distribución de la jornada. En cuanto a la duración y en consonancia

como medio la paridad y sólo exige la razonabilidad de la diferencia normativa de trato, la prohibición de discriminación entre los sexos implica un juicio de irrazonabilidad de diferenciación establecido ya en la propia Constitución. [...] la conducta discriminatoria se califica por el resultado peyorativo para la mujer que la sufre [...]. En estos casos lo que se compara no son los individuos, sino grupos sociales en los que se ponderan estadísticamente sus diversos componentes individuales, es decir, grupos entre los que alguno de ellos está formado mayoritariamente por personas pertenecientes a una de las categorías especialmente protegidas por el art. 14 CE, en nuestro caso las mujeres [...]. En la práctica la denegación de las solicitudes como la aquí enjuiciada constituye un grave obstáculo para la conservación de un bien tan preciado como es la permanencia en el mercado laboral que afecta de hecho mayoritariamente a las mujeres perpetuándose así la clara situación de discriminación que tradicionalmente ha sufrido la mujer en el ámbito social y laboral. [...] Considera el Tribunal Constitucional que el órgano judicial que denegó el derecho a la actora aplicó la estricta legalidad del artículo 37 ET, prescindiendo de toda ponderación de las circunstancias concurrentes, por todo ello concluye que la dimensión constitucional de las medidas de conciliación de la vida familiar y laboral, tanto desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE) de las mujeres trabajadoras como desde la del mandato de protección a la familia y a la infancia (art. 39 CE) ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa».

¹² Sobre este aspecto ha señalado MOLINA NAVARRETE, C, «[...] que las empresas no quedan, por lo general, directa o indirectamente vinculadas por deberes positivos o de facilitación de la igualdad efectiva, salvo los que deriven, en su caso, de la negociación colectiva o del acuerdo con el trabajador, como por ejemplo sucede con el derecho de adaptación de la jornada por razones de conciliación recogido en el nuevo artículo 34. 8 LEY» *op. cit.*, pág. 105

¹³ PRIETO, C. pone de manifiesto la diferente evaluación que del tiempo de trabajo realizan las empresas y los trabajadores. Las primeras lo hacen en función de la productividad o beneficios económicos que obtienen, mientras que los trabajadores consideran el tiempo de trabajo como el tiempo dedicado a una actividad que les proporciona no sólo recursos económicos para vivir sino también, reconocimiento social, además del coste que les supone para su vida personal. «Sentido y valor del tiempo de trabajo profesional. Género y representaciones de la vida personal». *Revista Trabajo*, núm. 13. 2004, págs. 39 y 40.

con la variedad de reducciones, permisos y suspensiones que de la misma se prevén en nuestro ordenamiento parece hasta cierto punto lógico en términos de conciliación que esto sea así. Sin embargo, no podemos decir lo mismo respecto de la distribución, la cual no puede quedar por lógica para el funcionamiento de cualquier empresa a merced del trabajador. Entendemos que se trata de uno de los aspectos donde la negociación colectiva debe incidir de forma inmediata para evitar el colapso de demandas que este tipo de previsiones puede provocar en los Tribunales del orden social, simplemente por entenderse las negativas o condiciones de los empresarios como un atentado a la igualdad efectiva entre mujeres y hombres. En este sentido, sólo destacar la nueva Disposición Adicional 17.^a ET que añade esta LO 3/2007 para declarar que las «discrepancias que surjan entre empresarios y trabajadores en relación con el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral reconocidos legal o convencionalmente se resolverán por la jurisdicción competente a través del procedimiento establecido en el artículo 138 bis de la Ley de Procedimiento Laboral», que recordamos es un procedimiento caracterizado por la brevedad en sus plazos¹⁴, urgente y preferente.

4.2. Respeto del periodo de vacaciones (art. 38.3 ET)

La segunda de las novedades que queremos destacar en este epígrafe está relacionada con el disfrute del período de vacaciones, para lo cual se añade un nuevo párrafo segundo al artículo 38.3 ET en el cual se señala que «cuando el periodo de vacaciones fijado en el calendario de vacaciones de la empresa [...] coincida en el tiempo con una incapacidad temporal derivada del embarazo, el parto o la lactancia natural o con el periodo de suspensión del contrato de trabajo previsto en el artículo 48.4 de esta Ley, se tendrá derecho a disfrutar las vacaciones en fecha distinta a la de la incapacidad temporal o a la del disfrute del permiso que por aplicación de dicho precepto le correspondiera, al finalizar el periodo de suspensión, aunque haya terminado el año natural a que corresponde».

En cuanto a la incapacidad temporal destacar que ésta no puede estar provocada por cualquier causa, sino que por el contrario debe proceder del propio embarazo, parto o lactancia natural. Esa incapacidad temporal derivada del embarazo entendemos que puede referirse al llamado riesgo por embarazo, aunque la norma legal no lo precisa, es posible pensar también en contingencias que afecten a la embarazada o al feto y que no tengan relación alguna con el embarazo aunque le obliguen a estar en incapacidad temporal, sería el caso de cualquier enfermedad común. En cuanto al parto, entendemos que se refiere a los supuestos en los cuales ha existido alguna complicación en el mismo y el período de permiso de maternidad no ha empezado a contar por cualquiera de las causas que se prevén en el propio artículo 48.4 ET, y en cuanto a la lactancia entendemos que también se refiere a los supuestos de incapacidad que no se encuadren en la nueva suspensión del riesgo por lactancia.

¹⁴ En concreto se conceden veinte días al trabajador para presentar la demanda, a contar desde que el empresario le comunique la disconformidad, la vista será dentro de los cinco días siguientes a la admisión de la demanda y la sentencia deberá dictarse en un plazo de tres días.

Por otra parte, este precepto se refiere a los supuestos de coincidencia de la incapacidad temporal con el permiso de maternidad, con todas sus adaptaciones y modificaciones introducidas por esta Ley del año 2007. En estos casos el periodo de vacaciones no se verá minorado en su duración por cualquiera de estas circunstancias, pudiendo disfrutarse una vez terminados todos los permisos y contingencias anteriores aunque haya terminado el año natural. Se trata de una medida que ya venía aplicándose en ciertos ámbitos en la Administración Pública, por ejemplo, a través del Plan Concilia y que tiene sentido garantizar para el resto de trabajadores.

La pregunta que surge en este sentido es si este mismo tratamiento se le va a otorgar al nuevo permiso de paternidad regulado en el nuevo artículo 48 bis E.T. al que no se refiere el artículo 38.3 segundo párrafo cuanto establece esta garantía, y en el cual tampoco se establece previsión al respecto, lo que significaría que respeto al permiso de paternidad no se garantiza el disfrute de las vacaciones más allá del año natural.

Posiblemente se trate de uno de los aspectos en los cuales el desarrollo reglamentario de esta norma del año 2007 se centre o, en todo caso, también es posible que se haga a través de la negociación colectiva llamada a completar el contenido de esta norma en numerosas ocasiones.

La secuencia temporal del disfrute de todos estos derechos puede llevar a largos periodos de ausencia de la mujer, principal aunque no exclusivamente, del mercado de trabajo. En los supuestos extremos de riesgos durante el embarazo la mujer podría pasar a suspender su contrato de trabajo percibiendo por ello el 100% de la base reguladora hasta que el riesgo desaparezca, esto puede durar los 9 meses de embarazo o la parte de ellos que sea necesaria, a continuación y una vez producido el nacimiento el hijo la madre disfrutará de las 16 semanas de permiso de maternidad también retribuidas a las que podrá sumar, si hubiera riesgo para la lactancia, los 9 que se conceden para esta nueva situación o el tiempo que dure el riesgo para la lactancia, también retribuidos, y a continuación tendría derecho al disfrute de las vacaciones, aunque hubiera transcurrido el año natural. Esta secuencia puede suponer una ausencia del mercado de trabajo de casi dos años de duración en los supuestos más extremos, y todo ello al margen de los derechos del otro progenitor que no hemos incluido en este supuesto extremo porque en estos otros casos no hay mantenimiento de los mismos ingresos económicos.

Esta valoración nos lleva a pensar que esta norma del año 2007 pretende fomentar la conciliación de la vida profesional y familiar pero principalmente para las mujeres que serán las que nuevamente se ausenten del mercado de trabajo por un mayor periodo. Existen fórmulas legales para contrarrestar estos efectos perjudiciales para las trabajadoras desde el punto de vista de su carrera profesional, como son el disfrute a tiempo parcial del permiso de maternidad, la cesión de parte del mismo al otro progenitor al margen de sus quince días de permiso de paternidad, etc. Tendremos que esperar a la observación de la realidad en los próximos meses para conocer la puesta en práctica de este tipo de regulaciones legales, y conocer la reacción de los propios beneficiarios y afectados.

De cualquier forma lo que no podemos perder de vista es que esta reforma era una demanda impuesta por el Derecho Comunitario, ya que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas había declarado en fechas recientes que las vacaciones y la maternidad son derecho autónomos e independientes, y que su disfrute en la forma establecida en

la nueva Ley de Igualdad es conforme a la normativa comunitaria sobre Igualdad de trato entre mujeres y hombres¹⁵.

4.3. Suspensión por riesgo durante la lactancia (art. 48.5 ET)

Desde el punto de vista de la conciliación de la vida familiar y profesional dos de las principales novedades introducidas por la LO 3/2007 se refieren a la suspensión del contrato por riesgo durante la lactancia del menor de nueve meses y al permiso de paternidad que estudiaremos a continuación

Hasta ahora la lactancia se había tratado en nuestro ordenamiento jurídico desde el punto de vista del tiempo necesario para realizarla, ahora se trata además como una cuestión de salud laboral, de manera que se garantice una alimentación adecuada al recién nacido pudiendo incluso llegar la suspensión de la relación laboral hasta que el menor cumpla los nueve meses. El artículo 48.5 ET que contempla esta posibilidad debe ser completado con el nuevo artículo 135 bis y ter de la LGSS, que para estos supuestos de riesgo, entendemos que certificados por un médico, prevé una prestación del 100% de la base reguladora, sin necesidad de periodo de carencia previo y hasta que el menor cumpla los nueve meses o hasta que desaparezca la situación de riesgo y la madre pueda incorporarse al puesto de trabajo. Sin duda alguna con este tipo de medidas se trata de fomentar la lactancia natural de los recién nacidos.

4.4. Permiso de paternidad (art. 48 bis ET)

Por último, el artículo 48 bis ET contempla la suspensión del contrato de trabajo por paternidad. Este permiso que se concede tanto por nacimiento de un hijo, adopción o acogimiento tendrá una duración de 13 días ininterrumpidos que se sumarán a los dos días de permiso retribuido concedido por esta misma causa conforme al artículo 37 ET. Estos 15 días se ampliarán en caso de nacimientos, adopciones o acogimientos múltiples. Los 13 días señalados anteriormente se podrán disfrutar o no a continuación de los dos días previstos en el artículo 37 ET, o incluso cuando concluya el permiso de maternidad, podrá ser a jornada completa o parcial pero con un mínimo del 50% de la jornada, previo acuerdo con el empresario o según lo que se determine reglamentariamente. Si recordamos la regulación del permiso de maternidad establecida anteriormente ese límite del 50% de la jornada no se establece en el ET.

Aclara el artículo 48 bis ET que esta suspensión es independiente del disfrute compartido de los periodos de descanso por maternidad regulados en el artículo 48.4 E. T. ya sea por cesión de la madre, por fallecimiento de ésta, por carencia de prestaciones económicas que acompañen a la suspensión, etc.

¹⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 18 de marzo de 2004. Asunto C-342/01. Gómez Merino. También puede consultarse GUTIÉRREZ SOLAR CALVO, B. «La coincidencia temporal de la baja por maternidad y las vacaciones: adaptación necesaria de la jurisprudencia española al Derecho Comunitario». *Revista Relaciones Laborales* 1/2004.

Este precepto además establece una serie de garantías para que ambos progenitores disfruten de alguna parte de estos permisos, tanto el de maternidad como el de paternidad. Su párrafo segundo señala expresamente que «en el supuesto de parto, la suspensión corresponde en exclusiva al otro progenitor». Entendemos que esta aclaración se refiere a que el permiso de maternidad será disfrutado por la madre en todo o en parte y que en todo caso el permiso de paternidad lo disfrutará el padre que no podrá cederlo a la madre. Se trata por tanto, de un derecho individual, autónomo e intransferible, es decir, de no libre disposición como ocurre con parte del permiso de maternidad.

Además añade este párrafo segundo que «en los supuestos de adopción o acogimiento, este derecho (de paternidad) corresponderá sólo a uno de los progenitores, a elección de los interesados; no obstante, cuando el periodo de descanso regulado en el artículo 48.4 E.T. sea disfrutado en su totalidad por uno de los progenitores, el derecho a la suspensión por paternidad únicamente podrá ser ejercido por el otro». Se observa como en los supuestos de adopción o acogimiento se deja una mayor disponibilidad a los interesados, lo que no se permite, en ningún caso, es el disfrute de todos los permisos (de maternidad y paternidad) por uno sólo de los progenitores. Se fomenta de esta forma el reparto real de responsabilidades entre mujeres y hombres que de otra forma podría llevar a la situación de que fuera la mujer la que siguiera disponiendo de todas las prerrogativas que prevé nuestro ordenamiento jurídico. Se quiere hacer de esta forma al padre responsable del cuidado del menor, aunque con cierta flexibilidad como acabamos de comprobar, decidiendo los interesados de que forma reparten permiso de maternidad y de paternidad, pero en cualquier caso ambos deben disfrutar de alguna parte de los mismos.

Si analizamos las críticas dirigidas a la regulación existente con anterioridad a esta Ley de Igualdad, encontramos que la principal era la ausencia de autonomía e independencia del mal llamado permiso de paternidad respecto de los derechos de la madre, incumpliendo de esta forma el Derecho Comunitario¹⁶. Esta crítica ha sido salvada con la actual regulación incorporada por la LO 3/2007. El siguiente paso a dar será el incremento de la duración de esa suspensión del contrato por paternidad a lo que pueden contribuir los representantes de los trabajadores a través de la negociación colectiva, especialmente si los costes de estos permisos que son retributivos se producen a cargo del Sistema Nacional de Seguridad Social¹⁷.

Para terminar con estas modificaciones e incorporaciones a la regulación legal española sólo señalar el nuevo artículo 64.1 ET relativo a las competencias de los representantes de los trabajadores en la empresa que además de recibir información anual relativa a la aplicación en la misma del derecho de igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres¹⁸, debe colaborar con la dirección de la empresa en el establecimiento y puesta

¹⁶ Directiva 96/34, sobre el Permiso Parental. DOCE L núm. 145 de 19 de junio de 1996.

¹⁷ La Disposición transitoria octava de la LO 3/2007, señala que «el Gobierno ampliará de forma progresiva y gradual, la duración de la suspensión del contrato de trabajo por paternidad regulado en la disposición adicional décimo primera, apartado once, y en la disposición adicional décimo novena, apartado seis, de la presente Ley, hasta alcanzar el objetivo de 4 semanas de este permiso de paternidad a los 6 años de la entrada en vigor de la presente Ley».

¹⁸ Establecimiento de planes de igualdad, proporción de mujeres y hombres en plantilla, medidas de promoción de la mujer en la empresa, control del respeto al principio de igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres, etc.

en marcha de medidas de conciliación. Esta representación puede tener un importante papel en esta materia así como en relación con los Planes de Igualdad que se pueden implantar en las empresas.

5. LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS Y LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA FAMILIAR Y LABORAL

Estas modificaciones que hemos estudiado en los epígrafes anteriores y referidas a la normativa nacional van a traer como consecuencia la modificación de las regulaciones de las Comunidades Autónomas sobre igualdad de trato entre mujeres y hombres, ya que en los últimos años, como vamos a comprobar a continuación, la mayoría de las Comunidades Autónomas han regulado algún aspecto relativo a la conciliación de la vida familiar y profesional, bien a través de normas específicas o planes de acción sectoriales centrados en el empleo, la igualdad de oportunidades, la familia o la inclusión de personas excluidas que de forma directa o indirecta han contemplado algún aspecto de esta conciliación¹⁹. Aunque también es cierto, que en todas estas iniciativas ha predominado el mismo problema y es el predominio de medidas a llevar a cabo frente al enfoque presupuestario, de manera que muchas de las declaraciones contenidas en esas normas o planes sectoriales se quedaban en mera declaración de voluntades por no poder ser ejecutadas al no contener memoria económica para su ejecución.

Además hasta ahora muchas de las actuaciones llevadas a cabo en esta materia no han sido todo lo efectiva que pretendían por el hecho de existir un «solapamiento entre dos, e incluso más planes, en referencia a una misma actuación»²⁰. Esto provocaba que la coordinación que debe existir en esta materia entre todas las Administraciones públicas, nacional, autonómica y local, e incluso con los agentes sociales fuera una utopía. Esta coordinación es una exigencia de cualquier ley o intervención que se lleve a la práctica ya que serán estas Administraciones y agentes sociales los que mejor conozcan las peculiaridades de cada zona, siempre partiendo de un marco legal único y mínimo.

a) En el caso concreto de Andalucía podemos decir que esta Ley de Igualdad nacional se ha aprobado en un año importante para nuestra Comunidad Autónoma, ya que también en este mismo año se ha aprobado la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía.

Estas dos leyes tan próximas en el tiempo no podían obviarse, de ahí que el artículo 10 de la Ley Orgánica 2/2007 fije entre los objetivos a perseguir en nuestra Comunidad Autónoma «la consecución del pleno empleo estable y de calidad en todos los sectores de la producción, con singular incidencia en la salvaguarda de la seguridad y salud laboral, la conciliación de la vida familiar y laboral y la especial garantía de puestos de trabajo para las mujeres y las jóvenes generaciones de andaluces».

¹⁹ Véase CÁNOVAS MONTERO, A; ARAGÓN MEDINA, J; y ROCHA SÁNCHEZ, F. «Las políticas de conciliación de la vida familiar y laboral en las Comunidades Autónomas». *Cuadernos de Relaciones Laborales*, núm. 23, 2005, págs. 73-93.

²⁰ CÁNOVAS MONTERO, A; ARAGÓN MEDINA, J; y ROCHA SÁNCHEZ, F. *op. cit.*, pág. 84.

Esta declaración se completa con el artículo 168 de este Estatuto en el cual se declara el impulso que la Comunidad Autónoma dará a las políticas que favorezcan la mencionada conciliación del trabajo, la vida familiar y la vida personal.

Partiendo de este compromiso nuestra Comunidad Autónoma ha tomado la iniciativa para aprobar una Ley para la promoción de la igualdad de género en Andalucía. Del Dictamen realizado por el Consejo Económico y Social de Andalucía²¹ sobre el Anteproyecto de Ley, podemos extraer algunas ideas que son dignas de mención. En primer lugar, ha considerado el CES-A que en la medida en que el contenido de este Anteproyecto va a coincidir en gran medida con la norma nacional que se estaba fraguando en el Parlamento Nacional, era aconsejable esperar a la aprobación de la norma estatal para evitar posteriores reformas de la norma andaluza y conseguir así una mayor eficacia de la misma²², lo que finalmente se ha hecho.

En segundo lugar aclara el CES-A que la igualdad entre mujeres y hombres requiere en la actualidad de la aplicación de medidas para las mujeres, como es el caso de las medidas de acción positiva, pero esto no justifica la referencia exclusiva a la mujer en este tipo de normas. De hecho proponen que en la propia exposición de motivos de la futura norma andaluza se aclare el significado del principio de equilibrio como resultado final de la aplicación de la ley, es decir, que se aclare la participación equilibrada de mujeres y hombres en todas las materias a las que se haga referencia en la norma.

En tercer lugar y como no podía ser de otra forma, esta iniciativa andaluza debe ser una propuesta transversal referida a la educación, al empleo, a la salud, a los medios de comunicación, etc. En particular, sobre la conciliación de la vida familiar y laboral los artículos 34 a 38 de este Anteproyecto de Ley distinguen dos secciones, una referida a la conciliación de la vida laboral, familiar y personal en el ámbito privado y otra en la Función Pública Andaluza, para que ésta última actúe de ejemplo para el sector privado.

En cuarto lugar, el CES-A no es ajeno a la situación empresarial que tenemos en nuestra Comunidad Autónoma y por ello propone que tanto en la negociación colectiva como en la concertación social con los poderes públicos se implanten medidas que faciliten a las PYME el cumplimiento de los objetivos que marque la Ley a través de unos concretos planes o programas de igualdad²³, para que también en este tipo de empresas la igualdad entre mujeres y hombres sea una realidad.

En quinto lugar, y conforme al nuevo Estatuto de Autonomía para Andalucía, se pretenden reconocer los derechos de conciliación de la vida familiar y laboral a todas las «personas progenitoras, adoptantes o acogedoras que sean del mismo sexo, reconociendo de esta forma los derechos de orientación sexual e identidad de género que igualmente recoge el nuevo Estatuto de Autonomía para Andalucía»²⁴.

De los artículos dedicados a la conciliación de la vida familiar y laboral en este anteproyecto de norma andaluza (artículos 34 a 38) destacan en resumen:

- la insistencia en la corresponsabilidad de mujeres y hombres en la esfera privada;

²¹ Dictamen 1/2007 de 20 de febrero.

²² Dictamen 1/2007. *op. cit.*, pág. 8.

²³ Dictamen 1/2007. *op. cit.*, pág. 9

²⁴ Dictamen 1/2007 *op. cit.*, pág. 11.

- se comprometen «a poner al alcance de la ciudadanía» servicios de atención socioeducativa a la infancia con horarios y calendarios amplios y flexibles;
- se insiste en la promoción de la necesaria coordinación que debe existir entre horarios laborales y el de los centros educativos;
- se comprometen a la existencia de un servicio completo de comedores escolares en todas las etapas educativas en función de la demanda;
- asimismo fijarán los medios necesarios para que a lo largo de la escolaridad infantil y primaria exista una atención complementaria, de carácter extracurricular, al horario y calendario escolar preestablecido;
- fomentará la creación de toda una red de servicios dirigidos a favorecer la conciliación de la vida personal, familiar y laboral de mujeres y hombres, ya sean de titularidad pública o privada.
- y se incentivará a las empresas para que creen servicios sociocomunitarios.

Partiendo de las ideas y propuestas realizadas en este Anteproyecto tendremos que esperar a la labor que realizará, en los próximos meses, nuestro legislador autonómico para conocer en qué se concretan estas propuestas.

b) Además de Andalucía otras Comunidades Autónomas han elaborado normas que contiene medidas sobre conciliación de la vida familiar y laboral aunque fueron aprobadas con anterioridad a la LO 3/2007, por lo que presumimos que a partir de ahora adaptarán sus contenidos en aquello que se contradigan. No sólo por la imposición del principio de jerarquía normativa sino por la fundamentación de la nueva Ley de igualdad, en el sentido de que esta Ley de 2007 no quiere ser una mera declaración de voluntades o buenas conductas a aplicar sino que, por el contrario, desarrolla las medidas y crea concretos derechos y obligaciones para las empresas y para los trabajadores.

Esto va a exigir la reforma de algunas normas autonómicas como es el caso de la Ley 1/2003, de 3 de marzo, de Igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en Castilla y León. Esta norma en su artículo 16 denominado «medidas de acción positiva para la conciliación de la vida laboral y familiar» recoge un elenco de declaraciones que se contradicen con el propio título del artículo, ya que las medidas de acción positiva exigen por definición acciones concretas que buscan resultados concretos, porque se ha comprobado que existe un colectivo infrarepresentado en algún aspecto de la vida de estas personas, sin embargo en este precepto no se precisan esos resultados.

Este artículo 16 de la Ley 1/2003, se refiere a los compromisos que adopta la Comunidad de Castilla y León, siempre dentro de sus competencias. El elenco de medidas propuestas es el que presentamos de forma resumida a continuación:

- Conocer la situación sobre el reparto de responsabilidades familiares entre mujeres y hombres. Esto no es propiamente una medida de acción positiva, sino un diagnóstico de situación previo a la adopción de este tipo de medidas.
- A continuación establece un elenco de materias en las que se incentivará o promoverá la participación de mujeres y hombres, como es el caso de los permisos o excedencias por nacimiento de hijos o cuidado de familiares, la incorporación de los hombres en las tareas domésticas, hacer visible el trabajo realizado en el ámbito doméstico, etc. Todas estas buenas intenciones se quedan en esto, puesto que no se dice en la norma la forma de llevarlas a la práctica quedando además huérfanas de aplicación real por la ausencia presupuestaria.

- En tercer lugar establece medidas dirigidas a las empresas para fomentar que éstas adopten las medidas de acción positiva en materia de conciliación de la vida familiar y laboral. Por ejemplo, se les ofrece prioridad a la hora de conseguir contrataciones o subvenciones de la Administración pública si estas empresas consiguen fomentar el permiso parental compartido. Y además se les insiste en la necesidad de flexibilizar los horarios en función de las necesidades familiares del personal a su servicio.

En esta norma autonómica a diferencia de la norma nacional del año 2007, se adopta una posición de fomento de la conciliación de la vida familiar y laboral pero no se asumen compromisos concretos a diferencia de lo que ha ocurrido —como decimos— con la LO 3/2007, donde es el Estado el principal obligado a costear las medidas de conciliación de la vida familiar y laboral, aunque también a los empresarios les suponga un coste organizativo. Existe por tanto, un cambio en la postura adoptada por el Estado a partir de esta Ley de 2007 y las anteriores, lo que va a obligar a las Comunidades Autónomas ha modificar su forma de asunción de esta responsabilidad, ya que en todo caso se insiste en la coordinación de la actuación de las Administraciones nacional, autonómica y local, también en los aspectos presupuestarios.

c) Algo parecido a lo anterior ocurre con la Ley 9/2003, de 2 de abril, para la igualdad entre mujeres y hombres de Valencia. Se trata de una norma transversal que aborda cuestiones relativas a la participación política y pública de las mujeres, a la educación y en este sentido relaciona esta materia con la conciliación de la vida familiar y laboral en el sentido de declarar que «el Consell de la Generalitat adoptará las medidas necesarias para garantizar la ampliación del horario de apertura de todos los centros públicos que impartan educación infantil y educación primaria, con el fin de atender a las necesidades de las familias que lo precisen [...]»²⁵.

Esta declaración se acompaña con el compromiso de ampliar la red pública de escuelas infantiles y guarderías laborales en las empresas, o prestaciones económicas equivalentes, en los períodos extraescolares para los menores de tres años o mayores de esta edad en período vacacional, todo ello partiendo además de la flexibilidad horaria que debe facilitar el empresario a sus trabajadores de acuerdo con lo establecido en los convenios. A pesar de esta última declaración no se crea un derecho de concreción del horario para el trabajador como ocurre con la LO 3/2007. Por último y sobre los permisos parentales, en esta norma sólo se comprometen a realizar campañas de sensibilización sobre su adopción. Como puede observarse también se trata de una norma que precisará ser reformada en los próximos meses para adaptarse al contenido de la nueva LO 3/2007.

d) Para terminar con el tratamiento de esta materia por algunas comunidades autónomas vamos a citar el caso de Galicia y del País Vasco. En el primer caso, la Ley 7/2004, de 16 de julio, gallega para la igualdad de mujeres y hombres de aplicación exclusiva en el ámbito de la función pública establece un mayor elenco de derechos que además se concretan en la propia norma sin necesidad de desarrollo reglamentario posterior. Por ejemplo, reconoce el 100% de la base reguladora en las situaciones de riesgo por embar-

²⁵ Artículo 7 de la Ley 9/2003, de 2 de abril, para la igualdad entre mujeres y hombres.

zo²⁶, lo que también se estaba aplicando con anterioridad a la LO 3/2007 en algunos convenios de empresas privadas, como hemos comentado en páginas anteriores.

También se reconoce como permiso retribuido el tiempo necesario para acudir a tratamientos de fecundación asistida si es imposible realizarlos fuera de la jornada de trabajo. Este mismo derecho retribuido se concede al cónyuge o pareja que decida acompañar a la mujer embarazada no sólo en los casos del propio tratamiento de fecundación asistida, sino también a los exámenes prenatales y a técnicas de preparación al parto²⁷.

Sobre el permiso de lactancia también esta norma gallega ha sido innovadora, ya que permite disfrutarlo como crédito de horas a utilizar libremente durante el primer año de vida del menor. En relación con esto último también se prevé que la Administración pública gallega facilite salas de reposo y lactancia para las mujeres embarazadas y las madres lactantes²⁸.

Sobre las vacaciones esta norma gallega se acerca al contenido de la nueva Ley nacional, ya que declara que las mujeres gestantes podrán elegir el periodo para el disfrute de vacaciones, pudiendo hacerlo incluso dentro del año siguiente al devengo del derecho a las vacaciones si su disfrute se realiza inmediatamente después del uso de la licencia de maternidad.

Por último, de esta norma destacar la cláusula que consideramos más avanzada en esta materia, ya que reconoce un auténtico derecho de paternidad, autónomo e individual para el progenitor varón de 14 días naturales o 20 si el parto es múltiple, sea cual sea la situación laboral del otro progenitor e incluso acumulable a cualquier otro derecho que esté reconocido o que se reconozca en la normativa de aplicación. La condición para su disfrute es que los progenitores estén casados o estuvieran unidos de hecho en análoga situación de afectividad y que se trate de nacimiento, ya que para los supuestos de adopción o acogimiento permanente o preadoptivo, el permiso será de 7 días a favor del padre y/o madre que fuera personal de la Administración o 10 días en caso de adopción o acogida múltiple. Cuando se trate de un sólo adoptante, éste podrá disfrutar también de los 14 días de permiso y de 20 si se trata de una adopción o acogimiento múltiple. En este caso llama la atención que se incluya a la madre en lo que sin embargo se denomina permiso de paternidad según el título del artículo 46, podemos pensar que ha sido un error del legislador o que por el contrario se ha querido dar este diferente tratamiento a los nacimientos respectos de las figuras de la adopción o acogimiento llevados a cabo por una pareja.

Esta norma ha sido modificada este mismo año por la Ley 2/2007 de 28 de marzo, del trabajo en igualdad de las mujeres de Galicia, en la cual se le otorga una posición especial a los Ayuntamientos y a la Comunidad Autónoma, creándose incluso un Plan Local de Conciliación. Se trata de una norma cuanto menos ambiciosa ya que establece un elenco de medidas que merecen ser destacadas:

- Los llamados bancos municipales de tiempo, que consisten en la creación de una base de datos de las personas que demandan ayudas en la realización de tareas domésticas concretas, como la realización de la compra o gestiones administrati-

²⁶ Artículo 42 de la Ley 7/2004, de 16 de julio.

²⁷ Artículo 42 bis de la Ley /72004, de 16 de julio.

²⁸ Artículo 42 ter y quater de la Ley 7/2004 de 16 de julio.

vas, servicios de compañía a menores de edad o de personas dependientes, etc, y a las cuales se les ofrecerá este tipo de ayudas según sus necesidades. El Ayuntamiento gestionará esta base de datos en la cual se inscribirán de manera voluntaria las personas que en el término municipal o en alguno cercano tengan disponibilidad para realizar algunas de las labores comunitarias, y que serán considerados a todos los efectos como voluntarios sociales, sin que se constituya ningún tipo de relación laboral.

- Al margen de estos voluntarios sociales los ayuntamientos podrán contratar a personas para supuestos especiales en los que no existan voluntarios sociales, o exista un gran distanciamiento de los centros de población.
- Elaboración de planes de programación del tiempo de la ciudad en el cual participarán diferentes colectivos tanto políticos como sociales (sindicatos, asociaciones de mujeres, asociaciones empresariales, asociaciones de consumidores, asociaciones de vecinos, etc.) y a través de los cuales se asumirán compromisos sobre horarios de la ciudad que serán revisados y vigilados en cuanto a su cumplimiento por una Mesa de Concertación Social dirigida por el propio Ayuntamiento.

Se trata sin duda, como decimos, de previsiones ambiciosas que reclaman una mayor involucración de la Administración local.

e) El caso de País Vasco también es destacable, en concreto el Decreto 177/2002, de 16 de julio, por el que se regulan las medidas de conciliación de la vida laboral y familiar²⁹. Se trata de una norma centrada en el fomento de dos medidas específicas de conciliación de la vida personal y familiar. Nos referimos a la excedencia y a la reducción de la jornada, presentando ambas un gran interés tanto para el trabajador que podrá disfrutar de estos períodos como máximo tres años, como para el empleador que obtendrá bonificaciones de hasta el 100% en los contratos que celebre para cubrir el puesto de las personas que hagan uso de esa excedencia o de esa reducción de jornada. Será tanto para los trabajadores por cuenta ajena de las empresas privadas como de las Administraciones Públicas.

En cuanto a la excedencia será para el cuidado de un hijo/a menor de 3 años. En estos casos la persona beneficiaria de la excedencia percibirá una ayuda económica de 2.400 euros anuales cuando se trate de mujeres y de 3.000 euros anuales cuando se trate de hombres, siempre que sean trabajadores a jornada completa o de forma proporcional si su jornada es a tiempo parcial y conforme a unos baremos que se establecen en el propio Decreto. También se establece la condición para percibir estas ayudas de que la excedencia sea por años completos, en caso contrario se reducirá proporcionalmente.

Para ello las personas trabajadoras que se quieran beneficiar de esta medida deberán figurar inscritas en el Padrón de cualquier municipio de los integrados en el territorio de la Comunidad Autónoma del País Vasco al menos con un año de antelación a la fecha de solicitud. Quedan excluidos de este beneficio los casos en los que se contrate al cónyuge del empresario/a o a la persona vinculada al mismo/a por análoga situación de afectividad, ascen-

²⁹ Al margen de esta norma en el año 2005, se aprobó la Ley 4/2005, de 18 de febrero, para la Igualdad de Mujeres y Hombres aplicable a todas las Administraciones Públicas Vascas, tanto autonómicas, como forales o locales. Hemos optado por explicar el Decreto del año 2002 por ser más específico en la materia analizada y no haber sido derogado por la norma posterior.

dientes, descendientes o colaterales por consanguinidad, afinidad o adopción hasta el segundo grado o la contratación de socios/as en las empresas que no sean de Economía Social.

Por su parte la reducción de jornada será de entre al menos un tercio y un máximo de la mitad de la duración de la jornada ordinaria para cuidar a un menor de 6 años o a un mayor pero con un grado de discapacidad igual o superior al 33%. En estos casos también se concederá una ayuda económica a la persona que la solicite en función del porcentaje de reducción de la jornada

1. si la reducción es del 45% al 50% de la jornada ordinaria: 1.800 euros si se trata de mujeres y 2.400 si se trata de hombres.
2. más del 40% y menos del 45% de la jornada ordinaria: 1.575 euros si se trata de mujeres y 2.100 euros si se trata de hombres.
3. entre el 33,33% y 40% de la jornada ordinaria: 1.350 euros cuando se trate de mujeres y 1.800 euros cuando se trate de hombres.

Se trata sin duda de una medida de acción positiva a favor de los varones en la medida en que la realidad demuestra que son el colectivo infrarepresentado en cuanto a la solicitud de excedencias y reducciones de jornadas para el cuidado a terceros. Se trata de una medida novedosa que ya en el año 2002 planteó la necesidad de diferenciar las situaciones en las que se encuentran mujeres y hombres y aplicar medidas diferentes cuanto la realidad así lo exija.

En un punto intermedio entre la LO 3/2007 y las normas autonómicas que hemos analizado se encuentran los convenios de algunas empresas como es el caso del Acuerdo existente sobre igualdad de oportunidades en la Caja el Monte y San Fernando, en el Banco de Sabadell, en el Banco Pastor, en alguna otra empresa no financiera como es el caso de American Express de España S.A.U., etc. que amplían el número de días de permiso que se conceden por el nacimiento de un hijo, incluso llegan a reconocer un auténtico permiso de paternidad autónomo e individual, amplían la edad del menor en los casos de reducción de jornada por lactancia o de guarda legal, conceden medidas no contempladas en la norma legal como los cheque guardería, o incluso reducciones de jornada para cuidar a un menor de 7 años en circunstancias especiales de una hora y por un plazo máximo de 2 meses pero que serán retribuidas, etc

Con todo esto queremos poner de manifiesto que la negociación ha sido un campo de acción para mejorar muchas de las cuestiones que se plantearon con la Ley 39/1999, de 5 de noviembre de Conciliación de la vida familiar y laboral y que también lo debe ser ahora cuando se trate de desarrollar la LO 3/2007 en cada una de sus parcelas³⁰.

Tanto es así que la Comisión de Igualdad que trabajó el VI Acuerdo de Concertación social de Andalucía vigente para los años 2005-2008, realizó una serie de recomendaciones en materia de igualdad de género a los negociadores de los convenios andaluces. Entre ellas en primer lugar se decía que a «través de los convenios colectivos se promoverá el acceso a las medidas contempladas tanto en la normativa autonómica como estatal para facilitar la conciliación de la vida laboral y familiar de las personas trabajadoras». Se insiste en el importante papel que los agentes sociales tienen en esta materia. Papel que también aparece destacado en la LO 3/2007, como decimos.

³⁰ Así lo pone de manifiesto también MOLINA NAVARRETE, C., *op. cit.*, pág. 111.

Y en segundo lugar, en estas recomendaciones se dice que «los convenios colectivos articularán los mecanismos adecuados para poner en conocimiento de las personas trabajadoras, por cualquier medio adecuado la posibilidad de disfrutar los permisos y excedencias previstos en el ordenamiento jurídico, indistintamente para hombres y mujeres». Esta recomendación hace referencia a una labor de difusión e información imprescindible en una materia como la que analizamos en este estudio, ya que los sujetos que intervienen en el mercado de trabajo desconocen en muchos casos cuáles son sus derechos y obligaciones, bien por la abundancia de regulación al respecto bien por la existencia de diferentes fuentes reguladoras de la materia.

Esta es una asignatura aun pendiente en nuestro Estado y que en caso de no remediarse volverá a reproducirse con la LO 3/2007, ya que la complejidad de la misma hace inaccesible en muchas ocasiones al lector, la regulación última aplicable a un caso concreto.

6. CONCLUSIONES

Como conclusión de todo lo analizado debemos partir del avance que supone la LO 3/2007, pero al mismo tiempo debemos destacar la necesidad de que venga acompañada de memoria económica ya que el coste de su aplicación, especialmente para el Estado, es importante. En este sentido y según los datos publicados por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales³¹, se van a incrementar los créditos a las Comunidades Autónomas para favorecer la conciliación de la vida familiar y laboral a través de la atención a la primera infancia (0-3 años). En el caso de Andalucía la cantidad que se va a recibir es de 4.665.550,93 euros destinados principalmente a incrementar el número y mejorar la calidad de los servicios a la infancia. El Ministerio señala que con estas cantidades las Comunidades Autónomas deberán cofinanciar dos tipos de servicios para la primera infancia:

- los de titularidad de las corporaciones locales. En relación con los cuales las mencionadas Comunidades Autónomas deberán aportar no menos del 50% del total del gasto, incluida la aportación de la corporación local, y deberán centrarse en la ampliación de horarios, del número de plazas, ampliación del grupo de edad, hasta cubrir a los menores de 0 a 3 años, que se creen servicios en barrios marginales o desfavorecidos y especialmente en las zonas de fuerte crecimiento demográfico.
- las guarderías infantiles laborales de titularidad de corporaciones locales o entidades sin ánimo de lucro. Las guarderías que resulten seleccionadas recibirán una subvención procedente de fondos públicos para que cumplan con la normativa de este tipo de servicios y puedan considerarse que cumplen una función social.

Además de lo anterior se fomentan las agrupaciones de empresas o las llamadas empresas de iniciativa social para la firma de convenios de colaboración con otras empresas para prestar estos servicios a los hijos/as de sus trabajadores/as, siempre que se trate al menos de medianas empresas con una plantilla que ronde los 150 trabajadores y un mínimo de 20 niños/as, con el fin de que el convenio sea rentable para todas las partes. La idea es que estos servicios se sitúen en la propia empresa o en una zona cercana de fácil acceso

³¹ <http://www.mtas.es/SGAS/FamiliaInfanc/familia/ProgramasCCAA/Prog8Conciliacion> de 12 de junio de 2007.

para los padres. El mencionado convenio obligará a la agrupación de empresas o a la empresa de iniciativa social a mantener estos servicios un mínimo de 10 años y en caso de no poder cumplirlos deberán ceder el uso de las instalaciones a las corporaciones locales que seguirán prestando el mencionado servicio.

La segunda conclusión que extraemos es que la mayoría de las cuestiones que hemos planteado son flexibilizaciones de los derechos de conciliación ya existentes con anterioridad, a salvo de algunas nuevas figuras. En definitiva se trata con esta nueva Ley de mejorar la gestión de los derechos por parte de sus titulares que tendrán mayor margen de disposición y podrán con ello atender sus necesidades.

La tercera conclusión es la necesidad de coordinación entre las Administraciones públicas: estatal, autonómica y local. En relación con esta última nos interesa destacar la Carta Europea para la igualdad de mujeres y hombres en la vida local elaborada y promovida por el Consejo de Municipios y Regiones de Europa y sus socios en el año 2006³². Formando parte de los promotores encontramos a la Federación Española de Municipios y Provincias (FEMP) y a los Ayuntamientos de Cartagena y de Valencia³³. Se trata de un instrumento dirigido a los gobiernos locales y regionales de Europa, invitándoles a firmarla y a adoptar una postura pública sobre el principio de igualdad de mujeres y hombres que les lleven a adoptar un Plan de acción en cada uno de sus territorios donde se fijen prioridades, acciones y recursos necesarios para su realización.

Esta carta pretende seguir los pasos del instrumento aprobado en el año 2005 por el Consejo de Municipios y Regiones de Europa conocido como «la ciudad por la igualdad» en el cual se identificaban las buenas prácticas de un determinado número de ciudades y municipios europeos que podían ser extrapolables a otros municipios. En este elenco de buenas prácticas se hacía referencia a intervenciones en materia de representación política, evitar estereotipos sexistas, y de forma particular se refería al rol de la Administración como empleador, en el sentido de iniciar o recorrer un mayor camino en esta materia de manera que sirva de ejemplo al sector privado. Tanto es así que se comprometían a mejorar la conciliación de la vida familiar y laboral mediante adaptaciones de horarios de trabajo, mediante el fomento por parte de los hombres del disfrute de sus derechos por ausencias para atender el cuidado de terceros, etc.

Con todo esto queremos resaltar la doble importancia del papel que debe desempeñar la Administración, por una parte como impulsora de las medidas para que el sector privado conozca las ventajas de atajar esta conciliación de la vida familiar y laboral, ya que interesa a todos; y por otra parte, debe resaltarse la necesidad de involucrar a todas las administraciones, especialmente en materia presupuestaria.

La cuarta conclusión sería la necesidad de reforma de las legislaciones autonómicas, algunas ya han comenzado el camino como ocurre con Andalucía, y según palabras de la Consejera de Trabajo, Cataluña también proyecta hacerlo en los próximos meses o en todo caso en el próximo año³⁴. Todo ello por la exigencia de principios jurídicos básicos y por simplificación de la legislación aplicable en esta materia.

³² No vamos a entrar en la valoración jurídica en cuanto fuente del derecho de este tipo de instrumentos pero sí nos interesa analizarla a los efectos de conocer las recomendaciones que nos llegan de Europa.

³³ Véase en *_egalite_es.doc* http://www.ccre.org/docs/charter_egalite_es.doc. de 28 de junio de 2006.

³⁴ Noticia publicada en el periódico *El País* de 24 de abril de 2007.

La quinta conclusión sería la necesidad de hacer ver a los empresarios las ventajas que el tratamiento de la conciliación de la vida familiar y laboral tiene para su propia empresa, al tener trabajadores más equilibrados en sus obligaciones profesionales y personales, éstos serán más productivos y crearan un vínculo de fidelidad con la empresa que en muchas ocasiones será preferido frente a nuevas ofertas de trabajo que supongan mayor retribución³⁵.

Relacionada con la anterior la sexta conclusión que extraemos es la necesidad de considerar la conciliación de la vida familiar y profesional como una cuestión de hombres y mujeres y no sólo de éstas³⁶. Todas las partes deben ganar con la regulación de esta materia, y esta última consigna no parece que se cumpla con la LO 3/2007, ya que la mayoría de los empresarios no aprecian beneficios en la amplia regulación de medidas que se ha introducido en el ámbito laboral con esta nueva Ley, incluso aunque el mayor coste económico lo asuma el Estado, ya que a ellos les toca asumir el coste organizativo en la empresa que el disfrute de cualquiera de las medidas previstas puede acarrear. Al mismo tiempo en materia de conciliación se debe potenciar esa presencia equilibrada de la que se habla en la Ley, para que ésta exista no sólo en la esfera pública sino también en la esfera privada. Como ha señalado algún autor «el problema de los derechos de conciliación no es, pues, solo de mejora de la protección que brinda, sino también, y sobre todo, de enfoque, esto es, de garantizar que no estamos antes políticas de mujer, que favorezcan que ellas hagan lo que vienen haciendo en toda la vida, conciliar, aún a costes personales muy elevados, trabajo productivo y reproductivo, sino ante políticas de reparto equitativo de trabajos»³⁷. Todo este proceso exige de constantes evaluaciones que permitan dirigir las posteriores intervenciones en esta materia.

Posiblemente muchas de estas demandas no existirían si en España se hubiera optado por un modelo de mínimo apoyo estatal a las familias que tienen responsabilidades familiares, no es de los países que más fondos públicos destinan a este fin pero tampoco se encuentra a la cola y con esta nueva Ley dicho gasto social se va incrementar notablemente, ya que muchas de las mejoras introducidas en materia de conciliación de la vida familiar y laboral las va sufragar el Estado con fondos públicos. Esto es lo que ha hecho que algunos autores declaren que «pese a la imponente labor de marketing político que se ha hecho con la LO 3/2007, está claro para cualquier jurista que promete bastante más de lo que da, que cuando ha pasado este humo político vendido lo que queda es bastante menos, por lo que el trabajo para el futuro es mucho mayor que el realizado en el presente»³⁸.

³⁵ Así también lo ha puesto de manifiesto HEIN, C. *Conciliar el trabajo y las responsabilidades familiares. Ideas prácticas de la experiencia global*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. 2006. Pág. 62 y ss. Esta autora considera que «ser respetuoso con la familia es algo más que mantener una serie de medidas favorecedoras de la misma en las disposiciones y normas de las organizaciones; también se refiere a asumir un compromiso sobre la implementación de estas medidas y una cultura corporativa que apoye los valores del equilibrio entre trabajo y vida personal o familiar», pág. 121.

³⁶ HEIN C. señala que «la familia no se compone sólo de una madre y su hijo. Ser una organización respetuosa con la familia va más allá de ayudar a las mujeres o a sus hijos, aun cuando tales políticas deban formar parte de un marco de trabajo de políticas que respeten la vida familiar». *op. cit.*, pág. 122.

³⁷ MOLINA NAVARRETE, C., *op. cit.*, pág. 133.

³⁸ MOLINA NAVARRETE, C., *op. cit.*, pág. 157.





EL IMPACTO DE LA LEY PARA LA IGUALDAD EN EL MARCO DE LA NORMATIVA DE SEGURIDAD SOCIAL

SUSANA BARCELÓN COBEDO

Profesora Titular Habilitada de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Carlos III de Madrid

M.^a GEMA QUINTERO LIMA

Profesora Titular Visitante de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Carlos III de Madrid

EXTRACTO

El carácter transversal de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, ha implicado que las modificaciones previstas en la misma hayan afectado a múltiples ámbitos del ordenamiento jurídico español, entre otros, el concreto de Seguridad Social.

En este ámbito, tras la entrada en vigor de la Constitución y de la actividad depurativa realizada por el Tribunal Constitucional al amparo de su art. 14, en realidad, no cabe hablar de problemas propiamente de discriminación por razón de género.

En este sentido se podría defender que no es necesaria una norma como la Ley de Igualdad. Sin embargo, si es cierto que, de un modo reflejo, la Ley de referencia ha procedido a introducir modificaciones de distinto calado en la acción protectora del Sistema que han venido, no ha potenciar una igualdad efectiva, sino a mejorar los contenidos prestacionales como instrumento para la consecución de un objetivo último (ajeno claramente a la Seguridad Social) como es el de la conciliación de la vida familiar y laboral. Fenómeno que no resulta ser novedoso en este ámbito, porque tiene uno de sus precedentes en la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, denominada, no por casualidad, de conciliación de la vida familiar y laboral.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. LA MEJORA DE PRESTACIONES EXISTENTES
 - 2.1. Prestación de maternidad
 - 2.1.1. Ampliación de los supuestos susceptibles de protección. Delimitación de la contingencia
 - 2.1.2. La exigencia del requisito de carencia: la flexibilidad del elemento contributivo
 - 2.1.3. El subsidio especial
 - 2.1.4. El fenómeno de las cotizaciones asimiladas
 - 2.1.5. Situaciones de tránsito prestacional
 - 2.1.6. Tiempo de descanso por maternidad
 - 2.2. Prestación de Riesgo durante el Embarazo
3. AMPLIACIÓN DE LA ACCIÓN PROTECTORA DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL
 - 3.1. Prestación de paternidad
 - 3.2. Prestación de Riesgo durante la Lactancia
 - 3.2.1. Algunos antecedentes
 - 3.2.2. Régimen jurídico de la prestación de riesgo durante la lactancia
4. VALORACIONES FINALES

1. INTRODUCCIÓN

El objeto del presente trabajo no es otro que abordar las incidencias que en materia de Seguridad Social ha tenido la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (en lo sucesivo LOI) ¹. Reformas se concretan en dos tipos de medidas; de una parte, aquellas que van directamente dirigidas a una mejora de la cobertura que ofrecen prestaciones ya existentes (es lo que ha sucedido en las situaciones de necesidad protegidas desde la maternidad y el riesgo durante el embarazo). Y, de otra, aquellas tendentes a ampliar la acción protectora del Sistema en sí misma (surgen, entonces, prestaciones nuevas tales como las vinculadas al permiso de paternidad o a la suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante la lactancia).

Ahora bien, un análisis en profundidad de esos cambios ha obligado necesariamente, si bien de un modo tangencial, a valorar igualmente las reformas ocasionadas en materia laboral y de prevención de riesgos laborales, entre otras. Esto explica que en determinados aspectos hayan sido traídas a colación algunas de las novedades experimentadas en lo referido a la conciliación de la vida familiar y laboral o la prevención de riesgos laborales (materias que son objeto de otros estudios particulares en esta obra colectiva).

En el estudio de las modificaciones en materia de Seguridad Social operada por la Ley de referencia se advierte que el *leitmotiv* de la igualdad resulta ser, en según qué casos, más ideal que efectivo; dicho de otro modo, aunque so pretexto de la igualdad se han modificado algunos preceptos de la Ley general de Seguridad Social, en realidad la finalidad de las reformas no siempre ha sido la consecución de la igualdad efectiva, entre otras razones, porque el hecho biológico introduce, en sí mismo, un elemento jurídico diferencial en el tratamiento de la mujer. Esto comporta que, en consecuencia, el embarazo, y la

¹ BOE de 23 de marzo, número 71, págs. 12611-12645.

lactancia natural referida a la madre trabajadora sean algunas de las pocas excepciones a la prohibición de trato diferente entre hombres y mujeres.

Así, cuando se trata de la maternidad en sentido biológico, resulta difícil hablar en términos de igualdad entre hombre y mujer; en esta materia, y a diferencia de lo que sucede en otras en las que es fácil advertir situaciones que pueden derivar en diferencias de trato sin justificación aparente (son los casos de ascensos, promociones en el empleo, etc.), en la de maternidad biológica las posibles diferencias entre ambos progenitores cabe entenderlas consustanciales a la lógica de la contingencia; que no es otra que ofrecer cobertura o tutela frente al hecho natural del parto. Esto explica que el derecho al tiempo de suspensión configurado desde legislación laboral (artículo 48. 4 ET) o de la función pública (artículo 30.3 de la Ley 30/1984) sea exclusivo de la madre y que sólo el padre pueda hacer uso del mismo siempre que aquélla así lo decida. Un tratamiento que contrasta con los supuestos de adopción y acogimiento, ya que la ausencia del parto elimina la necesidad de una atención especial al cuidado físico de la madre. Esto determina que la suspensión del contrato de trabajo sea un derecho de titularidad compartida; de esta forma, cómo se distribuya el tiempo de descanso, y en consecuencia, quién haya de recibir la protección, habrá de ser una decisión que competa a los dos progenitores y no sólo a uno de ellos, tal y como sí sucede en el caso de la maternidad biológica.

De la misma manera, en la vertiente preventiva (y, por irradiación, en la de Seguridad Social), el hecho biológico exclusivo de las mujeres embarazadas, o que acaban de dar a luz, justifica un tratamiento privilegiado desde esta rama social del Ordenamiento jurídico, sin que eso constituya discriminación alguna², a pesar de que diseña regulaciones exclusivamente femeninas. Y por más que algún sector doctrinal haya entendido, en una lógica ultra-igualitarista, que se debería proteger al trabajador varón involucrado en la lactancia³. En suma, las previsiones en materia de protección de la salud de la trabajadora embarazada materializan un cambio de la perspectiva protectora, que supera las formas de tutela paternalistas y sexistas de la mujer, y —habría que añadir— reconoce el hecho biológico diferencia⁴.

Por último, no hay que olvidar que, a pesar de la vis expansiva, (y que en Seguridad Social todas las novedades hayan resultado de aplicación a los diferentes regímenes que integran la estructura del Sistema en idénticos que el previsto para el Régimen General según previene la más concretamente, la disposición adicional decimotava, apartado veintiuno LOI), sin embargo aun hay algún colectivo de mujeres que están excluidas; es el caso de las empleadas de hogar. Exclusión que se mantiene en la disposición adicional decimotava, apartado veinte LOI, por la que se modifica el apartado 4 de la disposición adicional octava, que queda redactado en los términos siguientes: *«Lo previsto en los artículos 134, 135, 135 bis, 135 ter y 166 será aplicable, en su caso, a los trabajadores por*

² MOLINA GONZÁLEZ-PUMARIEGA, R., *La protección jurídica de la mujer trabajadora*, Madrid, CES, 2004, pág. 125.

³ GARRIGUEZ GIMÉNEZ, A., *La maternidad y su consideración jurídico-laboral y de seguridad social*, Madrid, CES, 2004, pág. 55.

⁴ BENAVENTE TORRES, I., «La tutela de la salud de la mujer embarazada, que haya dado a luz o se encuentre en periodo de lactancia». AA.VV. «La igualdad ante la ley y la no discriminación en las relaciones laborales», Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2005, pág. 135.

cuenta ajena de los regímenes especiales. Lo previsto en los artículos 112 bis y 162.6 será igualmente de aplicación a los trabajadores por cuenta ajena de los regímenes especiales con excepción de los incluidos en los regímenes especiales agrario y de empleados de hogar...»

2. LA MEJORA DE LAS PRESTACIONES EXISTENTES

Tal y como se ha señalado, la LOI contiene un bloque de medidas modificadoras de la legislación de Seguridad Social destinadas a mejorar el régimen jurídico de algunas de las prestaciones ya existentes como la de maternidad y riesgo durante el embarazo.

2.1. Prestación de maternidad

La incidencia de la LOI en relación con la prestación de maternidad se proyecta en dos direcciones. De una parte, la que supone proteger la contingencia de referencia en sentido estricto. De este modo, la LOI, en su disposición adicional decimoctava, ha previsto diferentes medidas. En primer lugar, la que supone mejorar el contenido de la contingencia protegida, ampliándola a todos los supuestos de acogimiento. Se supera así la limitación actual que restringía los supuestos de acogimiento a los meramente permanentes o preadoptivos, para incluir también la modalidad del acogimiento simple, aunque con la limitación temporal de un año. Asimismo, se han llevado a cabo modificaciones que pretenden facilitar el acceso a la condición de sujeto beneficiario flexibilizando, a tal fin, la exigencia profesional que representa la carencia. De este modo, no sólo se establece una diferenciación del esfuerzo contributivo exigible por tramos de edad, de manera semejante a lo que sucede en la prestación de incapacidad permanente (mayor rigidez para edades más avanzadas); sino que, además, y este quizá sea el rasgo más significativo por lo que supone de eliminación de uno de los elementos básicos o esenciales de la relación jurídica de seguridad social en el nivel contributivo, la ausencia del mismo respecto de determinados trabajadores, concretamente aquéllos más jóvenes (los menores de 21 años). Una laxitud que no concluye en esta eliminación, pues la LOI va más allá en el tratamiento de este requisito configurando un subsidio especial para el caso de que la trabajadora, pese a la rebaja, no logre alcanzar el tiempo de carencia mínimo legal. Finalmente, la LOIMH introduce una flexibilidad más al considerar como tiempo cotizado, a efectos de causar derecho a las futuras pensiones del Sistema, por un lado, el correspondiente a la maternidad (aplicable igualmente cuando se trata de la paternidad) que subsista tras la extinción del contrato de trabajo o que se inicie durante la percepción del subsidio de desempleo (se incorpora, a este efecto, un nuevo apartado 6 al artículo 124 de la LGSS); y, por otro, los tiempos de descanso por maternidad que no vayan acompañados de la obligación de cotizar (nueva disposición adicional cuarenta y cuarta de la LGSS).

Y, de otra, la LOI actúa en relación con la protección de la maternidad, en el sentido de fomentar la corresponsabilidad del otro progenitor en el cuidado de los hijos que se incorporan al núcleo familiar. Hay que hacer referencia a los cambios introducidos respecto del disfrute por parte del padre del derecho de la madre al tiempo de descanso previsto

legalmente (artículo 48.4 del ET y artículo 30.3 de la Ley 30/1984 de 2 de agosto, de Reforma para la Función Pública, en lo sucesivo Ley 30/1984)⁵. A partir de estos cambios, se va a permitir que el padre pueda hacer uso de este tiempo de descanso, incluso para el caso de que la madre no lo haya generado, bien por razón de fallecimiento (algo que dicho sea de paso no resulta novedoso pues ya estaba recogido en la normativa reguladora de esta prestación), o bien porque no lo tenga previsto el régimen al que se encuentre adscrita la mujer trabajadora.

2.1.1. *Ampliación de los supuestos susceptibles de protección. Delimitación de la contingencia*

Las situaciones protegidas a efectos de la prestación de maternidad, de conformidad con la regulación recogida en el artículo 133 bis de la LGSS (antes de la reforma operada por la Ley de Igualdad) y en el artículo 2 del RD 1251/2001, son la maternidad, la adopción y el acogimiento, tanto permanente como preadoptivo, durante los periodos de descanso que por tales situaciones se disfruten, de acuerdo con lo previsto en los artículos 48.4 del ET y 30.3 de la Ley 30/1984⁶. Así pues, se consideran situaciones asimiladas a la maternidad biológica aquéllas que igualmente determinan la inclusión de un nuevo miembro en el núcleo familiar con un carácter permanente o estable (no obstante hay que aclarar que los menores adoptados o acogidos han de ser menores de seis años o menores de dieciocho cuando se trate de personas con discapacidad o de quienes por sus circunstancias y experiencias personales o por provenir del extranjero tengan especiales dificultades de inserción social y familiar)⁷.

Esta configuración de la maternidad amplia, no restringida a la concepción estrictamente biológica de aquélla, se justifica si se tiene en cuenta que uno de los bienes jurídicos en juego al diseñar la protección que (tanto desde la perspectiva laboral como de seguridad social se conecta con esta situación de necesidad) consiste en facilitar el establecimiento de vínculos de afectividad entre los progenitores y el recién nacido. Vínculos que no necesariamente deben limitarse a los supuestos de maternidad biológica, sino que pueden extenderse a otros en los que igualmente se hace necesario entablar ese tipo de afectos derivados de la adaptación de un menor al núcleo familiar. Se trata de las situaciones de adopción y acogimiento que, como se acaba de señalar, han sido recogidas en la normativa de Seguridad Social dentro de las situaciones protegidas por la maternidad. Se supera así una configuración de la maternidad asentada tradicionalmente en una concepción estrictamente biológica para dar paso a un concepto más amplio integrador de un mayor número

⁵ Artículo este último expresamente derogado por la Ley 7/2007, de 12 de abril, Estatuto Básico del Empleado Público que ha incorporado el contenido del mismo al art. 49 de esta Ley.

⁶ Este artículo ha sido derogado por el Estatuto Básico del Empleado Público que recoge su contenido en el art. 49).

⁷ Una regulación que, dicho sea de paso, no es exclusiva de esta contingencia sino que el acogimiento, referido a los casos de permanente y preadoptivo, también es predicable de la asignación económica por hijo a cargo y menor acogido, tras la reforma introducida al respecto por la Ley 52/2003, de 10 de diciembre, de disposiciones específicas en materia de Seguridad Social.

de bienes jurídicos susceptibles de ser protegidos y que ofrece, en definitiva, un nuevo modelo de maternidad que centra su atención en el cuidado del menor, así como en los aspectos afectivos y familiares, alejándose en consecuencia de la dimensión física. Concepción más amplia que encuentra mejor acomodo en una realidad social en la que, fenómenos como la adopción y el acogimiento (dejando al margen posibles valoraciones en relación con la incidencia de los mismos en las nuevas estructuras familiares), son cada vez más frecuentes y, por tanto, demandan su consideración legal ⁸.

Pues bien, sobre este particular la LOI ha ampliado los supuestos de acogimiento al incorporar también la modalidad del acogimiento simple entre las situaciones susceptibles de quedar protegidas al amparo de esta contingencia; o, dicho de otro modo, con la reciente reforma operada, son situaciones protegidas por la maternidad los diferentes tipos de acogimiento previstos en el artículo 173 del Código Civil ⁹.

En primer lugar, al acogimiento simple, en términos del Código Civil, artículo 173.1, lo que le singulariza es, sin duda, su carácter transitorio o provisional, en tanto que resulte previsible la reinserción del menor en su familia de origen (biológica), o en tanto sea adoptada una medida de protección que revista un carácter más estable. Dos son, por tanto, las finalidades que se persiguen con esta modalidad de acogimiento: la integración del menor, así como la adopción de cuantas medidas de apoyo se requieran para favorecer la desaparición de las causas que dieron origen a la situación de acogimiento familiar (ayudas que básicamente se concretan en tres, económicas, domiciliarias y socioeducativas). Sólo cuando, pese a las medidas adoptadas, las mismas no resultaran suficientes para conseguir la integración del menor en la familia de origen, se plantean soluciones alternativas con el fin de sustraer al menor de su entorno familiar ¹⁰.

En segundo lugar, los supuestos de acogimiento preadoptivo, como su propia denominación indica (artículo 173.3 CC) responden a un objetivo último que no es otro que propiciar o favorecer la adopción del menor. En este caso, y mientras se tramita la adopción, el acogimiento actúa como banco de pruebas facilitando la convivencia del menor con la familia adoptante. Por su parte, se considera acogimiento permanente aquel que no entra en ninguno de los dos supuestos anteriores y va dirigido, básicamente, a aquellos menores que, por razón de edad (próxima a alcanzar la emancipación), o por tratarse de menores con algún tipo de problema relacionado con la salud, no cabe su adopción.

⁸ Sobre este particular, la institución del acogimiento ha sido definida como el instrumento legal de protección del menor desamparado, o —en general— de aquél cuyos padres no pueden dispensarle los cuidados necesarios para su adecuado desarrollo como persona, mediante el cual es insertado plenamente —de forma transitoria, permanente o con vistas a una posible adopción— dentro de un ambiente familiar sustitutivo o complementario del propio, que le asegure la asistencia moral y material adecuada a sus necesidades, teniendo presente en todo momento que —siempre que sea posible y así lo aconseje el interés superior del menor— deberá orientarse toda actuación a la reinserción dentro de la propia familia. Véase, CAPARRÓS CIVERA, N. y JIMÉNEZ-AYBAR, I., *El acogimiento familiar*, Instituto de Ciencias para la Familia, Universidad de Navarra, 2001, pág. 73.

⁹ Hay que recordar que el contenido de este precepto fue modificado por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección del Menor (concretamente en sus disposiciones finales sexta y séptima) que a tal efecto introdujo una mayor flexibilidad en el concepto que habría de manejarse sobre acogimiento; de este modo, se establecen diversas formas de acogimiento que se concretan en simple o temporal, permanente y preadoptivo. La diferencia entre unas y otras radica, fundamentalmente, en la finalidad que cada uno cumple.

¹⁰ HERAS HERNÁNDEZ, M.^º M., *El acogimiento convencional de menores*, Madrid, Montecorvo S.A., 2002, págs. 228-229.

Pues bien, la reforma introducida por la LOI (disposición adicional decimoctava, apartado seis) respecto de las situaciones de acogimiento que son susceptibles de integrar la contingencia de maternidad pone fin a esa exclusión (se modifica el contenido del artículo 133 bis de la LGSS). Una exclusión que se justificaba tanto por la finalidad última de este tipo de acogimiento (reintegrar al menor en su familia de origen) como por su carácter provisional. Sin embargo, sin negar que ambas circunstancias merecen una mayor cautela a la hora de conceder una protección semejante a la que representa la maternidad, tampoco se puede pasar por alto que el acogimiento en general previsto legalmente en el artículo 173 del CC, con independencia de cual sea la causa (por tanto, no exclusivo del acogimiento por razones de próxima emancipación o por tratarse de una situación de carácter definitivo como es la adopción), reconoce al menor acogido los mismos derechos y obligaciones que al resto de los miembros del hogar familiar, al tiempo que su participación plena en la vida familiar. E impone a la familia de acogida las obligaciones legales que conlleva velar por el menor, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral ¹¹.

Así pues, en tanto que la modalidad de acogimiento no condiciona las obligaciones de quienes se convierten en la familia de acogida, una regulación como la introducida por la LOI parece más ajustada, al no establecer distinción alguna desde el punto de vista de la protección a dispensar (sea desde la normativa laboral sea desde la de seguridad social). Se trata, en definitiva, de garantizar a quien asume este tipo de situaciones, con independencia de cual sea la causa que origine un acogimiento u otro (simple, permanente o preadoptivo) la misma protección que para los supuestos de maternidad biológica (no en vano se trata de situaciones asimiladas a esta y, como tales, conllevan las obligaciones que le son propias). Es decir, compensar a quien/es durante el acogimiento han dispuesto de su tiempo para poder hacer frente a las obligaciones impuestas legalmente. Lo que no impide, como así ha sido, que, para salvar el escollo que sin duda representa la naturaleza provisional del acogimiento simple y evitar que el mismo se convierta en una forma indirecta de obtener protección fácil o rápida por parte del sistema de Seguridad Social, su reconocimiento se vea limitado a que el acogimiento no tenga una duración inferior al año; límite temporal que no obstante puede ser escaso si se compara con la duración del tiempo de descanso por maternidad (dieciséis semanas) y la consiguiente prestación de contenido económico.

2.1.2. *La exigencia del requisito de carencia: la flexibilidad del elemento contributivo*

La prestación de maternidad, en tanto que es de naturaleza contributiva, responde al esquema tradicional de protección; lo que significa que la condición de beneficiario requiere, además del cumplimiento de la exigencia de alta (en los términos del artículo 124 de la LGSS), que el sujeto haya cotizado ciento ochenta días dentro de los cinco años inmediatamente anteriores al parto, o a las fechas de la decisión administrativa o judicial de

¹¹ HERAS HERNÁNDEZ, M.^a M., *El acogimiento convencional de menores*, Madrid, Montecorvo S.A., 2002, págs. 236-240.

acogimiento, o de la resolución judicial por la que se constituye la adopción. Exigencia esta última sobre la que la LOIMH ha introducido reformas que parecen responder a un objetivo común, flexibilizar el cumplimiento de la carencia.

La LOIMH ha previsto en su disposición adicional decimoctava, apartado seis, además de la modificación relativa a la ampliación de la contingencia ya descrita, la que significa un tratamiento más flexible del requisito de carencia (y que, por tanto, afecta a la condición de sujeto beneficiario). De este modo, la LOI ha organizado el cumplimiento del mismo por tramos de edad.

Un primer tramo, dirigido a los trabajadores más jóvenes (aquellos que en el momento del parto o de la resolución judicial o administrativa por la que se constituya la adopción o el acogimiento sean menores de 21 años); en este caso, se flexibiliza la exigencia de carencia hasta el extremo de no ser necesaria. Una regulación sin duda novedosa tratándose, como se ha dicho, de una prestación de naturaleza contributiva; exclusión hasta ahora sólo predicable en nuestro ordenamiento jurídico en los supuestos de contingencias profesionales y de accidente no laboral. Lo que en la práctica significa que el reconocimiento del derecho a esta prestación está condicionado, siempre que el trabajador no supere la edad de referencia, únicamente a que éste se encuentre en situación de alta o asimilada en el momento del parto (es decir, sería suficiente con haber prestado servicios un día antes del hecho causante).

El segundo tramo de edad está previsto para los trabajadores que tengan cumplidos entre 21 y 26 años de edad en las mismas fechas ya indicadas; en este caso, sí se mantiene la exigencia de carencia, aunque en términos más reducidos, y ofreciendo además una alternativa posible para su cumplimiento. En efecto, frente a la regulación hasta ahora existente (180 días dentro de los cinco años inmediatamente anteriores al momento de inicio del descanso), el periodo de carencia mínimo se establece en 90 días dentro de los siete años inmediatamente anteriores al momento de inicio del descanso. De forma que se reduce el tiempo de cotización a la vez que se amplía la franja en la que aquel deba quedar comprendido. Pero, con la singularidad que representa que, en todo caso, este requisito se entienda alternativamente cumplido si el trabajador acredita 180 días a lo largo de la vida laboral (es decir, ya no limitado a los cinco años como sucedía anteriormente).

El tercer y último tramo, está pensado para los trabajadores que sean mayores de 26 años para los que la LOIMH tiene previsto una mayor exigencia de carencia, si bien aplicándoles igualmente un tratamiento más flexible que el existente hasta el momento. De manera que se sigue manteniendo la exigencia de 180 días, aunque se vuelve a reproducir la misma regla de antes; así, se amplía el periodo en el que tal exigencia deba entenderse cumplida a siete años, y en todo caso, juega de nuevo la alternativa que a estos efectos representa que se entienda cumplido el requisito siempre que acredite 360 días a lo largo de la vida laboral (que, por cierto, es la carencia prevista para poder acceder a la nueva contingencia de paternidad que opera como la única posible sin que entren en juego el resto de tramos previstos para la maternidad, nuevo artículo 133 nonies de la LGSS)¹².

¹² En los supuestos de adopción y acogimiento internacional, la edad señalada anteriormente será la que tengan cumplida los interesados en el momento del inicio del descanso, tomándose como referente el momento de la resolución a efectos de verificar la acreditación del periodo mínimo de cotización que en cada caso corres-



La reforma operada por la LOI muestra un claro intento por evitar que puedan resultar excluidas de la protección de maternidad aquellas situaciones que, conforme a la regulación anterior, quedaban al margen de la protección dispensada por el Sistema al no reunir el trabajador la carencia mínima establecida legalmente. Resulta difícil no obstante pensar que dichas situaciones pudieran ser muy numerosas, ya que el periodo de cotización tampoco resultaba ser especialmente gravoso. En todo caso, conviene recordar que el problema de la falta de carencia sólo afectaba al derecho a la prestación de contenido económico, ya que desde el punto de vista de la relación laboral la misma quedaba suspendida, manteniéndose la obligación de cotizar. Ahora bien, una vez puesta en marcha la maquinaria de la flexibilidad, hubiese sido más acertado (aunque también más arriesgado desde la lógica del Sistema en la que siempre está presente el equilibrio financiero) haber hecho desaparecer el requisito de carencia para todos los supuestos. El hecho de que no se haya aprovechado la Ley de Igualdad para adoptar una medida tan radical no puede deberse sino a los condicionantes financieros.

2.1.3. *El subsidio especial*

En la disposición adicional decimoctava de la LOI igualmente se incluye la novedad que representa la configuración de un subsidio especial dirigido a aquellas trabajadoras por cuenta ajena, que reúnan todos los requisitos establecidos para adquirir la condición de beneficiarias de la prestación de maternidad, excepto el de cotización (nuevo artículo 133 sexies). Se trata de una prestación de corte profesional, diseñada para quien es trabajadora por cuenta ajena, y se encuentra en situación de alta o asimilada, aunque haya cotizado tan sólo un día antes del momento del parto; en estos casos, y a diferencia de lo que venía sucediendo, las trabajadoras que no alcancen a reunir el periodo de carencia exigible siempre recibirán una protección por parte del Sistema a través de la concesión de este subsidio. Una previsión que no obstante se espera sea marginal o residual si se tiene en cuenta la mayor flexibilidad con la que esta exigencia es interpretada por la LOI (y sobre la que se acaba de hacer referencia).

La protección prevista en estos casos se traduce en el reconocimiento de una prestación de contenido económico cuya cuantía será igual al 100 por 100 del indicador público de rentas de efectos múltiples vigente en cada momento, en lo sucesivo IPREM (para el año 2007 asciende a 499,20 euros), siempre que la cuantía de la prestación económica cal-

ponda. Un tratamiento que lógicamente se corresponde con el que está previsto con carácter general para los supuestos en los que esta adopción internacional precise de un desplazamiento previo de los padres al país de origen. En estas situaciones, el RD 1251/2001, artículo 4.1, contempla la posibilidad de que el periodo de descanso pueda iniciarse hasta cuatro semanas antes de la resolución judicial o administrativa por la que se constituye la adopción. Una previsión que, si bien ha solucionado los problemas que provocaba la ausencia de una regulación al respecto y que estaba originando en la práctica que los progenitores hubiesen de hacer uso del tiempo de vacaciones para realizar el desplazamiento, no deja de plantear dudas aplicativas, ya que introduce un factor de incertidumbre al resultar demasiado complejo establecer con exactitud, antes de la salida de España, cuál será la fecha de la resolución. Sobre este extremo, véanse las reflexiones de PANIZO ROBLES, J.A., «Las prestaciones económicas de la seguridad social por maternidad», *RTSS (CEF)*, 2002, pág. 33.

culada conforme al estándar habitual (esto es, el 100 por 100 de la base reguladora equivalente a la establecida para la prestación de incapacidad temporal por contingencias comunes, tal y como señala el artículo 133 quáter) no resulte de cuantía inferior a la fórmula anterior, ya que de lo contrario se estará a esta segunda. Y con una duración, en ambos casos, de 42 días naturales.

Se busca con este subsidio garantizar que el tiempo de descanso obligatorio por razón de maternidad, esto es, las seis semanas inmediatamente posteriores al parto (que equivalen a los 42 días naturales establecidos por la LOI), vaya acompañado de una protección económica para aquellos supuestos en los que la trabajadora por cuenta ajena no reúna la carencia. Es precisamente el hecho de que esta limitación temporal se circunscriba al tiempo de descanso obligatorio lo que explica que únicamente pueda ser sujeto beneficiario del mismo la mujer trabajadora, ya que es a ella a quien corresponde, en exclusiva, el disfrute de dicho periodo de descanso (que actúa como medida de protección de la salud, y que es de cumplimiento insoslayable tanto para el trabajador cuanto para el empresario).

En cuanto a la cuantía hay que decir que, si bien se utiliza una fórmula semejante a la prevista para el desempleo asistencial en el artículo 217 de la LGSS, la redacción resulta confusa, pues parece querer decir lo contrario de lo que finalmente establece; siendo así que el resultado es que el IPREM opera en estos casos como tope máximo de la cuantía del subsidio, actuando como tope mínimo de la misma la propia prestación económica de maternidad calculada conforme a su regla habitual. Cabe entonces preguntarse a qué situaciones se refiere el legislador cuando arbitra una fórmula tan compleja para cuantificar el importe de este tipo de subsidio, ya que resulta difícil pensar en una prestación de contenido económico que, por aplicación de la fórmula prevista en la LGSS ($BR=BC$ del mes último que es la fórmula de cálculo de la prestación de incapacidad temporal) sea inferior a la cuantía del 100 por 100 del IPREM (esto es, 499,20 euros/mes).

Todo hace pensar que en realidad, tras esta fórmula tan alambicada lo que se pretende es simplemente garantizar a quienes accedan al mismo una prestación económica equivalente al 100 por 100 del IPREM; reproduciendo la fórmula prevista para el desempleo asistencial (aunque entonces la cuantía sea el 80 por 100). Una prestación que, en los términos en los que se expresa la LOIMH, tendrá la consideración de no contributiva a los efectos del artículo 86 de la LGSS; esto es, desde el punto de vista de su financiación. Lo que significa, dado el principio de separación de fuentes de financiación que preside nuestro sistema de Seguridad Social, que este tipo de subsidio habrá de financiarse vía impuestos (artículo 86.2 de la LGSS). No obstante, se podría pensar hasta que punto una financiación como la descrita justifica un tipo de solidaridad ciudadana, general respecto de estas situaciones (de manera semejante a lo que sucede con las prestaciones de nivel no contributivo financiadas a través de impuestos). No sólo pervive el elemento profesional (tiene que ser mujer trabajadora por cuenta ajena) sino que en ningún momento se está exigiendo la carencia de recursos que caracteriza a este tipo de prestaciones, y que explican la función de compensación de ingresos que las mismas cumplen. Todo hace pensar que tras la inclusión de este subsidio, simplemente se ha buscado ofrecer cobertura a la mujer trabajadora que, por no reunir el periodo de carencia, queda expulsada de la protección del Sistema; de ahí que sólo se limite al tiempo de descanso obligatorio (ya que el disfrute del tiempo restante es potestativo de la trabajadora). Sin valorar las consecuencias colaterales de una regulación como la descrita en la que la naturaleza contributiva de esta prestación econó-

mica especial se ve desdibujada por una financiación inadecuada, teniendo en cuenta ese principio de separación de fuentes de financiación. Tal vez, la falta de una mayor precisión por parte del legislador se deba a que, en la práctica, la concesión de un subsidio como el descrito va a tener un carácter marginal (dada la mayor flexibilidad de la exigencia de carencia) y, en consecuencia, que su financiación vía impuestos tampoco habrá de representar para el Estado un importante incremento del gasto social. Y en este sentido no es descabellado pensar que la finalidad indirecta de este subsidio sea el de evitar las habituales situaciones de connivencia trabajadora/empresario, constitutiva de infracción administrativa en el orden social.

2.1.4. *El fenómeno de las cotizaciones asimiladas*

El fenómeno de las cotizaciones asimiladas constituye uno de los mecanismos de flexibilización del requisito de carencia y consiste en entender producidas cotizaciones que, en realidad, nunca han tenido lugar. Este fenómeno no afecta a la exigencia de carencia en cuanto condicionante del acceso a la prestación de maternidad (que es lo que sucedía en los supuestos antes analizados), sino que hace referencia al tratamiento que haya de recibir el tiempo de suspensión del contrato, a efectos de causar derecho a futuras prestaciones del Sistema. Sobre este particular, la LOIMH distingue dos situaciones. De una parte, se ha incluido un nuevo apartado 6 al artículo 124 de la LGSS según el cual el periodo por maternidad (o paternidad) que subsista a la fecha de extinción del contrato de trabajo, o que se inicie durante la percepción de la prestación por desempleo, será considerado como periodo de cotización efectiva a efectos de las correspondientes prestaciones de la Seguridad Social por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad¹³.

Y de otra, se introduce una nueva disposición adicional cuadragésimo cuarta que bajo la rúbrica «*periodos de cotización asimilados por parto*» establece que, a efectos de las pensiones contributivas de jubilación y de incapacidad permanente, se computarán a favor de la trabajadora solicitante de la pensión, un total de 112 días completos de cotización por

¹³ Como se sabe, la maternidad es una de las causas de suspensión del contrato de trabajo previstas en el artículo 48.4 del ET (y 30.3 de la Ley 30/1984) en la que persiste la obligación legal de cotizar. Esto significa, al igual que sucede en las prestaciones de incapacidad temporal y riesgo durante el embarazo, que durante este tiempo de suspensión del contrato, el trabajador no experimenta merma alguna en su carrera de seguro para causar derecho a futuras prestaciones del Sistema. Sin embargo, la extinción del contrato lleva consigo el final de esa obligación, de forma que la situación de maternidad que subsista habrá de mantenerse en los mismos términos, produciéndose no obstante un vacío de cotización por el tiempo que aquella persista sin contrato de trabajo. Asimismo, cuando la circunstancia no es la extinción posterior del contrato, iniciada la maternidad, sino que esta tiene lugar siendo la trabajadora perceptora de una prestación de desempleo el efecto es el mismo; ya que, si bien durante esta situación protegida existe obligación de cotizar por parte de la Entidad Gestora, no obstante, una vez causado el derecho a la prestación de maternidad, la protección que dispensa el desempleo se entenderá suspendida (tanto en lo que respecta al subsidio cuanto a la obligación de cotizar, previsión que ha sido incorporada igualmente por la LOIMH). Ambas situaciones, a partir de la reforma operada, pasan a ser consideradas tiempo cotizado respecto de determinadas prestaciones del Sistema (pensiones en general, y los propios subsidios de maternidad y paternidad).

cada parto de un solo hijo y de 14 días más por cada hijo a partir del segundo, éste incluido, si el parto fuera múltiple, salvo si, por ser trabajadora o funcionaria en el momento del parto, se hubiera cotizado durante la totalidad de las dieciséis semanas o, si el parto fuese múltiple, durante el tiempo que corresponda.

La lectura de ambos preceptos, aún tratándose de supuestos distintos, responden a una finalidad común, considerar tiempo cotizado el tiempo correspondiente a la maternidad, cuando por las razones que sea, no persista o no haya existido, la obligación legal de cotizar. Un tratamiento más favorable del tiempo de suspensión del contrato de trabajo por razón de maternidad que coincide con el que igualmente ha previsto la LOIMH respecto de la excedencia por cuidado de hijo o menor acogido de acuerdo con el artículo 46.3 del ET; en estos casos, los dos primeros años de excedencia (no limitándose al primero como sucedía antes de la reforma) tendrán la consideración de periodo de cotización efectiva a efectos de las correspondientes prestaciones de la Seguridad Social por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad (según la nueva redacción dada por la citada Ley al artículo 180.1 de la LGSS).

No obstante lo anterior, la aplicación de este mecanismo, resulta ser más frecuente cuando se trata de prestaciones que exigen una larga vida de afiliación y cotización (es el caso de las pensiones de jubilación e incapacidad permanente); pero que, como sucede con el resto de estos correctivos, no cabe decir lo mismo cuando las prestaciones requieren periodos de carencia cortos para generar el derecho a las mismas (es el caso de la maternidad o el desempleo). Pues bien, resulta sorprendente que este mecanismo se prevea cuando el acceso que se pretende sea a las prestaciones de maternidad o paternidad (esto es, respecto de subsidios y no sólo de pensiones). De nuevo, se trata de una previsión de difícil aplicación, si se tiene en cuenta que se parte de la situación de quien ha iniciado ya cualquiera de las situaciones anteriores —maternidad o paternidad— (y que, por tanto, se ha visto obligado a tener que cotizar el tiempo suficiente para el reconocimiento del derecho); todo ello, sin olvidar que la mayor amplitud del periodo en el que la exigencia de carencia deba entenderse cumplida facilita el acceso a quienes se encuentren en cualesquiera de los supuestos previstos en la LOI, sin necesidad de acudir a esta fórmula de la cotización asimilada (siete años o, alternativamente, toda la vida laboral del sujeto). De todas formas, este tratamiento del tiempo de suspensión del contrato de trabajo, sin obligación de cotizar, aplicado a las prestaciones de maternidad (y paternidad) es una manifestación más de la mayor laxitud que está recibiendo el requisito de carencia en ambas (junto a las anteriormente descritas de la ausencia de carencia, según la edad del trabajador, o el acceso a un subsidio especial por carecer de la cotización necesaria).

Junto al supuesto anterior, la citada Ley ha previsto otro en el que la situación de partida es diferente ya que, en este caso, lo que determina esa cotización ficticia es cual sea la situación de la mujer en el momento del parto. Una vez más la redacción dada por la norma es confusa pues no resulta del todo clara la finalidad de la misma; parece que lo que se está permitiendo es que aquella mujer que en su momento no haya podido acceder a la protección de maternidad, tanto desde la perspectiva laboral como de Seguridad Social, cuando solicite posteriormente su pensión de jubilación o de incapacidad permanente, le sea computado el tiempo de suspensión del contrato por razón de maternidad como si realmente hubiese existido (de ahí que se computen 112 días completos de cotización que no es sino el equivalente en días a 16 semanas). Sólo desde esta interpretación cabe explicar



la excepción a la regla contenida en la norma, y que se recoge en su último párrafo, respecto de quien por ser trabajadora o funcionaria en el momento del parto, hubiera cotizado durante la totalidad de las dieciséis semanas o, si el parto fuese múltiple, durante el tiempo que corresponda (supuestos para los que no cabe esta cotización ficticia ya que ha existido cotización real). O la propia denominación que recibe este tipo de situaciones calificadas en términos de «periodos de cotización asimilados por parto», ya que es este hecho el que precisamente da origen a la asimilación posterior. De entenderlo en los términos expuestos, con esta medida se está concediendo un beneficio de cotización a las mujeres, simplemente por haber tenido hijos, con independencia de su condición de trabajadora en el momento del parto; si esto supone o no la vía de entrada a una futura protección de maternidad sin condicionantes profesionales es algo difícil de asegurar en este momento. De lo que no cabe duda es que con esta reforma se está reforzando (o favoreciendo) los supuestos de incorporación tardía de la mujer en el mercado de trabajo por razón de maternidad; de ahí que a mayor número de hijos las cotizaciones asimiladas también sean mayores, concretamente, 14 días más por cada hijo a partir del segundo (tratamiento que puede derivar en una importante bolsa de cotizaciones ficticias a efectos de alcanzar futuras pensiones).

En definitiva, se está ante un ejemplo de importación desde el Derecho comparado de técnicas jurídicas de protección, no sólo de la mujer trabajadora que sufre retraso en la incorporación al mercado laboral, o intermitencias de la actividad profesional, sino también de protección de la familia ¹⁴.

2.1.5. *Situaciones de tránsito prestacional*

Las conexiones entre ambas situaciones de necesidad están reguladas en el artículo 222 LGSS. De conformidad con el contenido de este precepto, cuando la trabajadora vea extinguido su contrato de trabajo estando en situación de descanso por maternidad, seguirá percibiendo la misma prestación hasta que concluya dicha situación pasando entonces, si cumple con los requisitos, a la protección por desempleo; siendo indiferente, a estos efectos, que la trabajadora haya optado por disfrutar el periodo de descanso voluntario de maternidad, parcial o totalmente, antes o después del parto, ya que lo decisivo en la conexión o tránsito al desempleo es que la situación de maternidad haya concluido. Asimismo se establece que este tiempo no se descontará del periodo de percepción de la prestación por desempleo.

Una regulación que contrasta con la que recibe la situación de incapacidad temporal tras la reforma introducida por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre de Presupuestos Generales del Estado que dio nueva redacción a dicho artículo 222 ¹⁵, y que se justifica, en gran

¹⁴ Se trata de un tímido experimento que hace el legislador español, si se toman en consideración las regulación que el sistema francés ofrece en el ámbito del seguro de vejez, por poner un ejemplo, la *majoration pour enfant*, de las pensiones de vejez, invalidez y viudedad (art. 351-12 del Código de la Seguridad Social), o la tipología plural de prestaciones familiares enumeradas por el artículo L. 511-1 del Código de la Seguridad Social.

¹⁵ BARCELÓN COBEDO, S., *El Tránsito entre Prestaciones del Sistema de Seguridad Social*, Navarra, Aranzadi, 2002, pág. 251.

medida, por la función social que cumple esta prestación. Para el caso contrario, esto es, cuando la beneficiaria de la situación de desempleo pase a serlo de maternidad, pasará a percibir la prestación por esta última contingencia en la cuantía que corresponda; un tratamiento, sin duda, más favorable para la trabajadora ya que habrá de aplicarse a su base reguladora (que es la base de cotización por contingencias comunes del mes anterior a actualizarse la contingencia, que lógicamente habrá de ser la de desempleo), el porcentaje del 100 por 100, frente al del 70 por 100 o del 60 por 100, según el momento en el que se halle de percepción, que habría de corresponderle por desempleo. En ningún caso, se entienda ampliado el periodo de percepción de la prestación por desempleo por la circunstancia de que el trabajador pase a la situación de maternidad.

La reforma introducida por la LOI, a la que ya se ha hecho referencia indirectamente al abordar los supuestos de cotización asimilada, prevé un tratamiento del tiempo de maternidad, a efectos del consumo de la percepción del desempleo, como si de un paréntesis se tratara. Se completa así el supuesto descrito anteriormente. En efecto, se añade un nuevo párrafo quinto al apartado 3 del artículo 222 LGSS, según el cual el tránsito o paso de un trabajador a la situación de maternidad (y paternidad) supondrá la suspensión de la prestación por desempleo y la obligación de cotizar a la Seguridad Social que corresponde a la Entidad Gestora; de este modo, el trabajador pasará a percibir la prestación de por maternidad que será gestionada directamente por su Entidad Gestora (el INSS).

Hasta aquí, la regulación es exactamente la misma a la expuesta; ahora bien, la modificación introducida por la LOI está relacionada con el momento posterior, o dicho de otro modo, qué tratamiento habrá de recibir la mujer trabajadora una vez extinguida la prestación de maternidad. Pues bien, para este caso, se ha previsto que se reanude la prestación por desempleo en los términos recogidos en el artículo 212.3 b) LGSS, por la duración que reste por percibir y por la cuantía correspondiente al momento de la suspensión. De este modo, la maternidad actúa como un paréntesis que impide que el tiempo de suspensión del contrato pueda tener repercusiones respecto de la situación previa de desempleo. Una regulación que sigue en la línea de la reforma operada en el año 2001 y que claramente ofrece un tratamiento más ventajoso a la maternidad (a efectos de sus posibles conexiones con el desempleo) que cuando se trata de la prestación de incapacidad temporal. De este modo, la pérdida de empleo unida a la incapacidad para el trabajo determina que el sujeto pase o continúe —según sea la prestación de partida— a ser perceptor de la prestación de incapacidad temporal pero en cuantía de desempleo; y asimismo que este tiempo en el que ambas situaciones coincidan sea cotizado por la Entidad Gestora correspondiente y, en consecuencia, descontado de la duración de la prestación de desempleo.

2.1.6. *Tiempo de descanso por maternidad*

Una de las principales dificultades que entraña el contenido de la contingencia de maternidad radica fundamentalmente en los diferentes intereses que están presentes; sin duda, clave a este respecto es el que supone la protección de la integridad física de la mujer, consecuencia directa del parto, procurándole el descanso necesario. Esto ha derivado en un derecho de la madre a un tiempo de descanso que, desde la perspectiva laboral, ha supuesto la suspensión del contrato de trabajo. A través de la suspensión se facilita a la mujer



trabajadora un periodo determinado de tiempo en el que ésta es exonerada de la prestación de servicios; pero que exige, en contrapartida, que se complemente con un mecanismo de protección que permita sustituir las rentas dejadas de percibir. Así pues, la protección que el Sistema ofrece no abarca a la maternidad en toda su extensión, sino que habrá de limitarse a las situaciones previstas en la legislación laboral o de función pública, y únicamente por los periodos de descanso, por suspensión del contrato de trabajo o de la relación funcional. Se trata de una prestación vinculada en su origen a ofrecer a la mujer trabajadora una estabilidad en el empleo al tiempo que asegurarle la protección física de la misma ¹⁶.

Pero junto a este objetivo, no hay que olvidar el que sin duda representa ofrecer cuidados al hijo en los primeros momentos de su vida; un objetivo que en los últimos años se ha traducido en una mayor presencia de ambos progenitores al respecto, con el fin de procurar una mayor igualdad de trato entre hombres y mujeres, y facilitar que la mujer pueda compaginar sus obligaciones familiares y laborales ¹⁷. Algo que conecta muy directamente con el objetivo, general, independientemente del género, de la conciliación de la vida laboral y familiar ¹⁸. Así, las mejoras introducidas sobre este particular por la Ley de Igualdad se concretan, por un lado, en una ampliación del derecho derivado del de la madre que le es reconocido al padre; y, por otro, en una mayor permisividad en la interpretación del carácter ininterrumpido del tiempo de descanso.

El artículo 48.4 ET configura la suspensión del contrato de trabajo por maternidad con una duración inicial de dieciséis semanas, ampliables en el supuesto de parto múltiple en dos semanas más por cada hijo a partir del segundo. Una duración que se ha visto mejorada en el supuesto de discapacidad del hijo o menor acogido por la LOI que, para estos casos establece, con carácter general, dieciocho semanas. Tratamiento más favorable que se justifica por la mayor dificultad que el cuidado de estos hijos conlleva; y que claramente está en la línea de la regulación que ofrecen las prestaciones familiares para las que, entre otros aspectos, la condición de hijo discapacitado neutraliza la exigencia relativa al requisito de la edad (que no habrá de quedar limitada a los dieciocho años). Asimismo, la protección dispensada en estos supuestos responde al principio de universalidad plena al no exigir a los sujetos beneficiarios para su disfrute ningún elemento de asistencialización (desaparece la exigencia de carencia de recursos que, por el contrario, sí está presente para el resto de prestaciones familiares por hijo a cargo o menor acogido); o que, para determinar el cómputo del número de hijos tenidos en cuenta para ser sujeto beneficiario, los hijos

¹⁶ GORELLI HERNÁNDEZ, J., *La protección por maternidad*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1997, págs. 113-114.

¹⁷ Dentro siempre del marco de las iniciativas internacionales y comunitarias, entre otras, las Directivas del Consejo, concretamente, 92/85/CEE de 19 de octubre que contempla la maternidad desde la perspectiva de la salud y seguridad de la mujer trabajadora embarazada que haya dado a luz o en periodo de lactancia; y la Directiva 96/64/CEE, de 3 de junio, relativa al Acuerdo Marco sobre permiso parental celebrado entre las organizaciones sindicales y empresariales más representativas a nivel comunitario.

¹⁸ El fenómeno de la conciliación entre los aspectos familiares y laborales estuvo presente en la reforma operada en el año 1999 por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de Conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (en lo sucesivo Ley 39/1999), que introdujo una mayor flexibilidad en lo relativo a los beneficiarios de las prestaciones económicas de maternidad; y vuelve a estarlo en la LOIMH, que introduce modificaciones al contenido de los artículos 48.4 del ET y 30.3 de la Ley 30/1984.

afectados por una minusvalía igual o superior al 33 por 100 computen doble (artículo 20.3 del Real Decreto 1335/2005, de 11 de noviembre, Prestaciones Familiares).

Este tiempo de suspensión del contrato de trabajo podrá ser distribuido a elección de la interesada, si bien con dos limitaciones: la que supone que seis semanas sean inmediatamente posteriores al parto, y que el disfrute de las mismas corresponda exclusivamente a la madre. Se habla entonces de descanso obligatorio. Es únicamente respecto del tiempo restante de suspensión (que como regla general será de diez semanas), donde se abren las posibilidades, tanto en su configuración como respecto de quienes puedan ser los sujetos beneficiarios. Lo que explica que todas las modificaciones se hayan centrado en este periodo que, por contraste con el anterior, se califica de voluntario¹⁹. Sobre este segundo aspecto, la LOI modifica el contenido del artículo 48.4 ET permitiendo que el otro progenitor pueda seguir haciendo uso del periodo de suspensión por maternidad inicialmente cedido, aunque (y aquí radica precisamente la novedad) en el momento previsto para la reincorporación de la madre al trabajo, ésta se encuentre en situación de incapacidad temporal. Se soluciona así una situación que contravenía el espíritu de esta cesión a favor del padre, pues, si de lo que se trata es de hacer que éste se corresponsabilice en el cuidado del hijo, esta mayor presencia aún se justifica más si cabe cuando la madre ni siquiera puede ocuparse del menor por precisar asistencia sanitaria (razones de índole presupuestaria parecían ser la causa de esta limitación, ya que, una situación como la descrita obliga necesariamente a tener que abonar dos subsidios, uno por incapacidad temporal a la madre y otro por maternidad al padre).

La otra novedad que introduce la LOIMH al artículo 48.4 ET es aquella que va a permitir que, para el caso de que la madre no tenga derecho a suspender su actividad profesional con derecho a prestaciones de acuerdo con las normas que regulen dicha actividad, el derecho a suspender el contrato de trabajo pase al otro progenitor por el periodo que hubiera correspondido a la madre (que habrá de ser de dieciséis semanas como regla general); sin que ello sea incompatible, claro está, con el permiso por paternidad previsto en la citada Ley²⁰. Por tanto, un derecho, como es el del padre, que deriva del de la madre adquiere autonomía cuando por los motivos expresados aquélla no lo genere, asumiéndolo éste por el periodo que le hubiera correspondido a la madre. Esto es, el derecho del padre comprende la totalidad del tiempo de suspensión, incluidas las seis semanas de descanso obligatorio. Una medida que, si bien provoca de inmediato el efecto deseado, favorecer la corresponsabilidad del otro progenitor, de forma que ante una situación en la que no sea posible la actuación de la madre el menor no se vea desprotegido, no deja de sorprender

¹⁹ Como ya se ha señalado, la Ley 39/1999 introdujo medidas que flexibilizaron el uso de este periodo de descanso voluntario. De este modo, la citada Ley no sólo amplió el tiempo que del mismo podía disfrutar el padre (limitado hasta ese momento a las cuatro últimas semanas) y que a partir de entonces se configuró sin otro condicionante que el respeto a las seis semanas de descanso obligatorio (es decir, las diez semanas restantes); además, el disfrute podía ser sucesivo (como venía siendo) o simultáneo con el de la madre.

²⁰ Con anterioridad a la LOI, el disfrute del tiempo de suspensión del contrato de trabajo y de la consiguiente prestación económica por los dos progenitores queda condicionado, entre otros factores, a que ambos trabajen. De forma que, si la madre no realiza una actividad lucrativa o, realizándola, no genera el derecho, el padre no podrá acceder a la prestación. Así lo mantenía la Administración de la Seguridad Social, en su Criterio Jurídico 2000/60, en el que señalaba que no es posible efectuar tal opción al no ser la madre titular del derecho que da lugar a la situación protegida por el Sistema

por ese carácter de derecho que, en principio, deviene de una opción previa de la madre (circunstancia que en este caso no resulta posible).

Por último, y en esta misma línea de argumentación, la LOI ha mejorado la previsión contenida en el artículo 4 del Real Decreto 1251/2001 (tras la reforma introducida por la disposición final cuarta del RD 1335/2005) para los supuestos de fallecimiento de la madre, durante o con posterioridad al parto. El citado precepto reconocía el derecho al disfrute del periodo de suspensión del contrato de trabajo al otro progenitor, aún cuando la madre no hubiera estado incluida en el ámbito de aplicación del sistema de Seguridad Social; un disfrute que puede abarcar la totalidad del periodo, o la parte que quede por disfrutar. La reforma operada por la LOI está directamente relacionada con este último aspecto; de este modo, el tiempo que, en estos casos, podrá ser disfrutado por el padre habrá de computarse desde la fecha del parto, sin que se descuente del mismo la parte que la madre ya hubiera podido disfrutar con anterioridad a ese momento. De manera que el padre podrá hacer uso (cuando se dé la circunstancia de fallecimiento) del tiempo máximo de suspensión.

Junto al rasgo de la obligatoriedad en el descanso por maternidad, que alcanza, como se ha visto, a las seis semanas inmediatamente posteriores al parto, hay que señalar también el que representa que el disfrute del descanso haya de ser ininterrumpido. En efecto, el artículo 133 bis LGSS remite expresamente a lo establecido en la normativa laboral, concretamente al artículo 48.4 ET que, al definir el descanso por maternidad como uno de los supuestos de suspensión del contrato de trabajo, no sólo se limita a fijar la duración del mismo, sino que dispone también su carácter ininterrumpido. No obstante esta regla general, se prevé una excepción para los casos de parto prematuro y en aquéllos en que, por cualquier causa, el neonato deba permanecer hospitalizado a continuación del parto. Para esta situación, el artículo 48 en su párrafo tercero (introducido por la Ley 12/2001, de 9 de julio, de Medidas Urgentes de Reforma del Mercado de Trabajo, para el incremento del empleo y la mejora de la calidad) establece que el periodo de suspensión podrá computarse, a instancia de la madre o, en su defecto, del padre, a partir de la fecha del alta hospitalaria; quedan excluidas de dicho cómputo las primeras seis semanas posteriores al parto²¹. Por su parte, el RD 1251/2001 en su artículo 7.4, completa la excepción prevista en la normativa laboral estableciendo cómo habrá de ser disfrutado el periodo restante, una vez interrumpido el mismo por las razones expuestas. De este modo, si el descanso se había iniciado a partir de la fecha del parto, la interrupción en el percibo del subsidio por maternidad puede comprender el periodo de las diez semanas posteriores al descanso obligatorio o de las que correspondan por parto múltiple. Para el caso de que tal descanso se haya iniciado antes del parto, la interrupción afecta al periodo que, en su caso, reste por disfrutar tras el periodo de seis semanas de descanso obligatorio.

Sin modificar los términos actuales de la regulación, la LOI mejora el contenido de la misma añadiendo un nuevo párrafo al citado artículo 48.4 ET estableciendo al efecto que, para los casos en los que está prevista la interrupción de la suspensión, y siempre que la

²¹ SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., «Medidas para la conciliación de la vida familiar y laboral», AAVV «Análisis de la Ley 12/2001, de 9 de julio. La Reforma Laboral y Familiar de 2001», Pamplona, Aranzadi, 2001, págs. 256-257.

hospitalización del neonato sea superior a siete días, el periodo de suspensión se verá ampliado tantos días como el nacido se encuentre hospitalizado, con un límite de trece semanas. En definitiva, el periodo de suspensión, en estas situaciones, podrá comprender hasta un total de 29 semanas (es decir, más de siete meses). En realidad, esta previsión busca compensar a los padres del tiempo de hospitalización, que claramente imposibilita, o cuando menos obstaculiza, que éstos puedan tener una convivencia plena con el menor; esto explica que la ampliación abarque todo el periodo en el que el neonato precise de dicha hospitalización. Bien es verdad que la posibilidad de interrumpir el tiempo de suspensión prevista ya en la regulación anterior garantizaba igualmente a los padres poder establecer esos vínculos con el menor, pero sólo limitado al periodo de descanso voluntario, ya que el obligatorio, con hospitalización o no, había de ser disfrutado.

2.2. Prestación de Riesgo durante el Embarazo

Se ha de remarcar que (e independientemente de las consideraciones que se harán más adelante acerca de la nueva prestación de Seguridad Social de riesgo durante la lactancia), en el ordenamiento jurídico interno español, el riesgo durante el embarazo el objetivo principal de todas reformas anteriores a la LOI, para la implementación de la normativa comunitaria.

Dentro de nuestro ordenamiento, el Art. 26.1.º y 2.º de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, (en lo sucesivo LPRL) en su redacción original, establecía en las situaciones de riesgo durante el embarazo (a lo que se asimilaba la lactancia en el art. 26.3.º), y consecuencia de las evaluaciones de riesgos para el embarazo, la obligación de adoptar las medidas necesarias para evitar la exposición a dicho riesgo, a través de una adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo de la trabajadora afectada. Esta primera previsión se refería, especialmente a la no realización de trabajo nocturno o a turnos. En segundo lugar, en los casos de imposibilidad de adaptación, o de ineficacia de la adaptación para evitar el riesgo, siempre que se certificase médicamente (siempre que no pueda derivar esta conclusión e la evaluación inicial de los riesgos y se haya previsto así) que las condiciones del puesto de trabajo podrían influir negativamente en la salud de la trabajadora embarazada o del feto. En ese caso, se preveía que la trabajadora debería desempeñar un puesto de trabajo o una función diferente y compatible con su estado. En este sentido, se arbitran reglas específicas de movilidad funcional. Ante esta regulación, la doctrina, inmediatamente detectó una transposición parcial de la Directiva 92/85/CE de 19 de octubre, relativa a la protección de la maternidad. En efecto, se había obviado el último peldaño/nivel/ escalón²² de dicha protección de la maternidad, en el que se materializaba la situación de riesgo durante el embarazo como una eventual causa de suspensión de la relación laboral, durante la cual se habría de mantener la remuneración o se habría de recibir una renta sustitutoria²³.

²² GARCÍA PERROTE, I., «Protección de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos». AA.VV. «Seguridad y salud en el trabajo. El nuevo Derecho de prevención de riesgos profesionales», (CASAS BAHAMONDE, M.E, PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., VALDÉS DAL-RE, F. (Coords.)) Madrid, La Ley, 1997, pág. 44.

²³ GONZÁLEZ ORTEGA, S., APARICIO TOVAR, J., *Comentarios a la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales*, Madrid, Trotta., 1996, pág. 175.

Hasta el año 1999, en la práctica, a falta de regulación en el ordenamiento jurídico interno, la situación de anomia se superaba mediante el reconocimiento, en el mejor de los casos de la prestación de incapacidad temporal por contingencias comunes, algo que no contradecía lo establecido en el Art. 11.1.º de la Directiva 92/85. Esto había planteado zonas de desprotección, por cuanto, en algunos casos, una doctrina administrativa correctamente purista, con respeto a la normativa vigente, había negado el reconocimiento de prestaciones por incapacidad temporal²⁴, sobre la prohibición de las «bajas de complacencia». En el peor de los casos, se acudía a las formulas de las excedencias, o a la vía de la imposibilidad sobrevenida de realizar la prestación laboral en los términos del Art. 30 ET.

La Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de conciliación de la vida de conciliación de la vida laboral y familiar de las personas trabajadoras, (en lo sucesivo, Ley 39/1999) introduce una nueva causa de suspensión del contrato (art. 45.1.d) ET), sobre la base de la incorporación de un nuevo apartado 3.º en el artículo 26 LPRL. En efecto, si el cambio de puesto no resultara técnica u objetivamente posible, o no pudiera exigirse por motivos justificados, subsidiariamente, se previó el paso de la trabajadora a la situación de suspensión de contrato por riesgo durante el embarazo, previa certificación médica del facultativo del servicio público de salud y de las mutuas o el INSS. Esta suspensión llevaba aneja, previo cumplimiento de los requisitos exigidos, y que se verán mas adelante, la prestación de riesgo durante el embarazo. Suspensión que, inicialmente, algún sector de la doctrina ha considerado «manifestación específica de incapacidad temporal para el supuesto de riesgo durante el embarazo»²⁵.

La falta de reconocimiento expreso de que la situación de riesgo durante el embarazo constituía una manifestación clara de riesgo profesional, en 1999, en el primer diseño dado a la prestación de riesgo durante el embarazo, se había trasladado a la vertiente de la protección social. En congruencia con esa consideración, el sistema de Seguridad Social, en su nivel contributivo, reconocía, en los casos de suspensión del contrato previstos en el artículo 26.3.º LPRL, una prestación económica asimilada a la prestación económica de incapacidad temporal. En concreto, se trataba de una prestación que, a pesar de las implicaciones preventivas, exigía el cumplimiento de requisitos contributivos, a saber, ciento ochenta días de cotización previa dentro de los cinco años anteriores al hecho causante de la prestación (art. 135.1 LGSS, en su redacción anterior, en consonancia con el Art. 130.a) LGSS). Con independencia de la problemática que presentaba el hecho de exigir la suspensión del contrato el carácter de contingencia común se volvía a manifestar en las reglas de cálculo de la prestación. Así, se establecía que la prestación económica sería la que correspondería tras aplicar el porcentaje del 75% a la base reguladora que serviría para calcular una prestación de incapacidad temporal por contingencia común (base de cotización por contingencias comunes del mes anterior al hecho causante)²⁶.

En consonancia con las previsiones preventivas en materia de riesgo durante el embarazo, la —expresa— consideración de riesgo profesional ha tenido una consecuencia in-

²⁴ Sirva de ejemplo de esto la STSJ Madrid, de 19 de abril de 2001 (R.º 3889/2000).

²⁵ PÉREZ DEL RÍO, T., BALLESTER PASTOR, A., *Mujer y Salud laboral*, Madrid, La Ley, 2000, pág. 57.

²⁶ GONZÁLEZ ORTEGA, S. «Seguridad social y riesgo durante el embarazo». AAVV., «Nuevos escenarios para el Derecho del Trabajo: familia, inmigración y noción del trabajador. Homenaje a Máximo D´Antona», LÓPEZ LÓPEZ, J. (Coord.), Madrid, *La Ley Actualidad*, 2001, pág. 119 y ss.

mediata de la que se hace eco el legislador de igualdad y es concederle a la prestación de riesgo durante el embarazo (artículos 134 y 135, antes contenidos en el Capítulo IV ter) la naturaleza de prestación derivada de contingencia profesional (algo que igualmente alcanza a la lactancia)²⁷. Y, en la nueva redacción dada por la disposición adicional decimoctava, apartado ocho LOI, el Art. 134 de la Ley General de Seguridad Social señala expresamente el cambio en la naturaleza prestacional operado. Se mantiene que, a los efectos de la prestación económica por riesgo durante el embarazo, se considerará situación protegida el periodo de suspensión del contrato de trabajo en los supuestos en que, debiendo la mujer trabajadora cambiar de puesto de trabajo por otro compatible con su estado, en los términos previstos en el artículo 26, apartado 3, LPRL dicho cambio de puesto no resulte técnica u objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados. En ese mismo artículo 134 LGSS in fine, se reconoce que la prestación correspondiente a la situación de riesgo durante el embarazo *tendrá la naturaleza de prestación derivada de contingencias profesionales*.

Como consecuencia de su re-naturalización por la LOI como prestación derivada de contingencia profesional, a la prestación de riesgo durante el embarazo se le aplican, en el nuevo diseño protector operado por la disposición adicional decimoctava, apartado nueve, las reglas de la incapacidad temporal por contingencias profesionales²⁸. En este ámbito, sólo podrán ser beneficiarias las mujeres trabajadoras en situación de suspensión del contrato en los términos del Art. 45.1 d) ET y 26.3.º LPRL. Esto es, de la remisión a las reglas de acceso a la prestación de incapacidad temporal por contingencias profesionales se deriva que, en primer lugar, serían aplicables las reglas del alta presunta o de pleno derecho en caso de incumplimiento empresarial de la obligación de cotizar (125.3 LGSS); y, en segundo lugar, no será exigible periodo de carencia alguno (Art. 130. b) LGSS).

Su recalificación como prestación profesional tiene no solo esa primera vertiente cualitativa, sino también una segunda vertiente cuantitativa. Así, las reglas de cálculo de la prestación de riesgo durante el embarazo se han visto también modificadas; más allá incluso de lo que sería necesario para dotar de congruencia a la protección desde la nueva perspectiva profesional. En efecto, se ha producido un salto cualitativo: el porcentaje aplicable a la base reguladora, que inicialmente se correspondía, en la regulación anterior, con el 75% aplicable en los casos de incapacidad temporal por contingencia profesional, se ha visto incrementado hasta el 100%. Porcentaje similar al que se emplea para el cálculo de las prestaciones por maternidad. Ese nuevo porcentaje, ahora, se aplica a la base reguladora

²⁷ Llama poderosamente la atención el hecho de que, en el Anteproyecto de la LOIEHM, únicamente se preveía, como única modificación de la regulación anterior, la no exigencia para causar prestaciones por riesgo durante el embarazo (por ende extensible a las prestaciones de riesgos durante la lactancia), y se dejaba indemne en lo restante el régimen jurídico con vis de contingencia común. Como superación de esa regulación inicial, en los textos sucesivos (Proyecto de Ley aprobado por el pleno del Congreso de los Diputados (21-12-2006, BOCG 2-1-2007)) se diseñó enseguida el régimen ahora vigente.

²⁸ Algo esto, que ya había sido propuesto por algún sector de la doctrina. Entre otros, GONZÁLEZ ORTEGA, «S. Seguridad social y riesgo durante el embarazo». AAVV., «Nuevos escenarios para el Derecho del Trabajo: familia, inmigración y noción del trabajador. Homenaje a Máximo D'Antona», LÓPEZ LÓPEZ, J. (Coord.), Madrid, *La Ley Actualidad*, 2001, pág. 120; TORTUERO PLAZA, J.L. *50 propuestas para racionalizar la maternidad y facilitar la conciliación laboral*, Cizur Menor, Aranzadi, 2006, págs. 173-186.



que serviría para calcular una prestación de incapacidad temporal derivada de accidente de trabajo o de enfermedad profesional (nuevo art. 135.3.º LGSS). Si se observa, se diseña una prestación híbrida entre la que se ofrece durante la suspensión del contrato por maternidad, y entre una incapacidad temporal derivada de contingencia profesional.

Por último, esta reforma también ha tenido su reflejo en la gestión directa de la prestación; si bien, siguen sin haberse eliminado los —así denominados— obstáculos para alcanzar la prestación, y una de cuyas materializaciones era la de la «procedimentalización certificada»²⁹ en tanto en cuanto se exigen informes y certificados varios. Esta complejidad en la vertiente preventiva, se traslada a la vertiente protectora, al procedimiento de reconocimiento y concesión del derecho, donde se llevan los sucesivos juicios de peligrosidad, de necesidad médica del cambio, de posibilidad organizativo-productiva³⁰. A lo que se une la necesidad del acuerdo suspensivo, y sobre lo que se volverá en más detalle al analizar la nueva prestación de riesgo durante la lactancia.

Pues bien, tras la LOI, la gestión corresponderá a la entidad gestora (INSS) o a las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, en función de quién sea la entidad con la que la empresa haya concertado la cobertura (obligatoria) de las contingencias profesionales (nuevo Art. 135.4.º LGSS). Se supera así la regulación anterior en la que la gestión era competencia del INSS (antiguo art. 135.4.º LGSS), sin que las entidades colaboradoras tuvieran facultades de ningún tipo; lo que había suscitado reivindicaciones varias de dichas entidades, y dificultaba la gestión última de la prestación.

3. AMPLIACIÓN DE LA ACCIÓN PROTECTORA DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL

Junto al bloque de medidas de reforma de Seguridad Social destinadas a mejorar el régimen jurídico de algunas de las prestaciones ya existentes (como la de maternidad y riesgo durante el embarazo arriba analizadas), la LOI introduce también novedades de Seguridad Social cuyo propósito, mediato, (porque el propósito inmediato es el de la igualdad efectiva entre hombres y mujeres) es el de ampliar el nivel de cobertura que ofrece el sistema español de Seguridad Social.

De un modo más preciso, la LOI diseña dos nuevas prestaciones, con las que pretende cubrir algunas lagunas de protección. Se trata de las prestaciones de paternidad y de riesgo durante la lactancia. El primer caso, responde más a una demanda social, enmarcada dentro de la lógica de la igualdad efectiva; mientras que el segundo caso constituye una vía de cumplimiento —tardío— de requerimientos de la legislación social comunitaria. Aspectos todos estos que se tratan a continuación.

²⁹ LOUSADA AROCHENA, J.F. (2001) «El riesgo durante el embarazo (I y II)», *AL*, núm. 27, (versión electrónica no paginada), pág. 3 y ss.

³⁰ GONZÁLEZ ORTEGA, S. «Seguridad social y riesgo durante el embarazo». AAVV., «Nuevos escenarios para el Derecho del Trabajo: familia, inmigración y noción del trabajador. Homenaje a Máximo D´Antona», LÓPEZ LÓPEZ, J. (Coord.), Madrid, *La Ley Actualidad*, 2001, pág. 109 y ss.

3.1. Prestación de paternidad

La previsión legal que representa la incorporación de la nueva contingencia de paternidad al sistema de Seguridad Social (se añade un nuevo Capítulo IV ter dentro del Título II de la LGSS) se puede considerar, en cierto modo, uno de los principales logros de la LOI por lo que supone de acortamiento de las distancias, todavía existentes, en materia de conciliación de la vida familiar y laboral (especialmente significativo en el momento actual habida cuenta la presencia creciente de la mujer en el espacio económico)³¹.

Se configura así una nueva situación protegida comprensiva de las mismas que la de maternidad (esto es, nacimiento, adopción y acogimiento en el sentido amplio ya indicado, art. 133 octies), y sólo, durante el periodo de suspensión que, por tales situaciones, se disfrute de acuerdo con lo previsto en el art. 48 bis ET. Es decir, se reproduce el esquema definido para la situación de maternidad; lo que significa que la protección dispensada por el Sistema queda condicionada a la suspensión previa de la relación de trabajo. Sin embargo, junto a este rasgo común, es fácil observar diferencias que afectan a otros aspectos de su regulación. En concreto, la duración prevista en los supuestos de paternidad resulta ser notablemente inferior (al menos por el momento) si se tiene en cuenta que el mismo está limitado a trece días frente a las dieciséis semanas que comprende el descanso por maternidad. Asimismo, su fórmula de disfrute no sólo se condiciona al tiempo de suspensión del contrato en los términos que recoge el art. 48.4 ET (esto es, dieciséis semanas) sino que también podrán ser disfrutados después de la finalización de dicha suspensión. En realidad, y como ya se ha dicho, el permiso de paternidad se presenta como una medida más en la promoción de la conciliación familiar y laboral; que persigue una mayor implicación del padre en el cuidado de los hijos. Esto explica que en su configuración se haya previsto un disfrute del mismo bastante singular, especialmente por lo que hace a la posibilidad de que el mismo pudiera ser disfrutado por la madre. De este modo, el art. 48 bis ET (incluido por la LOI) prevé que, en el supuesto de parto, la suspensión corresponda exclusivamente al otro progenitor. Una limitación que se justifica desde la lógica de un tiempo de descanso pensado para ampliar el papel del padre en las labores propias del cuidado del menor, hasta ahora condicionado a la opción previa por parte de la madre, y no de ampliación del tiempo de descanso de la madre (deriva que habría resultado ser la natural de no haberse establecido tal limitación por aplicación del juego de las reglas de disfrute simultáneo o sucesivo características del descanso por maternidad).

Hechas estas consideraciones, y volviendo a lo que ahora interesa (régimen jurídico de la nueva prestación de Seguridad Social) hay que decir que la misma está condicionada, una vez más, a que el sujeto que pretenda su acceso (y pase, entonces a convertirse en sujeto beneficiario) cumpla los requisitos generales (y propios de toda prestación de naturaleza contributiva) de alta o asimilada y carencia. Sobre este particular, se reproduce el mismo esquema que para el caso de la prestación de maternidad, si bien, la mayor flexibi-

³¹ Para un análisis más detallado de las reformas en materia de permiso de paternidad desde la perspectiva laboral, véase ALAMEDA CASTILLO, M.ª T. «Otro lento avance normativo hacia la corresponsabilidad familiar: suspensión del contrato de trabajo y prestación de paternidad», en MERCADER UGINA, J.R (Coord.) *Comentarios laborales de la Ley de Igualdad entre hombres y mujeres*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, págs. 495-538.



lidad en el cumplimiento del requisito de carencia incorporado por la LOI no resulta de aplicación en su totalidad, limitándose tan sólo al último de los tramos antes apuntados (esto es, 180 días dentro de los siete años inmediatamente anteriores a la fecha de inicio de la suspensión o, alternativamente, 365 días a lo largo de su vida laboral). Por último, la identidad con la prestación de maternidad se completa tanto respecto de la protección económica que se prevé y consistente en un subsidio de contenido económico semejante al de la maternidad; cuanto en lo referido a los elementos esenciales de la dinámica prestacional. Por lo tanto, en estos de extremos se ha de traer, para evitar reiteraciones innecesarias, lo ya señalado al abordar las novedades introducidas en la prestación de maternidad.

En definitiva, la citada Ley, al tiempo que mejora el derecho derivado del padre, confiriéndole mayor protagonismo en el uso y disfrute del tiempo de descanso de la madre (como ya se ha indicado al hablar de la concreta prestación de maternidad), reconoce un derecho que es propio del padre y que, precisamente en los casos de maternidad biológica, se configura, nuevamente, como un derecho exclusivo de éste, de manera semejante a lo que sucede cuando se trata del tiempo de descanso por maternidad del mismo origen. Algo que indudablemente constituye un enorme avance en la individualización de los derechos sociales.

3.2. Prestación de riesgo durante la lactancia

3.2.1. *Algunos antecedentes*

En la LOI, la igualdad entre hombre y mujeres se plantea en unos términos expansivos y, alcanza a la protección de la lactancia, que explícitamente recibe una —más aparente que real— nueva regulación, más allá de la protección de la maternidad. En efecto, la nueva regulación referida a la lactancia, en sus facetas diferenciadas de permiso por lactancia (nueva redacción del art. 37.4.º ET) y riesgo durante la lactancia (nueva redacción de los art. 26.4.º LPRL, y 45.1d) ET) tiene, desde la perspectiva constitucional del principio de igualdad, un renovado carácter explícito, derivado del art. 8 LOI. Aquí, se contiene una previsión protectora contra el trato desfavorable a las mujeres por causas relacionadas con el embarazo y la maternidad. Sin embargo, esto se ha de distinguir del nuevo impulso dado a la protección de la salud laboral de las mujeres trabajadoras embarazadas o de lactancia natural. Y ni lo uno ni lo otro, se pueden confundir con la pretensión de intensificar la tutela de la salud y el desarrollo óptimo de los menores de nueve meses. No obstante, todos esos vectores aparecen confundidos en la LOI, en la que, sobre la base de la previsión de su artículo 8 (*Constituye una discriminación directa por razón de sexo todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad*), que se conecta directamente con el art. 14 CE, se han identificado ideológicamente las medidas de protección de la lactancia con la promoción de la igualdad entre hombres y mujeres; cuando, en realidad, se pretenden otro tipo de finalidades. Así, aunque las nuevas medidas se refieren a una realidad aparentemente idéntica —la lactancia— las novedades introducidas en el permiso por lactancia y el riesgo durante la lactancia responden a lógicas bastante diferentes, como se tendrá la oportunidad de comprobar. Aunque el permiso por lactancia no constituye en sentido estricto propiamente un aspecto de Seguridad Social, sin embargo, no se pueden obviar las novedades que la LOI introduce al respecto, por las repercusiones que estas tienen en relación con el riesgo durante la lactancia, entre otras cuestiones.

La protección de la lactancia, a pesar de su tratamiento y manifestaciones «discretas», ha estado presente desde los inicios, no ya de la regulación interna del trabajo (que también, ya se verá más adelante), sino en la regulación internacional³².

Se ha de partir de una consideración inicial: la lactancia presenta una doble vertiente. Si se observa, se ha dado, históricamente, un tratamiento diferenciado a la lactancia natural y a la lactancia artificial. Esto puede resultar obvio desde la perspectiva de la protección de la salud de la madre y del lactante. Sin embargo, podría no serlo desde la perspectiva de la protección, en sentido estricto, de la familia. Porque desde la misma cabría entender que la lactancia natural es solo una de las modalidades de alimento y de cuidados al recién nacido. Pues bien, a partir de esto, cabe adelantar alguna conclusión: en los casos en que se protege la salud del lactante, y de la madre en situación de lactancia contra los riesgos profesionales, el legislador, además de proteger dichos estados de salud, está optando por proteger la lactancia natural como una idea-valor a proteger. No en vano desde

³² Dejando a un lado las previsiones genéricas en las Declaraciones Internacionales de derechos, en la que, con carácter general, se lleva a cabo una protección de la familia basada en la maternidad, desde la perspectiva de la mujer, pero que se complementa, y se vuelve más sólida a través de los derechos de los hijos, como mecanismos de protección de la infancia (artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de Nueva York, de 10 de diciembre de 1949; art. 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 19 de diciembre de 1966, por poner algunos ejemplos), en los Convenios sucesivos de la OIT sobre protección de la maternidad, se ha visto de un modo muy palpable, de un lado el interés por la protección de la lactancia respecto de los riesgos profesionales, si bien esto no se ha producido hasta el año 2000; excepción hecha de las normativas sectoriales sobre prohibición de determinados trabajos para las mujeres, que se apoyaban en su hecho biológico. Ha sido el Convenio 183 OIT sobre la protección de la maternidad, 2000, que revisaba el anterior convenio 103 (Fecha de entrada en vigor: 07:02:2002, y que aún no ha sido ratificado por España), el que ha incorporado expresamente el mandato a la protección de la maternidad desde una perspectiva preventiva. En su artículo 3 establece que se deberían adoptar las medidas necesarias para garantizar que no se obligue a las mujeres embarazadas o lactantes a desempeñar un trabajo que haya sido determinado por la autoridad competente como perjudicial para su salud o la de su hijo, o respecto del cual se haya establecido mediante evaluación que conlleva un riesgo significativo para la salud de la madre o del hijo. Esta vertiente, obviamente, se ha desarrollado con mayor evidencia en el ámbito comunitario. En este ámbito, resulta especialmente relevante, como elemento central del acervo comunitario en materia de igualdad entre hombres y mujeres, la Directiva 92/85/CEE, de 19 de octubre, sobre aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y la salud en el trabajo de la trabajadora que haya dado a luz o en periodo de lactancia (DOCE L 348, 28-12-1992). Pero, de otro lado, también ha sido palpable la evolución normativa internacional desde las perspectiva lactancia/acción de la madre, hacia la perspectiva lactancia/resultado para el menor lactante. En este sentido, se ha de llamar la atención sobre el hecho de que ya en el Convenio núm. 3 OIT sobre la protección de la maternidad, 1919, ratificado por España el 4 de julio de 1923, relativo al empleo de las mujeres antes y después del parto (fecha de entrada en vigor: 13:06:1921, y que ha sido revisado en 1952 por el Convenio núm. 103.), se preveía, en el art. 3. d) que la mujer trabajadora tendría derecho, si *amamantaba* —lo que excluía la lactancia artificial) a su hijo, a dos descansos de media hora para permitir la lactancia. El Convenio núm. 103 OIT relativo a la protección de la maternidad, 1952, ratificado por España el 17 de agosto de 1965, (fecha de entrada en vigor: 07:09:1955) contenía, en el artículo 5 una visión completada de la protección de la maternidad. Y preveía que si una mujer *lactaba a su hijo*, estará autorizada a interrumpir su trabajo para este fin durante uno o varios períodos cuya duración será determinada por la legislación nacional; interrupciones de trabajo, a los efectos de la lactancia, deberán contarse como horas de trabajo y remunerarse. El cambio de perspectiva se produce en el Convenio 183 OIT sobre la protección de la maternidad, 2000. Su artículo 10 establece que la mujer tiene derecho a una o varias interrupciones por día o a una reducción diaria del tiempo de trabajo *para la lactancia de su hijo*, sin especificar que esta haya de ser natural, por lo que cabe la artificial.

los foros internacionales de la salud, se valora muy positivamente, y se promueven las bondades médicas de la lactancia natural³³.

Cabe recordar que la regulación histórica de la protección de la salud de la madre en situación de lactancia natural ha estado sometida a dos limitaciones: la primera su —criticado— carácter paternalista³⁴; y la segunda, las deficiencias técnico-preventivas en la identificación, en general para las mujeres y en particular para las embarazadas y en situación de lactancia natural, de los factores de riesgos (agentes y efectos)³⁵. Marco en el que la LOI, en una interpretación *mega-extensiva* de la vis expansiva de la igualdad entre hombres y mujeres, procede a modificar la regulación de la situación de riesgo durante la lactancia natural. De este modo, el «accidentado trayecto» de transposición de la Directiva 92/85 ha culminado con la LOI. Esta modificación presenta una doble perspectiva: preventivo-laboral y de Seguridad Social, y curioso resulta que en una Ley de Igualdad se incluya una medida así³⁶. No se sabe muy bien, cual es la relación directa entre prevención de riesgos y transversalidad que ha pretendido la LOI. Pareciera que, de la misma manera que sucedió con la situación de riesgo durante el embarazo y la Ley 39/1999³⁷ se ha instrumentalizado una reforma en clave de género para incluir esta solución al incumplimiento manifiesto con la normativa comunitaria en materia de protección de la salud de la trabajadora en situación de lactancia natural y del menor de nueve meses lactante³⁸.

De un modo más concreto, y a pesar de que el riesgo durante la lactancia generaba obligaciones empresariales de evaluación (art. 26.1.º LPRL), y de adaptación de las condiciones del puesto de la trabajadora durante la lactancia natural, o el eventual cambio de puesto, todo en los términos del art. 26.2.º LPRL, hasta la LOI, no se había introducido la posibilidad de la suspensión de contrato de trabajo en los casos en que no fuera posible ni adaptación ni manifestación alguna de movilidad funcional, en los supuestos de riesgo durante la lactancia. No obstante lo cual se mantuvo doctrinal la posibilidad de dispensar de trabajo a la trabajadora en periodo de lactancia³⁹.

³³ BUTTE, F., LÓPEZ-ALARCÓN, M., GARZA, C., «Nutrient adequacy of exclusive breastfeeding for the term infant during the first six months of life», Ginebra, WHO, 2002 57 pág.; OMS *Pruebas científicas de los diez pasos hacia una feliz lactancia natural*, Ginebra, OMS, 1998, 112 pág.; OMS *Estrategia mundial para la alimentación del lactante y del niño pequeño*, Ginebra, OMS, 2003, 36 pág.

³⁴ LOUSADA AROCHENA, J.F. «Protección de la salud laboral de las trabajadoras embarazadas, parturientas o en permiso de lactancia», 1998, *AL*, núm. 3, pág. 709.

³⁵ PÉREZ DEL RÍO, T., BALLESTER PASTOR, A. *Mujer y Salud laboral*, Madrid, La Ley, 2000, pág. 19 y ss.

³⁶ A pesar de la advertencia hecha por el CES en su dictamen al Anteproyecto de Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (Sesión extraordinaria 28-4-1999), en la Ley 39/1999 quedó sin recibir un tratamiento específico la situación en la que la trabajadora que desempeña determinados trabajos que pueden entrañar perjuicio para la salud de la madre y del lactante. Se produjo, y se ha mantenido hasta la LOI una manifiesta insuficiencia protectora (SÁNCHEZ CASTILLO, M., (2003) «Lactancia y salud laboral: crónica de una situación insuficientemente protegida». *RL*, 2003, núm. 12, pág. 18).

³⁷ GONZÁLEZ ORTEGA, S. (2001), «Seguridad social y riesgo durante el embarazo». AAVV., «Nuevos escenarios para el Derecho del Trabajo: familia, inmigración y noción del trabajador. Homenaje a Máximo D'Antona», LÓPEZ LÓPEZ, J. (Coord.), Madrid, La Ley, 2001, pág. 98.

³⁸ Aún siendo situaciones de riesgo relacionadas, que no idénticas, las situaciones de riesgo durante la lactancia, derivadas de las condiciones de trabajo de la madre trabajadora lactante, no han seguido el mismo iter (señalado más arriba) que las situaciones de riesgo durante el embarazo.

³⁹ NORES TORRES, E. «Maternidad y trabajo: algunas consideraciones en torno al artículo 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales», 1998, *AL*, núm. 16 (versión electrónica no paginada), pág. 6. Esta situación

Ahora, tras la LOI, el nuevo apartado 4 del art. 26 LPRL recoge una previsión necesaria y ya establecida en la Directiva 92/85 de 19 de octubre, de protección de la trabajadora en estado de embarazo, parto o en período de lactancia y que debía haber estado transpuesta hace tiempo. La LOIMH extiende el supuesto de suspensión del contrato a la situación de riesgo durante la lactancia natural, ampliando la misma hasta los nueve meses. En la disposición adicional duodécima, apartado dos LOI, establece, dando nueva redacción a dicho art. 26.4.º LPRL, que se podrá declarar el pase de la trabajadora afectada a la situación de suspensión del contrato por riesgo durante la lactancia natural de hijos menores de nueve meses contemplada en el artículo 45.1.d) ET, si se dan las circunstancias previstas en el número 3 del art. 26 LPRL.

Se ha de insistir en que la introducción del apartado 4 en el art. 26 genera una nueva obligación (la de suspensión) y se matizan las que ya se habían diseñado para el empresario. De esta manera, para determinar si se está o no ante una situación de riesgo durante la lactancia natural será preciso conocer de antemano cuáles son esos riesgos y cuáles son las incidencias que sobre la mujer trabajadora o su hijo tienen. Esto supone que, junto con la evaluación de riesgos específica para la protección de la maternidad, se deberá acompañar otra en el mismo sentido, pero ahora para proteger la lactancia natural. Por decirlo de alguna manera se ha extendido el deber de garante del empresario a una nueva situación que ya tenía que haber estado prevista si se hubieran cumplido las exigencias europeas, pero que ahora cobra todo su sentido en la Ley de Igualdad. La mujer trabajadora una vez que agota su permiso de maternidad ahora puede desistir de la lactancia natural de manera general sin plantearse los riesgos del puesto de trabajo. Pero, tras la LOI, con la nueva previsión legal podrá optar por un tipo u otro de alimentación; ahora bien, si su opción es por la natural tendrá la seguridad que los riesgos laborales a los que se tiene que enfrentar no serán obstáculo para ejercer este derecho ya que el empresario le garantizará la protección suficiente; y, en última instancia, si no hay posibilidad de compatibilizar trabajo y lactancia buscando un equilibrio podrá suspenderse el contrato de trabajo sin que suponga una penalización sobre la trabajadora.

3.2.2. Régimen jurídico de la prestación de riesgo durante la lactancia

La novedad en materia de Seguridad Social en este ámbito, y conectado con las novedades introducidas en la LPRL, es la de que se ha diseñado una nueva prestación de Segu-

ya había sido analizada y denunciada por una prolija doctrina. Se criticaba muy negativamente que en los supuestos de riesgo durante la lactancia no cupiera suspensión contractual. Ante esa situación de falta de regulación, no faltaron propuestas para solventarla (como ya hubo hecho antes de 1999 respecto del riesgo durante el embarazo), tales como: la aplicación de las previsiones de suspensión contenidas en el art. 5 de la Directiva 92/85, sobre la base del efecto directo; el ejercicio de derechos laborales anejo como la excedencia por cuidado de hijos; la suspensión sobrevenida del contratado con la correlativa exigencia de remuneración por el empresario, en los términos del art. 44.4LPRL o del propio art. 30 ET, por mencionar algunas. Todo lo anterior, siempre, a salvo de la sustitución de la lactancia natural por la artificial como estrategia última de la madre trabajadora para evitar vicisitudes laborales. Sobre este particular véase, MOLINA GONZÁLEZ-PUMARIEGA, R., (2004) *La protección jurídica de la mujer trabajadora*, Madrid, CES, 2004, págs. 180-185.

ridad Social que pasa a engrosar la lista de prestaciones de la acción protectora del sistema (nueva redacción del artículo 38.1 c) LGSS, dada por la disposición adicional décimo octava apartado uno LOIMH). Se trata de la prestación de riesgo durante la lactancia natural, que se encuentra regulada en el nuevo capítulo IV quinquies (art. 135 bis y 135 ter).

Se introduce, en síntesis, como nueva situación protegida, la situación de suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante la lactancia que se produzca, en los términos del art. 26.4.º LGSS. Y, en una lógica de coherencia sistémica y de economía legislativa, el legislador se remite, para regular la nueva prestación, a la —ahora también nueva— regulación dada a la prestación de riesgo durante el embarazo. Asimismo, se reitera la naturaleza de riesgo profesional de esta situación, por lo que serán el INSS o la Mutuas, dependiendo de quien cubra la contingencia profesional, quiénes habrán de certificar la necesidad de suspender el contrato (*ex* Art. 45.1.d) del ET) por riesgo durante la lactancia natural de hijos menores de nueve meses, ante la imposibilidad de que el cambio de puesto a uno compatible con su estado, no resulte técnica u objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados.

La remisión a la regulación de la prestación de riesgo durante el embarazo, alcanza a toda la dinámica prestacional; es decir, a las reglas de acceso, y a las reglas de cálculo. Hay, por la propia lógica interna de la prestación de riesgo durante la lactancia, una leve diferencia respecto del régimen de extinción: independientemente de que desaparezcan las causas que dieron origen a la suspensión (desaparición del riesgo, o existencia de un puesto compatible), la prestación se extingue (porque concluye el periodo de suspensión), cuando el menor lactante cumple nueve meses, o cuando se opte por un sistema de lactancia artificial, se entiende. El periodo de lactancia al que se refería el artículo 26.3.º LPRL en su redacción original, no estaba cuantificado de un modo preciso. Interpretativamente, se entendió que habría de referirse al mismo periodo de nueve meses al que se refería el permiso por lactancia en el art. 37.4 ET⁴⁰.

Conviene destacar que, tras la reforma operada por la disposición adicional décimo octava, apartado once LOI, las prestaciones de riesgo por lactancia generan, en el esquema protector, prestaciones por muerte y supervivencia (nueva redacción del art. 172.1b) LGSS). Desde el punto de vista del tránsito prestacional, cabría que se produjera la secuencia prestacional siguiente, sin mayores problemas: a saber Maternidad y/o paternidad —permiso por lactancia acumulado— eventualmente riesgo durante la lactancia.

Para concluir, y junto a lo anterior, en la disposición adicional décimo octava, apartado dos LOI se modifica el art. 106.4 LGSS, y se mantiene la obligación de cotizar durante la situación de riesgo durante la lactancia. Esto se ha de cohonstar con que, simultáneamente, para el empresario rigen en la nueva situación de riesgo durante la lactancia, las mismas bonificaciones previstas para las situaciones de riesgo durante el embarazo. Esto se deriva de las previsiones contenidas, en primer lugar, en la disposición adicional déci-

⁴⁰ GONZÁLEZ ORTEGA, S., APARICIO TOVAR, J., *Comentarios a la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales*, Madrid, Trotta, 1996. pág. 175. En un sentido contrario, se han emitido otras opiniones doctrinales, que entienden que la protección durante la lactancia desde la perspectiva preventiva puede ir más allá de los nueve meses, siempre con sustento en la certificación médica del facultativo médico del servicio público de salud (MOLINA GONZÁLEZ-PUMARIEGA, R., *La protección jurídica de la mujer trabajadora*, Madrid, CES, 2004, pág. 170).

mo quinta LOI, en la que se modifica el artículo 1 del Real Decreto Ley 11/1998, de 4 septiembre, por el que se regulan las bonificaciones de cuotas a la Seguridad Social de los contratos de interinidad que se celebren con personas desempleadas para sustituir a trabajadores durante los períodos de descanso por maternidad, adopción o acogimiento⁴¹. En segundo lugar, la disposición adicional décimo sexta LOI modifica la disposición adicional segunda de la Ley 12/2001, de 9 de julio, de Medidas Urgentes de Reforma del Mercado de Trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad⁴².

Estos dos tipos de bonificaciones, materializan, una vez más, el «coste cero» para el empresario. Resulta criticable, no obstante, que se mantenga en la LOI, que presume la absorción en la cultura empresarial de las directrices de igualdad, mediante la responsabilidad social de las empresas, tanto en lo relativo a los costes de Seguridad Social de la trabajadora en situación de lactancia natural, cuanto en lo relativo a los costes derivados de la contratación interina de una persona que sustituya a dicha trabajadora. Se parece haber perdido una excelente oportunidad.

Asimismo, resulta también criticable que no se haya previsto que las bonificaciones se extiendan a los periodos de permiso de lactancia acumulado, con las implicaciones que eso tendrá para la efectividad del ejercicio de la nueva modalidad de permiso de lactancia acumulado, que se va a encontrar con las resistencias empresariales derivadas de la no aplicación del mecanismo del coste cero⁴³.

⁴¹ Artículo que queda redactado en términos de que «darán derecho a una bonificación del 100 por 100 en las cuotas empresariales de la Seguridad Social, incluidas las de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, y en las aportaciones empresariales de las cuotas de recaudación conjunta: a) Los contratos de interinidad que se celebren con personas desempleadas para sustituir a trabajadoras que tengan suspendido su contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo o por riesgo durante la lactancia natural y hasta tanto se inicie la correspondiente suspensión del contrato por maternidad biológica o el lactante cumpla nueve meses, respectivamente, o, en ambos casos, cuando desaparezca la imposibilidad de la trabajadora de reincorporarse a su puesto anterior o a otro compatible con su estado».

⁴² Queda redactada en términos de que «a la cotización de los trabajadores o de los socios trabajadores o socios de trabajo de las sociedades cooperativas, o trabajadores por cuenta propia o autónomos, sustituidos durante los períodos de descanso por maternidad, adopción, acogimiento, paternidad, riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural, mediante los contratos de interinidad bonificados, celebrados con desempleados a que se refiere el Real Decreto-Ley 11/1998, de 4 de septiembre, les será de aplicación: a) Una bonificación del 100 por 100 en las cuotas empresariales de la Seguridad Social, incluidas las de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales y en las aportaciones empresariales de las cuotas de recaudación conjunta para el caso de los trabajadores encuadrados en un régimen de Seguridad Social propio de trabajadores por cuenta ajena. b) Una bonificación del 100 por 100 de la cuota que resulte de aplicar sobre la base mínima o fija que corresponda el tipo de cotización establecido como obligatorio para trabajadores incluidos en un régimen de Seguridad Social propio de trabajadores autónomos. Sólo será de aplicación esta bonificación mientras coincidan en el tiempo la suspensión de actividad por dichas causas y el contrato de interinidad del sustituto y, en todo caso, con el límite máximo del periodo de suspensión».

⁴³ Se ha de remarcar que, la regla general desde la perspectiva de la Seguridad Social es que el permiso por lactancia en su modalidad acumulada, no recibe un tratamiento específico desde la perspectiva de Seguridad Social. Esto significaría, en términos prácticos, que rige el régimen general de cotización, como si no hubiera dicho permiso acumulado, de forma que se trata de periodos de cotización efectiva; sin que se generen nuevas situaciones asimilada al alta, por cuanto se trata de una situación «especial» de alta real.

4. VALORACIONES FINALES

A la vista de todo lo anterior parece oportuno subrayar que la LOIMH, entre sus objetivos, parece querer convertir a la sociedad en la responsable de asumir los efectos derivados de la maternidad (concretamente, *del embarazo, parto y lactancia*, tal y como se expresa en su artículo 14, apartado 7). La maternidad aparece entonces como valor social, y por tanto, bajo una dimensión diferente de las anteriormente descritas. Se podría llegar a pensar que el objetivo último de la LOIMH no es otro que convertir la protección de la maternidad en un derecho de ciudadanía asentado, por tanto, sobre la lógica de una solidaridad colectiva, universal, general, no vinculada necesariamente a la condición de mujer trabajadora. Se trataría de superar un sistema de Seguridad Social que, asentado en la actividad profesional, no incluye el trabajo doméstico y meramente reproductivo, de forma que este queda fuera de la protección que la misma dispensa. En este extremo, algunos avances se observan en la Ley de referencia, siendo el ejemplo más claro el establecimiento del subsidio de naturaleza no contributiva, si bien, el paso definitivo no se ha dado pues sigue siendo requisito previo la profesionalidad de la mujer, entendida como desempeño de una actividad profesional. Asimismo, hay que subrayar la modificación del cumplimiento del requisito de carencia y que no es sino reflejo de una regulación que finalmente provoca la insatisfacción de las soluciones que se encuentran a medio camino entre lo deseable y lo factible (o aparentemente posible). Ya que, por un lado, la reducción de los tiempos mínimos de cotización parece estar dando respuesta a una realidad social en la que la incorporación al mercado de trabajo se produce a edades más avanzadas (que claramente superan la frontera de los 21 años). Pero, al mismo tiempo, este tratamiento, sin duda más favorable, parece contradecirse con la previsión contenida para quienes tengan edades inferiores a 21 años, pues tras la reforma, el acceso de éstas personas a la protección de maternidad tendrá lugar desde el día siguiente a su incorporación al trabajo; mientras que si ese mismo trabajador tiene ya 21 años, carecerá del derecho si no reúne la carencia prevista. La cuestión que habría de plantearse es qué franja de población femenina trabajadora se sitúa en el tramo actualmente más favorecido por la nueva regulación, y si en consecuencia, resulta explicable este distinto tratamiento, incluso desde la perspectiva de esta nueva lógica borrosa que incorpora la citada Ley.

En definitiva, si la idea de fondo que subyace es permitir a la mujer trabajadora, y sólo a ésta, (puesto que la condición de profesionalidad se sigue manteniendo en la norma) el acceso a la protección por razón de maternidad, la conjunción de medidas que, según qué casos, eliminan o mantienen el requisito lo único que provoca son desajustes, tanto prácticos como jurídicos. Se puede concluir sobre este particular que la Ley de Igualdad se ha mostrado cautelosa y poco arriesgada y aunque ofrece mayor flexibilidad lo hace de un modo contenido. Ha desaprovechado la ocasión de convertirse en una norma rupturista con la política de contributivización de la Seguridad Social (que viene siendo la línea directriz de las reformas que han ido sucediéndose en los últimos años).

Tampoco se puede dejar de llamar la atención sobre el hecho de que el carácter transversal de la LOI conduce, indirectamente, a una cierta confusión conceptual. Pareciera que esta norma, se ha recubierto de una potencia y un poder *sobrenaturales*, entre las que destaca la de corregir una regulación preventiva incompleta. Así, y a pesar de lo loable de la modificación legislativa, la nueva regulación del riesgo durante la lactancia no supone tan-

to un avance, cuanto una puesta al día de un incumplimiento antiguo de la normativa comunitaria. A pesar de que se ha producido un avance relativo al considerar las situaciones de riesgo durante el embarazo y de la lactancia, como derivadas de contingencia profesional. Este nuevo tratamiento privilegiado, no obstante, puede acarrear algunas cuestiones problemáticas. Especialmente en la medida en que las entidades gestoras (INSS o MUTUA, dependiendo de con quien se hayan concertado las contingencias profesionales) pueden tener «tentaciones» de no calificar una situación material concreta como de riesgo durante el embarazo o la lactancia, a la vista del coste vinculado a ese reconocimiento. No obstante esas «tentaciones» que puedan sufrir, especialmente las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, para obviar los supuestos de riesgo durante el embarazo o durante la lactancia, no resultará práctico porque, en último término si, subsidiariamente se califican algunas situaciones como de incapacidad temporal, por contingencia profesional las competencias de gestión y la responsabilidad del pago retornan al ámbito mutualista. Algo que también sucedería cuando se trate de calificar como incapacidad temporal por contingencias comunes y la empresa haya optado por la cobertura adicional con la Mutua de la incapacidad temporal por contingencias comunes).

Desde la perspectiva de la trabajadora, la nueva regulación de las prestaciones de riesgo durante el embarazo y de riesgo durante la lactancia supone un avance significativo: la mujer trabajadora durante la lactancia natural ya no soporta el coste de su decisión de querer preservar la salud del menor lactante, cuando haya optado por la lactancia natural. Avance que, desde la perspectiva empresarial, va a entrañar, en principio, que la trabajadora asuma una actitud más activa en la exigencia de la suspensión del contrato cuando exista certificación médica que lo sustente (sea del facultativo médico del servicio público de salud que lo asista, o sea de los servicios médicos de las entidades gestoras competentes. En efecto, la trabajadora va a ser beneficiaria (exclusiva), de una prestación equivalente al 100% de la base reguladora que se emplearía para calcular una hipotética prestación de incapacidad temporal por contingencias profesionales (es decir, la base de cotización por contingencias profesionales). Además, como segunda manifestación del tratamiento —nuevo— privilegiado de estas prestaciones, no se le va a exigir periodo de carencia alguno. Cumulativamente, las prestaciones, respectivamente, se mantendrán hasta que, bien se materialice la posibilidad de reincorporación al trabajo (improbable que sobrevenidamente se hayan hecho esfuerzos de adaptación del puesto originario o se hayan habilitado nuevos puestos compatibles), o hasta el parto (concatenación con maternidad), o hasta los nueve meses del lactante.

Habrà que esperar a que la LOI se aplique para concluir si ha tenido un efecto revolucionario, o si, por el contrario, su efectividad ha quedado subordinada a consideraciones de orden sociológico, aunque también económico. A pesar de la nueva regulación del permiso de lactancia, y del riesgo durante la lactancia, la efectividad se encuentra subordinada a las consideraciones, sobre todo, psicológico de los trabajadores en general, en el primer caso, y de las trabajadoras en periodo de lactancia en el segundo.



PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES Y TRABAJO DE LA MUJER

MARÍA TERESA IGARTUA MIRÓ

Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Sevilla

EXTRACTO

Transcurridos ya más de diez años desde que comenzara su andadura la Ley de Prevención de Riesgos Laborales con los nuevos aires dados por la reciente Ley Orgánica para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, caracterizado por su carácter transversal, resulta más que conveniente introducir un enfoque de género en la práctica preventiva y en las políticas de seguridad en las empresas.

Asistimos al segundo gran salto cualitativo en la tutela preventiva de la trabajadora, pues si la Ley de Prevención supuso el paso de una tutela prohibitiva general a una específica centrada en la maternidad ahora el viraje ha de producirse a una garantía global o integral de su salud, sin descuidar, lógicamente, la especial sensibilidad a los riesgos y la protección intensiva que demandan las situaciones de embarazo, parto y lactancia.

Si bien los avances aportados por el nuevo texto legal son aún bastante tibios, se ponen los cimientos para una aplicación de nuestra normativa en la materia más acompasado a su espíritu y a algunos de principios inspiradores, entre otros, la adaptación del trabajo a la persona o la adopción de aquello más favorable desde el punto de vista preventivo.

Sin lugar a dudas, la diversidad dimanante de la condición de mujer repercute en las condiciones de trabajo y, más en concreto, en los riesgos laborales por lo que ha de ser tenida en cuenta desde el mismo momento de la gestación de la política de seguridad, con la evaluación de riesgos laborales y la planificación, instrumentos clave de la gestión preventiva.

A mayor abundamiento, son precisos mayores avances en la lucha contra todo género de acoso y violencia, aunque sólo muy tímidamente y en el ámbito de las políticas públicas se reconoce ahora el carácter de riesgo laboral del acoso sexual y por razón de sexo y, de manera especial, debemos insistir en la trascendencia de la prevención de los riesgos psicosociales que afectan de manera preponderante a las trabajadoras.

ÍNDICE

1. CONSIDERACIONES PREVIAS
2. DE UNA TUTELA PROHIBITIVA Y EXCLUYENTE A LA PROTECCIÓN DE LA SITUACIÓN DE EMBARAZO, PARTO Y LACTANCIA
 - 2.1 Hacia una protección que gira en torno a la maternidad
 - 2.2 Un repaso por los rasgos principales del sistema específico de tutela previsto en el artículo 26 LPRL
 - 2.2.1. La evaluación de riesgos
 - 2.2.2. La adaptación de las condiciones o el tiempo de trabajo
 - 2.2.3. El cambio de puesto de trabajo o funciones
 - 2.2.4. La suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo
 - 2.3. Los principales avances de la LOI: hacia el fin de la desprotección de la lactancia
3. UN PASO MÁS EN LA PROTECCIÓN DE LA SALUD LABORAL DE LA MUJER: UNIFORMIDAD *VERSUS* DIVERSIDAD
 - 3.1. Hacia un entendimiento global de la salud laboral de la trabajadora
 - 3.2. Primeros pasos hacia la introducción de la perspectiva de género en la salud laboral
 - 3.3. Género y evaluación de riesgos
4. EL TÍMIDO ACERCAMIENTO A UNA CONCEPCIÓN DEL ACOSO SEXUAL COMO RIESGO LABORAL
5. UNA REFLEXIÓN FINAL: PREVENCIÓN DE RIESGOS PSICOSOCIALES Y ESPECIAL INCIDENCIA SOBRE LAS TRABAJADORAS

1. CONSIDERACIONES PREVIAS

La aprobación de la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres¹ (en adelante, LOI) nos brinda una magnífica ocasión para hacer una reflexión pausada acerca de un tema en cierto modo olvidado o minusvalorado en los ámbitos tanto científico como práctico que no es otro que el necesario reflejo de las diferencias sean biológicas, sociales y/o en el desarrollo del trabajo debidas a la condición de mujer en una política preventiva que venga centrada en los principios de eficacia y adecuación, dimanantes de nuestro actual marco normativo en la materia.

Hasta ahora el tratamiento dado a la protección de la trabajadora, en buena medida motivado por la necesidad de huir de enfoques con cierto olor a caduco y discriminatorio, se ha centrado de forma exclusiva en la superior exigencia de tutela en los momentos de mayor sensibilidad a los riesgos laborales en atención al estado de embarazo, parto y puerperio. Es más, con la aprobación de la LPRL (Ley 31/1995, 8 noviembre) parecía lógico desterrar los viejos fantasmas del pasado, en forma de prohibiciones, exclusiones y restricciones², sin más, a la actividad laboral de la mujer y sustituirlos por una tutela específica, más intensiva, que girara en torno a la maternidad.

¹ BOE 23 marzo. Unas primeras aproximaciones de la doctrina laboral a la Ley en DE LA PUEBLA PINILLA, A., «Dimensión laboral de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres», *RL* núm. 8, 2007, pág. 65 ss; MOLINA NAVARRETE, C., «El impacto laboral de la “Ley de igualdad de sexos”: lo que queda después de vender el “humo político”», *RTSS*, CEF núm. 290, mayo 2007, pág. 99 ss; PÉREZ DEL RÍO, T., «La Ley Orgánica de igualdad efectiva entre mujeres y hombres. Aproximación para el debate», *RDS* núm. 37, 2007, pág. 223 ss; RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., «La igualdad efectiva de mujeres y hombres y la Ley Orgánica 3/2007», *RL* núm. 8, 2007, pág. 1 ss.

² No obstante, desde épocas tempranas a las mismas se acompaña el reconocimiento de determinados derechos específicos, algunos de los cuales se mantienen hasta nuestros días, *vid.* MONTROYA MELGAR, A., «Trabajo de la mujer y prevención de riesgos laborales», *AS* núm. 13, 2000, BIB 2000/1506, pág. 3.

No obstante, transcurrido ya más de un decenio del comienzo de su andadura y pese al tortuoso camino para su eficaz aplicación, el enfoque debe cambiar y, sin bajar la guardia en relación con la tutela del embarazo, situación que, como es bien sabido, condiciona, en todos los sentidos, la vida laboral y la carrera profesional de las trabajadoras³, debe ir orientada a la búsqueda de una tutela «integral» de la mujer⁴ en el ámbito de la prevención de riesgos laborales. No obstante, seguramente vamos a encontrar dificultades para hallar el correcto equilibrio entre protección diferenciada y no discriminación, a lo que se une la necesidad de evitar el indeseado efecto boomerang.

Desde luego, a simple vista, las novedades que aporta el texto de la LOI afectan sobre todo a la tutela de la maternidad y, más en concreto, de la lactancia materna, colmando al fin determinadas lagunas de transposición que brindaban una protección incompleta, pero también se pone la primera piedra a nivel interno para una concepción de la prevención de riesgos en la que el sexo⁵ sea también tenido en cuenta a la hora de poner en marcha el complejo sistema de prevención de riesgos laborales en las empresas⁶. Sin lugar a dudas, ello compagina bien con las tendencias europeas, dado que la Unión aparece cada día más preocupada por la necesidad de valorar los factores diferenciales del hombre y la mujer también en el ámbito que ahora nos ocupa.

Ciertamente, como tendremos ocasión de precisar con más detalle, este enfoque puede también extraerse de algunos de los principios y elementos clave de nuestra normativa preventiva, pero no está de más poner el acento en esta cuestión y hacer un llamamiento a los poderes públicos a fin de «activar» las iniciativas en este sentido, hasta ahora bastante escasas. Esto es, la tutela de la trabajadora más allá de la maternidad, enlaza directamente con principios de inspiración comunitaria presentes en el texto de la LPRL: adaptación del trabajo a la persona, valoración de los riesgos de forma ajustada a las características personales del sujeto y otros análogos. Y ello porque en la LPRL late un espíritu de tutela amplia, general, omnicomprendensiva pero también «individualizada», subjetiva, que mira a cada individuo y a su especial propensión al riesgo.

Otro tema que, sin duda, despierta nuestro interés, por el que la LOI va a pasar casi de puntillas, sin darle el necesario y deseable espaldarazo definitivo, es la concepción, avanzada tanto por la jurisprudencia como por un sector doctrinal⁷, del acoso sexual y por ra-

³ Puede verse, FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., «Protección antidiscriminatoria y prevención de riesgos laborales: la protección de la mujer embarazada», *TL* núm. 79, 2005, pág. 11 ss.

⁴ Vid. PEDROSA ALQUÉZAR, S.I., «La salud integral de la mujer trabajadora: carencia de una efectiva protección», <http://wzar.unizar.es/siem/articulos/Premios/salud.pdf>.

⁵ Sobre las diferencias entre los términos sexo y género, las connotaciones culturales que este último añade y la conveniencia de su uso, aspecto en los que no hemos de entrar, nos permitimos remitirnos a PÉREZ DEL RÍO, T., «La Ley Orgánica de igualdad...», *op. cit.*, págs. 224-5.

⁶ A estas alturas no es dudoso que el sexo es un factor determinante clave de la salud, así se subraya la necesidad de aumentar esta conciencia entre la población en general y entre los profesionales sanitarios en el punto 6 de las Conclusiones del Consejo sobre la salud de las mujeres (2006/C 146/02) (DOUE C 146/4, de 22.06.2006). También se invita a los Estados Miembros (punto 20) a fomentar la salud y prevenir la enfermedad teniendo en cuenta, cuando proceda, las diferencias entre los sexos. En el Plan de Trabajo para la igualdad entre mujeres y hombres [COM (2006) 92 final] se destaca que es preciso investigar más la dimensión de género en el ámbito de la salud. Vid. también el art. 27 LOI.

⁷ Por todos, CABEZA PEREIRO, J. y LOUSADA AROCHENA, J.F., «El acoso sexual como riesgo laboral [Comentario a la STSJ Galicia 24 enero 2000 (AS 2000,60)]», *AS* núm.1/2000, pág. 30 ss [BIB 2000/154].

zón de sexo como riesgo laboral que, por tanto, el empresario viene obligado a evitar, evaluar y controlar. Aspecto que es particularmente importante habida cuenta que estadísticamente parece quedar acreditado que es un riesgo que afecta de manera particular a las mujeres⁸.

Con estas premisas, podemos ya centrar el objetivo de este trabajo que pasa por exponer las distintas fases en la evolución de la tutela de la mujer en materia de seguridad y salud en el trabajo, haciendo especial hincapié en la protección brindada por la LPRL, hasta alcanzar la fase actual donde se vislumbra ya claramente la necesidad de un enfoque diversificado de situaciones que son claramente distintas (la del hombre y la mujer) en el mundo del trabajo y su fiel reflejo en el campo de la salud laboral. Llegados a este punto, trataremos de exponer nuestra visión de esta exigencia de una tutela de la trabajadora que vaya más allá de la maternidad, acompañada de un necesario entendimiento equilibrado de la misma que no pueda llevar, en ningún caso, ni a la imposición de cargas innecesarias al empresario ni a la generación de nuevas trabas para el acceso al empleo de la trabajadora. Y todo ello en la medida en que simplemente se trata de ajustar más los comportamientos preventivos, de seguir los principios inspiradores de la LPRL y, con ello, de realizar sólo aquellas actuaciones necesarias, adecuadas y eficaces, huyendo de comportamientos tipo, de actuaciones meramente formales y de cubrir el expediente, auténticas lacras de la práctica preventiva en nuestro país⁹, para pasar a una contemplación de los riesgos de manera individualizada, ajustada a cada trabajador y centrada en la necesidad de adaptar el trabajo a la persona.

2. DE UNA TUTELA PROHIBITIVA Y EXCLUYENTE A LA PROTECCIÓN DE LA SITUACIÓN DE EMBARAZO, PARTO Y LACTANCIA

2.1. Hacia una protección que gira en torno a la maternidad

Uno de los grandes avances de la LPRL fue la definitiva separación de la protección de la trabajadora respecto a la de los menores, quedando ceñida a la tutela de los riesgos laborales en relación con la maternidad¹⁰. En aquel momento se pasó de un tratamiento

⁸ In extenso, *vid.* VALLEJO DACOSTA, R., «El acoso sexual y el acoso por razón de sexo: riesgos de especial incidencia en la mujer trabajadora», *RL* núm. 5, 2007, pág. 15 ss.

⁹ El cumplimiento meramente formal o documental está a buen seguro en la base de los escasos resultados que la implantación de la normativa preventiva está arrojando sobre nuestros índices de siniestralidad laboral, aspecto destacado en distintos lugares, por todos, *vid.* «Orientaciones para facilitar la integración de la prevención de los riesgos laborales en el sistema general de gestión de la empresa», en http://empleo.mtas.es/insht/practice/c_integración.htm, pág. 4.

¹⁰ La bibliografía sobre esta materia es muy abundante, entre otros, LÓPEZ LÓPEZ, J., «Salud laboral y protección por maternidad», en LÓPEZ LÓPEZ, J. (Coord.), *Nuevos escenarios para el derecho del trabajo: familia, integración y noción de trabajador. Homenaje a Máximo D'antona*, Marcial Pons, Madrid, 2001, pág. 69 ss; LOUSADA AROCHENA, J.F., «La protección de la salud laboral de las trabajadoras embarazadas, parturientas o en período de lactancia», *AL* núm. 38, 1998; «El riesgo durante el embarazo» (I) y (II), *AL* núm. 27, 2001, pág. 561 ss y 583 ss; MELLA MENDEZ, L., «Situación de riesgo durante el embarazo: aspectos laborales y de Seguridad Social», *AS* 1999-V, pág. 1211 ss; MORENO GENÉ, A., ROMERO BURILLO, A. y PARDELL VEA, A., «La protección

generalizado que prohibía de forma absoluta a la mujer la realización de determinadas actividades laborales a una tutela centrada en el concreto momento de la gestación, el parto y la lactancia. Ahora bien, una mirada retrospectiva nos hace darnos cuenta de que en aquel momento primó la necesidad de «librar» a la trabajadora del lastre arrastrado históricamente de ser considerada un sujeto especialmente débil, que adolecía de escasa capacidad, al que había de excluir indiscriminadamente y sin mayores matizaciones de determinadas actividades. Por ello quizás fuimos poco críticos y escasamente exigentes con las previsiones legales. Ahora, sin embargo, aquella concepción empieza a parecernos algo timorata y limitada puesto que la salud de la trabajadora demanda, sin lugar a dudas, algo más.

No debemos olvidar que ya el TC había tenido que enfrentarse a esta cuestión y había estimado inconstitucional la prohibición del trabajo de la mujer en la mina contenida en el Decreto de 26 de julio de 1957. De esta forma, en la Sentencia 229/1992, 14 diciembre¹¹, hizo equilibrismo entre dos necesidades igualmente imperiosas: la de introducir determinadas diferencias basadas en el orden biológico natural y la de no incluir trabas que pudieran afectar a la consecución de la efectiva igualdad entre hombres y mujeres. Así, la tutela parecía quedar estrictamente constreñida a la maternidad en aras a la igualdad¹². Para el Alto Tribunal aunque no son contrarias a la Constitución las disposiciones que tiendan a la tutela de la mujer trabajadora en relación con el embarazo o la maternidad, en otros casos, la protección de la mujer y de su salud en función de su sexo debe examinarse con suma cautela e incluso con desconfianza, por las repercusiones negativas que directa o indirectamente pueden tener en la consecución de la efectiva igualdad entre hombres y mujeres. A mayor abundamiento, viene a estimar que «el mandato de no discriminación por razón de sexo del art. 14 CE... exige desde luego eliminar aquellas normas jurídicas que (con la salvedad del embarazo y la maternidad) aunque históricamente respondieran a una finalidad de protección de la mujer como sujeto fisiológicamente más débil, suponen refrendar o reforzar una visión sexista de trabajos y funciones mediante la imposición a las mujeres de límites aparentemente ventajosos pero que le suponen una traba para su acceso al mercado de trabajo».

Seguramente este rígido planteamiento y esta «desconfianza» de los que hacía gala el Tribunal han contribuido a un enfoque intencionadamente «neutro» de la prevención de riesgos laborales. Pero, en la práctica, es una neutralidad sólo aparente puesto que, generalmente, las investigaciones, los estudios y las políticas preventivas han tomado como

de la maternidad: de la Directiva 92/85/CEE a la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales», AS núm. 15, 1997, pág. 19 ss; MUÑOZ MOLTÓ, F.M. y GARCÍA GARCÍA, «La protección de la maternidad frente a los riesgos laborales», TS núm. 74, 1997, pág. 41 ss; NORES TORRES, L.E., «Maternidad y trabajo: algunas consideraciones en torno al artículo 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales», AL 1998-I, pág. 301 ss.

¹¹ RTC 1992/229.

¹² La doctrina ha sido tajante al defender que con la consagración constitucional del principio de igualdad y no discriminación... toda norma protectora de la mujer «salvo las impuestas por la maternidad» debe desaparecer, ALONSO OLEA, M., «El trabajo de la mujer», RMTAS núm. 13, 1998, pág. 109; también LÓPEZ RUBIA, E., «Suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo: nueva redacción del art. 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales», TS núm. 115, 2000, pág. 29 ss. Destacan cierto resquemor al exceso de protección de la maternidad que puede originar efectos discriminatorios indeseados para la trabajadora MORENO GENÉ, J. et altri, «La protección de la maternidad...», *op. cit.*, pág. 479.

modelo estereotipado el masculino¹³, punto de partida erróneo que es denunciado por distintos autores¹⁴ y documentos¹⁵.

2.2. Un repaso por los rasgos principales del sistema específico de tutela previsto en el artículo 26 LPRL

Una aproximación al texto de la LPRL lleva a alcanzar la conclusión de que la única norma dedicada a la protección de la mujer trabajadora es la contenida en su art. 26 dedicado a la protección de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia¹⁶. No obstante, es posible extraer de sus preceptos, como luego analizaremos, una concepción más avanzada de la prevención de riesgos laborales en tanto la norma está presidida por los principios de adaptación, adecuación y eficacia.

Junto al anterior, encontramos el enigmático artículo 25 LPRL, necesitado, tal y como se desprende del art. 6.1 f) de la misma norma legal, de un desarrollo reglamentario, en el que se contempla a la par que la protección de los trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos, donde las mujeres se muestran más propensas a algunos de ellos, una escueta referencia a la protección de la salud reproductiva. En este caso la protección incluye dentro de su ámbito subjetivo tanto a los hombres como a las mujeres, pero, evidentemente, los riesgos que les afectan son distintos y los problemas reproductivos también. Esta cuestión debería recibir más atención del legislador que ha desaprovechado la

¹³ Tampoco cabe ignorar que el Derecho del Trabajo tuvo, desde sus inicios, un claro sesgo de género (masculino) y desarrolló buena parte de su cuerpo doctrinal teniendo como figura central... a un trabajador masculino, del sector industrial, a tiempo pleno..., responsable del mantenimiento económico de una familia, CASAS BAAMONDE, M.E., «Transformaciones del trabajo, trabajo de las mujeres y futuro del Derecho del Trabajo», *RL* 1998-I, pág. 90 ss.

¹⁴ VOGEL, L., «La dimensión de género en salud laboral. Primeras conclusiones de una encuesta europea», en <http://ugt.es/slaboral/documentos/informes/doc2.pdf>, pág. 1 para quien las políticas de salud laboral y la práctica preventiva siguen estando construidas en base a un modelo de neutralidad en cuanto al género de «los trabajadores», siendo su referente implícito el masculino. También se ha criticado que los equipos de protección están pensados para hombres o que los umbrales de tolerancia a sustancias químicas han sido definidos a partir de estudios y pruebas basados sólo en cohortes masculinas, AREAL CALAMA, I., «Salud laboral de la mujer: más allá de la salud reproductiva», en LÓPEZ LÓPEZ, J. (Coord.), *Nuevos escenarios para el Derecho del Trabajo...*, *op. cit.*, pág. 188. Esta investigación en clave masculina ha invisibilizado las diferencias y las necesidades de las mujeres y los riesgos específicos, DELGADO PÁEZ, D.L. y RODRÍGUEZ ORTIZ DE SALAZAR, B., «Riesgos laborales desde la perspectiva de género: revisión de la literatura», *Revista Medicina y Seguridad del Trabajo*, núm. 202, marzo 2006, pág. 48.

¹⁵ Puede verse la nota informativa núm. 42 de la Agencia Europea para la Seguridad y la Salud en el Trabajo «Las cuestiones de género en relación con la seguridad y la salud en el Trabajo. Resumen de un informe de la Agencia», <http://agency.osha.eu.int>, donde se afirma que «La adopción de un enfoque de género neutral en las estrategias y la legislación ha llevado a disminuir la atención y los recursos dirigidos a los riesgos laborales y su prevención». La versión íntegra del documento («Gender issues in safety and health at work. A review»), en http://osha.europa.eu/publications/reports/209/index.htm?set_language=en.

¹⁶ La STC 62/2007, 27 marzo (BOE 26 abril) contiene una interpretación de estas reglas de tutela como manifestación del derecho a la vida y a la integridad física y moral contenidos en el art. 15 CE, destacando la faceta preventiva del derecho, dado que «no será preciso que la lesión de la integridad se haya consumado, lo que convertiría la tutela constitucional en una protección ineficaz ex post, bastando por el contrario que se acredite un riesgo relevante de que la lesión puede llegar a producirse».

oportunidad brindada por la LOI que, dado su carácter transversal¹⁷, hubiera sido un lugar idóneo para ello. Nos estamos refiriendo no sólo a la necesidad de investigar¹⁸, evaluar y valorar los riesgos que inciden en la fertilidad sino también a la introducción de ciertas «facilidades» laborales, normas encaminadas a posibilitar el sometimiento a tratamientos de fertilización, a adaptar las condiciones de trabajo a las especiales circunstancias en que se encuentra la trabajadora cuando se halla en tales situaciones o a introducir nuevas interrupciones y suspensiones del contrato imprescindibles a tales fines. Y ello, no debemos olvidarlo, en un país como el nuestro con unos escasos índices de natalidad, solo remediados en los últimos tiempos por la presencia cada vez más importante de inmigrantes dentro de nuestras fronteras y en el que, por diversos motivos, relacionados tanto con el acceso masivo de la mujer al mercado de trabajo y a los estudios superiores como con las enormes dificultades laborales y profesionales a que debe enfrentarse, la maternidad se retrasa cada vez más, dando origen a que se presenten con frecuencia problemas de fertilidad. No obstante, este tipo de medidas podrían arrojar un efecto boomerang indeseado para el colectivo de mujeres ya bastante castigado por las dificultades de acceso al mercado de trabajo¹⁹, el empleo precario²⁰, la discriminación salarial y un largo etcétera.

Centrándonos ya en las prescripciones contenidas en el art. 26 LPRL, con origen en la Directiva 92/85, 19 de octubre²¹, desde el comienzo fue objeto de aceras críticas por sus lagunas de transposición²², creando situaciones de inseguridad y desprotección. Problema que ha ido solventándose por etapas, primero, por medio de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas traba-

¹⁷ Una aproximación a este concepto, de factura comunitaria, por todos, en RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., «La nueva dimensión de la igualdad y la transversalidad de las políticas de género», *RL* núm. 19, 2001, pág. 1 ss; PÉREZ DEL RÍO, T., «La Ley Orgánica de igualdad...», *op. cit.*, pág. 226 ss.

¹⁸ La nueva estrategia comunitaria (2007-2012), Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y al Comité de las Regiones «Mejorar la calidad y la productividad en el trabajo: estrategia comunitaria de salud y seguridad en el trabajo (2007-2012), Bruselas, 21.2.2007, COM (2007) 62 final, insiste (punto 7.1) en la necesidad de considerar prioritaria la investigación, entre otros campos como las cuestiones psicosociales, en el conocimiento de los riesgos para la reproducción. Una relación ejemplificativa de factores de riesgos para la reproducción puede consultarse en PÉREZ DEL RÍO, T. y BALLESTER PASTOR, A., *Mujer y salud laboral*, La Ley, Madrid, 2000, pág. 46 ss.

¹⁹ La constatación de las cuotas de desempleo femenino todavía muy elevadas en nuestro país, entre otros, en RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., «El Derecho del Trabajo y el empleo de la mujer», *RL* núm. 8, 2006, pág. 1 ss; también CASAS BAAMONDE, M.E., «Transformaciones del trabajo...», *op. cit.*, pág. 95; MOLINA NAVARRETE, C., «El impacto laboral...», *op. cit.*, pág. 130.

²⁰ Las nuevas formas y relaciones de trabajo o modalidades atípicas de contratación afectan de manera singular a las mujeres, CASAS BAAMONDE, M.E., «Transformaciones del trabajo...», *op. cit.*, pág. 94.

²¹ Relativa a la puesta en práctica de medidas dirigidas a promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de las trabajadoras embarazadas, que acaban de dar a luz o en período de lactancia. Sobre la doble fundamentación de esta Directiva: garantizar la salud de la trabajadora embarazada o lactante en el marco del contrato de trabajo, y garantizar que el embarazo, el parto o la lactancia no fuesen motivos de diferenciación discriminatoria perjudicial para las mujeres trabajadoras que se encontrasen en ese estado, *vid.* FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., «Protección antidiscriminatoria y prevención...», *op. cit.*, pág. 18.

²² Por todos, esta defectuosa adaptación en LÓPEZ LÓPEZ, J., «Salud laboral y protección...», *op. cit.*, pág. 85 ss. In extenso, ORELLANA CANO, A.M., «Medidas para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras. Análisis de las Directivas Comunitarias 92/85 y 96/34 y lagunas en su transposición al ordenamiento interno español», *RMTAS* núm. 37, 2002, pág. 61 ss.

jadoras²³ (en adelante, LCVLF) y, más recientemente, con la LOI en los términos que se analizarán infra.

La protección de la situación de embarazo, post-parto y lactancia puede sintetizarse en una tutela que parte de la evaluación de riesgos, verdadero núcleo duro del sistema preventivo, cuyos resultados determinarán la necesidad de adoptar medidas preventivas que pasan de forma secuencial o escalonada desde meras adaptaciones de las condiciones de trabajo y tareas hasta la suspensión del contrato de trabajo.

Aunque es una cuestión que ha resultado ser harto problemática, la tutela debe desplegarse a instancias del propio empresario desde el mismo momento en que tenga conocimiento, por cualquier medio, del estado de la trabajadora, en tanto el precepto legal no condiciona la protección a suerte alguna de comunicación formal por parte de esta última. Sin embargo, no conviene olvidar que seguramente sobre la trabajadora pesa la obligación de informar al empresario de su estado, algo que queda de forma natural comprendido en el tenor del art. 29.2.4.º LPRL que le exige dar cuenta de cualquier situación que pueda suponer un incremento de riesgo para su salud y seguridad. Ahora bien, el incumplimiento de la mencionada obligación conllevará, en su caso, la pertinente sanción disciplinaria al amparo de lo dispuesto en el art. 58 ET, que no debiera, a nuestro juicio, alcanzar al despido, por la implicación del derecho a la intimidad y en tanto el miedo al mismo es lo que, en la mayor parte de los casos, va a mover a la trabajadora a ocultar su estado. Ahora bien, la omisión de la trabajadora en modo alguno exonera al empresario, en tanto que, como es bien sabido, el incumplimiento por parte de los trabajadores de sus obligaciones en materia preventiva en ningún caso exime al empresario de su deuda de seguridad (art. 14. 4 LPRL).

De todas formas, es preciso que la trabajadora sea consciente de la trascendencia de informar al empresario de forma inmediata de su estado para evitar cualquier riesgo a su salud o al futuro hijo. Especial cuidado que deriva de que si bien el empresario viene obligado a desplegar la tutela en el momento en que tenga conocimiento de su estado, cuando éste derive de la «notoriedad» del mismo, seguramente será tardía, ya que son los primeros meses del embarazo los que concentran el mayor peligro para el feto. Esta conveniencia de informar al empresario se ve reforzada dado que siguiendo las tendencias jurisprudenciales más recientes para ella constituye un auténtico pasador de seguridad el dar a conocer su estado, puesto que para el Alto Tribunal el conocimiento por parte del empresario es requisito indispensable para que opere la discriminación²⁴.

²³ BOE 12 noviembre. CRUZ VILLALÓN, J., «El fomento de la integración plena y estable de la mujer en el trabajo asalariado (comentario a la Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras)», *RMTAS* núm. extr. 1999, pág. 71 ss; BALLESTER PASTOR, M.A., *La Ley 39/1999, de conciliación de la vida familiar y laboral: una corrección de errores con diez años de retraso*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000; GARCÍA MURCIA, J., «La Ley 39/1999, de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras», *JL* núm. 1, 2000; GORELLI HERNÁNDEZ, J., «La reciente Ley 39/99, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras», *RL* núm. 24, 1999, pág. 10 ss; MARÍN ALONSO, I. y GORELLI HERNÁNDEZ, J., *Familia y trabajo. El régimen jurídico de su armonización*, Laborum, Murcia, 2001; PÉREZ DEL RÍO, T., «La Ley 39/99 de conciliación de las responsabilidades familiares y profesionales de las personas trabajadoras: temas para el debate», *TL* núm. 52, 1999, pág. 39 ss.

²⁴ Lo anterior sin perjuicio de que nos parezca más acertado el planteamiento de un sector doctrinal que estima que el legislador va buscando una mayor tutela de la trabajadora que se resumiría en una prohibición ab-

A ello debe añadirse que seguramente la diligencia de la trabajadora a la hora de comunicar el embarazo va a verse reforzada si el empresario cumple con su obligación ex art. 18 LPRL de adoptar las medidas adecuadas para que los trabajadores reciban todas las informaciones necesarias sobre los riesgos para su seguridad y salud en el trabajo y, en concreto, toda trabajadora debe conocer los posibles riesgos específicos de su puesto de trabajo o de la actividad productiva caso de estar embarazada.

A juzgar por la escasez de pronunciamientos judiciales en este ámbito, la aplicación del precepto no parece estar siendo excesivamente problemática, aunque también puede denotar que, en muchos casos, las situaciones se sigue resolviendo al modo tradicional con bajas por incapacidad temporal que actúan como cobertura de un problema de prevención de riesgos laborales mal solucionado. De todas formas, se sigue apreciando cierto confusiónismo entre las situaciones de riesgo durante el embarazo y de embarazo de riesgo, placenta previa, riesgo de aborto y otras situaciones similares, incompatibles normalmente con todo tipo de actividad, que sí deben ser canalizadas, por su origen «común», a través de la incapacidad temporal. A efectos de Seguridad Social de forma expresa el art. 14.2 RMA²⁵ especifica que «no se considera situación protegida la derivada de riesgos o patologías que puedan influir negativamente en la salud de la trabajadora o del feto, cuando no esté relacionada con agentes, procedimientos o condiciones del puesto de trabajo desempeñado».

2.2.1. *La evaluación de riesgos*

Al decir del precepto legal, la evaluación de riesgos debe comprender la determinación de la naturaleza, el grado y la duración de la exposición de las trabajadoras en situación de embarazo o parto recientes a agentes, procedimientos o condiciones de trabajo que puedan influir negativamente en su salud o la del feto, en cualquier actividad susceptible de presentar un riesgo específico. No estamos sino ante la necesidad de que la evaluación contemplada de forma general en el art. 16 LPRL como instrumento esencial del sistema preventivo a implantar en las empresas, preste especial atención a los riesgos que pudieran derivar de cada puesto de trabajo para la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia. Y ello con independencia de quién ocupe en ese momento inicial el puesto de trabajo. Con ello se busca que todos los puestos gocen de un análisis de los riesgos concretos que se «activan» o «incrementan» en tales situaciones, evitando que dicha tarea deba realizarse cuando la trabajadora comunica el embarazo o el empresario conoce su estado por cualquier otra vía.

soluta de despedirla de forma injustificada si está embarazada, con independencia del conocimiento previo de su estado por parte del empleador, y ello porque las razones de la protección van más allá de la tutela antidiscriminatoria y valoran las notables dificultades para la mujer de acceder a un nuevo empleo, tanto durante el embarazo como en un momento posterior, debido a su tradicional dedicación al cuidado de los hijos, que hace temer al empresario un menor rendimiento, mayores faltas de asistencia y otros análogos. *Vid.* el interesante trabajo de Molina Navarrete, C., «La garantía de indemnidad de la trabajadora embarazada frente a los despidos injustificados», *Diario La Ley* núm. 6615, 22 diciembre 2006, en especial, pág. 7 ss.

No obstante, resulta más que conveniente, cuando la situación se materializa, completar aquella evaluación inicial a fin de valorar y medir no ya sólo en abstracto la presencia de riesgos para el embarazo sino la posibilidad de que los mismos se vean agravados o modificados en atención a las concretas características o circunstancias de la trabajadora embarazada que ocupa el puesto en cuestión. En este sentido, el propio Reglamento de los Servicios de Prevención (RSP)²⁶ en su art. 4.2 establece que deberán volver a evaluarse los puestos de trabajo que puedan verse afectados por la incorporación de un trabajador cuyas características personales o estado biológico conocido lo hagan especialmente sensible a las condiciones del puesto.

Un análisis conjunto de este artículo y del 14.2 RMA a que nos hemos referido, arroja con meridiana claridad que la tutela de la trabajadora va ligada de modo patente al carácter «profesional» o «laboral» de los riesgos, de forma que debe estar relacionada bien con agentes, con procedimientos o condiciones de trabajo que sean los que provoquen u originen el riesgo o, al menos, que supongan un incremento de un riesgo de carácter genérico²⁷, esto es, que se aprecie algún tipo de incompatibilidad entre el embarazo y la concreta prestación de servicios desempeñada.

Hasta el momento, aunque la LPRL alude expresamente a los agentes, procedimientos y condiciones de trabajo que puedan afectar negativamente a la trabajadora o el feto, no existe en el ordenamiento interno²⁸ un listado que haga expresa referencia a los mismos, sin perjuicio de que finalmente la LOI prevea la transposición de los anexos de la Directiva comunitaria²⁹, que hasta ahora han venido usándose al menos de forma orientativa, cen-

²⁵ RD 1251/2001, 16 noviembre, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad y riesgo durante el embarazo (BOE 17 noviembre).

²⁶ RD 39/1997, 17 enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención (BOE 31 enero).

²⁷ En este sentido se pronuncia la STSJ Cataluña 1 junio 2004 (AS 2312) que estima que si bien hay una causa genérica (embarazo gemelar, de mayor riesgo y con posibilidad de más complicaciones) lo decisivo es que ese riesgo, propio e intrínseco del embarazo, pueda verse acrecentado con la prestación de servicios, acreditada la imposibilidad de reubicar a la trabajadora en otro puesto alejado de dicha situación de riesgos, dada la índole de la actividad de la empresa, al tratarse de una trabajadora oficial tercera metalúrgica que presta sus servicios para empresa dedicada a la fundición de piezas metales, donde existen emanaciones de los hornos en los que se lleva a cabo la fundición del aluminio.

²⁸ No obstante, hay normas específicas que contienen referencias a la especial relación de determinados agentes con el embarazo, así el art. 4.3 f) RD 664/1997, 12 mayo, sobre protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo (BOE 24 mayo) considera un factor indispensable a tomar en consideración a la hora de evaluar e identificar los riesgos «el riesgo adicional para aquellos trabajadores especialmente sensibles en función de las características personales o estado biológico conocido, debido a circunstancias tales como patologías previas, medicación, trastornos inmunitarios, embarazo o lactancia». También existen prescripciones de tutela especial durante el embarazo y la lactancia en el art. 10 RD 783/2001, 6 julio, por el que se aprueba el Reglamento sobre protección sanitaria contra radiaciones ionizantes (BOE 26 julio 2001).

²⁹ La DF 3.^a (Habilitaciones reglamentarias) establece que en el plazo de seis meses a partir de la entrada en vigor de la Ley, reglamentariamente, se integrará el contenido de los Anexos de la Directiva 92/85, del Consejo Europeo, de 19 de octubre de 1992, sobre aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia. El MTAS elaborará, en el plazo de seis meses desde la publicación del RD, unas directrices sobre evaluación del riesgo. Seguramente a imagen de la «Comunicación de la Comisión sobre directrices para la evaluación de los agentes quími-

trados de modo especial en los agentes físicos, biológicos, químicos y determinados procedimientos o procesos industriales, trabajos con exposición a polvo, humo, nieblas o a determinadas condiciones de trabajo.

Pues bien, si los resultados de la evaluación arrojan la existencia de riesgos surgirá la necesidad de adoptar determinadas medidas preventivas sucesivas o escalonadas, esto es, que sólo la imposibilidad de la primera de ellas o su inadecuación da paso a la siguiente, puesto que aparecen ordenadas de menor a mayor intensidad en orden a la afectación del derecho al trabajo y al ejercicio de su profesión por parte de la trabajadora. Orden que debe seguirse de forma escrupulosa para ser lo más respetuosos posibles con el derecho constitucional en liza.

2.2.2. *La adaptación de las condiciones o el tiempo de trabajo*

El empresario adoptará las medidas necesarias para evitar la exposición a dicho riesgo, a través de una adaptación de las condiciones o el tiempo de trabajo de la trabajadora afectada, incluyendo, cuando sea necesario, la no realización de trabajo nocturno o a turnos (art. 26.1 LPRL). El precepto está redactado, como es habitual en la LPRL, de forma excesivamente genérica dejando que sea el empresario, a la vista de la evaluación de riesgos y con el asesoramiento técnico de los servicios de prevención, quien decida las concretas medidas necesarias para evitar el riesgo, sin que legalmente se determine la forma de llevarla a cabo ni sus posibles límites. Medidas que seguramente pueden ir desde sencillas adaptaciones del puesto de trabajo, pasando por la eliminación de tareas peligrosas hasta cambios de horario o alteraciones de jornada. La no realización de trabajo nocturno puede conllevar un cambio a un puesto diurno que exista en la empresa y que sea compatible con su estado (previsto con carácter general para los trabajadores nocturnos en el art. 36.4 ET), al que serán de aplicación las reglas de la movilidad funcional. Nótese como se sustituye la fórmula ya tradicional de prohibición del trabajo nocturno a la trabajadora, por su no realización en caso necesario, de resultar peligroso para su seguridad y salud o la del feto.

2.2.3. *El cambio de puesto de trabajo o funciones*

Puede considerarse que existen dos formas de acceso a la movilidad funcional por motivos de protección de la trabajadora embarazada o el feto: la imposibilidad de adaptar las condiciones y/o el tiempo de trabajo y la insuficiencia de la adaptación. Parece que puede aceptarse la interpretación consistente en que si la medida anterior (adaptación) resultara imposible, el cambio de puesto deviene obligatorio sin necesidad de requisitos formales de

cos, físicos y biológicos, así como los procedimientos industriales considerados como peligrosos para la salud o la seguridad de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia» (Directiva 92/85/CEE del Consejo) (COM/2000/0466 final).

tipo alguno³⁰. De tal manera que el propio empresario, declarada aquella imposibilidad y existente el riesgo, debiera decretar la movilidad funcional de la trabajadora embarazada. Distinto se presenta el procedimiento en aquellos supuestos en que, pese a la adaptación operada, el trabajo desempeñado sigue generando riesgos, pues entonces viene a imponerse un requisito adicional: el certificado médico. De esta forma, el dictamen médico deviene inexcusable en los casos en que pese al estricto cumplimiento empresarial de sus obligaciones de adaptación del puesto de trabajo, siguen existiendo riesgos, por lo que corresponde a la trabajadora demostrar la ineficacia de las medidas si quiere acceder a otras formas de protección³¹.

La emisión de la certificación médica se caracteriza por encomendarse exclusivamente a organismos públicos³² y externos³³ a la empresa. Se distingue entre la fase de informe (preceptivo y no vinculante) que corresponde al médico del Servicio Público de Salud que asista facultativamente a la trabajadora y un certificado propiamente dicho, con carácter decisorio³⁴, que corresponde a las Mutuas o al INSS, en función, aclara ahora la nueva redacción dada al apartado 2 del art. 26 LPRL (DA.12.ª.2 LOI), de la Entidad con la que la empresa tenga concertada la cobertura de los riesgos profesionales. Prescripción con la que se despejan las dudas suscitadas sobre el título de actuación de la Mutua³⁵, que no cuadra con su consideración en el ámbito de la Seguridad Social y se reconoce finalmente la naturaleza profesional o laboral del riesgo que ahora nos ocupa, reclamada con insistencia por la doctrina³⁶.

Seguramente hubiera sido deseable la intervención de los médicos del servicio de prevención, al menos, para la emisión del informe, dado que conocen mejor las concretas condiciones de trabajo y los riesgos específicos de la empresa. No obstante, se comprende que la entrada en escena del INSS/Mutua viene motivada por la posibilidad de que la situación de la trabajadora desemboque finalmente³⁷ en una prestación económica a cargo del Sistema de Seguridad Social.

³⁰ Con mayor detalle, nos remitimos a un trabajo anterior, GORELLI HERNÁNDEZ, J. e IGBTUA MIRÓ, M.T., *Las prestaciones por maternidad y riesgo durante el embarazo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pág. 106 ss.

³¹ MARÍN ALONSO, I. y GORELLI HERNÁNDEZ, J., *Familia y trabajo...*, *op. cit.*, pág. 138; VALLE MUÑOZ, F.A., *La protección laboral de la maternidad, paternidad y cuidado de familiares*, Colex, 1999, pág. 135.

³² Se ha entendido como una forma de garantizar la seriedad y oficialidad de la apreciación médica, SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., «La suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo», *REDT* núm. 99, 2000, pág. 32; en la misma línea, MELLA MÉNDEZ, L., «Situación de riesgo...», *op. cit.*, pág. 1216.

³³ Con mayor amplitud, entre otros, LOUSADA AROCHENA, F., «El riesgo durante... (I)», *op. cit.*, pág. 576.

³⁴ En igual sentido, LOUSADA AROCHENA, F., «El riesgo durante... (I)», *op. cit.*, pág. 579.

³⁵ Se dudaba mayoritariamente entre si intervenía como entidad aseguradora o como servicio de prevención, siendo ambas opciones igualmente insatisfactorias, por todos, GORELLI HERNÁNDEZ, J., «La reciente Ley 39/1999...», *op. cit.*, pág. 51; LÓPEZ RUBIA, E., «La suspensión del contrato...», *op. cit.*, pág. 33; LOUSADA AROCHENA, F., «El riesgo durante... (I)», *op. cit.*, pág. 578.

³⁶ Entre otros, LÓPEZ RUBIA, E., «La suspensión del contrato...», *op. cit.*, pág. 37; LOUSADA AROCHENA, F., «El riesgo durante... (I)», *op. cit.*, pág. 566; PEDROSA ALQUÉZAR, S.I., «La salud integral de la mujer...», *op. cit.*, pág. 17. Los cambios introducidos en la prestación, por todos, en PANIZO ROBLES, J.A., «Igualdad de género, conciliación familiar y laboral y Seguridad Social (a propósito de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres)», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, núm. 290, 2007, pág. 39 ss.

³⁷ Un sector doctrinal considera por la misma razón que esta intervención resulta bastante precipitada, *vid.* MELLA MÉNDEZ, L., «Situación de riesgo...», *op. cit.*, pág. 1216.

Al informe del facultativo que la trabajadora ha de presentar para solicitar la emisión del certificado correspondiente debe acompañar una declaración de la empresa en la que consten los cometidos efectuados por la interesada en la empresa y que el puesto desempeñado no se encuentra dentro de los puestos exentos de riesgo a efectos de embarazo, en los términos del art. 26.2 LPRL. Relación que ha debido elaborarse de conformidad con los resultados de la evaluación de riesgos³⁸ y con intervención de los servicios de prevención. Asimismo, se exige la consulta previa (preceptiva pero no vinculante ex art. 33 LPRL) con los representantes de los trabajadores.

La expedición del certificado mencionado será de tramitación preferente y constará de original y dos copias (tres si corresponde a la Mutua), entregándose a la trabajadora el original y la copia para la empresa, quedando la otra copia en poder del servicio médico. Resulta criticable que no se haya previsto un plazo para resolver, dados los graves perjuicios que puede ocasionar a la trabajadora una resolución extemporánea.

De momento la LPRL no concreta los agentes o actividades generadores de riesgo³⁹, a diferencia de lo prescrito en la Directiva comunitaria, de inminente transposición, que en su Anexo II contiene una lista no exhaustiva de agentes o condiciones de trabajo que suponen un peligro para la seguridad y salud de la trabajadora o del feto o el lactante y que, por ello mismo, determinan una prohibición absoluta de su desempeño por la embarazada (art. 6). Como acertadamente pone de manifiesto la STSJ Aragón 18 noviembre 2002⁴⁰, no resulta aplicable sólo a riesgos derivados de agentes tóxicos o químicos sino también los derivados de condiciones de trabajo entre los que se encuentran la manipulación manual de cargas pesadas que supongan riesgos, en particular dorsolumbares, y los movimientos o posturas, desplazamientos, fatiga mental y física y otras cargas físicas vinculadas a la actividad de la trabajadora embarazada.

Resulta interesante al menos comentar el supuesto abordado por la STSJ Madrid 8 julio 2002⁴¹, donde, pese a no alcanzarse los niveles de riesgo reglamentariamente permi-

³⁸ Entendemos que esta conexión es clara e indubitada aunque no se mencione expresamente en tanto en el sistema preventivo dimanante de la LPRL, el cumplimiento de todas las obligaciones legales viene primera y primariamente vinculado a la evaluación de riesgos. No es tan evidente para algún autor que critica que no se haya previsto y que se deje en manos del empresario la decisión, reclamando la intervención de la negociación colectiva, LÓPEZ RUBIA, E., «La suspensión del contrato...», *op. cit.*, pág. 31.

³⁹ No obstante, de las sentencias de los TSJ podemos extraer algunos ejemplos de situación de riesgo durante el embarazo: cajera de hipermercado que se ve obligada a realizar actividades de sobreesfuerzo incompatibles con su estado (STSJ Islas Baleares 5 junio 2006 —AS 2351—); trabajadora dedicada a la manipulación manual de cajones de papel entrelazado, dándose además la circunstancia de que el embarazo se ve sometido a un riesgo específico durante la realización de trabajo a turnos, puesto que la trabajadora se ve obligada a realizar (en ocasiones en el de noche) actividades de sobreesfuerzo incompatibles con su estado y bajo un nivel de ruido que... se sitúa en parámetros de un especial significado de riesgo y especial penosidad (STSJ Cataluña 18 noviembre 2004 —AS 3814—); tener que realizar, durante su quehacer laboral, esfuerzos al manipular cargas superiores a 3 Kgs., y estar expuesta durante su tarea al ruido de 85 a 90 decibelios (STSJ Cataluña 13 mayo 2004 —AS 2177—). Muy interesante resulta el supuesto planteado en STSJ Castilla y León (Valladolid) 29 noviembre 2007 (AS 491): trabajadora dedicada a la atención a menores con expediente de protección y/o reforma que presenten graves alteraciones de conducta y a menores o jóvenes infractores.

⁴⁰ AS 3351.

⁴¹ AS 3761.

tidos, se considera evidente que si dentro del mismo centro de trabajo y en el mismo departamento existe un puesto de trabajo en que la mujer deja de estar expuesta a radiaciones, aunque sea en un grado pequeño, lo congruente con los principios inspiradores de toda la normativa de protección de la maternidad, tanto a nivel internacional como nacional, es conceder el cambio de puesto de trabajo, máxime cuando como dice el juzgador de instancia el organismo recurrente no da razón objetiva, fundada en las necesidades de servicios, que justifique no atender la petición de la trabajadora. Estamos ante una interpretación judicial que se ajusta de manera precisa a los principios inspiradores de la LPRL y que supone, entre otras cosas, que si es técnica y objetivamente posible alcanzar una protección mejor, más adecuada y más favorable desde el punto de vista preventivo a lo garantizado de modo expreso en la norma reglamentaria, ésta es la que debe implantarse. Esto es, acoge un planteamiento dinámico, técnico y máximo de la diligencia exigible al empresario que supone alcanzar el máximo nivel de protección posible, incluso más allá de las concretas exigencias normativas. Y ello en plena coherencia con el derecho del trabajador a la protección eficaz frente a los riesgos laborales o a principios de la acción preventiva (contenidos en el art. 15 LPRL) como el de la evitación del riesgo o la sustitución de lo peligroso por lo que entrañe poco o ningún peligro. Este tipo de interpretación, acorde con el tenor literal de la norma pero más aún con su espíritu, determina también, como veremos, la necesidad de una protección más integral de la trabajadora, buscando lo más eficaz desde el punto de vista preventivo.

El cambio de puesto, en primera instancia, ha de producirse dentro del grupo profesional o entre categorías equivalentes con aplicación de las reglas del art. 39 ET al que la LPRL se remite expresamente, en especial, los límites en relación con las titulaciones exigidas, el respeto de la dignidad y los derechos de promoción y formación profesionales. Por definición, se trata de una medida temporal, en tanto dure la situación de riesgo o hasta que su estado de salud le permita volver al puesto de origen⁴². No obstante, si no existiese puesto de trabajo o función compatible, la trabajadora podrá⁴³ ser destinada a un puesto no correspondiente a su grupo o categoría equivalente (movilidad extraordinaria, tanto ascendente como descendente). En este segundo caso, existen dos grandes diferencias con la movilidad regulada en el texto estatutario. La primera, la causa justificativa (razones organizativas o técnicas o necesidades perentorias o imprevisibles) es sustituida por la situación de riesgo para la trabajadora unida a la inexistencia de un puesto compatible con su estado de su mismo grupo o categoría equivalente. La segunda radica en que, frente a la configuración de la movilidad como facultad integrante de las genéricas potestades organizativas y directivas del empresario, a fin de permitir el ajuste de la prestación de servicio a sus necesidades empresariales, aquí nos encontramos ante una verdadera obliga-

⁴² Circunstancia que seguramente deberá ser acreditada por el propio médico de la Seguridad Social, idea a la que apunta SÁNCHEZ TRIGUERO, C., «La suspensión del contrato...», *op. cit.*, pág. 35.

⁴³ La utilización del término podrá da lugar a ciertas dudas interpretativas, entendemos que está autorizando al empresario a salir de las fronteras del grupo o la categoría, aun en ausencia de las causas que legitiman la movilidad extraordinaria en el texto del Estatuto pero no que esté convirtiendo en potestativa la movilidad, de forma que el empresario sea libre para decidir entre recolocarla en estas circunstancias o transferir el coste a la Seguridad Social. En sentido contrario, mantienen esta interpretación, PÉREZ DEL RÍO, T. y BALLESTER PASTOR, A., *Mujer y salud laboral*, *op. cit.*, pág. 57.

ción del empleador, que forma parte de su genérico deber de protección de la seguridad y salud del trabajador.

No aporta la LPRL criterios para determinar si la imposibilidad deriva exclusivamente de la inexistencia de un puesto de trabajo compatible en la empresa o también de que esté ocupado en ese momento, aunque lo más lógico, en base a los motivos inspiradores de la medida y su duración, es inclinarse por la primera solución. No obstante, con esta opción estaríamos traspassando el problema a un tercero ajeno al mismo.

Un tema que no queda resuelto es si cabría admitir que al cambio de puesto acompañara también la movilidad geográfica (cambio a un centro de trabajo distinto de la misma empresa que exija cambio de residencia). En principio parece inadmisibile⁴⁴ y habría de reservarse a la movilidad pactada, contando con la anuencia de la interesada, pues en su estado no parece lo más adecuado modificar su residencia. Si, por el contrario, estuviéramos hablando de ir a otro centro sin cambio de residencia, habría que valorar la distancia entre ambos centros, las posibilidades de desplazamiento, hasta qué momento resulta segura la conducción para la trabajadora y que no se cree con tal medida un riesgo mayor que el que se trata de evitar.

En lo relativo a la retribución, la LPRL es bastante parca y se limita a señalar que si la trabajadora es destinada a un puesto no correspondiente a su grupo o categoría equivalente, conservará el derecho al conjunto de retribuciones de su puesto de origen. Regla que será de aplicación si la trabajadora es trasladada a un puesto de inferior categoría, pues en caso contrario, acudiremos al ET que reconoce el derecho a percibir lo correspondiente al puesto que efectivamente desempeña. Seguramente la alusión legal al «conjunto de retribuciones» debe entenderse referida a la conservación también, en su caso, y frente a las tesis jurisprudenciales en relación al precepto estatutario, de los complementos ligados a su puesto de trabajo, dada la naturaleza de la causa que motiva la movilidad y la necesidad de que la trabajadora no se vea perjudicada por su situación de embarazo. Puesto que «en otro caso, la carga de la maternidad habría de ser soportada económicamente por la mujer, y la Ley se dirige, no sólo a liberarle de los posibles riesgos que para ella o su hijo entrañara la realización de su trabajo, sino también a que no se vea gravada en ningún otro aspecto por el hecho de ser madre»⁴⁵.

⁴⁴ Así lo entiende la mayoría de la doctrina, LÓPEZ RUBIA, E., «La suspensión del contrato...», *op. cit.*, pág. 32, quien refleja la posición de RODRÍGUEZ RAMOS, M.J. y PÉREZ BORREGO, G., «Grupos especiales de riesgo en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales», en AA.VV., OJEDA AVILÉS, A. et alri (Coords.), *La prevención de riesgos laborales. Aspectos clave de la Ley 31/1995*, Aranzadi, Pamplona, 1996, pág. 425; PÉREZ DEL RÍO, T. y BALLESTER PASTOR, A., *Mujer y salud laboral*, *op. cit.*, pág. 58.

⁴⁵ STSJ Cataluña 11 diciembre 2003 (AS 2004/1171) que reconoce el derecho a conservar todas las retribuciones que viniera percibiendo, sin excepción alguna, incluyendo el plus de turno, de relevo y de nocturnidad, aunque pasa a prestar servicios en otra sección donde no había que cumplir aquellos turnos. Así lo sostuvo el mismo Tribunal en Sentencia de 20 julio 2000 (AS 3700) que estimó que la actora (técnico especialista en radiodiagnóstico) conserva el derecho al percibo de las guardias que le hubieren correspondido y que no efectuó al haber sido liberada de las mismas por razón de su estado de gestación, a fin de evitar un mayor tiempo de exposición a los rayos ionizantes a los que está expuesta en el desempeño de su trabajo, sin cambiarla de puesto de trabajo ni modificarle sus funciones. De otra forma, al decir del Tribunal, no se hace plenamente efectivo el derecho reconocido en el precepto legal.

2.2.4. *La suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo*

Como ya hemos señalado, la transposición de la Directiva se había producido de forma «incompleta» en la medida en que la LPRL nada preveía para el supuesto de que la trabajadora no pudiera ser cambiada a ningún puesto compatible con su estado. En el texto comunitario, sin embargo, se recogía la dispensa del trabajo durante todo el período necesario para la protección de su seguridad o su salud (art. 11). Esta laguna vino a cubrirse por el art. 10 LCVFL, que dio nueva redacción al art. 26 LPRL al que añadió un apartado 4 relativo a la «suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo»⁴⁶. Con esta medida, la trabajadora viene emplazada en situación suspensiva caracterizada, como es sabido, por el mantenimiento del vínculo laboral pero acompañado de la exoneración «de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo» (art. 45.2 ET). Se crea, además, una nueva contingencia o situación protegida en el ámbito de la Seguridad Social y la retribución de la trabajadora es sustituida por una prestación económica por riesgo durante el embarazo (art. 14 LCVLF)⁴⁷.

La suspensión del contrato viene configurada como una medida de aplicación subsidiaria⁴⁸ que aparece condicionada, además de a la existencia de riesgos para la trabajadora o el feto derivados de su actividad, a la concurrencia de una de las dos condiciones siguientes:

1. El cambio de puesto no resulta técnica u objetivamente posible, por ejemplo, porque no existe puesto de trabajo exento de riesgos o la trabajadora no reúne los requisitos de titulación o capacitación para el nuevo puesto o situaciones análogas.
2. El cambio no puede razonablemente exigirse por motivos justificados. Esta segunda posibilidad amplía bastante el campo de actuación de la suspensión del contrato, dando entrada a la posibilidad de valorar no sólo la imposibilidad técnica sino el excesivo coste económico de la medida, dando prioridad a las necesidades organizativas de la empresa frente a la tutela de la seguridad y salud en el trabajo. La genérica formulación legal, que impone una interpretación restrictiva, deja en manos del empresario la decisión sobre la imposibilidad o la inexigibilidad del cambio de puesto. No obstante, la negativa al cambio de puesto, deberá ampararse en motivos empresariales suficientes que no la hagan exigible⁴⁹, bien sean

⁴⁶ De «ultima ratio» ha calificado la doctrina esta medida, FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., «Protección antidiscriminatoria y prevención...», *op. cit.*, pág. 48.

⁴⁷ Este artículo crea un nuevo capítulo (IV ter) que se incluye en el Título II de la LGSS. El régimen jurídico de esta prestación fue desarrollado por el RD 1251/2001, 16 noviembre, ya citado. In extenso, GORELLI HERNÁNDEZ, J. e IGARTUA MIRÓ, M.T., *Las prestaciones por maternidad...*, *op. cit.*, pág. 94 ss. También MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L., «La prestación por “riesgo durante el embarazo” tras la Ley 39/1999», AS 1999-V, pág. 1187 ss.

⁴⁸ Muy interesante resulta la opción (voluntaria para el trabajador) brindada en algún convenio colectivo de transformar el trabajo en teletrabajo en los supuestos de imposibilidad de ser trasladado a otro puesto para evitar la suspensión del contrato, *vid.* LÓPEZ LÓPEZ, J., «Salud laboral y protección...», *op. cit.*, pág. 90. Con ello se logra en determinados casos la garantía plena de los dos derechos en juego: la salud y la integridad y el derecho al trabajo y a no ver mermadas sus condiciones laborales de la trabajadora.

⁴⁹ GORELLI HERNÁNDEZ, J., «La reciente Ley...», *op. cit.*, pág. 30.

organizativos, técnicos o productivos⁵⁰. Entre otros, que resulte extremadamente gravoso el cambio a un puesto en el que su rendimiento o su productividad sean escasos o, cuando el exiguo número de trabajadores de la empresa, origine importantes dificultades de reubicación del personal para que la trabajadora pudiera ocupar un puesto exento de riesgo. Se trataría de evitar que el empresario sin motivo justificado, aunque éste se sitúe en los costes excesivos, obligue a la trabajadora a separarse temporalmente de la actividad laboral. Lógicamente serían deseables mecanismos de control más incisivos de la existencia de circunstancias que justifican el traspaso del coste de la medida preventiva a la Seguridad Social, aunque se exige al empresario una declaración sobre la inexistencia de puesto de trabajo compatible con el estado de la trabajadora, con el informe sobre este particular emitido por los servicios de prevención presentes en la empresa, que la trabajadora debe presentar a efectos de solicitar la correspondiente prestación de Seguridad Social, cuestión sobre la que no nos corresponde incidir más en este lugar.

La referencia legal contenida en el art. 26.3 LPRL a que, existente la situación anterior, «podrá» declararse el paso a la situación de suspensión por riesgo durante el embarazo, suscita nuevos interrogantes. Lejos de hallarnos ante una declaración a cargo de terceros, es el propio empresario el que adoptará la decisión de suspender el contrato siempre que se aprecie una situación de riesgo y hayan «fracasado» las medidas anteriores. La negativa empresarial o su falta de actuación ponen a la trabajadora en una situación ciertamente difícil que un sector doctrinal soluciona acudiendo a la aplicación del art. 21 LPRL sobre riesgo grave e inminente que legitimaría a la trabajadora a interrumpir su actividad⁵¹. No obstante, se sitúa a la trabajadora en una situación hartamente insegura, dado que posiblemente tendrá que hacer frente a la respuesta disciplinaria del empleador que cuestionará la corrección de su actuación, aspecto que debe quedar completamente despejado si ha obtenido el correspondiente certificado médico. Estas y otras dificultades pueden provocar que las trabajadoras sigan acudiendo a la vía más fácil y expedita de la incapacidad temporal.

Por otro lado, aunque la utilización del término «podrá» plantea dudas sobre el carácter potestativo de la suspensión, no se trata de una mera facultad sino de un deber empresarial integrante de la tutela de la trabajadora embarazada⁵², quien también viene obligada al paso a la situación suspensiva pues se busca además proteger al futuro hijo. Obviamente, este carácter no impide una posible reclamación de la trabajadora frente a una decisión empresarial infundada, esto es, si estima que la imposibilidad del cambio de puesto es inexistente o los motivos alegados no justifican la inexigibilidad⁵³.

La medida es, como las anteriores contenidas en el art. 26 LPRL, de carácter temporal, en concreto, por el tiempo necesario para la protección de su seguridad o su salud y mientras persista la imposibilidad de reincorporarse a su puesto anterior o a otro compati-

⁵⁰ SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., «La suspensión del contrato...», *op. cit.*, pág. 40.

⁵¹ Entre otros, PEDROSA ALQUÉZAR, S.I., «La salud integral de la mujer...», *op. cit.*, pág. 15; TARANCÓN PÉREZ, E., «La suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo, maternidad, adopción y acogimiento», en RUIZ PÉREZ, E. (Coord.), *Mujer y Trabajo, Bomarzo*, Albacete, 2003, pág. 63.

⁵² En este punto existe unanimidad doctrinal, por todos, *vid.* LOUSADA AROCHENA, F., «El riesgo durante... (I)», *op. cit.*, pág. 581; TARANCÓN PÉREZ, E., «La suspensión del contrato...», *op. cit.*, pág. 63.

⁵³ GORELLI HERNÁNDEZ, J., «La reciente Ley...», *op. cit.*, pág. 30.

ble con su estado. De todas formas, como máximo, podrá durar hasta el día en que se inicie la suspensión del contrato por maternidad biológica (art. 48.5 ET), de modo que podrá prolongarse hasta el mismo momento del parto⁵⁴.

2.3. Los principales avances de la LOI: hacia el fin de la desprotección de la lactancia

Uno de los aspectos en relación a la protección de la seguridad y salud de la trabajadora que mejor deben ser recibidos de los incluidos en la LOI es que pone fin a la situación de desprotección que se había creado durante la lactancia, contraria a los dictados comunitarios. Algo que había recibido críticas doctrinales, pues resulta patente que existen situaciones en que los riesgos del puesto de trabajo (en especial en relación con sustancias tóxicas y peligrosas inhaladas o absorbidas por la piel de la trabajadora) pueden afectar al hijo a través de la lactancia materna⁵⁵.

La redacción del precepto legal no es un dechado de claridad, porque, entre otras cosas, no se ha intentado, siquiera, corregir su defectuosa redacción, que parece dar a entender que cualquier actuación empresarial en orden a la tutela de la lactancia viene condicionada al certificado médico. Y ello porque expresamente dispone que lo dispuesto en los números 1 y 2 (adaptación y cambio de puesto, en los términos analizados) será de aplicación durante el período de lactancia natural, si las condiciones de trabajo pudieran influir negativamente en la salud de la mujer o del hijo y así lo certifiquen los servicios médicos del Instituto Nacional de la Seguridad Social o de las mutuas, en función de la Entidad con la que la empresa tenga concertada la cobertura de los riesgos profesionales, con el informe del médico del Servicio Nacional de Salud que asista facultativamente a la trabajadora o a su hijo. Sin embargo, seguramente una interpretación de este apartado en coordinación con aquéllos y la idéntica necesidad de proteger ambos supuestos, lleva a pensar que el certificado médico resulta preciso en los mismos términos⁵⁶ analizados en páginas anteriores, en tanto el apartado 1 en modo alguno condiciona la adaptación a la intervención de un tercero externo, de forma que esta primera actuación preventiva básica deriva, de suyo, de los propios resultados de la evaluación que determina la existencia de riesgos para la salud de la trabajadora o del feto durante el período de lactancia. Por supuesto, también aquí el paso a la situación suspensiva, normalmente tras el término de la suspensión por

⁵⁴ GARCÍA MURCIA, J., «La Ley 29/1999...», *op. cit.*, pág. 31.

⁵⁵ En igual sentido GORELLI HERNÁNDEZ, J., «La reciente Ley...», *op. cit.*, pág. 31. Puede verse, SÁNCHEZ CASTILLO, M., «Lactancia y salud laboral: crónica de una situación insuficientemente protegida», *RL* núm. 12, 2003, pág. 13 ss; SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., «La suspensión del contrato...», *op. cit.*, pág. 40. De «eterna olvidada» la calificaba LOUSADA AROCHENA, F., «El riesgo durante... (I)», *op. cit.*, pág. 565. También FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., «Protección antidiscriminatoria y prevención...», *op. cit.*, pág. 57; LÓPEZ RUBIA, E., «La suspensión del contrato...», *op. cit.*, pág. 34; PEDROSA ALQUÉZAR, S.I., «La salud integral de la mujer...», *op. cit.*, pág. 19. Sobre las inadecuadas soluciones que se le brindaban a la trabajadora de darse el supuesto de hecho que comentamos, PANIZO ROBLES, J.A., «Igualdad de género, conciliación...», *op. cit.*, pág. 63.

⁵⁶ También para PÉREZ DEL RÍO, T y BALLESTER PASTOR, A., *Mujer y salud laboral*, *op. cit.*, pág. 59 el régimen jurídico es el mismo y el certificado es necesario en el mismo momento.

maternidad, sólo se va a producir si el cambio de puesto resulta imposible o no es razonablemente exigible.

La tutela queda ceñida al carácter natural de la lactancia materna, si las condiciones de trabajo pueden influir negativamente en la salud de la mujer o del hijo, como habían defendido la mayoría de los autores⁵⁷. Aunque pudiera pensarse en circunstancias excepcionalísimas en las que es posible que el riesgo (sustancia o agente) pasa al recién nacido a través de la piel por el simple contacto materno, con independencia del origen de la lactancia, entonces estaríamos ante una circunstancia que podría darse también en caso de hijos no lactantes y, además, habría de dar cabida al hombre en el ámbito subjetivo de la protección, camino que ha sido definitivamente desechado por el legislador. Ahora bien, es de suponer que el carácter «natural» se determina por el origen de la alimentación del lactante, a la que pueden pasar sustancias tóxicas o peligrosas, y no tanto por el modo utilizado para dar de comer al recién nacido, dando cabida a supuestos como el de lactancia a través de biberón de hijo prematuro que debe permanecer en la incubadora siempre previa extracción de la leche por parte de la madre y que posteriormente continúa con esta forma de alimentación.

El precepto viene a terminar con las dudas acerca de la duración del período de lactancia, acogiendo el legislador el de los nueve meses, que venía siendo considerado el aplicable, por analogía con lo previsto en el art. 37.4 ET, por un sector de la doctrina⁵⁸. Se ha optado, por tanto, por la opción menos problemática, fijación de un tope máximo inamovible, con independencia de que la lactancia se prolongue más allá del mismo. Aunque resulta llamativo que en el ámbito de la función pública se alargue hasta los doce meses. Como dispone la nueva redacción dada por la LOI⁵⁹ al art. 48.5 ET, la suspensión del contrato finalizará el día en que... el lactante cumpla nueve meses o... cuando desaparezca la imposibilidad de la trabajadora de reincorporarse a su puesto anterior (lo que podría ocurrir bien por el fin, por cualquier motivo, de la lactancia natural bien por la desaparición del riesgo) o a otro compatible con su estado.

En cuanto al momento de inicio de la suspensión, si bien parece evidente que comenzará al término del período de suspensión por maternidad, no queda tan clara la posible coordinación de esta situación con el ejercicio de otros derechos vinculados a la maternidad, en particular, permiso de lactancia o disfrute por el otro progenitor de parte de la suspensión por maternidad cedida. Aunque la introducción de la nueva causa de suspensión no puede merecer más que una acogida favorable, resulta llamativo el escaso interés mostrado por el legislador por regular de manera completa el supuesto y por resolver este tipo de cuestiones que, a buen seguro, van a plantearse en la práctica, con mayor intensidad si efectivamente logra extenderse la corresponsabilidad y un mejor reparto de las cargas familiares.

⁵⁷ Por todos, GONZÁLEZ ORTEGA, S. y APARICIO TOVAR, J., *Comentarios a la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales*, Trotta, Madrid, 1996, pág. 176.

⁵⁸ Entre otros, GONZÁLEZ ORTEGA, S. y APARICIO TOVAR, J., *Comentarios...*, *op. cit.*, pág. 175. En contra, MORENO GENÉ, J. et altri, «La protección de la maternidad...», *op. cit.*, pág. 35, para quienes la aplicación de esta regla prevista para el período de lactancia suponía una reducción temporal no recogida en la LPRL.

⁵⁹ DA 10.^a, 10.

En cuanto a si resulta factible el disfrute simultáneo de la suspensión por riesgo durante la lactancia por parte de la madre y de lo que reste del descanso por maternidad por parte del otro progenitor cuando aquélla le hubiera cedido este derecho en los términos legales, la respuesta es bastante insegura. En principio, cabría afirmar que nada obsta esta posibilidad, no obstante, una atenta mirada a la nueva redacción del art. 48.4 ET que de forma expresa ha previsto exclusivamente el disfrute por el otro progenitor de parte del descanso inicialmente cedido si la madre no puede reincorporarse a su trabajo en el momento previsto por encontrarse en situación de incapacidad temporal, nos hace inclinarnos por una respuesta negativa. Y ello porque tratándose de una previsión excepcional impone una interpretación restrictiva, que hace difícil su extensión a supuestos diversos, máxime cuando estamos ante dos situaciones protegidas claramente diferenciadas y la madre se encuentra en estados también claramente diversos. Incidiendo en esta idea, resulta patente que en el supuesto de incapacidad temporal, la madre, normalmente por enfermedad, esté o no conectada con el embarazo o la lactancia, ve afectada su salud, algo que la incapacita para trabajar y, seguramente también, para el adecuado cuidado y atención del recién nacido, tarea que, a buen seguro, retrasará su recuperación y la posibilidad de reincorporarse a su actividad laboral. Siendo esta probablemente la motivación que ha llevado al legislador a permitir la compatibilidad de ambas situaciones, de forma que el otro progenitor pueda encargarse del cuidado del menor. Circunstancia que, evidentemente, no se da en el caso del riesgo durante la lactancia natural, donde no existe afectación de la salud de la trabajadora ni situación incapacitante sino una decidida incompatibilidad entre el desarrollo de la concreta prestación laboral de la madre, sin posibilidad de adaptación o movilidad funcional, y la lactancia natural. Esta notable diferencia nos parece hace inviable la aplicación analógica de aquella regla legal. No obstante, algún autor ha considerado que esta interpretación, que puede apoyarse en la literalidad de la ley, conduce en la práctica a un resultado paradójico y absurdo dado que se estaría dando un trato más ventajoso a la incapacidad temporal que al riesgo durante la lactancia, situación que se ha extraído de la incapacidad temporal precisamente para darle un mejor tratamiento y una mayor protección⁶⁰.

En relación con el permiso de lactancia, derecho de disfrute indistinto, como es bien sabido, por el padre o la madre en caso de que ambos trabajen, la respuesta bien puede ser otra distinta. Evidentemente, el disfrute es incompatible con la suspensión si aquel es asumido por la madre pero no si es el otro progenitor el que pretende hacer uso del mencionado derecho. Si tenemos en cuenta que la finalidad originaria del permiso (atención a la lactancia) se ha diluido en buena medida, en gran parte por la inutilidad a tales efectos de un lapso temporal tan reducido (dos fracciones de media hora cada una), que en la mayoría de las ocasiones no son suficientes ni siquiera para llegar al domicilio, afirmación que se ve reforzada una vez admitida la posibilidad no sólo de sustituirlo por una reducción de media hora sino también de acumularlo en jornadas completas, no parece que exista obstáculo jurídico ni objeción legal alguna para mantener una posición afirmativa en este caso⁶¹, favorable al posible disfrute del permiso por el otro progenitor aunque la madre se halle en situación de suspensión durante la lactancia.

⁶⁰ DE LA PUEBLA PINILLA, A., «Dimensión laboral de la Ley Orgánica...», *op. cit.*, pág. 87.

⁶¹ Así se pronuncia DE LA PUEBLA PINILLA, A., «Dimensión laboral de la Ley Orgánica...», *op. cit.*, pág. 87.

En otro orden de consideraciones, no cabe ignorar que las modificaciones operadas en el campo de la Seguridad Social, en especial la eliminación de los 180 días de carencia previa⁶² para el percibo a la prestación (por riesgo durante el embarazo o la lactancia natural) viene a reforzar la tutela preventiva de la salud y seguridad de la trabajadora y el futuro hijo en tanto que el carácter obligatorio de la medida podía originar situaciones suspensivas carentes de cobertura económica y, además, hacía recaer de forma contraria a los dictados legales (art. 14.5 LPRL) el coste de las medidas preventivas sobre las trabajadoras⁶³. Con ello se elimina un importante obstáculo y las posibles reticencias de la trabajadora a una tutela efectiva de los derechos afectados.

Para terminar, y aunque no vayamos a entrar en esta cuestión con mayor detalle, llama la atención que la previsión de la nulidad del despido durante la suspensión por riesgo durante la lactancia natural, notable refuerzo al ejercicio efectivo por parte de la trabajadora de su derecho a la salud, no se haya llevado a sus últimas consecuencias. Esto es, resulta cuanto menos llamativo que cuando se contempla (en la nueva redacción de los arts. 43.5 y 55.5 ET) la nulidad después de haberse reintegrado al trabajo al finalizar los períodos de suspensión del contrato por maternidad, adopción o acogimiento o paternidad no se incluya la situación de la trabajadora tras el riesgo durante la lactancia. Lógicamente, la referencia al riesgo durante el embarazo resulta innecesaria o reiterativa pues si se produce la reincorporación estará embarazada y, por tanto, tutelada o lo hará tras la suspensión por maternidad. Evidentemente, dado que la tutela queda condicionada a que «no hubieran transcurrido más de nueve meses desde la fecha de nacimiento, adopción o acogimiento del hijo» sería incompatible con la protección de la lactancia si ésta se prolonga hasta el máximo legal, pero hubiera sido más que conveniente una protección específica en este sentido.

3. UN PASO MÁS EN LA PROTECCIÓN DE LA SALUD LABORAL DE LA MUJER: UNIFORMIDAD *VERSUS* DIVERSIDAD

3.1. Hacia un entendimiento global de la salud laboral de la trabajadora

Como hemos apuntado, no estamos ante una temática que hubiera recibido, hasta la fecha, atención alguna por parte del legislador ni formado parte de los temas prioritarios en el interés de la doctrina, aun cuando, lógicamente, no faltan interesantes aproximaciones desde esta perspectiva⁶⁴. En la Unión Europea, aunque las actuaciones normativas tam-

⁶² La doctrina ha sido muy crítica con esta exigencia, MELLA MÉNDEZ, L., «Situación de riesgo durante...», *op. cit.*, pág. 1221; TARACÓN PÉREZ, E., «La suspensión del contrato...», *op. cit.*, pág. 65.

⁶³ También PEDROSA ALQUÉZAR, S.I., «La salud integral de la mujer...», *op. cit.*, pág. 17.

⁶⁴ AREAL CALAMA, I., «Salud laboral de la mujer...», *op. cit.*, pág. 179 ss; GIL PÉREZ, M.E., «Mujer y salud laboral», en RUIZ PÉREZ E. (Coord.), *Mujer y Trabajo*, *op. cit.*, pág. 129 ss; PÉREZ DEL RÍO, T. y BALLESTER PASTOR, A., *Mujer y salud laboral*, *op. cit.*; SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y., «Igualdad de género y salud laboral: propuestas institucionales, realidad normativa y práctica convencional», *RMTAS* núm. 53, 2004, pág. 149 ss; DELGADO PÁEZ, D.L. y RODRÍGUEZ ORTIZ DE SALAZAR, B., «Riesgos laborales desde la perspectiva...», *op. cit.*, pág. 47 ss.

bién han sido escasas, se ha despertado cierto entusiasmo por este enfoque⁶⁵, caracterizado por un entendimiento más global⁶⁶ de la seguridad y salud de la trabajadora, más allá de la tutela reproductiva, ciertamente necesario y que ha de favorecer una mayor eficacia de las políticas preventivas.

Así, en la estrategia comunitaria de seguridad y salud en el trabajo (2002-2006)⁶⁷ se expresaba la necesidad de tomar en consideración los cambios producidos en la composición de la población activa como consecuencia, entre otros factores, de la feminización del mercado de trabajo así como la incidencia de estos factores en cuanto a la evaluación y prevención de riesgos de accidentes y de enfermedades⁶⁸. Profundiza en este sentido la nueva estrategia comunitaria (2002-2007) que refleja la ineludible conexión entre lucha por la igualdad y mejora de la salud laboral y la calidad de la vida profesional⁶⁹, a lo que viene a añadir que «la participación de las mujeres en el empleo sigue aumentando, y en muchos casos va acompañada de una segregación entre los sexos en el mercado laboral. Por consiguiente, es preciso tener más en cuenta los aspectos de salud y seguridad específicos de las mujeres» (punto 2). Para profundizar en esta materia, sobre la que queda un arduo camino por recorrer, se pide a la Agencia Europea que, a través de su observatorio de riesgos, elabore un análisis de los retos específicos que plantea, en materia de seguridad y salud, una mayor integración de las mujeres... en el mercado laboral. Dicho análisis facilitará la identificación y el seguimiento de las tendencias y de los nuevos riesgos así como de las medidas indispensables.

De esta forma, se consagra lo que podemos llamar el principio de «especificidad» por razón de sexo en las políticas preventivas. Esto es, que resulta necesario huir de la neutralidad mal entendida, a la que hemos aludido, que ha llevado a la homogeneidad a ultranza y a minusvalorar o despreciar la diversidad, para insistir en la valoración particularizada de posibles factores de riesgos que afectan de mayor modo o simplemente de forma dife-

⁶⁵ VOGEL, L., «La dimensión de género en salud laboral...», *op. cit.*, pág. 1 ss.

⁶⁶ En esta línea, entre otros, LÓPEZ LÓPEZ, J., «Salud laboral y protección...», *op. cit.*, pág. 90.

⁶⁷ Comunicación de la Comisión «Cómo adaptarse a los cambios en la sociedad y en el mundo del trabajo: una nueva estrategia comunitaria de salud y seguridad» (2002-2006), Bruselas 11.03.2002, COM (2002), 118 final.

⁶⁸ Otros aspectos de cierta trascendencia en la estrategia residen en la «necesidad de mejorar la comprensión de los factores humanos y de conducta para traducir mejor el conocimiento de los riesgos y de la prevención de acciones concretas», en lo que sin duda juegan importantes diferencias por razón de sexo y la de «reforzar, mediante la cooperación, los vínculos entre la nueva estrategia comunitaria de salud y seguridad y la estrategia en materia de salud pública». En el contexto de la estrategia se conocen algunas actuaciones a nivel interno, si bien escasas, donde se introduce la dimensión de género en salud laboral, así pueden consultarse las NTP 657 y 658 del INSHT dedicadas a «Los trastornos músculo-esqueléticos de las mujeres: exposición y efectos diferenciales», http://empleo.mtas.es/insh/ntp/ntp_657.htm. En la primera de ellas se afirma (p. 1) que «Se trata pues de reflexionar sobre si a la hora de hacer prevención tenemos en cuenta todas estas diferencias, o si por el contrario una visión excesivamente «universal» nos impide dar respuesta a la diversidad de realidades en el mundo del trabajo, partiendo de una pretendida homogeneidad».

⁶⁹ «Si se quiere mejorar la aptitud para el empleo de hombres y mujeres y la calidad de la vida profesional, también es preciso progresar en el ámbito de la igualdad entre hombres y mujeres. Las desigualdades, tanto dentro como fuera del mundo laboral, pueden afectar a la salud y seguridad de las mujeres en el trabajo y, en consecuencia, influir en su productividad. Sin embargo, también ha de prestarse toda la atención necesaria a las cuestiones específicas relativas a la salud y la seguridad de los hombres en el trabajo» (punto 1).

renciada a hombres y mujeres⁷⁰. Téngase en cuenta que, como es bien notorio, las diferencias no son sólo biológicas⁷¹ o corporales, que también, sino también de roles sociales, así como de las concretas tareas desempeñadas, el puesto de trabajo y las específicas condiciones (normalmente peyorativas respecto al hombre) en que la prestación laboral se desenvuelve.

Factor trascendental lo constituye la necesidad de luchar contra las constatadas discriminaciones por razón de género en el mundo laboral que repercuten de forma indudable en la salud y seguridad de las trabajadoras, pero, entretanto, habrá de poner los medios necesarios (evitación, evaluación, disminución y control) para que tales factores no incidan negativamente en los derechos de la trabajadora a su integridad física y moral.

3.2. Primeros pasos hacia la introducción de la perspectiva de género en la salud laboral

La recién publicada LOI ya ha recibido críticas doctrinales que lamentan que la discriminación de género y/o sexo no sea considerada directamente como un riesgo profesional, de forma que el enfoque preventivo queda excesivamente diluido, aunque no esté completamente ausente al ser remitido a las políticas de fomento⁷². No obstante lo anterior, se dan unos importantísimos primeros pasos para integrar la perspectiva de género en el ámbito de la salud laboral. En especial, resulta significativo el signo dado a esta temática en la nueva letra g) del apartado 2 del artículo 11 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud que alude a la «Promoción y protección de la salud laboral, con especial consideración a los riesgos y necesidades específicos de las trabajadoras»⁷³.

A nuestro entender, esta es la perspectiva a destacar, esto es, que no estamos tanto ante una cuestión de igualdad⁷⁴ como ante el reto de atender específicamente, en su caso,

⁷⁰ Idea a la que también apunta la doctrina que estima que la protección de la salud no puede articularse de la misma forma para el componente masculino que para el femenino, PEDROSA ALQUÉZAR, S.I., «La salud integral de la mujer...», *op. cit.*, pág. 6; LÓPEZ LÓPEZ, J., «Salud laboral y protección...», *op. cit.*, págs. 80-81; DELGADO PÁEZ, D.L. y RODRÍGUEZ ORTIZ DE SALAZAR, B., «Riesgos laborales desde la perspectiva...», *op. cit.*, pág. 48; GIL PÉREZ, M.E., «Mujer y salud laboral», *op. cit.*, pág. 130. También, incluyendo un análisis de las características específicas del trabajo de la mujer y su repercusión en los riesgos laborales, AREAL CALAMA, I., «Salud laboral de la mujer...», *op. cit.*, en especial, pág. 163 ss.

⁷¹ Por poner sólo un ejemplo, son frecuentes en las trabajadoras los trastornos o alteraciones del ciclo menstrual cuya etiología laboral muchas veces se desconoce aunque en otras queda más que demostrada su relación con situaciones laborales, como el estrés o el acoso, *vid.* GARCÍA TRASCASAS, A., «Vulneración del derecho a la integridad física y moral por acoso psicológico descendente e indemnización por daños materiales y morales» (STSJ Madrid 20 febrero 2006, JUR 2006, 127750), *AS* núm. 9, octubre 2006, pág. 37.

⁷² MOLINA NAVARRETE, C., «El impacto laboral...», *op. cit.*, pág. 105.

⁷³ *Vid.* DA 9.ª. 2 LOI. El nuevo art. 21 Ley General de Sanidad hace referencia a «La actuación sanitaria en el ámbito de la salud laboral, que integrará en todo caso la perspectiva de género...» (DA 8.ª.4).

⁷⁴ Sin embargo, para AREAL CALAMA, I., «Salud laboral de la mujer...», *op. cit.*, pág. 191, «la evaluación de riesgos laborales conforme a la metodología descrita, puede posibilitar el desarrollo de políticas preventivas feminizadas —no discriminatorias— que partiendo de una relectura de los conceptos de salud laboral y de riesgo

a las necesidades de las trabajadoras, en la medida en que se parte de la constatación de que, enfrentados a determinados riesgos, en particular de dolencias y enfermedades, las necesidades de los distintos trabajadores son también diversas y que, entre los factores a considerar no es, ni mucho menos, menospreciable el sexo. No obstante, nos parece conveniente volver a insistir en que la LPRL ya exige atender individualizadamente a las necesidades de cada trabajador y, por tanto, a sus características personales y ello incluye, ya de por sí, valorar su condición de hombre o mujer. Por ello no se trata, en puridad, visión que habría de ser desterrada, de una cuestión cuantitativa, de una «mayor» o «menor» protección, ni de defensa a ultranza de una férrea «igualdad» en la tutela, sino de una cuestión de «adecuación», de «especificidad» y de «eficacia», de adopción de aquellas medidas necesarias y adecuadas a la vista de las situaciones concretas a que nos enfrentamos también, lógicamente, a las especificidades marcadas por el sexo de la persona y las consiguientes divergencias en las condiciones laborales que van a determinar una diferente propensión a verse dañados por determinados riesgos laborales.

De forma ya algo más concreta, aunque todavía ciertamente tímida y manteniéndose, de momento, a nivel de las políticas públicas en materia preventiva, se introduce un nuevo apartado 4 en el artículo 5 de la LPRL⁷⁵ referente a que «Las Administraciones Públicas promoverán la efectividad del principio de igualdad entre mujeres y hombres, considerando las variables relacionadas con el sexo tanto en los sistemas de recogida y tratamiento de datos como en el estudio e investigación generales en materia de prevención de riesgos laborales, con el objetivo de detectar y prevenir posibles situaciones en las que los daños derivados del trabajo puedan aparecer vinculados con el sexo de los trabajadores». No obstante, tampoco cabe perder de vista que estos avances a nivel científico e investigador tendrán que repercutir, aun cuando el proceso puede ser algo lento, en la propia política empresarial, en la medida en que, como es bien sabido, el empresario, dado el carácter dinámico de la obligación de seguridad, no puede permanecer de espaldas a los nuevos riesgos que van haciéndose patentes al compás de la evolución de la ciencia (art. 15 e) LPRL)⁷⁶.

Como ya hemos visto, aunque quizás hubiera sido interesante una actuación más decidida del legislador y una referencia específica a esta cuestión en el capítulo III LPRL, dedicado a las obligaciones empresariales, incluyendo este aspecto en las reglas sobre planificación preventiva⁷⁷, no albergamos dudas de que la necesidad de proteger al trabajador «en todos los aspectos relacionados con el trabajo», la adopción de «todas las medidas necesarias», la «adaptación del trabajo a la persona»⁷⁸ o de atender a las características personales del sujeto, entre otras, obliga a tomar en consideración los posibles riesgos «añadidos» o, simplemente, «específicos» que pueden dimanar del sexo del trabajador.

laboral aseguren —desde la perspectiva de género y diversidad biológica— una igualdad real (art. 9.2 CE) en relación a la salud laboral de la mujer, capaz de superar análisis y actuaciones preventivas ancladas todavía en una perspectiva androcéntrica de la prevención del riesgo profesional».

⁷⁵ DA 12.^a.1.

⁷⁶ En el mismo sentido, *vid.* AREAL CALAMA, I., «Salud laboral de la mujer...», *op. cit.*, pág. 190.

⁷⁷ En la misma línea, MOLINA NAVARRETE, C., «El impacto laboral...», *op. cit.*, pág. 149.

⁷⁸ Así lo destacan también PEDROSA ALQUÉZAR, S.I., «La salud integral de la mujer...», *op. cit.*, pág. 8 y SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y., «Igualdad de género y salud laboral...», *op. cit.*, pág. 151.

3.3. Género y evaluación de riesgos

Es, sin duda, la evaluación de riesgos laborales⁷⁹, cuya centralidad en materia de tutela de la trabajadora embarazada es también, como hemos visto, indiscutible, el vehículo más adecuado para la introducción de los necesarios matices diferenciales entre el hombre y la mujer en la política preventiva a implantar en las empresas.

Esta obligación de diversificar la tutela se puede extraer del art. 16 LPRL⁸⁰, sin perjuicio de que no hubiera estado de más una referencia explícita a este tema así como, en general, a la necesidad de evaluar los riesgos psicosociales. Según reza el precepto legal, el empresario habrá de evaluar los riesgos teniendo en cuenta, con carácter general, la naturaleza de la actividad, las características de los puestos de trabajo pero también de los concretos trabajadores que deben desempeñarlos [art. 16.2 a)]. Y este aserto, sin más, ya justifica la introducción de un sesgo de género a la evaluación puesto que las características biológicas y los condicionantes sociales y laborales que se encuentra la trabajadora justifican una especial valoración de la posibilidad de que se acentúen/particularicen determinados riesgos. Asimismo, de forma más detallada, el art. 4 RSP cuando describe el contenido general de la evaluación da más pistas sobre esta cuestión, por un lado, por su remisión al amplio concepto de condición de trabajo contenido en el art. 4.7 LPRL y, por otro, porque hace especial hincapié en la necesidad de tener en cuenta la posibilidad de que el puesto de trabajo lo ocupe o vaya a ocuparlo un trabajador especialmente sensible, por sus características personales o estado biológico conocido, a algunas de tales condiciones. De esta forma, resulta necesario, si queremos que la evaluación sirva verdaderamente para adoptar las medidas de seguridad necesarias, eficaces y adecuadas al trabajador, identificar y valorar también aquellos riesgos que pueden afectar de modo particularizado a las mujeres, como se desprende de los hoy todavía escasos estudios científicos realizados. Y ello tanto si vienen motivados por las indiscutibles diferencias biológicas o sociales como si están relacionados con el tipo de trabajo y tareas encomendadas. En este sentido, la conexión con las discriminaciones sociales y laborales de las que es objeto la mujer es evidente, pues mientras éstas se perpetúen hay una serie de circunstancias y riesgos que van a afectar de modo primordial y casi exclusivo a las trabajadoras⁸¹.

⁷⁹ Puede verse la hoja informativa núm. 43 de la Agencia Europea para la Seguridad y Salud en el Trabajo «La inclusión de los aspectos de género en la evaluación de riesgos» (<http://agency.osha.eu.int>), donde se afirma que «La adopción de un enfoque “neutral a los géneros” respecto de la evaluación de riesgos y su prevención puede conllevar el riesgo de que las mujeres trabajadoras sean infravaloradas e incluso ignoradas». También centran la atención en la evaluación, DELGADO PÁEZ, D.L. y RODRÍGUEZ ORTIZ DE SALAZAR, B., «Riesgos laborales desde la perspectiva...», *op. cit.*, pág. 5.º; GIL PÉREZ, M.E., «Mujer y salud laboral», *op. cit.*, págs. 151 y 155; SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y., «Igualdad de género y salud laboral...», *op. cit.*, pág. 53. Sobre la trascendencia de la evaluación en el cumplimiento de la obligación empresarial como punto de partida de toda política preventiva nos permitimos la remisión a un trabajo anterior, IGARTUA MIRÓ, M.T., *La obligación general de seguridad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 289 ss.

⁸⁰ En la práctica, sin embargo, se constata cómo en la evaluación y planificación de riesgos no se valora esta incidencia en los riesgos laborales de las diferencias relativas a la forma de incorporación de la mujer al mercado de trabajo, pese a resultar asumible con el actual marco legal, *vid.* AREAL CALAMA, I., «Salud laboral de la mujer...», *op. cit.*, en especial págs. 187 y 190 ss.

⁸¹ «La mejora de la seguridad y salud en el trabajo de las mujeres no puede contemplarse separadamente de aspectos más amplios relativos a la discriminación en el trabajo y en la sociedad...» (hoja informativa núm. 42 Agencia Europea Seguridad y Salud en el Trabajo citada).

No cabe perder de vista que lo que acabamos de señalar tiene particular incidencia en el campo de los factores de riesgo de tipo psicosocial, aspecto en el que incidiremos infra. De nuevo aquí, y aunque sea muy sucintamente, debemos insistir en el desajuste de las políticas de prevención de riesgos laborales, patente en nuestro ordenamiento, puesto que se pone especial (y casi exclusivo) énfasis en los accidentes de trabajo⁸², provocando una importante desatención a aquellos riesgos que afectan de manera más frecuente a las mujeres, que quedan en muchas ocasiones huérfanos de medidas protectoras específicas. Mayor incidencia de este tipo de riesgos que aparece de forma patente directamente conectada al tipo de trabajo que desempeñan así como a las condiciones en que su actividad laboral se desenvuelve⁸³. Por ello mismo, también en las medidas de vigilancia de la salud (art. 22 LPRL) debería incluirse este nuevo enfoque para lograr una tutela más ajustada a las necesidades de las trabajadoras.

A los agentes sociales corresponde un rol de indudable trascendencia en este campo, como se refleja en todo el articulado de la LOI. La negociación colectiva debería insistir en este aspecto, recalcando la necesidad de tener en cuenta la incidencia del sexo en los riesgos laborales y de políticas preventivas que no ignoren esta realidad. No obstante, habida cuenta los escasos éxitos obtenidos por la práctica convencional hasta estos momentos en materia de prevención de riesgos laborales⁸⁴ y de políticas de igualdad de trato⁸⁵, no queremos ser demasiado optimistas en cuanto a los resultados que nos pueda deparar en un futuro.

⁸² DELGADO PÁEZ, D. y RODRÍGUEZ ORTIZ DE SALAZAR, B., «Riesgos laborales desde la perspectiva...», *op. cit.*, pág. 52, ponen de manifiesto cómo según datos estadísticos en los trabajos mayoritariamente desempeñados por hombres predominan los riesgos relacionados con la seguridad y la manipulación de objetos de elevado peso, en definitiva, los accidentes de trabajo. Por el contrario, los trabajos feminizados se caracterizan por presentar principalmente riesgos ergonómicos y psicosociales, NTP 657: Los trastornos músculo esqueléticos de las mujeres, *cit.*, pág. 3. En la misma línea, AREAL CALAMA, I., «Salud laboral de la mujer...», *op. cit.*, pág. 184; PÉREZ DEL RÍO, T., «Diálogo social, negociación colectiva...», *op. cit.*, pág. 465.

⁸³ Los riesgos derivados de la organización del trabajo suelen aparecer en trabajos poco definidos, con falta de autonomía y control, con ritmos de trabajo excesivamente elevados, poco gratificantes por su monotonía y falta de creatividad, dando lugar a situaciones de ansiedad y de estrés..., *vid.* GIL PÉREZ, M.E., «Mujer y salud laboral», *op. cit.*, pág. 148.

⁸⁴ Más en concreto, en relación con los problemas de salud de las mujeres su atención en la negociación es absolutamente marginal, entre otros, PÉREZ DEL RÍO, T., «Diálogo social, negociación colectiva y género», en RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO (Dir.), *Veinticinco años de Estatuto de los Trabajadores: Balance y perspectivas para un nuevo Estatuto*. XXV Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, CARL-Mergablum, Sevilla, 2006, pág. 466. Asimismo, SUÁREZ CORUJO, B., «La protección de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos en la negociación colectiva de ámbito estatal: un panorama desalentador», en VV.AA., *La Prevención de los Riesgos Laborales en la Negociación Colectiva*, alcor de mgo, *Revista Científico-Técnica de Seguridad y Salud Laborales* núm. 8, 2007, pág. 82 ss. Con mayor amplitud, puede verse SERRANO GARCÍA, J., «Tratamiento de la mujer trabajadora y del acoso sexual en la negociación colectiva», en ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., *La negociación colectiva en España: una visión cualitativa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 759 ss.

⁸⁵ Por todos, MOLINA NAVARRETE, C., «El impacto laboral...», *op. cit.*, pág. 147. La doctrina concluye que «la salud laboral sexual no es, con mucho, la materia más y mejor tratada...No hay, en definitiva, una integración real y efectiva del principio de igualdad de trato por razón de sexo en esta materia», *vid.* SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y., «Igualdad de género y salud laboral...», *op. cit.*, pág. 167, siendo el balance de la negociación estudiada sumamente decepcionante e insatisfactorio, pág. 170.

Para concluir, no debemos pasar por alto, dada la trascendencia que la participación de los trabajadores cobra en relación con las políticas preventivas, que, de alguna forma, debiera implementarse el grado de intervención e implicación de las trabajadoras en los órganos de representación especializada (delegados de prevención) y, consiguientemente, en los comités de seguridad y salud, de forma que ellas mismas pongan el acento y promuevan actuaciones o realicen propuestas en relación a temas de salud que específicamente les preocupen y los afecten⁸⁶.

4. EL TÍMIDO ACERCAMIENTO A UNA CONCEPCIÓN DEL ACOSO SEXUAL COMO RIESGO LABORAL

A destacar en la LOI es la «novedosa» consideración del acoso sexual y por razón de sexo como riesgo laboral⁸⁷, aspecto antes ignorado a nivel legislativo aunque fuera defendido en distintos foros⁸⁸. Así, el art. 27 (integración del principio de igualdad en la política de salud) incluye entre las actuaciones a desempeñar por las Administraciones Públicas, «La consideración, dentro de la protección, promoción y mejora de la salud laboral, del acoso sexual y el acoso por razón de sexo»⁸⁹. A ello se añaden las previsiones contenidas en el art. 48 LOI referentes a las medidas a adoptar por el empresario.

En el primer caso, estamos, sin duda, ante un mandato a los poderes públicos que han de emprender todo tipo de actuaciones en orden a la mejora de la salud laboral en relación a este riesgo concreto, incluyendo posibles intervenciones legislativas, actividades de fomento, promoción, iniciativas a cargo de organismos especializados, en especial relacionadas con la investigación y la divulgación, y cualquier otra encaminada a la finalidad enun-

⁸⁶ Se ha considerado que «las mujeres no están lo bastante representadas en la toma de decisiones relativas a la seguridad y salud en el trabajo en todos los niveles. Deberían involucrarse más directamente, y las opiniones, experiencias, conocimientos y capacidades de las mujeres deberían reflejarse a la hora de formular y poner en práctica las estrategias de seguridad y salud en el trabajo» (nota informativa núm. 42, Agencia Europea, citada). La creciente participación de las mujeres en el mercado de trabajo no parece corresponderse con su presencia y participación en las organizaciones sindicales y empresariales ni en la negociación colectiva, CASAS BAAMONDE, M.E., «Transformaciones del trabajo...», *op. cit.*, pág. 101.

⁸⁷ Es interesante, por el enfoque desde una perspectiva de promoción de la salud laboral de las mujeres, el trabajo de VALLEJO DACOSTA, R., «El acoso sexual y el acoso...», *op. cit.*, pág. 15 ss. *Vid.* asimismo, PÉREZ DEL RÍO, T. y BALLESTER PASTOR, A., *Mujer y salud laboral*, *op. cit.*, en especial pág. 99 ss.

⁸⁸ Así se muestra tajante VOGEL, L., «La dimensión de género en salud laboral...», *op. cit.*, pág. 7 para quien «A pesar de las evidencias que demuestran que el acoso sexual constituye un peligro para la salud, nunca se le ha considerado como un tema de salud laboral...»; *vid.* LÓPEZ LÓPEZ, J., «Salud laboral y protección...», *op. cit.*, pág. 72. También lo reconocía ya así —el acoso constituye un riesgo para la salud y seguridad— el conocido Código de Conducta europeo sobre el acoso del año 91, entre otros, *vid.* SERRANO GARCÍA, J.M., «Tratamiento de la salud de la mujer...», *op. cit.*, pág. 771. CUBO MAYO, A. y PÉREZ-BUSTAMANTE MOURIER, J.P., «El derecho a la dignidad en el ámbito laboral. Acoso en el trabajo: moral y sexual (estudio jurídico, situación actual y perspectivas). La prevención de los riesgos psicosociales: medidas preventivas. El papel de la Inspección de Trabajo». *RL* 2006-I, pág. 1369, destacan la esencialidad de introducir un sistema de prevención de riesgos psicosociales en las empresas.

⁸⁹ Acompañado de la correspondiente modificación del art. 17.9 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad referente a «La protección, promoción y mejora de la salud laboral, con especial atención al acoso sexual y al acoso por razón de sexo» (DA 8.ª. 3).

ciada. Lógicamente, esta vertiente del acoso sexual viene a sumarse, a fin de lograr una mayor efectividad de la tutela, especialmente en el plano preventivo, a su «consideración preeminente como actuación discriminatoria que permite la aplicación de los procedimientos de tutela mucho más elaborados y adecuados que su consideración como acto de violación de cualquier otro de los derechos que simultáneamente se vulnera»⁹⁰.

La actuación emprendida, de momento, es excesivamente tibia⁹¹ y, a simple vista, no augura grandes avances en las políticas preventivas y sistemas de gestión de riesgos laborales de las empresas. Y ello por varias razones. En primer lugar, porque se limita al ámbito de las políticas públicas y se deja de lado a la política empresarial. En segundo lugar, porque, al igual que ocurre en el resto del texto legal, se ponen los cimientos para la prevención del acoso pero se deja la efectiva materialización de los avances a terceros, en concreto también aquí se da un papel esencial a la negociación colectiva. En tercer lugar, resulta sorprendente que no se haya intentado, siquiera, una mínima coordinación entre las nuevas obligaciones que se imponen al empresario en relación con la evitación del acoso sexual y por razón de sexo y la política de prevención de riesgos laborales, en la que se incluye, sin lugar a dudas, la necesidad de evitar, prevenir y controlar los riesgos de naturaleza psicosocial, entre los que cabe encajar de forma evidente cualquier género de acoso.

La lectura del art. 48 LOI dedicado a las medidas específicas para prevenir el acoso sexual y el acoso por razón de sexo en el trabajo, y pese al escaso rigor técnico de que hace gala el legislador, no admite otra interpretación que la consistente en entender que todas las empresas, con independencia de su tamaño, vienen obligadas⁹² a promover condiciones de trabajo que eviten este tipo de acoso, así como arbitrar procedimientos específicos para su prevención y para dar un cauce adecuado a las denuncias o reclamaciones de quienes fueren objeto del mismo. Medidas que han de negociarse con los representantes de los trabajadores y que, a modo de ejemplo, pueden consistir en la elaboración y difusión de códigos de buenas prácticas, realización de campañas informativas o acciones de formación. Ahora bien, de forma específica, la prevención del acoso sexual y por razón de sexo es uno de los posibles contenidos del plan de igualdad de las empresas (art. 46)⁹³, lo que sin duda significa que de existir tales planes estos serán el vehículo negociado adecuado

⁹⁰ PÉREZ DEL RÍO, T., «La Ley Orgánica de igualdad...», *op. cit.*, pág. 236.

⁹¹ La doctrina ha destacado la insuficiencia de las reformas emprendidas, en tanto que entre las modificaciones realizadas a la LPRL, no se hace referencia alguna a la prevención de la violencia de género en el trabajo, probablemente debido a la oposición de la patronal, *vid.* PÉREZ DEL RÍO, T., «La Ley Orgánica de igualdad...», *op. cit.*, pág. 240. En la misma línea, se valora positivamente que el enfoque de género tenga cabida expresa en el marco de las políticas de salud laboral y de PRL, pero lamentable que no se haya hecho con una mayor claridad y contundencia en el ámbito de las políticas empresariales de PRL, como sí sucede en las públicas, MOLINA NAVARRETE, C., «El impacto laboral...», *op. cit.*, pág. 151.

⁹² También para la doctrina, pese a que el enunciado legal es confuso, la regla es clara (la obligatoriedad), *vid.* MOLINA NAVARRETE, C., «El impacto laboral...», *op. cit.*, pág. 151; sin diferenciar entre empresas grandes y pequeñas, VALLEJO DACOSTA, R., «El acoso sexual y acoso...», *op. cit.*, pág. 25.

⁹³ Hasta la fecha «los agentes sociales han empezado a hacerse eco en la negociación colectiva del problema que supone el acoso, sin que pueda hablarse de la existencia de un compromiso social adecuado a la importancia del problema», SERRANO GARCÍA, J.M., «Tratamiento de la salud de la mujer...», *op. cit.*, pág. 778. También la nueva estrategia comunitaria (2007-2012) hace hincapié en la importancia de las negociaciones entre los interlocutores sociales en lo que respecta a la prevención de la violencia y del acoso en el trabajo (punto 7.2). En

para su establecimiento. Caso contrario, parece indudable que podrán plasmarse tanto en los convenios colectivos⁹⁴ como en instrumentos negociados de tipo más informal.

Es de suponer, dada la indicación contenida en el art. 27 LOI y las tendencias ya iniciadas, aun cuando tímidamente, en sede doctrinal y en foros especializados en este sentido, que se comenzará a incluir de modo efectivo este tipo de actuaciones preventivas en la política integrada de prevención de riesgos laborales. Parece lógico pensar que la necesidad de arbitrar procedimientos específicos para su prevención, puede satisfacerse de modo adecuado considerando el acoso como un riesgo más a incluir dentro de la obligación empresarial de seguridad, si bien, lógicamente, contemplando sus especificidades a la hora de evaluar, analizar y corregir las situaciones patológicas detectadas⁹⁵. No obstante, no hubieran estado de más ciertos retoques en la LPRL que permitieran articular ambos tipos de obligaciones. Téngase en cuenta, además, que algunas de las medidas que se ejemplifican en el art. 48 LOI coinciden miméticamente con las recogidas en la LPRL, así de forma destacada la información y la formación de los trabajadores (arts. 18 y 19 LPRL). En este tipo de actuaciones, además de en la tolerancia «cero» y en el establecimiento de procedimientos adecuados para abordar el problema insiste el reciente Acuerdo Marco Europeo sobre acoso y violencia en el lugar de trabajo⁹⁶. No obstante, parece huir de manera deliberada y por motivos exclusivamente crematísticos, habida cuenta el posible mayor coste de las medidas a adoptar⁹⁷, de incardinarlas en el campo de la seguridad y salud en el trabajo, ignorando de forma sorprendente que la obligación de seguridad empresarial en su amplia formulación referente a todas las medidas necesarias comprende, como se ha visto,

esta misma línea, PEDROSA ALQUÉZAR, S.I., «La salud integral de la mujer...», *op. cit.*, pág. 22, hacía una llamada a la negociación para regular de forma específica el acoso sexual como factor de riesgo que atenta directamente contra la salud física y psíquica de la mujer.

⁹⁴ No obstante, para MOLINA NAVARRETE, C., «El impacto laboral...», *op. cit.*, pág. 151, son contenido obligatorio del convenio en aplicación del art. 85.1 ET en todos los ámbitos de negociación colectiva. Postura que no parece avalada por la nueva redacción dada al precepto por la LOI (DA 11.ª 17) que sólo incluye las medidas dirigidas a promover la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres o, en su caso, planes de igualdad. También para VALLEJO DACOSTA, R., «El acoso sexual y acoso...», *op. cit.*, pág. 25 el artículo no predetermina la fuente de regulación de tales medidas; no se establece la obligación de negociación como contenido mínimo de los convenios colectivos, es más, pueden plasmarse en un simple código de buenas prácticas o bien traducirse en una negociación informal.

⁹⁵ Puede verse MONCADA I LLUÍS, S. y LLORENS SERRANO, C., «Aproximación a los riesgos psicosociales y a los métodos de evaluación e intervención preventiva», en AGUSTÍ JULIÁ (Dir.), *Riesgos psicosociales y su incidencia en las relaciones laborales y seguridad social, Cuadernos de Derecho Judicial XII-2004*, CGPJ, Madrid, 2005, pág. 15 ss, quienes denuncian la parálisis de la prevención en este ámbito y la escasez de herramientas disponibles, pese a la evidencia del efecto sobre la salud y el bienestar de estos factores laborales de naturaleza psicosocial. La necesidad de una consideración propia a estos riesgos en los sistemas preventivos de las empresas en CUBO MAYO, J. y PÉREZ-BUSTAMANTE MOURIER, J.P., «El derecho a la dignidad...», *op. cit.*, pág. 1372.

⁹⁶ Suscrito por BUSINESSEUROPE (antes UNICE), UEAPME, CEEP y TUC el 26 de abril de 2007.

⁹⁷ En este sentido, llamativa resulta la justificación dada en un documento resumen sobre el acuerdo marco publicado por la CEOE, mayo 2007, donde fundamenta la opción por un enfoque distinto al de la prevención de riesgos laborales y su ubicación en el ámbito de la gestión de los recursos humanos en que «frente a postulados que defienden costosas actuaciones sistemáticas preventivas (v.g. sistemas de evaluación de riesgos) aplicables en todas las empresas, se ha preferido otro enfoque basado en el establecimiento de cauces discretos de comunicación destinados a posibles trabajadores acosados».

necesariamente, actuaciones también en este ámbito, en especial relacionadas con la organización del trabajo, ampliamente entendida. También de la normativa preventiva se deduce la tolerancia cero, la vigilancia y el uso de la potestad disciplinaria, cuando no existan otras medidas eficaces.

5. UNA REFLEXIÓN FINAL: PREVENCIÓN DE RIESGOS PSICOSOCIALES Y ESPECIAL INCIDENCIA SOBRE LAS TRABAJADORAS

La integración expresa, por primera vez a nivel legislativo, del acoso (sexual y por razón de sexo, aunque debería hacerse extensible a todo género de acoso o violencia)⁹⁸ en el campo de la salud laboral, que acabamos de comentar, debería servir como acicate para abrir definitivamente la senda a una mayor atención y una decidida actuación en relación con el problema de los llamados riesgos laborales emergentes, en concreto, los de tipo psicosocial que se actualizan cada vez con mayor frecuencia, donde, entre otros destacados como el estrés, el burn-out y los trastornos ansioso-depresivos, se incluirían los anteriores.

Ahora bien, aunque seguramente es más que conveniente una intervención legislativa específica en un futuro próximo, resulta patente que pese al clamoroso silencio que guardan la LPRL y la LOI⁹⁹ en este punto, la tutela preventiva de esta clase de riesgos puede extraerse sin demasiadas dificultades de la amplia obligación general de seguridad que pesa sobre el empresario ex art. 14 y concordantes de aquel texto legal, que le imponen la necesidad de evitar, evaluar, disminuir y controlar todo tipo de riesgo relacionado con el trabajo y adoptar todas las medidas preventivas necesarias. Sin duda, la necesidad de una evaluación de riesgos omnicompreensiva, que incluya todas las condiciones de trabajo que, al decir del art. 4.7 d) LPRL, abarcan «todas aquellas características del trabajo, incluidas las relativas a su organización y ordenación, que influyan en la magnitud de los riesgos a que esté expuesto el trabajador»¹⁰⁰, obliga a un análisis y una valoración que incluya los riesgos psicosociales. Algo que viene siendo asumido con naturalidad por algunos pronunciamientos judiciales¹⁰¹ y reclamado constantemente por la doctrina que se ha ocupado de esta temática¹⁰². Tampoco cabe olvidar que el RSP reconoce entre las disciplinas o áreas

⁹⁸ Sobre este tema, *vid.* ROGERS, K.A. y CHAPPELL, D., *Prevención y respuesta a la violencia en el trabajo*, MTAS, Colección informes OIT, núm. 68, Madrid, 2004.

⁹⁹ Para VALLEJO DACOSTA, R., «El acoso sexual y el acoso...», *op. cit.*, pág. 29, aunque el Proyecto de Ley (LOI) trata de eludir la consideración del acoso sexual y por razón de sexo como un riesgo profesional y por tanto tutelable a partir del marco normativo de la PRL, la necesaria conexión con esta última norma deviene imprescindible, tal como se viene entendiendo en el ámbito jurisprudencial y judicial.

¹⁰⁰ La centralidad de este precepto en el campo que nos ocupa es resaltada por la doctrina, CUBO MAYO, A. y PÉREZ-BUSTAMANTE MOURIER, J.P., «El derecho a la dignidad...», *op. cit.*, pág. 1385; DELGADO PÁEZ, D.L. y RODRÍGUEZ ORTIZ DE SALAZAR, B., «Riesgos laborales desde la perspectiva...», *op. cit.*, pág. 57.

¹⁰¹ Entre otras, SSTSJ Madrid 5 y 31 octubre 2005 (AS 2555 y 2006/725). La STSJ Cataluña 9 noviembre 2005 (AS 2006/387) afirma que «Obviamente, sobre la empresa recae un deber de tutela frente a este tipo de peligros... Y esta protección puede y debe llevarse a cabo por cuantos medios se encuentren al alcance de la empresa, y que resulten más idóneos a la naturaleza de los riesgos».

¹⁰² CAVAS MARTÍNEZ, F., «Derecho de la prevención y nuevos riesgos profesionales», AS núm. 18, 2005, BIB 2005/2644, pág. 1 ss; MARTÍN CHAPARRO, M.P., VERA MARTÍNEZ, J.J., CANO LOZANO, M.C. y MOLINA

específicas de la organización preventiva a la ergonomía y psicología aplicada, lo que demuestra la relevancia de esta temática. Ahora bien, sin duda, los campos donde se requiere un mayor avance son los de la investigación científica, la adecuada formación de los técnicos y la elaboración de guías, notas técnicas¹⁰³ y orientaciones que aborden de modo especial esta problemática y que puedan ayudar a su efectiva implantación en las empresas. Y ello porque el mayor escollo en la práctica aplicativa es que las medidas y las políticas preventivas en esta materia poco o nada tienen que ver con las tradicionales al uso mucho más centradas en la seguridad en el trabajo, en la lucha contra el accidente de trabajo y en la higiene industrial. Los nuevos riesgos demandan, sin duda, unas nuevas actuaciones que atiendan de modo especial a la organización del trabajo en todos sus aspectos. Sin dejar atrás por supuesto el tema de la formación, la información y, en el caso concreto del acoso y la violencia, la toma de conciencia de la magnitud del problema y la necesidad de abolir esta lacra social, especialmente cuando la víctima es la trabajadora por su condición de mujer, en todos los niveles jerárquicos de la empresa e, incluso, en la sociedad en su conjunto. Tarea ésta del necesario incremento de la cultura preventiva que está resultando especialmente ardua y estéril dentro de nuestras fronteras.

A nivel comunitario, la prevención de los riesgos psicosociales ha recibido algo más de atención que a nivel interno. Por citar sólo algunos ejemplos encontramos una referencia a los mismos en la lista europea de enfermedades profesionales¹⁰⁴, aunque fuera del anexo, donde se alude a que los Estados miembros promuevan la investigación en el ámbito de las enfermedades relacionadas con la actividad profesional, en especial para los trastornos de carácter psicosocial relacionados con el trabajo (art. 1.7).

La preocupación por esta cuestión se refleja también claramente en la estrategia comunitaria de seguridad y salud (2002-2006) ya citada, puesto que uno de los puntos fuertes del programa viene constituido por la emergencia de nuevos riesgos, especialmente de carácter psicosocial (estrés, depresión, ansiedad, violencia en el trabajo, acoso e intimidación, entre otros) que requieren una prevención específica. Para ello se parte de la base de que su aparición no se debe tanto a la exposición a un riesgo específico como a un conjunto de factores (la organización del trabajo, las modalidades de ordenación del tiempo de trabajo, las relaciones jerárquicas, la fatiga asociada al transporte y el grado de aceptación de la diversidad étnica y cultural en la empresa) que deben inscribirse dentro de un contexto global que la OIT define como «bienestar en el trabajo», en línea con el ya clásico en-

NAVARRETE, C., «Nuevos retos de las políticas de salud laboral en las organizaciones de trabajo: una aproximación al estrés laboral y al “burn out” en clave psicosocial», *TL* núm. 75, 2004, pág. 187 ss; CUBO MAYO, A. y PÉREZ BUSTAMANTE MOURIER, J.P., «El derecho a la dignidad...», *op. cit.*, pág. 1383. *La obligación preventiva en relación al mobbing en Agra Viforcós*, B., FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R. y TASCÓN LÓPEZ, R., *La respuesta jurídico-laboral frente al acoso moral en el trabajo*, Laborum, Murcia, 2004, pág. 121 ss; CES GARCÍA, E.M., «El mobbing, un nuevo riesgo laboral a prevenir en la Unión Europea. La sentencia del Tribunal de Justicia de 23 de enero de 2002», *RMTAS* núm. 37, 2002, pág. 205 ss; GORELLI HERNÁNDEZ, J. y GÓMEZ ALVÁREZ, T., «El acoso moral: perspectivas jurídico-laborales», *RGDTSS* núm., en <http://www.iustel.com>, pág. 9 y 11 ss.

¹⁰³ Puede verse NTP 443 (INSHT): Factores psicosociales: metodología de evaluación, http://mtas.es/insht/ntp/ntp_443.htm.

¹⁰⁴ Recomendación de la Comisión 2003/670/CE, 19 septiembre 2003, relativa a la lista europea de enfermedades profesionales (DOUE 25 septiembre 2003).

tendimiento de la salud por la Organización Mundial de la Salud (OMS) como bienestar físico, mental y social y no como simple ausencia de enfermedad. Hasta tal punto se considera relevante que la Comisión estima conveniente el estudio de una posible intervención normativa en este campo, aunque aún no se ha producido.

Insiste de nuevo en este campo, porque sigue siendo una importante asignatura pendiente, la nueva estrategia (2007-2012) que considera que «algunos tipos de enfermedades profesionales están aumentando (trastornos osteomusculares y alteraciones derivadas de presiones psicológicas). La naturaleza de los riesgos profesionales cambia al ritmo del incremento de las innovaciones, del desarrollo de nuevos factores de riesgo (violencia en el trabajo, incluido el acoso moral y sexual, adicciones) y de la transformación del trabajo (vida profesional más fragmentada). Estos cambios exigen comprender mejor el fenómeno a través de una investigación especializada, con objeto de definir medidas de prevención eficaces (punto 2)».

Dado el carácter no vinculante de estos instrumentos, no estarían de más otras intervenciones en este campo, en tanto estamos ante un importante problema de salud laboral, escasamente atendido, situación de clara inseguridad jurídica que se perpetúa en el ámbito de la Seguridad Social, respecto al trabajador aquejado de alguna de las enfermedades o dolencias aparejadas a aquellos riesgos, si acaso subsanada por la labor de los Tribunales del orden social¹⁰⁵. Baste ahora con señalar que en la reciente lista de enfermedades profesionales aprobada por RD 1299/2006, 10 noviembre¹⁰⁶, el legislador se ha «olvidado» de incluir cualquier referencia a este tipo de dolencias. Y ello porque la lista, y aunque ajustada a la lista europea, se mantiene en un plano muy clásico, en el que las únicas novedades apreciables, sin ánimo de exhaustividad, son la inclusión de determinados trastornos músculo-esqueléticos y enfermedades provocadas por posturas forzadas y movimientos repetitivos en el trabajo o los nódulos en las cuerdas vocales a causa de esfuerzos sostenidos por la voz por motivos profesionales, algo especialmente reclamado desde colectivos, por ejemplo, como el de profesores. Se aprecia en el cuadro de enfermedades un excesivo apego a la «industria», a los procesos industriales, a los elementos y sustancias que, lógicamente, tienen una notable importancia en este ámbito, pero se prescinde de otros procesos productivos, de innumerables actividades en el ámbito de los servicios y de las dolencias relacionadas con la organización y la carga del trabajo, entre otras. Muchas de ellas de especial incidencia en el colectivo de mujeres, al tratarse de sectores con un alto grado de presencia femenina. A mayor abundamiento, existe un mutismo absoluto en relación con cualquier tipo de enfermedad de tipo psicológico o psicosomático que no se contemplan, ni siquiera, en el anexo 2 (o lista complementaria, que recoge enfermedades cuyo origen profesional se sospecha y cuya inclusión en el anexo 1 podría contemplarse en el futuro).

En este sentido, debe ser bien recibido que entre los objetivos de las políticas públicas de lucha contra la siniestralidad laboral contenidos en la Estrategia Española de Seguridad

¹⁰⁵ Por todas, SSTSJ Navarra 30 abril, 18 mayo y 15 junio 2001 (AS 1878 y 1821 y JUR 230916); Andalucía (Granada) 27 enero 2004 (JUR 80894); Principado de Asturias 19 marzo 2004 (JUR 127848). In extenso, entre otros, RIVAS VALLEJO, P., «Seguridad Social y riesgos psicosociales: su calificación como contingencia profesional», en AGUSTÍ JULIÁ, J. (Dir), *Riesgos psicosociales...*, op. cit., pág. 239 ss.

¹⁰⁶ Por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de Seguridad Social y se establecen criterios para su notificación y registro (BOE 19 diciembre).

y Salud en el Trabajo 2007-2012 (aprobada el 27 junio 2007) cobren un especial protagonismo los riesgos psicosociales. Aunque habrá que esperar un poco para ver el tipo de actuaciones que se ponen en marcha y su reflejo en la práctica cotidiana de las empresas.

El necesario avance en materia de prevención de riesgos psicosociales resulta evidente en la medida en que su frecuencia y su gravedad aumenta a una velocidad impactante y, además, en lo que ahora más nos interesa, parece contrastado que afectan de manera especial a las mujeres. Sin lugar a dudas, en tanto no se superen las numerosas condiciones discriminatorias a las que se ven sometidas las trabajadoras, unidas a la doble jornada¹⁰⁷ debida al desigual reparto de las obligaciones familiares y domésticas¹⁰⁸, que suelen depararle mayores situaciones de estrés y mayor carga tanto física como mental, habrá que actuar en el campo de la prevención de riesgos y, de entrada, tener muy en cuenta la posibilidad de que puedan darse este tipo de daños y valorarlos a fin de evitar o disminuir sus efectos.

Por ejemplificar solamente un caso, téngase en cuenta que muchas de las condiciones o características objetivas de desarrollo de la prestación laboral que según diferentes estudios están asociadas a la génesis de trastornos como el *burnout*, se dan con mayor frecuencia en las trabajadoras. Así, la sobrecarga de trabajo, presión laboral, las malas condiciones de trabajo (incluida la baja remuneración), inadecuado liderazgo, falta de implicación, escasa autonomía, poca participación en la toma de decisión y entrenamiento insuficiente y así sucesivamente, aunque también viene asociado con excesivas e inadecuadas expectativas sobre el trabajo y con las propias características del individuo¹⁰⁹. Tampoco cabe olvidar que aparece de modo patente asociado a determinadas profesiones como las sanitarias, cuidadores, terapeutas, en la enseñanza y otras análogas, caracterizadas por la trascendencia del contacto personal con otros sujetos, la implicación emocional y el rol de asistente o de ayuda que asume quien las desempeña. Profesiones todas ellas, como es bien

¹⁰⁷ La doctrina no pasa por alto que la doble presencia, doble carga o doble jornada es uno de los factores que más influye en el trabajo de la mujer y, consecuentemente, también en la salud laboral, entre otros, MONCADA I LLUÍS, S. y LLORENS SERRANO, C., «Aproximación a los riesgos psicosociales...», *op. cit.*, págs. 35 y 42; PÉREZ DEL RÍO, T., «Diálogo social, negociación colectiva...», *op. cit.*, pág. 466.

¹⁰⁸ Como se ha señalado, «El reparto más armónico de responsabilidades familiares entre hombres y mujeres es una premisa necesaria para corregir el sexismo en la división del trabajo, pero no es un problema cuya solución incumba al Derecho del Trabajo, pero éste puede ayudar a solucionarlo, facilitando la conciliación del trabajo y tareas familiares», RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., «El Derecho del Trabajo y el empleo de la mujer», *op. cit.*, pág. 5. Sobre el difícil y lento camino hacia la corresponsabilidad que con cierto retraso ahora se inicia con la LOI tras el desenfoco de la Ley 39/1999, por todos, PÉREZ DEL RÍO, T., «La Ley Orgánica de igualdad...», *op. cit.*, pág. 228 ss. La novedad que supone el cambio de enfoque de la LOI, tendente a la asunción equilibrada de las responsabilidades familiares, aunque todavía caracterizada por su estrechez de miras y su insuficiencia, es destacada por MOLINA NAVARRETE, C., «El impacto laboral...», *op. cit.*, págs. 133 y 144.

¹⁰⁹ Con mayor detalle, *vid.* DA SILVA RODIO, F. *Drogas, ética y transgresión*, Montevideo, Psicolibros, 2001, págs. 64-5. En un sentido muy similar, CASTELLANO ARROYO, M., «Descripción, análisis, diagnóstico y tratamiento de las patologías psiquiátricas de etiología socio laboral», alcor de mgo, *Revista Científico-Técnica de Seguridad y Salud Laborales* núm. 0, pág. 47. El mayor riesgo que acecha a las mujeres de ocupar una posición marginal en el mercado de trabajo y la afirmación de que las tareas feminizadas son menos atractivas, están peor remuneradas, más concentradas en categorías inferiores y tienen menos posibilidades de promoción puede encontrarse en RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., «El Derecho del Trabajo y el empleo de la mujer», *op. cit.*, págs. 9-10.

sabido, claramente feminizadas¹¹⁰. Todas estas circunstancias y estas grandes diferencias, más algunas otras que a buen seguro se han quedado en el tintero, entre las condiciones sociales, laborales y familiares de hombres y mujeres guardan, sin lugar a dudas, relación con la salud y, como se ha señalado, «la prevención de riesgos laborales no puede plantearse eficazmente de espaldas a estos hechos»¹¹¹.

Baste terminar con unas líneas para insistir en la más que conveniente adopción de un «nuevo enfoque» más avanzado y también más ajustado al espíritu de una norma que ha cumplido ya más de un decenio y de la que no hemos exprimido, ni mucho menos, todo su potencial. Si han de ser aplaudidos, lógicamente, los tímidos avances de la LOI hacia una protección integral de la salud de la mujer y, por qué no, también hacia una tutela diversificada en caso del hombre, adaptada a sus condiciones de trabajo, pero también a sus características personales y biológicas, no se puede evitar reclamar nuevos pasos en este sentido. Si la LOI, como ya ha señalado autorizada doctrina, es un punto de partida y no de llegada¹¹², no iba a ser la excepción la materia que ahora nos ocupa en la que las iniciativas adoptadas son acertadas pero, sin duda alguna, necesitan una tarea ulterior, quizás no sólo o no tanto normativa, sino de investigación, divulgación, información, formación y un largo etcétera. Así sería necesaria la elaboración de nuevos criterios por parte del INSHT u otros organismos especializados acerca de la introducción del género en la evaluación de riesgos, así como su especial interrelación con los factores de riesgo psicosocial, en especial el acoso y la violencia del tipo que sean.

¹¹⁰ Como se ha constatado, determinados trabajos se han asociado tradicionalmente a las mujeres, en tanto que prolongación externa de las actividades que venían desempeñando en el ámbito doméstico, ajeno al mercado: tareas relacionadas con la salud y el cuidado de enfermos, la guardería infantil y la educación básica, el servicio doméstico, actividades de limpieza, cocina, etc., CASAS BAAMONDE, M.E., «Transformaciones del trabajo...», *op. cit.*, pág. 96.

¹¹¹ MONCADA I LLUÍS, S. y LLORENS SERRANO, C., «Aproximación a los riesgos...», *op. cit.*, pág. 36.

¹¹² In extenso esta cuestión en PÉREZ DEL RÍO, T., «La Ley Orgánica de igualdad...», *op. cit.*, pág. 231 ss.



EL DEBER, EL DERECHO Y LA PROMOCIÓN DE MEDIDAS Y PLANES DE IGUALDAD EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

MANUEL PÉREZ PÉREZ

Profesor Titular. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Sevilla

ESPERANZA ROALES PANIAGUA

Profesora Colaboradora Doctora. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Sevilla

EXTRACTO

A partir de la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, existe en la legislación laboral un principio de igualdad de trato y otro de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres. Ambos principios, formulados con carácter imperativo, han de ser respetados a través de la negociación colectiva laboral, en la medida en que ésta es la vía más oportuna, flexible y eficaz considerada por el legislador para ejecutar el cumplimiento de tales principios, con tal de evitar la discriminación entre mujeres y hombres.

El carácter polivalente de la negociación colectiva facilita la satisfacción de aquellos principios a través de varios medios instrumentales; uno es el deber de negociar medidas o planes de igualdad entre hombres y mujeres; otro es el derecho a elaborar e implantar planes de igualdad, con carácter voluntario; y un tercero es la facultad de negociar medidas de acción positiva para satisfacer el principio de igualdad de oportunidades en el acceso al empleo, especialmente de las mujeres.

Mientras que el deber de negociar afecta, en todo caso, por igual a todas las empresas que inicien y hasta que concluyan la negociación colectiva, vinculando a las partes negociadoras de los convenios colectivos, incluso si éstos son extraestatutarios, por su parte, la facultad y el derecho a elaborar e implantar, con carácter voluntario, planes de igualdad en aquellas empresas donde no sean obligatorios, puede sustituir el deber de negociar medidas que promuevan la igualdad, pero éste último no queda salvado a expensas de la voluntad: por tal razón, la no adopción de un plan de igualdad, allí donde no es obligatorio, no releva del deber de negociar medidas que promuevan la igualdad, aunque tales medidas no alcancen la categoría de plan. También es posible la consulta o negociación voluntaria de un plan de igualdad para evitar sanciones accesorias impuestas por conducta discriminatoria.

Finalmente, las medidas de acción positiva promovidas a través de la negociación colectiva, preferentemente a través de cláusulas obligacionales para favorecer el acceso de las mujeres al empleo, siempre que sean temporales, razonables y proporcionadas, no sólo no están en contra de la Constitución Española, como si fueran un caso de discriminación al revés, sino que son un vivo ejemplo de la previsión contemplada en el artículo 9, apartado 2, CE, para alcanzar la igualdad real y efectiva de individuos y grupos, cuya promoción corresponde, según el mismo artículo y apartado, a los poderes públicos.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN

1. EL DEBER DE NEGOCIAR MEDIDAS DE IGUALDAD
 - 1.1. Naturaleza y estructura del deber de negociar medidas de igualdad
 - 1.1.1. Naturaleza jurídica del deber de negociar medidas de igualdad
 - 1.1.1.1. Sujetos obligados a negociar y sujetos afectados
 - 1.1.1.2. Objeto del deber de negociar: medidas y planes de igualdad
 - 1.1.1.3. Momento o plazo de cumplimiento del deber de negociar
 - 1.1.2. Estructura del deber de negociar medidas de igualdad
 - 1.2. Aplicación del deber de negociar medidas de igualdad
 - 1.2.1. Entrada en vigor del deber de negociar medidas de igualdad
 - 1.2.2. Relación del deber de negociar medidas de igualdad con el deber de negociar
2. EL DERECHO A ELABORAR E IMPLANTAR PLANES DE IGUALDAD
 - 2.1. Elaboración e implantación voluntaria de planes de igualdad
 - 2.1.1. Naturaleza jurídica de la opción
 - 2.1.2. La preceptiva consulta previa
 - 2.2. Negociación de un plan de igualdad en procedimiento sancionador
 - 2.3. Apoyo para la implantación voluntaria de planes de igualdad
3. PROMOCIÓN DE LA IGUALDAD EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA
 - 3.1. Similitudes y diferencias de la facultad regulada
 - 3.2. Negociación colectiva de las medidas de acción positiva

INTRODUCCIÓN

La recientemente aprobada Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, en adelante LOI, ha incorporado a la normativa laboral, por primera vez, los principios y deberes de igualdad de oportunidades y de trato a los trabajadores¹, deberes que pesan sobre los empresarios y, en esa medida, condicionan su poder de dirección y limitan su autonomía. La reforma que ha llevado a cabo la LOI en torno a la reciente implantación de esos principios y deberes de igualdad de oportunidades y de trato en el ámbito laboral se apoya, asimismo, sobre una serie de medidas transversales, cuyo completo estudio excedería el de los objetivos asignados a este trabajo y cuyo verdadero alcance y efectos hoy sólo pueden atisbarse de manera muy teórica ya que, para conocer la efectividad real de una norma como la que tratamos, debiera pasar un tiempo prudencial desde su entrada en vigor, porque sólo la aplicación práctica de todas las medidas de distinta naturaleza contenidas en dicha norma puede servirnos seriamente de «piedra de toque» para contrastar la auténtica importancia e incidencia tanto de todas las figuras previstas en general como las que vamos a analizar directamente en este trabajo de forma particular.

¹ Ambos son expresamente establecidos por el art. 5 LO 3/2007. Por el contrario, el artículo 2 de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, del empleo, establecía, en materia de empleo pero no laboral, garantizar la *efectiva igualdad de oportunidades y la no discriminación ... en el acceso al empleo* y las acciones orientadas a conseguirlo. Sobre ambos, en el ámbito del Derecho europeo, ver Sáez Lara, C. «Igualdad de trato y de oportunidades en el Derecho social comunitario», en Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, *La igualdad ante la Ley y la no discriminación en las relaciones laborales*, Madrid, 2005, páginas 325 y siguientes. Y sobre tales principios, Mercader Uguina, J.R., «Las implicaciones laborales del proyecto de Ley orgánica de igualdad: panorama general», en *Jornadas del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales*, Sevilla 2007, págs. 18 y 19.



Pues bien, para alcanzar la efectividad de aquéllos, la LOI ha previsto, entre otras figuras, la existencia de una serie de instituciones que les sirven como instrumentos a través de la negociación colectiva laboral: el deber de negociar medidas dirigidas a promover la igualdad de trato y de oportunidades o planes de igualdad; el derecho a implantar esos mismos planes; o, en fin, la promoción de las medidas de acción positiva para favorecer el acceso de la mujeres al empleo. Todas las previsiones legislativas sobre estas materias son tan sugerentes como para justificar la elaboración de una monografía lo suficientemente ambiciosa que abarcara, con pretensiones de exhaustividad, todos los aspectos relacionados con aquéllas: piénsese, por ejemplo, en los niveles de articulación de la negociación colectiva para llevar los planes desde el nivel de la negociación colectiva sectorial al de empresas; o las nuevas competencias que se le encomienda a la Autoridad laboral, a la hora de comprobar si el convenio colectivo concluido ha dado cumplimiento al deber de negociar medidas de promoción de la igualdad o planes de igualdad; o las referentes a las sanciones previstas para el caso negativo en las nuevas modificaciones incorporadas a la LISOS; o incluso la negociación de medidas de igualdad en el ámbito de la función pública.

Sin embargo, son a aquellos tres primeros instrumentos y no a los últimos citados a los que destinamos las reflexiones contenidas en el presente trabajo. Lo hacemos como un primer estudio que indaga por los orígenes, características y nociones de cada una de las tres figuras y por las posibles interrelaciones que se producen entre ellas, relaciones que aluden al grado de vinculación que representa cada una para los sujetos hipotéticamente destinatarios de las mismas, con los objetos que han de o pueden ser negociados, en los momentos en que ha de ser tenidos en cuenta y, en fin, para la relativamente presunta importancia que cada una ellas podrá tener en un inmediato futuro. Por último, también existen otros detalles complementarios,—más desde un punto de vista de un análisis sistemático que exhaustivo—, que, no por eso son desdeñables ni innecesarios, y aluden, por un lado, al momento de entrada en vigor en la regulación estructural; o la consulta que compete realizar al empresario y su relación con la negociación colectiva. A todas estas cuestiones dedicaremos las siguientes reflexiones en el presente capítulo.

1. EL DEBER DE NEGOCIAR MEDIDAS DE IGUALDAD

La columna sobre la que se apoya la reforma de la negociación colectiva, para implantar el principio de igualdad de trato en el ámbito laboral español, es doble: la primera viene constituida por la Disposición Adicional Décimo Primera, apartado 17 de la LOI, en el que, añadiendo un nuevo párrafo al artículo 85.1 ET, establece el deber de negociar medidas de igualdad en la negociación colectiva; la segunda está integrada por la misma disposición adicional, apartado 18, en el que, al añadir un nuevo párrafo al artículo 85.2 ET, se articula ese deber legal entre los dos grandes niveles de negociación que existen en el sistema español de relaciones laborales.

La disposición adicional décimo primera, apartado 17, de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (en adelante, LOI) añade un nuevo párrafo en el apartado 1 del 85 en el que se establece: «Sin perjuicio de la libertad de las partes para determinar el contenido de los convenios colectivos, en la negociación

de los mismos existirá, en todo caso, el deber de negociar medidas dirigidas a promover la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el ámbito laboral o, en su caso, planes de igualdad con el alcance y contenido previsto en el capítulo III del Título IV de la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres».

Se trata, pues, antes que cualquier otra cosa, de analizar la naturaleza jurídica y cuál la estructura de tal deber. Sólo una vez que hayan sido despejadas tales cuestiones, abordaremos, los eventuales contenidos de tal deber de negociación para concluir el análisis con las referencias necesarias que hagan exigible y real, en un plazo razonable, tal deber así como abordaremos otras cuestiones secundarias y las medidas legales arbitradas para su defecto.

1.1. Naturaleza y estructura del deber de negociar medidas de igualdad

Debemos comenzar este epígrafe por la frase del párrafo nuevo expuesto más arriba que dice; «en la negociación de los mismos (convenios colectivos) existirá, en todo caso, el deber de negociar». Desde luego, no deberíamos hacer más comentarios si aceptáramos a rajatabla el aforismo de Derecho romano que reza *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*. Sin embargo, se hace preciso saber realmente si, como dice la norma, se trata o no realmente de un deber, quién o quiénes se ve o ven compelido/s a su cumplimiento, cuál es su objeto, cuándo hay que cumplimentarlo o en qué situaciones y si puede darse, no obstante constatar la existencia del deber, el hecho de que se permita la facultad asimismo de adoptar, desde la mera voluntariedad, medidas de igualdad o, incluso, la de elaborar planes de igualdad. Se trata, por tanto, de analizar y comprender frente a qué institución nos situamos en toda su extensión e implicaciones y, luego, cuáles son las demás referencias circunstanciales y estructurales que configuran su régimen jurídico.

1.1.1. Naturaleza jurídica del deber de negociar medidas de igualdad

La contundencia con que se expresa el nuevo párrafo añadido al artículo 85.1 ET despeja cualquier atisbo de duda: las partes se ven conminadas a negociar tales medidas de igualdad. La doctrina ha visto aquí, primero, un deber de negociar en sentido genérico y, luego, otro en sentido específico², el primero de los cuales sería diverso del previsto en el artículo 89.1 ET, ya que no consistiría en negociar sin más, sino en negociar medidas de igualdad (todo junto).

En nuestra opinión, el obligado objeto de negociación, a saber, las medidas dirigidas a promover la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, confieren al deber de negociar que analizamos de una especial tipicidad, que lo diferencian de cual-

² Por el contrario, FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F. «Principio de igualdad por razón de sexo y negociación colectiva» en CARL, *Jornadas del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales (Recopilación de conferencias)*. Sevilla, 2007, especialmente en págs. 52 y 53, lo considera un deber genérico, que podría entrar en contradicción la consideración de contenido mínimo de lo acordado.



quier otro hasta ahora conocido. Y, por si hubiera alguna duda sobre si estamos en presencia o no de un deber, el artículo 45.1 LOI, recuerda que «las empresas están obligadas a respetar la igualdad de trato y de oportunidades en el ámbito laboral» y recalca todavía en el mismo artículo y apartado que (las empresas) «deberán adoptar medidas dirigidas a evitar cualquier tipo de discriminación laboral entre mujeres y hombres», para concluir remachando que tales «medidas ... deberán negociar, y en su caso acordar, con los representantes legales de los trabajadores.

Para empezar a responder a la cuestión indirectamente planteada en el encabezado, hay que comenzar analizando dónde está y —complementariamente— dónde no está ubicado el deber que comentamos. Resulta evidente que el artículo 85.1 ET se refiere al *contenido en general* del convenio colectivo: decimos «en general» no sólo porque así lo dice el propio apartado 1 del artículo 85, sino porque tal apartado no se limita exclusivamente a prever el eventual contenido normativo (materias de índole económica, laboral...) sino que, además, al referirse a cuantas otras (materias) afecten al ámbito de las relaciones de las organizaciones representativas con el empresario y las asociaciones empresariales, está también aludiendo de forma expresa al contenido obligacional.

Sin embargo, hay una diferencia crucial que separa el deber de negociar medidas de igualdad del resto del contenido previsto en el artículo 85.1 p. 1 ET: que mientras todo ese contenido general va precedido por el principio de libertad o voluntariedad que se expresa en la frase «los convenios colectivos podrán regular materias...», por su parte el que ahora analizamos da un giro de ciento ochenta grados, al establecer que «existirá el deber de negociar medidas». Ésta y no otra es la razón por la que el deber, ahora a estudio, se ha de situar en un párrafo independiente del mismo apartado (contenido general), a saber, que, no obstante el nuevo deber legal que se establece, deberá seguir respetándose el principio de la libertad de las partes para determinar el contenido del convenio, principio que de forma expresa se recuerda al comienzo de dicho nuevo párrafo con la vieja fórmula legal del «sin perjuicio de la libertad de las partes para determinar el contenido de los convenios colectivos...» y que se formula mucho más rotundamente en el artículo 82.1 ET, cuando afirma que «los convenios colectivos... constituyen la expresión del acuerdo libremente adoptado por ellos en virtud de su autonomía colectiva». Ahora bien, si existe tal libertad de negociación y al propio tiempo el deber legal, podríamos plantearnos en qué medida se relacionan una y otro, porque, dada la naturaleza de ambas instituciones —libertad y deber—, no parece, al menos en principio, que el segundo sea una manifestación de la primera, sino, más bien, lo contrario, o sea, que el deber se manifiesta como una negación, una salvedad, una limitación o una excepción de la libertad ¿Es esto realmente así? Veamos.

Como ya hemos apuntado anteriormente, el artículo 45.1 LOI, al ordenar con pretensiones generales el nuevo principio consistente en que «las empresas están obligadas a respetar la igualdad de trato y de oportunidades en el ámbito laboral», está invocando un mandato general que las vincula, antes incluso de plantearse la negociación de cualquier medida laboral, se refiera o no a la igualdad. Se trata de un principio general que podríamos calificar de pre- o extra-negociación colectiva, pero también post-negociación, es decir que es exigible antes, durante y tras la negociación, y que, precisamente por la razón de pervivencia, preside el desarrollo de la misma, igual que el de la buena fe, a tenor del artículo 89.1 ET. Es decir, estamos —y en esto se asemeja al últimamente citado— ante un principio objetivo que, a partir de la nueva Ley de Igualdad, viene a presidir todas las ac-

tuaciones que se produzcan en la empresa española, y en particular también la fase de negociación colectiva laboral. En este sentido, el deber de negociar medidas de igualdad se presenta como un *deber instrumental* del más genérico mandato legal antes apuntado, consistente en que la empresa respete la igualdad de trato y de oportunidades. No otra interpretación se desprende de la expresión «con esta finalidad», o sea, con la de respetar el mencionado mandato general, éste tiene una recepción específica y concreta en la fase de negociación del convenio colectivo de trabajo.

Pero, dicho esto, no hemos contestado sobre si tal deber contraría o no el principio de libertad de negociación. Indudablemente, en la medida en que, a partir de la Ley de Igualdad, existe un principio que ha de ser respetado por la empresa, el de igualdad de trato y de oportunidades, el cual cristaliza en el deber de negociar medidas de igualdad en la negociación colectiva, que, a su vez, aparece a todas luces como una concreta manifestación de aquél mandato general, se reduce en cierta medida el extenso abanico en el que se difumina la libertad de negociación y que, ante todo, se expresa en la libertad negativa y que consistiría en la libertad de no negociar tales medidas. Si antes de la Ley de Igualdad, era evidente la existencia de ese pequeño o gran espacio de libertad que era el de la libertad de no negociar, a pesar de cuya existencia, distintas partes negociadoras en distintos ámbitos han venido negociando medidas de igualdad a las que, en principio, no estaban obligados, en aras del ejercicio de su libertad de negociación, a partir de la Ley de Igualdad, ese espacio no podrá seguir existiendo: tal espacio ha dejado de existir para ser ocupado, primero, por el mandato de respeto a la igualdad de trato y de oportunidades y, luego, más concretamente por el deber de negociar medidas de igualdad. Es en tal medida y sólo en esa medida, en la que decimos que el deber de negociar medidas de igualdad se contrapone a la libertad de negociación, ya que, si no queremos transgredir el principio de no contradicción, una cosa no puede ser sí misma y su contraria, el deber que ahora comentamos no puede ser libertad de negociación y deber de negociación al mismo tiempo. Por lo tanto, y al margen de las buenas intenciones del legislador, el deber legal que se establece es, tal como está formulado, una salvedad o excepción, aunque sólo sea en términos globales, precisamente a esa libertad de contratación para determinar el contenido de los convenios colectivos, como resultado de la negociación.

Ahora bien, aclarada, en un primer término, en qué medida se relacionan el deber legal de negociar medidas de igualdad con el principio de libertad, no se agotan en la comentada todas las fórmulas de tal relación. En efecto, una vez que las partes negociadoras, en cumplimiento del mandato general de respeto a la igualdad de trato y de oportunidades, toman la decisión de negociar tales medidas, tales partes siguen siendo libres para dar contenido a dicho deber, con lo que, también en principio, parece que no queda tan exceptuada o cuestionada dicha libertad de negociación que debe ser utilizada a discreción, no obstante las múltiples indicaciones que las mismas partes reciban del propio legislador, en un intento loable por sugerir eventuales contenidos benéficos y también, seguramente, por salvar la nada infrecuente falta de imaginación cuando no pura pasividad de las que las partes hacen gala a la hora de dar un contenido interesante y útil al mandato general y al deber legal comentados.

Si se admite todo lo dicho hasta ahora, podríamos a continuación plantearnos por qué razón el legislador no ha ubicado tal deber legal en el apartado 3 del mismo artículo 85 ET, en el que se establece por imperativo legal el contenido, mal llamado «mínimo» de los



convenios colectivos, que resulta más adecuado calificar de preceptivo o necesario. Se podría alegar, como una razón de peso, en pro de esta ubicación que también este apartado 3 comienza por una frase muy similar a la que antes hemos comentado que introduce al comienzo la redacción del nuevo párrafo incorporado al artículo 85.1 ET. En aquél se dice expresamente que «sin perjuicio de la libertad de contratación a que se refiere el párrafo anterior...». Dejando a un lado las referencias al párrafo anterior, por no ser objeto de este análisis³, resulta evidente que, el contenido preceptivo y el deber de negociar medidas de igualdad se formulan, en parte, como salvada al principio de libertad y, en parte, como manifestación del mismo, por cuanto a la hora de dar contenido concreto a los respectivos apartados que integran el contenido preceptivo, las partes son relativamente libres: en unos casos menos, por ejemplo, porque no pueden falsear o simular quiénes son las partes que lo conciertan; en otras más, porque nada les constriñe a dar un contenido más duradero o más breve, por ejemplo, al ámbito temporal, a la forma y condiciones de denuncia del convenio o, en fin, al atribuir más o menos cuestiones a la competencia de la comisión paritaria.

Si a la anterior razón, añadimos que en el nuevo párrafo que se añade al artículo 85.1 ET, se menciona expresamente que «en la negociación colectiva existirá, en todo caso, el deber de negociar medidas» de igualdad —sobre cuyo significado volveremos más adelante—, ninguna objeción de tipo técnico parece existir para tal correspondencia, a menos que el propio legislador no quisiera introducir de forma expresa otro contenido «mínimo» adicional del convenio colectivo. Y aquí puede surgir la duda de si tal ubicación se ha evitado para que al mismo no se le tachara de intervencionista o, porque, desde la perspectiva de una consideración exclusivamente técnica, existen razones que avalen que no era adecuada tal integración.

En nuestra modesta opinión, no existen razones técnicas de peso que impidan considerar a este deber legal, que a partir de la Ley de igualdad habrá de cumplimentarse en todo caso, como un nuevo contenido preceptivo o necesario del convenio y adicional al ya contemplado en las sucesivas letras, desde la a) hasta la e), en el vigente artículo 85.3 ET⁴. Se podría objetar a esta correspondencia que el nuevo deber tiene pretensiones normativas mientras que el artículo 85.3 contiene prescripciones instrumentales, preferentemente obligacionales; sin embargo, nada más lejos de lo obligacional, cuando se considera como contenido normativo el de la denominada cláusula de «descuelgue salarial» que se prevé en la letra c) del apartado 3. Al igual que éste último, también el deber legal de negociar medidas de igualdad, como hemos visto, tiene carácter instrumental del mandato general de igualdad, y naturaleza normativa colectiva, al ir destinado preferentemente a las partes negociadoras del convenio colectivo.

³ Las referencias al párrafo anterior sobre libertad de contratación tenían verdadero sentido cuando el actual apartado 3 del artículo 85 ET, era el apartado 2, y la libertad general de negociación se seguía formulando en el apartado 1. Pero, desde que se introdujo el nuevo apartado 2 (sobre la posibilidad de articular procedimientos de información y seguimiento de los despidos y tal materia, al margen de constituir un objeto de la libre negociación de las partes, no es formulación del principio de libertad de negociación, por la Ley 63/1997, de 26 de diciembre, para la mejora del mercado de trabajo y el fomento de la contratación indefinida) y el viejo apartado 2 ha pasado a ser el 3, la referencia a la libertad de contratación que se dice existir en el «párrafo anterior» choca con el contenido auténtico de dicho párrafo.

⁴ De la misma opinión, FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F. *Principio de igualdad por razón de sexo y negociación colectiva*, citado, pág. 53.

Una razón no baladí para tal incorporación en el apartado finalmente elegido —en lugar del que técnicamente procedía— podría ser el antecedente histórico del que parece guiarse el legislador español: en efecto, en el modelo luxemburgués, el artículo 20.4 número 4, de la Ley de 30 de junio de 2004, sobre relaciones colectivas de trabajo, establece que el convenio colectivo o los acuerdos colectivos previstos en el artículo 15 (convenios-marco) de dicha ley, contendrán obligatoriamente disposiciones relativas al resultado de las negociaciones colectivas, que deberán tratar obligatoriamente, entre otras materias, sobre la puesta en práctica del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los establecimientos y/o empresas a los que el convenio colectivo es aplicable⁵.

Otra razón, tal vez más teórica que real, estribaría en afirmar que, en realidad, la Ley de Igualdad no ha querido implantar las medidas de igualdad en todas las empresas, sino sólo los planes de igualdad en empresas de más de doscientos cincuenta trabajadores, ya que, luego, el modificado ordenamiento sancionador de los artículos 7 (faltas graves) y 8 (muy graves) de la LISOS, no ha previsto el posible incumplimiento por defecto de dichas medidas en empresas que no estén obligadas a adoptar un plan de igualdad, con lo que, de manera indirecta, al no ser exigible —por no ser sancionable el incumplimiento de— la adopción de medidas de igualdad en las demás empresas, no podría considerarse tal deber como un contenido preceptivo y necesario, extensible a toda la negociación colectiva, sino sólo a las empresas que tengan más de 250 trabajadores. Esta frágil argumentación se desmonta fácilmente si se estima, primero, que tampoco cualquiera de los expresos contenidos preceptivos o necesarios contemplados por el artículo 85.3 ET, deja de serlo por el simple hecho de no haber sido cumplimentado; segundo, porque tampoco se prevé un derecho sancionador para tal incumplimiento y, en tal sentido, no es infrecuente que se incumpla con carácter genérico, al menos en el texto escrito del convenio, la determinación de las partes que lo conciertan, las cuales conocemos en muchas ocasiones por el oficio de remisión de la autoridad laboral al boletín oficial correspondiente; y, tercero, porque, por mucho que se diga que el legislador ha querido por ahora sólo implantar los planes de igualdad en unas determinadas empresas, pero no medidas de igualdad en el resto, lo cierto es que lo que en verdad ha quedado redactado en el nuevo párrafo del artículo 85.1 ET es que en todo caso de negociación colectiva (al margen de si hay o no sanción, como sucede para el contenido preceptivo) existirá el deber de negociar medidas de igualdad de trato y de oportunidades y, en su caso, en el de empresas de más de 250 trabajadores, se deberá adoptar un plan de igualdad con el alcance y contenido previsto por la propia Ley de igualdad.

⁵ Establece el art. 20 (4) La convention collective ou les accords prévus à l'article 15 contiendront obligatoirement des dispositions consigniant le résultat des négociations collectives, qui devront obligatoirement porter sur les sujets suivants ...4 : La mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes dans les établissements et/ou entreprises auxquels la convention collective est applicable; dans ce contexte, les négociations porteront notamment sur l'établissement d'un plan de égalité en matière d'emploi et de rémunérations et sur les moyens de rendre l'entreprise et la formation continue y offerte accessibles aux personnes désirant réintégrer le marché de l'emploi après une interruption de carrière. Lorsqu'il s'agit d'une convention collective couvrant un secteur, une branche ou plusieurs entreprises, celle-ci peut prévoir les conditions auxquelles les modalités d'application concrètes, au niveau de l'entreprise, des quatre domaines énumérés à l'alinéa qui précède, peuvent être fixés par un accord entre partenaires sociaux au niveau approprié.



Finalmente, llegados a este punto, surge la cuestión, lógica y natural, de si nos encontramos ante un derecho de cualquiera de los sujetos colectivos respecto del otro, o dicho de una forma más inteligible, si, por haber sido establecido como deber legal el que, referido a medidas de igualdad, afecta a ambas partes del convenio colectivo, tal deber, individualmente considerado para cada una de ambas partes, tiene la consideración de un derecho, o sea, si tiene la consecuencia, como el reverso de una moneda, de que el mismo pueda ser invocado como derecho por una parte ante una negativa, fundada o no, de la contraparte a negociar sobre el mismo, y, dando por descontado que, sobre la parte que se decida a alegar tal derecho, como exigencia que ha de ser atendida por el contrario, pesa el mismo deber. Sabemos que cuando en el artículo 37.1 CE, se dice que se garantiza el derecho a la negociación colectiva y, en ninguna otra parte de la CE aparece nadie obligado a atender tal derecho, se suele concluir que, al menos a nivel constitucional, tal derecho no existe y, en su lugar, deberá hablarse de una mera facultad de negociar que puede ser atendida o no por la contraparte. Sin embargo, ¿puede concluirse con la misma solución para el caso en que, en lugar del derecho sin deber, se establece un deber sin derecho? La respuesta ha de ser negativa, de modo que, existiendo como está contemplado en el nuevo párrafo del artículo 85 ET el deber de negociar que afecta a ambas partes, cualesquiera de ellas puede invocarlo como derecho propio para exigir su cumplimiento.

1.1.2. *Estructura del deber de negociar medidas de igualdad*

Analizada la naturaleza jurídica del deber de negociar medidas de igualdad, queda ahora abordar su estructura o, lo que es igual, cuáles son los demás elementos de todo tipo (sujetivos, objetivos, temporales, finales, instrumentales, etc.) que lo configuran y caracterizan como una institución completa y compleja.

1.1.1.1. *Sujetos obligados a negociar y sujetos afectados*

En primer lugar, la cuestión inicial que debe resolverse es la de quiénes son los sujetos obligados a cumplimentar tal deber. El artículo 45.1 LOI establece que son, por un lado, las empresas y, por otro, los representantes legales de los trabajadores, porque tales sujetos son los mencionados de forma expresa por aquel precepto para negociar las medidas y, en su caso, acordarlas. En principio, son pues las empresas, todas las empresas, las que se ven obligadas a respetar la igualdad de trato y de oportunidades en el ámbito laboral. Sin embargo, mientras que la de «representantes legales» de los trabajadores es una expresión legal de la que ya conocemos su significado⁶, el término «empresa» no es precisamente afortunado.

⁶ Desde las SS TC 70/1982 de 29 de diciembre (FJ 5) en materia de legitimación para instar conflictos colectivos de trabajo y 78/1982 de 20 de diciembre (FJ 5), en materia de protección frente al despido, nuestro Tribunal Constitucional viene considerando representación legal (mencionada por el Estatuto de los Trabajadores) no sólo a la representación unitaria sino también a la sindical

Se trata de una expresión que remite a un objeto de titularidad, a una actividad o, si se quiere, a un conjunto organizado de personas y bienes coordinadas por un sujeto, pero no a un sujeto. No obstante, no debe sorprendernos que el legislador español, haciéndose eco del lenguaje popular, en lugar de utilizar otro más técnico, dando ejemplo de que, al menos, cuida el léxico técnico-jurídico, ha terminado por sucumbir a la tentación populista que proporciona caracteres de sujeto a lo que, por mucho que se esfuerce, no deja de ser un objeto⁷. Y hay, a nuestro entender, una razón crucial para la utilización de este término en lugar del de «empresario» o «empleador» que son, indistintamente, los que debieran haber sido utilizados: que el legislador español quiere tomar como ámbito laboral estándar espacial y funcional del mandato general de igualdad de trato y de oportunidades, que impone el artículo 45.1 LOI, el de la empresa, frente a otros posibles, como el sector o los demás ámbitos geográficos supra-empresariales, seguramente porque, en esos otros ámbitos, los sujetos a los que la LOI quiere realmente obligar se diluyen entre los sujetos negociadores del convenio colectivo, las asociaciones patronales, las cuales como sabemos, ni son titulares de empresas ni dan empleo *per se* en el ámbito en que son representativas, excepción hecha del propio personal empleado en la gestión de la propia asociación. Por el contrario, en el ámbito de la empresa, que es al que pretende vincular la LOI, el sujeto titular de la empresa, la parte individual, en calidad de empleador, del contrato de trabajo y el sujeto que negocia como parte del convenio colectivo de empresa, coinciden en la persona del empresario o empleador, persona física o jurídica, coincidencia que no suele existir en la negociación colectiva de ámbito superior a la empresa.

Ahora bien, como quiera que ese mismo precepto concluye con la frase «en la forma que se determine en la legislación laboral», debemos indagar si la remisión —que lo es al Título III del ET, incluidos los nuevos añadidos incorporados por la LOI—, ofrece una respuesta diferente. A tenor de esta remisión, tales sujetos serían, sin lugar a dudas, las partes negociadoras. Ésta es la primera afirmación que se desprende de la simple lectura del nuevo párrafo, ya que, aunque el texto no lo afirme de manera terminante, es la conclusión del contexto que precede a la frase en la que se formula tal deber, a saber, «sin perjuicio de la libertad de las partes para determinar el contenido de los convenios colectivos»: se trata, pues, de que las mismas partes que tienen esa libertad de contenido, son las que están sometidas a cumplimentar el deber de negociar medidas de igualdad en todo caso. Y se trata, a nuestro entender, de las mismas partes, a las que se refieren sucesivamente los artículos 83.1, 85.3, a) y e), 86.1, 87.1 p. 3, 88.2, 3 y 4, 89.1 y 4; 91 p. 1, y 92.1 ET. Como se trata de ambas partes o cada parte que son las dos únicas, extender a ellas tal deber legal ¿equivalen, aunque el párrafo introducido no lo haga, tales partes a la comisión negociadora, ya que, el acto de constitución de ésta es un trámite que precede a la negociación? La respuesta, aunque pueda parecer irreal, es negativa, porque de la comisión negociadora también forman parte, valga la redundancia, además de las dos partes aludidas, un presidente y asesores que deliberan, amén de que los componentes de la comisión, al ser designados

⁷ Los ejemplos del legislador español en que utiliza «empresa» en lugar de *empresario* son antiguos y conocidos, ya desde la aprobación del Estatuto en 1980: en el artículo 1, apartado 3, letra c) del ET se mencionan las empresas que revistan la forma jurídica de sociedad como sujetos con órganos de administración y como lugar en que tiene lugar la actividad excluida; y en el artículo 1, apartado 4, ET, menciona a los trabajadores españoles al servicio de empresas españolas en el extranjero.



por las partes negociadoras, pueden no ser equivalentes a éstas que, sí son por el contrario, a quienes se refiere el precepto introducido a la hora de regular el deber de negociar las medidas y los planes de igualdad. No obstante lo dicho, sí resulta aclarador el artículo 88, apartado 1, ET, dispuesto para la comisión negociadora del convenio colectivo, en el que se establece que la propia del convenio colectivo de empresa estará constituida por el empresario o sus representantes, de un lado, y de otro, por los representantes de los trabajadores, según lo dispuesto en el artículo 87.1 ET.

Distintos de los sujetos, obligados por el deber de negociar las medidas, son los sujetos que, luego, han de respetar las medidas negociadas de igualdad, primero, y los que se ven favorecidos por tales medidas, después: en el primer caso, sin ningún atisbo de duda o confusión, con carácter individual y exclusivo son las empresas, (artículo 45.1 LOI) lo que remite inmediatamente al concepto de empleador del artículo 1.2 ET; en el segundo caso, las mujeres trabajadoras y los hombres trabajadores que integran el ámbito personal del convenio colectivo de referencia.

1.1.1.2. Objeto del deber de negociar: medidas y planes de igualdad

En segundo lugar, hemos de preguntar y, en su caso, contestar por el objeto del deber de negociación. A tal fin, el artículo 45.1 LOI, no es suficientemente preciso: alude, sin más a medidas que deberán negociar y, en su caso, acordar, con los representantes. Pero cuando utiliza ese término de «medidas», es en una segunda ocasión, que debe entenderse referida y relativa a la misma que lo hace en la primera, dentro del mismo apartado y artículo, a saber: «medidas dirigidas a evitar cualquier tipo de discriminación laboral entre mujeres y hombres». Ésta es, pues, una primera aproximación a la identificación de dicho objeto, y seguramente la que ha servido a parte de la doctrina para hablar del deber genérico de negociar medidas de igualdad, ya que, al mencionar el precepto «deberán negociar y, en su caso, acordar», da la impresión de que dicho precepto obliga a negociar sin necesidad de llegar a un acuerdo. Sin embargo, como se desprende del precepto contenido en el artículo 45, apartado 1, LOI, éste no es suficiente por sí solo para la completa integración del deber de negociar, ya que, al remitirse a «la forma que se determine en la legislación laboral», necesita para su comprensión de la reforma introducida por misma LOI en el ET. Si seguimos *ad pedem literae* la remisión —que lo es, de ida y vuelta—, nos encontramos con el nuevo párrafo segundo del artículo 8.1 ET, en el que se nos dice que son objeto de ese deber de negociar «las medidas dirigidas a promover la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el ámbito laboral o, en su caso, planes de igualdad con el alcance y contenido previsto en el capítulo III del Título IV de la LOI». Así pues, se plantea no sólo una falta de coincidencia sino una aparente contradicción entre las medidas genéricamente mencionadas por el artículo 45, apartado 1, LOI y las, primero, relatadas por el nuevo artículo 85, apartado 1, párrafo segundo, ET, que luego son desarrolladas respectivamente por los artículos 43 y 45,2 LOI. Surgen, así, las siguientes preguntas: primera ¿son o no idénticas las medidas dirigidas a *evitar cualquier tipo de discriminación* y las dirigidas a *promover la igualdad de trato y de oportunidades*? Y, segunda, si no son idénticas ¿cuáles de ellas se imponen sobre las otras, si entran en contradicción entre sí?

Antes de nada, obsérvese que, a tenor del ET, el objeto del deber de negociar no es único —como en la LOI— para todas las empresas afectadas por el deber sino, por el contrario, alternativo: o bien se deben negociar medidas para promover la igualdad o bien planes de igualdad. Pero debe recordarse asimismo, primero, que la remisión de la LOI a la legislación laboral era respecto de la forma y no del contenido a negociar y, segundo, que, cuando el ET se refiere al objeto, utiliza una expresión propia de la LOI —promover la igualdad de trato y de oportunidades— y vuelve a remitir expresamente a la LOI, respecto del contenido de los planes de igualdad. Efectivamente, mientras que el contenido de los planes están previstos en el Capítulo III, la promoción de la igualdad en la negociación está contemplada por el Capítulo I, ambos del Título IV.

Pues bien, respecto a la primera pregunta, hay que decir que una cosa es evitar la discriminación por razón de género y otra, bien distinta, ir más allá, promoviendo la igualdad de trato y de oportunidades; mientras que las primeras medidas habrían de ser cumplidas, aún cuando el convenio colectivo nada diga al respecto, ya que están prohibidas por el artículo 14 CE y por el artículo 17.1 ET, las segundas no pueden entenderse implícitas, sino que han de ser expresamente acordadas para que puedan vincular a las partes. Es decir, las primeras son implícitas y las segundas necesariamente expresas. Contestando a la primera pregunta, obviamente ambos tipos de medidas son distintas. Pero ¿son contradictorias entre sí hasta el punto de ser incompatibles? Veamos.

La variedad de las medidas de igualdad, objeto del deber de negociar, en empresas de 250 o menos trabajadores, no tiene el nivel de precisión de los planes: van desde el carácter mínimo de las que eviten la discriminación hasta las posibles medidas de acción positivas, pasando por la negociación de medidas de igualdad que no son medidas positivas, constituyendo varios círculos concéntricos. Se podrían incluir como objeto del deber en el mismo convenio los varios grupos de medidas (prohibitivas, igualatorias y positivas), de forma conjunta o separada sin problemas de contradicción entre ellas, lo que significa, por un lado, que todas pueden ser simultáneamente objeto del deber de negociar en tales empresas pero, por otro, también que basta acordar cualesquiera de ellas para cumplir con el contenido de dicho deber.

Por último, el concepto de «medidas dirigidas a promover la igualdad entre hombres y mujeres» aparece indeterminado frente el de «planes de igualdad», que viene dado por el artículo 46 LOI. Salvando las distancias, nótese que la expresión en cuestión recuerda bastante a la fórmula utilizada por el artículo 9.2 CE, como competencia que corresponde a los poderes públicos. Y, además, se trata de un objeto que tiene bastante que ver con el posible objeto de negociación, que asimismo se fomenta en el artículo 43 LOI. Las diferencias con éste último deben ser resaltadas para no entrar en contradicción: el que ahora analizamos se refiere a la fase de vigencia de la relación laboral, la cláusula ha de tener eficacia normativa y afecta tanto al principio de igualdad de trato como al de oportunidades. Por el contrario, recuérdese que en el artículo 43 LOI se regula el fomento de la igualdad en la negociación, con carácter dispositivo y bajo la fórmula de «medidas de acción positiva», de manera que, para ser objeto del deber de negociar y no entrar en contradicción con las medidas voluntarias del artículo 43 LOI, o bien deberían ser diversas de las medidas de acción positiva o bien, siendo éstas últimas, referirse a período distinto del contemplado por el artículo 43 LOI. Por tanto, nada impide que, tales medidas consistan en medidas de acción positiva, que son las empleadas para conseguir la compensación y la



igualdad efectiva de situaciones discriminatorias de partida. Para no reiterar el estudio de un objeto que parece más apropiado en esa otra parte del trabajo, nos remitimos al epígrafe 3, donde se realiza un análisis sobre ellas.

1.1.1.3. *Momento o plazo de cumplimiento del deber de negociar*

En tercer lugar, a la pregunta de cuándo o en qué momento o período deben las partes cumplimentar tal deber, el nuevo párrafo introducido también es claro: en la negociación de los mismos (convenios colectivos). La respuesta legal, a saber, en la negociación colectiva, significa que, desde que se abran las deliberaciones, una vez constituida la comisión negociadora, y hasta la conclusión del acta final se ha de cumplimentar tal deber de negociar. Indudablemente, puede parecer que hubiera sido más adecuado que el legislador hubiera empleado la preposición durante que la realmente utilizada; sin embargo, no es del todo inapropiada la expresión elegida, si la entendemos referida a la idea de en qué sede o en qué procedimiento existe tal deber: resulta ser la sede o el proceso de la negociación colectiva en el que resulta lógico cumplimentar tal deber. Para ser exactos, la expresión legal utilizada remite, en términos genéricos, al Título III (De la negociación y de los convenios colectivos) del ET y, si se quiere ser aún más preciso, a la tramitación de que habla el artículo 89 ET. Y las reformas adicionales, efectuadas sobre el Estatuto de los Trabajadores (artículos 85.2 y 90.6) por la LOI, siguen la misma línea y confirman la primera impresión de que es el régimen jurídico de la negociación de los convenios colectivos estatutarios el que se ve aludido y, por tal motivo, parece que es también el contenido de los convenios colectivos estatutarios el que ha de verse modificado.

Es, precisamente al confirmar esta impresión, cuando surge la cuestión de si, por no adecuarse la negociación de los convenios colectivos extraestatutarios al régimen establecido en el Estatuto de los Trabajadores, esta modalidad de negociación se vería libre de cumplimentar tal deber. La primera respuesta que, de forma espontánea e impensada, se ocurre es decir que los convenios colectivos extraestatutarios no se verían afectados por este deber, y tal respuesta sería coherente con las características que usualmente se predicaban de dicho tipo de convenio colectivo⁸. Ahora bien, hay que salvar al respecto dos serias objeciones: la primera, que el nuevo párrafo del artículo 85.1, no califica a los convenios colectivos cuyos contenidos han de verse cumplimentados con este nuevo de carácter normativo, aunque no hace falta emplear muchos argumentos para recordar que tampoco lo hace ninguna de las referencias que el propio Título III contiene al aludir a los mismos; y la segunda, que ha de recordarse, una vez más, que el deber de negociar medidas de igualdad no es un deber legal perfecto en sí mismo y aislable de cualquier otra institución: hemos dicho que se trata de un deber instrumental del mandato general, según el cual, «las empresas están obligadas a respetar la igualdad de trato y de oportunidades en el ámbito laboral», a tenor del artículo 45.1 LOI. O dicho de otro modo, en la medida en que, a partir

⁸ La naturaleza extra-estatutaria significa que ninguno de los principios que rigen la negociación colectiva estatutaria, tanto de elaboración jurisprudencial como de implantación legal a lo largo del Título III ET, le son de aplicación. Ver SS TS 21 de febrero, 20 de junio y 12 de diciembre de 2006 (RJ 2006\103 y 5358 y 2007\283)

de la Ley de Igualdad, todas las empresas —y no sólo las que utilicen las reglas de negociación del convenio colectivo estatutario— vienen obligadas a respetar el principio de igualdad de trato y de oportunidades⁹, no parece adecuado que algunas de aquéllas utilizaran la vía del convenio colectivo extraestatutario, con ánimo defraudador, para que, incumpliendo de forma inmediata el deber de negociar comentado, terminaran por transgredir un mandato general de carácter imperativo: aunque no se den todas las características, estaríamos muy cerca del fraude de Ley¹⁰.

1.2. Aplicación del deber de negociar medidas de igualdad

Aclarado cuál es el concepto de negociación que debe entenderse incluido en la previsión legal, hemos de responder ahora a cuál sería la forma más apropiada para llevar a cabo tal fin. El artículo 89 ET contiene, sin ánimo exhaustivo, algunas de las pautas para cumplir tal objetivo: así, por ejemplo, la representación de los trabajadores, o empresarios, que promueva la negociación, en la comunicación escrita en la que se lo comunique a la otra parte, deberá expresar, entre otras cosas, las materias objeto de negociación (apartado 1, párrafo primero); y la parte receptora de la comunicación, que ha de contestar en cualquier caso también por escrito y motivadamente (apartado 1, párrafo segundo), deberá responder a la propuesta de negociación; y, a partir de ahí, si no ha habido causa de oposición al deber de negociar, ambas partes podrán ya establecer un calendario o plan de negociación (apartado 2).

1.2.1. *Entrada en vigor del deber de negociar medidas de igualdad*

El factor del tiempo representa otra particularidad adicional en torno al deber de negociar medidas de igualdad. A diferencia del tiempo en que debe ser cumplimentado el mismo en la negociación colectiva, la disposición transitoria cuarta de la LOI, que lleva por título el de «régimen de aplicación del deber de negociar en materia de igualdad», viene a regular hasta cuándo no entran en vigor las nuevas previsiones contenidas en la LOI sobre el artículo 85 del ET y, con éste, sobre el ahora estudiado deber de negociar medidas de igualdad. A tal respecto, dicha disposición transitoria establece que «lo dispuesto en el artículo 85 del Estatuto de los Trabajadores en materia de igualdad, según la redacción dada por esta Ley, será de aplicación en la negociación subsiguiente a la primera denuncia del convenio que se produzca a partir de la entrada en vigor de la misma». Pues bien, como quiera que la LOI fue publicada en 23 de marzo de 2007, la entrada en vigor del grueso de la misma¹¹ se produjo el día siguiente 24 de marzo, siguiendo el tenor literal de su dispo-

⁹ Según las SS TC 34/1984, de 9 de marzo, FJ 2.º y 128/1987, de 16 de julio, FJ 3.º, no existe, según general opinión, un principio absoluto de igualdad de trato en la legislación laboral.

¹⁰ En tal sentido, la desconexión de la normativa laboral remite al ámbito de la autonomía de la voluntad de las partes, aunque matizada por las prohibiciones que penden sobre fraude de Ley, abuso de derecho, mala fe y vulneración de las normas imperativas. Ver S TS 12 de diciembre de 2006 (RJ 2007\283) FJ Cuarto

¹¹ La Disposición final octava de la LOI establece: Entrada en vigor. La presente Ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, con excepción de lo previsto en el artículo



sición final octava. Esto podría implicar previsiblemente que, en la primera revisión de la negociación colectiva vigente que se produjera, tras la entrada en vigor de la LOI, hubiera existido ya la obligación para las partes de atender el cumplimiento de este deber. Y éste parece haber sido el criterio interpretativo de muchas hipotéticas partes negociadoras que recientemente han procedido a la revisión de convenios colectivos a lo largo del primer trimestre del año natural de 2007, si se observa el volumen e incremento de convenios colectivos de empresa revisados y publicados en este período de tiempo en el BOE, antes de la entrada en vigor de la propia LOI. Negociaciones de convenios colectivos que tradicionalmente en otros años se ha pospuesto para los meses propios del segundo trimestre del año natural, retrotrayendo luego los efectos normativos a primeros de enero del mismo año en que se negocian, se han anticipado éste, previendo con ello eludir la presumible entrada en vigor de la LOI que obligara a ambas partes a tener que incluir, desde ya, un contenido normativo preceptivo en materia de igualdad.

Sin embargo, nada más lejos de lo debido: en efecto, si se observa detalladamente la redacción de la disposición transitoria cuarta de la LOI, ésta no dice que el deber de negociar medidas de igualdad se deba cumplimentar en la negociación subsiguiente a la entrada en vigor de esta Ley, sino en la negociación subsiguiente *a la primera denuncia* del convenio que se produzca a partir de la entrada en vigor de la esta Ley. Si se tiene en cuenta que el plazo de preaviso de la denuncia de los convenios colectivos se suele establecer en nuestro sistema de relaciones laborales para los últimos meses, a saber, tres, dos o un meses anteriores a la extinción de su vigencia, que, a su vez, en la gran mayoría de los casos, se acostumbra a datar el 31 de diciembre de cada año, tendremos que el deber de negociar no tendrá que cumplimentarse hasta que se abran las negociaciones de los convenios que se produzcan a partir del final de los meses de septiembre, octubre o noviembre del año 2007, respectivamente, habida cuenta la relativa mayor o menor duración que se haya otorgado a la duración del preaviso de dicha denuncia en el convenio colectivo que haya de ser revisado.

Ahora bien, siendo ésta una primera aclaración no es tampoco la única. Sin duda, el legislador ha querido posponer una entrada en vigor de esta modificación legal y, seguramente, llevado por la prudencia previsora, ha procurado no establecer el cumplimiento inminente e inmediato del deber de negociar medidas de igualdad, evitando así la exigencia inmediata de un apresurado e irreflexivo cumplimiento del mismo que, en el fondo, hubiera terminado por ser de una relativa y dudosa eficacia. Pero, siendo comprensible tal intención legislativa, no parece que la fórmula, utilizada en la disposición transitoria cuarta de la LOI, haya sido la más oportuna y adecuada. Dicha fórmula hace depender, como dijimos, la aplicación de lo establecido en el artículo 85 del Estatuto —y con éste, del deber de negociar medidas de igualdad— no de la negociación colectiva propiamente dicha sino de la denuncia que antecede a dicha negociación, lo que supone el nacimiento de futuros y no menos importantes problemas de la misma índole o más llamativos que los efectos que intentaba evitar.

71.2, que lo hará el 31 de diciembre de 2008. Mientras que el artículo 71.2, previsto para contratos de seguro, ordena: Artículo 71. Factores actuariales. ...2. Los costes relacionados con el embarazo y el parto no justificarán diferencias en las primas y prestaciones de las personas consideradas individualmente, sin que puedan autorizarse diferencias al respecto

Antes de entrar a considerar tales hipótesis, debemos dejar claro que, habiendo denuncia y tras ésta la debida negociación, procederá la aplicación del artículo 85 del ET, y con éste, se deberá cumplimentar el deber de negociar medidas de igualdad, pese a que no se logre acuerdo; por el contrario, producida la denuncia, pero inexistente la negociación subsiguiente, puede originarse un defecto en los dos requisitos exigidos por la disposición transitoria cuarta para aplicar lo establecido en materia de igualdad por la Ley, del mismo modo que puede existir negociación colectiva que no sea subsiguiente a una primera denuncia, porque ésta no proceda. En todos esos supuestos habrá que cuestionar en qué medida puede salvarse o resulta inexcusable la inexistencia del requisito exigido. La razón de esta reflexión es que dicha disposición transitoria cuarta ha establecido dos requisitos acumulativos de forma sucesiva: primero, la primera denuncia que se produzca del convenio, tras la entrada en vigor de la LOI; y, segundo, la negociación colectiva subsiguiente a tal denuncia. Sólo cuando se cumplen ambos requisitos y en el orden cronológico en que han sido establecidos, entra de lleno en vigor la exigencia de tal deber de negociar medidas de igualdad en los convenios colectivos laborales.

Con todo lo dicho hasta ahora no queremos decir, ni siquiera dejar entrever, que será muy difícil la ejecución del deber de negociar medidas de igualdad. Antes al contrario, en la gran mayoría de los casos, a partir de la entrada en vigor de la LOI, habrá una primera denuncia y existirá, luego, la negociación colectiva subsiguiente, dándose así el supuesto de hecho completo para que nazca el deber legal estudiado, reflexión que es especialmente aplicable a los convenios colectivos ya existentes en nuestro sistema de relaciones laborales. Pero aceptado esto, también se ha de dejar claro que la redacción técnica de la norma no es tan perfecta como hubiera sido deseable y que, habiendo quedado abiertas determinadas «puertas», las partes negociadoras pueden estar tentadas a utilizarlas para escapar de la aplicación del deber contenido en aquélla.

En efecto, el primero que se atisba es que, como la aplicación de lo establecido en el artículo 85, se remite a la negociación subsiguiente a la primera denuncia, parece que basta la inexistencia de primera denuncia, para que, al menos, pueda discutirse si es procedente o no la aplicación de la nueva norma. Así, sucede, por ejemplo, cuando, por no existir convenio colectivo previo, y se proceda a la primera negociación de un convenio en el futuro, no exista la exigencia de tal deber, porque, en verdad, para llevar a cabo tal negociación colectiva, no se necesita llevar a cabo una denuncia previa; o, incluso, cuando, vigente un convenio colectivo, anterior o posterior a la entrada en vigor de la LOI, no se produzca denuncia, y se prorrogue de año en año, supuesto en que la negociación colectiva subsiguiente es inexistente, al no existir denuncia, cumpliéndose así las previsiones establecidas en el artículo 86.2 ET. En estos casos, a menos que se considere que la regla de transitoriedad de la disposición transitoria cuarta de la LOI está prevista para los casos de convenios colectivos ya vigentes en el momento de la entrada en vigor de la LOI, cosa que tal transitoria no ha hecho, habrá que aceptar que tales convenios colectivos tienen un serio problema para incorporar de forma obligatoria las medidas y planes de igualdad. Mucho nos tememos que una interpretación literal y no controvertida de la referida transitoria nos lleve a concluir que el derecho anterior, cuya vigencia se prevé en la misma, no es — como podría lógicamente imaginarse — el de los contenidos normativos de los convenios colectivos vigentes antes de la entrada en vigor de la LOI y que continuaran en vigor tras la misma, sino el del Estatuto de los Trabajadores reformado (art. 85) en relación con la



LOI, quedando los aludidos convenios colectivos como tercer elemento de referencia comparativa, tras el Estatuto.

Otro caso en el que puede no existir la denuncia viene constituido por la situación derivada de un convenio colectivo extraestatutario, —al que antes nos hemos referido para saber si éste puede ser un instrumento defraudador—, ahora desde la perspectiva de que no contenga la mencionada cláusula de denuncia ni el plazo de preaviso como contenidos preceptivos, porque, como sabemos, aquel objeto de negociación no tiene por qué seguir las reglas contenidas en el Título III del ET. Con tal déficit, al menos formalmente, será bastante difícil suponer que se produce el supuesto de hecho para que entre en vigor el contenido de la disposición transitoria cuarta de la LOI. Y, si no se produce el supuesto de hecho por una razón justificada como la apuntada, tampoco se darán los presupuestos expresos para que sea aplicable la disposición transitoria cuarta LOI. En tal caso, a la inexistencia de primera o última denuncia puede añadirse el de la inexistencia del genérico deber de negociar, tal como se formula en el artículo 89.1 ET, con lo que los obstáculos para aplicarla se incrementarían. Este segundo matiz nos invita a abrir un nuevo apartado en el que tratemos de las eventuales e hipotéticas relaciones que, a partir de ahora, pueden darse entre el deber de negociar en concreto medidas de igualdad y el deber genérico de negociar.

1.2.2. *Relación del deber de negociar medidas de igualdad con el deber de negociar*

A diferencia de lo que hasta ahora hemos visto, también nos hemos de cuestionar por el caso opuesto, a saber, que, habiéndose producido la denuncia exigida, no haya negociación colectiva subsiguiente a la denuncia realizada. Con esta hipótesis de base, puede abrirse un abanico de eventuales y posibles alternativas diferentes, según la inexistencia de negociación colectiva subsiguiente se deba a que no proceda la misma, o, por el contrario, a que una o ambas partes se nieguen a iniciar tal negociación. Así, por ejemplo, puede suceder que se produzca la denuncia en el plazo de preaviso previsto y que no proceda negociación subsiguiente porque las partes hayan previsto la extinción de la vigencia del convenio colectivo en cuestión o, si se quiere, que se haya pactado expresamente la pérdida de vigencia del contenido normativo, para una vez que haya concluido la duración pactada del convenio (artículo 86.3 p. 2 ET), lo que, unido al efecto de la pérdida de eficacia del contenido obligacional con carácter automático tras la denuncia efectuada (artículo 86.3 p. 1 ET), convertirá al convenio colectivo en extinto y vacío de cualquier efecto, normativo y obligacional. En tal caso, resulta evidente que, por no proceder negociación ulterior, no debería entrar en aplicación el contenido de la disposición transitoria cuarta.

Ahora bien, caso diferente es aquél en el que, producida la preceptiva denuncia en el plazo oportuno, no existe negociación colectiva subsiguiente porque las partes o, al menos, una de ellas se niega a negociar ¹².

¹² Ver SS TS 30 septiembre 1999 (RJ 1999\8395) FJ 3, según la cual «existe unanimidad doctrinal en estimar que esta referencia legal precitada (que se recoge en el art. 89.1) debe estimarse hecha al convenio «estatutario» y no a cualquier otro pacto de eficacia limitada distinto de los convenios regulados en el ET...»; y

Desde nuestro punto de vista, la existencia de un deber genérico de negociar, por no darse ninguna de las causas exceptuadas para negarse legítimamente al inicio de las negociaciones del artículo 89.1 p. 2 ET, debe arrastrar y, efectivamente, arrastra consigo el deber concreto de negociar medidas de igualdad, en el sentido de la disposición transitoria cuarta de la LOI. Por el contrario, la inexistencia del deber genérico de negociar antes aludido, ahora por darse cualquiera de las causas que establece ese mismo precepto —a saber: la causa legal o convencional, o por no tratarse de revisar un convenio ya vencido—, ha de comportar y significa que tampoco hay deber de negociar medidas de igualdad, al no existir justificadamente negociación colectiva subsiguiente en la que llevar a efecto este último deber.

Se podrá objetar que se puede tratar de una solución «pírrica» el hecho de considerar que hay deber concreto de negociar medidas de igualdad cuando también existe el genérico de negociar, porque la exigencia de este último no implica que el obligado a soportar la negociación, por regla general el empresario, deba aceptar las reivindicaciones o propuestas provenientes de la contraparte que lleve la iniciativa, usualmente la representación legal de los trabajadores. Sin embargo, lo que acabamos de sugerir es solo verdad para el genérico deber de negociar, contenido en el artículo 89.1 ET, en la medida en que, en puridad, su transgresión y/o la falta de acuerdo, no son supuestos sancionables, pero no para determinados casos del deber concreto de negociar medidas de igualdad, porque la inexistencia del acuerdo sobre medidas de igualdad, cuando la negociación de tales era debida por imperativo legal, si lo es con un abanico de posibilidades que tocaremos en su lugar oportuno.

En efecto, en determinados casos y en torno al objeto de negociación que van a significar los planes de igualdad, podemos encontrarnos con variantes de toda esta situación de relación entre ambos deberes (genérico y concreto) en las que, por un lado, quien incumpla uno y otro deber no soporte ninguna consecuencia sancionadora (por ejemplo, el hecho de no negociar medidas de igualdad en empresas de 250 o menos trabajadores) y, por otro, otra variante bien distinta en la que, por incumplir el deber genérico de negociar, y adoptando una actitud pasiva, ociosa e inactiva, por incumplir de forma simultánea el deber concreto de negociar medidas de igualdad concretadas en planes, se puede ser merecedor a ser tratado con el complejo sistema sancionador incorporado por la LOI a la LISOS¹³. Y de igual modo, también podemos encontrarnos ante el caso en que, tras haber entrado en negociaciones en cumplimiento del deber genérico de negociar, dado que entrar en negociaciones no significa llegar necesariamente a un acuerdo, aquel deber se agote simplemente en haberlo intentado y haberse sentado a negociar, mientras que, por el contrario, el

10 abril 2002 (RJ 2002\5321) FJ Segundo, «este deber-derecho de negociación, como todos, ha de tener unos límites racionales, entre los que cabe destacar los siguientes: a) En cuanto al tiempo, el deber de negociar existe desde que se denuncia un convenio hasta que se concierta el que lo sustituye». Por eso, perece si, ante la negativa a negociar, se abstiene de accionar

¹³ La disposición adicional decimocuarta, dos, de la LOI, añade un nuevo apartado al artículo 8 LISOS, tras modificar asimismo los apartados 12 y 13.bis. 17. *No elaborar* o no aplicar el plan de igualdad, o hacerlo incumpliendo manifiestamente los términos previstos, cuando la obligación de realizar dicho plan responda a lo establecido en el apartado 2 del artículo 46 bis de esta Ley».



deber concreto de negociar medidas, ya sean dirigidas a promover la igualdad ya sean planes de igualdad, no se agota en el simple haberlo intentado, entre otras razones, porque la inexistencia de tal objeto determinado de negociación puede tener repercusiones negativas para las partes, a raíz del régimen sancionador de la LOI en la LISOS ¹⁴.

2. EL DERECHO DE ELABORAR E IMPLANTAR PLANES DE IGUALDAD

Distinto al deber de negociar medidas de igualdad es el derecho a implantar concretas medidas de igualdad dispuesto para sus titulares en aquellas empresas que no vengan obligadas a elaborar e implantar planes. Y decimos derecho y no mera facultad porque, en realidad, la contraparte de quien lleve la iniciativa en tal implantación, aunque pueda aportar sus propias ideas y sugerencias sobre el particular, no está legitimada para paralizar dicha iniciativa. Veámosla más detenidamente.

2.1. Elaboración e implantación voluntaria de planes de igualdad

2.1.1. *Naturaleza jurídica de la opción*

El artículo 45.5 LOI señala que «la elaboración e implantación de planes de igualdad será voluntaria para las demás empresas, previa consulta a la representación legal de los trabajadores y trabajadoras». Ante todo, estamos ante un precepto que nace para completar el resto no previsto por el artículo 45.2 LOI, del entero abanico de situaciones, en el que se ordena que las medidas de igualdad deberán dirigirse a la elaboración y aplicación de un plan de igualdad pero sólo en empresas de más de doscientos cincuenta trabajadores. Por tanto, las empresas de 250 o menos trabajadores que, en principio, no están obligadas a elaborar y aplicar tales planes, son las directas destinatarias del derecho que ahora comentamos, aunque no necesariamente, como veremos, a través de la negociación colectiva.

Una segunda cuestión tiene que ver con la pregunta de ¿por qué sólo se ha pensado en extender los planes de igualdad, del artículo 45.2, y no las medidas dirigidas a promover la igualdad, del artículo 45.1, cuando ya hemos visto que son los planes, y no las medidas, los verdaderamente protegidos, en lugar de haber tutelado por el régimen sancionador la ausencia de medidas de igualdad como ha sancionado la ausencia de planes en la nueva LISOS? O dicho de otro modo ¿Sustituye esta facultad voluntaria o, si se quiere, derecho a elaborar e implantar planes de igualdad, mediante consulta previa, el deber de negociar medidas que fomenten la igualdad que afecta al resto de las empresas? La respuesta es muy sencilla, si se parte de la idea —que defendemos en este trabajo—, según la cual, el mandato general de respetar la igualdad de trato y de oportunidades en el ámbito laboral (artículo 45.1, primer inciso LOI) vincula a todas las empresas del sector privado español

¹⁴ Así la disposición adicional decimocuarta, uno, de la LOI añade un nuevo apartado, el 13, al artículo 7 LISOS, con la siguiente redacción: «13. No cumplir las obligaciones que en materia de planes de igualdad establecen el Estatuto de los Trabajadores o el convenio colectivo que sea de aplicación.»

desde la entrada en vigor de la LOI, ya que a la entrada en vigor de tal mandato no se ha puesto ningún plazo; por el contrario, tanto la necesidad de adoptar medidas dirigidas a evitar discriminaciones entre hombres y mujeres en el resto de las empresas como el deber de convertir tales medidas en planes de igualdad son ambos objetos del deber de negociación en la forma que se determine en la legislación laboral.

Mientras que el deber de negociar y, en su caso, acordar medidas de igualdad afecta a todas las empresas, el de elaborar y aplicar planes de igualdad solo afecta a las que tienen más de 250 trabajadores: si una empresa escapa, por no cumplir los requisitos del número de trabajadores a su servicio, del «círculo concéntrico» representado por el deber de elaborar e implantar planes, sólo se libera de ese concreto aspecto, pero no se ve enteramente libre, hasta el punto que no tenga ninguna otra obligación al respecto. O dicho de otra forma, si la LOI no ha establecido el derecho de poder negociar simples medidas de igualdad, del mismo modo que lo ha hecho con los planes de igualdad, es porque ello entraría en franca contradicción con la formulación del deber legal que vincula al resto de las demás empresas de negociar y, en su caso, acordar el mismo objeto y que quedaran fuera de aquel «círculo»: una regla, a saber, deber de negociar y acordar medidas de igualdad, no puede ser obligatoria y voluntaria al mismo tiempo; por el contrario, otra regla, como la de establecer planes de igualdad, puede ser obligatoria a partir de un número crítico y facultativa hasta ese número. Por tal razón, no siendo el deber de negociar medidas que fomenten la igualdad identificable con la facultad de elaborar e implantar planes, sí se puede decir que, si se cumple de forma voluntaria con esta hipótesis, indirectamente se está cumpliendo con el deber legal de negociar medidas de igualdad; pero, si no se hace esta elaboración e implantación voluntaria, sigue vivo el deber legal que vincula a todas las empresas de negociar las medidas que fomenten la igualdad en la empresa.

En tercer lugar, estamos en presencia de un precepto que establece una facultad y en modo alguno un deber legal, aunque no está tan claro que no se trate de un derecho o cosa que se le parezca. Que no se trata de un deber legal es harto evidente, a tenor de la existencia del elemento de la voluntariedad, del que hace depender el precepto comentado dicha elaboración e implantación. Pero, si no se trata de un deber legal, por el contrario ¿tampoco se trata de un derecho? En apariencia, independientemente del elemento de la voluntariedad explícito en el precepto, no hay ningún sujeto, ni individual ni colectivo, obligado a tener que aceptar o soportar el requerimiento o solicitud de quien se crea investido por la necesidad o conveniencia de tal elaboración e implantación. Ahora bien, el mero trámite de la consulta con la representación legal de los trabajadores produce la impresión de que, diga lo que diga la respectiva representación legal, el empresario en cuestión tiene la vía libre para la elaboración e implantación del plan. Es decir, a primera vista la estructura de esta facultad funciona, en la práctica, como un derecho, no sólo porque, si el empresario quiere adoptar el plan, nadie se lo va a impedir, sino además porque, en realidad, no necesitaría a nadie más que a él mismo, al margen del trámite de la consulta, para llevarlo a cabo.

La voluntariedad se refiere tanto a la elaboración del plan como a su implantación. En tal sentido, resulta también evidente que, si se elabora un plan de igualdad, tal acto no comporta necesariamente que haya que implantarlo, aunque ese sea el acto secuencial y lógico esperable en la dinámica de llevar a efecto el respeto al mandato general de igualdad de trato y de oportunidades. Siendo, pues, tales actos diferentes y reconocibles como tales, llama la atención el hecho de que mientras en el artículo 45.2 LOI se utilizan elaboración y aplicación, en el apartado 5 se empleen los de elaboración e implantación. Siendo idénti-



cos los primeros, ¿equivalen también los segundos al mismo significado, no obstante la utilización de palabras diferentes? El Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española que remite aplicación a aplicar e implantación a implantar, respectivamente, entiende por aplicar «emplear, administrar o poner en práctica un conocimiento, medida o principio, a fin de obtener un determinado efecto o rendimiento en alguien o algo», mientras que, por implantar entiende «establecer y poner en ejecución nuevas doctrinas, instituciones, prácticas o costumbres». Como puede observarse, son pocas las diferencias entre ambas significaciones como para provocar discrepancias entre una y otra acción, una vez elaborado el plan.

Otros posibles eventos que deben ser considerados no son, por más raros u ocasionales, menos importantes. Así, por ejemplo, la voluntariedad que se ha predicado de este proceso de elaboración e implantación de un plan de igualdad, con el matiz de la debida consulta previa, no sólo preside el proceso al principio y durante la tramitación del mismo, sino también al final. En tal sentido, nada impide al empresario que, una vez elaborado y consultado el plan a la representación de los trabajadores, incluso emitido informe favorable al respecto por ésta, le haga desistir de su original intención y decida no concluir tal proceso, implantando el plan de igualdad originariamente proyectado. Como tampoco le impide nada que, una vez implantado y ejecutado durante un cierto tiempo un plan no obligatorio en una empresa, su titular desista de su inicial intención y decida la retirada o inaplicación sin más del mismo.

2.1.2. *La preceptiva consulta previa*

El artículo 45.5 LOI solo ha establecido un requisito para poner en práctica tal facultad: la previa consulta a la representación legal de los trabajadores y trabajadoras. Ante todo, desde nuestro punto de vista, el carácter previo de la consulta se ha de entender referido tanto a la elaboración como a la implantación de planes de igualdad, porque sería absurdo, cuando no hasta cínico, que se elabore un plan de igualdad, de forma unilateral por el empresario, sin que antes se haya consultado, o incluso discutido, con la representación legal, y que se acuda a ésta sólo para conocer su opinión sobre la implantación, en cumplimiento de un trámite formal.

La necesidad de una consulta previa a la representación de los trabajadores significa que, en principio, no hace falta negociar en tal caso dicho plan de igualdad. Obviamente la naturaleza jurídica y el contenido de la consulta exigida implican una doble vía en la información que circula desde el empresario hacia la representación legal de los trabajadores y desde ésta hacia aquél. El contenido material de la misma en el camino de ida debe estar integrado por el proyecto del plan, contenido en documento físico en papel o virtual, que se propone implantar el empresario de forma voluntaria; mientras que el contenido material de dicha consulta en el camino de vuelta viene constituido por la emisión de un informe, en cualquiera de ambos formatos, que dicha representación habrá de hacer, en similar o parecida forma a la prevista por el artículo 64.1, 4.º y 5.º ET¹⁵, y en el que la representa-

¹⁵ El artículo 64, apartado 1, ET, establece que entre las competencias del comité de empresa está: 4.º Emitir informe con carácter previo a la ejecución por parte del empresario de las decisiones adoptadas por éste

ción legal haga llegar su opinión sobre el proyecto de plan a debate, proponiendo, a su vez, la adición de cuantas medidas considere adecuadas o la supresión de las inapropiadas. Las dos facetas —de ida y vuelta— que integran la obligada consulta, no están en plano de igualdad: mientras que la de ida, que corresponde al empresario, es obligada y forzosa, la de la representación legal de los trabajadores no lo es, quedando en el ámbito de las decisiones potestativas. Por tanto, las consecuencias de la inexistencia de una u otra tampoco son equiparables: mientras que la inexistencia del informe de retorno a cargo de la representación legal de los trabajadores, por ser aquél potestativo, no tiene más trascendencia, por el contrario, la correspondiente al proyecto de plan debe comportar, el ser preceptivo, la nulidad del proceso de implantación del plan de igualdad, por muy voluntario y aconsejable que sea la elaboración e implantación del mismo en origen.

No obstante lo dicho, que la faceta de ida de la consulta que corresponde al empresario sea forzosa, no va a suponer que el mismo, interesado en implantar de forma voluntaria, un plan de igualdad en su empresa, se haya de sentir vinculado por el contenido del informe que, en su caso, emita o deje de emitir la representación legal de los trabajadores. En ningún caso se dice que el empresario en tal caso tenga que acatar, incorporándolo al inicial proyecto de plan, el informe o una parte del mismo que emita la representación legal de los trabajadores o trabajadoras. Se trata, por tanto, de una consulta previa forzosa cuyo respectivo informe de contestación es no vinculante.

2.2. Negociación de un plan de igualdad en procedimiento sancionador

Otro supuesto de voluntariedad para elaborar y aplicar un plan de igualdad, previa negociación colectiva, viene constituido por aquel grupo o tipo de empresas que, no estando obligadas en principio a ello, sin embargo se ven compelidas a hacerlo por decisión de la Autoridad laboral sancionadora en sustitución de sanciones accesorias, tras haber incurrido en infracciones administrativas de naturaleza discriminatorias.

En efecto, cuando se incurra en infracciones calificadas como muy graves, ya sean de naturaleza estrictamente laboral, previstas y tipificadas por el apartado 12 (reformado con la LOI) del artículo 8 de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social, (LISOS), aprobada por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, ya sea sobre materia de empleo, previstas y tipificadas por el artículo 16.2 LISOS, se es merecedor a dos tipos de sanciones: unas, están previstas por el artículo 40.1 LISOS y consisten en multas, cuyos importes vienen graduados asimismo atendiendo a los grados mínimo, medio y máximo; y otras, las sanciones accesorias, que, referidas a los problemas de discriminación, vienen a estar reguladas por el nuevo artículo 46.bis, apartado 1, LISOS, (introducido por la dispo-

sobre las siguientes cuestiones: a) Reestructuraciones de plantilla y ceses totales, definitivos o temporales de aquella; b) Reducciones de jornada, así como traslado total o parcial de las instalaciones; c) Planes de formación profesional de la empresa; d) Implantación o revisión de sistemas de organización y control del trabajo; e) Estudio de tiempos, establecimiento de sistemas de primas o incentivos y valoración de puestos de trabajo. Y el 5.º: Emitir informe cuando la fusión, absorción o modificación del «status» jurídico de la empresa suponga cualquier incidencia que afecte al volumen de empleo.



sición adicional décimo cuarta, apartado Cuatro, LOI, dentro de una nueva subsección tercera bis que se titula «Responsabilidades en materia de igualdad») y que consisten básicamente en la pérdida automática de las ayudas, bonificaciones y, en general, beneficios derivados de la aplicación de los programas de empleo, con efectos desde la fecha en que se cometió la infracción, así como en la posible exclusión del acceso a tales beneficios durante seis meses.

Pues bien, cuando aquellas mencionadas infracciones muy graves, previstas tanto en materia laboral como de empleo, se refieran a los supuestos de discriminación directa o indirecta por razón de sexo, dispone el nuevo artículo 46.bis, apartado 2, LISOS, que las correspondientes sanciones accesorias, a las que se refiere el apartado anterior, podrán ser sustituidas por la elaboración y aplicación de un plan de igualdad en la empresas, si así se determina por la autoridad laboral competente previa solicitud de la empresa e informe preceptivo de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en los términos que se establezcan reglamentariamente, suspendiéndose el plazo de prescripción de dichas sanciones accesorias.

Como puede deducirse de la simple lectura del precepto recientemente expuesto, parece que toda su eventual hipótesis queda supeditada a la necesaria aprobación de un Reglamento de desarrollo de dicha previsión legal, por lo que también parece que pueda resultar difícil, por no decir imposible, que se acuda por la autoridad laboral competente a esta vía alternativa para la negociación de planes de igualdad, antes que tal futuro Reglamento sea aprobado y entre en vigor. No obstante esta cautela, hay ya elementos suficientes en el precepto como para que podamos elaborar algunas reflexiones.

Así, en primer lugar, los actos que se mencionan en el precepto comentado (previa solicitud, informe preceptivo de la Inspección, resolución de la autoridad) dan idea de todo un procedimiento administrativo, procedimiento que ha de suponerse distinto y adicional, al modo de pieza separada, del procedimiento, también administrativo pero sancionador, que dio lugar tanto a las sanciones principales, las multas que no han de sufrir ningún tipo de alteración ni reducción por esta razón, como a las accesorias, que sí son las que han de verse provisionalmente suspendidas. No obstante esta interpretación, otra más sistemática lo descartaría, ya que, a tenor del artículo 45.4 LOI, que se refiere asimismo a esta hipótesis, la autoridad laboral acuerda la sustitución de sanciones accesorias, mediante la negociación de un plan de igualdad, en un procedimiento sancionador, o sea, en el mismo del que se desprenden las sanciones accesorias, sin necesidad de otro procedimiento ulterior.

Pero, más importante que lo dicho es que, a diferencia de lo que pueda pensarse, ésta no es una vía obligada ni forzosa para la negociación de planes de igualdad, para las empresas que inicialmente no están obligadas a ello. Como puede comprobarse, dicho procedimiento administrativo separado se incoa a instancia de la empresa, o mejor dicho, previa solicitud de la empresa, dice el nuevo artículo 46.bis, apartado 2, LISOS, a lo que deberíamos añadir empresa «sancionada». Y malamente puede hablarse de forzoso respecto de algo que se inicia por la libre voluntad de quien, a fin de cuentas, decide comprometerse en tal tarea a cambio de no perder unos determinados beneficios económicos.

Ahora bien, una vez que se resuelve por la autoridad laboral competente, accediendo a la solicitud instada y a suspender la aplicación de las sanciones accesorias, entra de lleno en juego, entre otros, el deber de negociar y con éste lo establecido en el artículo 45.4 LOI, que ordena lo que sigue: «Las empresas también elaborarán y aplicarán un plan de

igualdad, previa negociación o consulta, en su caso, con la representación legal de los trabajadores y trabajadoras, cuando la autoridad laboral hubiera acordado en un procedimiento sancionador la sustitución de las sanciones accesorias por la elaboración y aplicación de dicho plan, en los términos que se fijen en el indicado acuerdo». Como puede deducirse, en este caso la negociación del plan de igualdad elaborado por la empresa para su posterior aplicación no es la única posibilidad que puede decretar la autoridad laboral para escapar de las accesorias; también cabe, en lugar de negociación colectiva, la consulta previa con la representación legal de los trabajadores. ¿Cuándo procederá una y cuándo la otra? El precepto nada dice al respecto, excepto que tal sustitución de accesorias se hará «en los términos que se fijen en el indicado acuerdo». Esta falta de precisión legal, hace recaer en la competencia discrecional de la autoridad laboral decidir si lo que procede es la consulta o, por el contrario, la negociación. Sin embargo, en la medida en que la obligación legal de elaborar y negociar, para su aplicación, planes de igualdad se reserva exclusivamente a las grandes empresas, un criterio objetivo para distinguir si procede consulta o si procede negociación, también podría ser el tamaño de la empresa: en el caso de la *pequeña empresa*, cuyo tamaño en número de trabajadores llega hasta los 49, podría optarse por la consulta con los representantes legales; y en el caso de la mediana empresa, cuyo tamaño en número de trabajadores va desde los 50 hasta los 250, por estar cercana y limítrofe con el segmento de las grandes empresas obligadas, podría optarse siempre y con carácter objetivo, por la necesaria negociación colectiva del plan de igualdad para su posterior aplicación.

Por último, para el supuesto de que no se elabore o no se aplique el plan de igualdad o se haga incumpliendo manifiestamente los términos establecidos en la resolución de la autoridad laboral, el art. 46.bis, apartado 2, segundo párrafo, LISOS, ésta, a propuesta de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, va a acometer una doble tarea: la primera, que tal incumplimiento abre la puerta a un nuevo procedimiento sancionador —en este caso, indubitado—, al establecer el artículo comentado que lo que va regular sobre las accesorias que quedaron suspendidas es «sin perjuicio de la imposición de la sanción que corresponda por la comisión de la infracción tipificada en el apartado 17 del artículo 8», en el que se tipifica como infracción muy grave en materia laboral no elaborar o no aplicar el plan de igualdad o hacerlo incumpliendo manifiestamente los términos previstos, cuando la obligación de realizar dicho plan responda a lo establecido en el apartado 2 del artículo 46 bis de la LISOS; y la segunda, dejará sin efecto la sustitución de las sanciones accesorias, que se aplicarán de la siguiente forma: a) la pérdida automática de las ayudas, bonificaciones y beneficios a la que se refiere la letra a) del apartado anterior se aplicará con efectos desde la fecha en que se cometió la infracción; b) La exclusión del acceso a tales beneficios será durante seis meses a contar desde la fecha de la resolución de la autoridad laboral por la que se acuerda dejar sin efecto la suspensión y aplicar las sanciones accesorias».

2.3. Apoyo para la implantación voluntaria de planes de igualdad

El artículo 49 LOI, bajo el título «Apoyo para la implantación voluntaria de planes de igualdad», ordena que «para impulsar la adopción voluntaria de planes de igualdad, el Gobierno establecerá medidas de fomento, especialmente dirigidas a las pequeñas y medianas empresas, que incluirán el apoyo técnico necesario». La elaboración de un plan de igual-



dad en una empresa comporta tal bagaje de conocimientos que, con toda seguridad, su realización puede quedar en entredicho por la inexistencia de medios materiales y personales que se impliquen y afanen en dicha elaboración, imprescindible para una implantación del mismo, que necesariamente es posterior. En tal sentido, la voluntariedad, con ser un elemento nada desdeñable para la implantación no obligada de dicho plan y que marca el círculo exterior de lo no debido, puede no ser suficiente: en tal sentido, se puede querer elaborar e implantar un plan de igualdad por parte de la empresa, y no saber cómo hacerlo y menos cómo implantarlo. Y es con tal finalidad con la que se prevé esta medida de apoyo y fomento que, en principio se residencia en el Gobierno.

En primer lugar la referencia al Gobierno debe ser entendida al que es objeto de atención por los artículos 97 y siguientes CE. Se trata del Gobierno de España y no del de cualquier Comunidad Autónoma¹⁶. Ésta es una consecuencia inmediata de ser la materia contenida en la LOI que ahora estudiamos, la elaboración e implantación voluntaria de planes de igualdad, un ejemplo paradigmático de la competencia exclusiva del Estado, prevista y regulada por el artículo 149.1, 1.ª, a saber, «la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales». Se podría objetar que, como estamos ante una facultad, y no ante un derecho ni ante un deber, no habría serias razones para que las Comunidades Autónomas asumieran como competencia propia o compartida tal acción de fomento y apoyo. En tal sentido, el segundo párrafo del nuevo artículo 90.6 ET, introducido por la disposición adicional décimo primera, apartado 19, LOI, faculta a la Autoridad Laboral competente en la labor de control del contenido de los futuros convenios colectivos, ya sea perteneciente a la Administración General del Estado ya a la de la correspondiente Comunidad Autónoma, a recabar el asesoramiento del Instituto de la Mujer o de los Organismos de Igualdad de las Comunidades Autónomas, según proceda por su ámbito territorial y competencial. Y no parece que haya muchas diferencias entre establecer medidas de fomento, entre las que se incluirá el apoyo técnico necesario, del que habla el artículo 49 LOI en cuestión, y el asesoramiento, parece que también técnico, que puede recabarse de y que podrán dispensar los organismos competentes en materia de igualdad en las respectivas Comunidades Autónomas, del que habla el nuevo apartado 6 del artículo 90 ET.

En segundo lugar, se observan diferentes expresiones utilizadas por el legislador para referirse, por un lado, a las empresas que pueden voluntariamente elaborar e implantar los planes de igualdad, a tenor del artículo 45.5 LOI, en el que se emplea la expresión «las demás empresas», que luego debe ser reconducida al segmento de empresas que no alcanzan a las de más de doscientos cincuenta trabajadores, del artículo 45.2 LOI, y, por otro, a las empresas en principio destinatarias de las medidas de fomento y apoyo a la elaboración e implantación voluntaria de planes de igualdad que no son otras que las pequeñas y medianas empresas, siguiendo el tenor del artículo 49 LOI ¿Cómo podemos resolver esa descoordinación?

¹⁶ Ya la Ley 30/2003, de 13 de octubre, sobre medidas para incorporar la valoración del impacto de género en las disposiciones normativas que elabore el Gobierno, modifican preceptos de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre del Gobierno, por la que se obliga a éste a elaborar en todos los proyectos de ley y en los reglamentos una memoria sobre impacto de género, efecto calificado de transversalidad por MERCADER UGUINA, J.R., *Las implicaciones laborales del Proyecto de Ley Orgánica de Igualdad; panorama general*, citado, pág. 17.

Una primera respuesta sería decir que no hay tal conflicto: mientras las primeras forman un primer círculo excéntrico a las obligadas a la implantación de dichos planes de igualdad, las segundas estarían integradas por aquellas dentro de dicho ámbito que por cumplir con la condición expresada de pequeña o mediana, son merecedoras de una ayuda que no procedería en las que excedan de tal condición sin llegar a contar con más de 250 trabajadores. En la búsqueda de un concepto homogéneo y generalmente válido sobre «pequeña y mediana empresa», las incursiones que ha hecho determinada doctrina o bien han encontrado excesivas dificultades en la elección del criterio definitorio o bien han dado más importancia a los resultados económicos que al aislamiento y definición del concepto¹⁷. Otros, enfrascados en una maraña de criterios cualitativos y cuantitativos, tampoco han obtenido en dicha labor mejores resultados¹⁸.

Por el contrario, han sido y son las instituciones europeas las que, conociendo la existencia de esos diferentes criterios, se han decidido por el criterio cuantitativo del número de trabajadores contratados, para así dejar constancia y transparencia de a partir de qué número de trabajadores se entiende que existe según qué tipo de empresa: en la medida en que la pequeña empresa irá desde los 10 hasta los 49 trabajadores, y la mediana desde los 50 a los 250 trabajadores, tenemos como conclusión que entre las expresiones de uno y otro precepto, aún utilizando términos y vocablos diferentes, no hay discrepancia alguna¹⁹.

La única objeción, más teórica que real, puede venir representada por la existencia del concepto de *micro empresa*, con entidad inferior a los 10 trabajadores, que, al no ser mencionadas por el artículo 49 LOI como destinataria de apoyo y fomento, podría plantear dudas sobre si se debe considerar o no incluida en el círculo excéntrico y mayor que ella que viene representado por el de la pequeña empresa, a los efectos ahora analizados. La primera respuesta sería de signo afirmativo ya que, si la norma tiene un sentido protector del menor tamaño empresarial, con más razón ha de entenderse incluida en la protección las que lo son de ínfimo: por su menor número de trabajadores, deben entenderse incluidas en la pequeña empresa, lo cual no es un motivo de exclusión sino todo lo contrario. Sin embargo, podría añadirse que, como en dicho tipo de empresa no suele existir representación legal de los trabajadores, ni unitaria ni sindical, pudiera parecer que el precepto no va destinado a ellas. Por el contrario, tanto porque entra dentro del ámbito inferior a los 250 trabajadores como por estar en los umbrales de la mayor necesidad de apoyo, se podría afirmar incluso que la inexistencia de representación legal no es, en este caso, un criterio para

¹⁷ Ver FITA ORTEGA, F., *La pequeña y mediana empresa en el ordenamiento jurídico laboral*, Tirant Lo Blanch, 1.ª edic. Valencia, 1997, quien plantea dudas sobre qué trabajadores considerar para tal calificación, según los diferentes normativas laborales. JARA SARRUA, L. A., «Una introducción al concepto de pequeña y mediana empresa (PYME)», <http://www.5campus.org/lección/pyme1> 2000, quien cree más decisivo el volumen de empleo que generan globalmente en porcentaje en el sistema de relaciones laborales que el número de trabajadores que contratan cada una para tal calificación.

¹⁸ GARZA CASTAÑO, R., «Creación de PYMES: objetivo emprendedor» en *Ingenierías*, oct-dic.2000, pág. 54 y ss utiliza, junto al del número de trabajadores, el volumen de producción o de venta, el valor del capital invertido y el de producción de energía; FUNDES, Entorno Empresarial, «Indicadores del entorno de la pequeña y mediana empresa (PyME) en los países FUNDES», cita a ventas, número de trabajadores, activos y otros (inversión maquinarias, equipos y herramientas)., en www.fundes.org.

¹⁹ Ver *Glosario de términos del portal de la Unión Europea*, «Pequeñas y medianas empresas», con 233 términos relativos a la construcción europea, en http://europa.eu/scadplus/glossary/sme_es.htm.



excluir las de tal ayuda, sino precisamente todo lo contrario, un déficit que facilitará de forma más usual los eventos de desigualdad y de discriminación, y simultáneamente su inexistencia impedirá no ya la negociación colectiva de medidas de igualdad sino tan siquiera la mera consulta de un plan elaborado e implantado voluntariamente por el empresario. Y si no hay representación legal de los trabajadores con quien negociar medidas de igualdad o a quien consultar un plan de igualdad, tampoco y mucho menos lo hay para vigilar el contenido de algo que haya sido negociado o consultado. Por tal razón, tales micro empresas deben considerarse incluidas en el ámbito de la pequeña empresa contemplado por el artículo 49 LOI.

La pequeña y mediana empresa, así considerada, tiene una notoria presencia en distintos pasajes del Tratado de la Comunidad Europea: primero, de acuerdo con el artículo 137, apartado 2, (antiguo art. 118) del Tratado CE en materia de condiciones sociales de la política social, como instrumento para alcanzar los objetivos del artículo 136; en segundo lugar, de acuerdo con el artículo 157, apartado 1, (antiguo art. 130) sobre competitividad e industria comunitaria, como destinataria del fomento de la creación y desarrollo de las empresas; y en tercer lugar, de acuerdo con el artículo 163, apartado 2, (antiguo 130 F) del Tratado CE, en materia de investigación y desarrollo tecnológico.

Nos queda, por último, afrontar el tema del apoyo y del fomento a que hace alusión el precepto que comentamos. En la medida en que las ayudas, de cualquier tipo, pueden representar favoritismos que puedan poner en entredicho la existencia de un mercado común, en el que, al menos teóricamente, todos deben competir en condiciones de igualdad, los artículos 87 a 89 del Tratado CE enumera cuáles de las ayudas y medidas de apoyo están permitidos y cuáles no, y en qué casos y condiciones proceden y en cuáles no, ya sean dispensados por el Estado o por la Comisión Europea, a la cual se ha de comunicar la existencia de las mismas con la suficiente antelación para poder plantear y hacer las observaciones pertinentes que, caso de no ser respetadas, podrán dar lugar al procedimiento establecido en el artículo 88.2.

Puesto que corresponde a la Dirección General de Política de la Pequeña y Mediana Empresa, inserta en el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, entre otras, las funciones de la ejecución y seguimiento de las políticas del Gobierno orientadas a facilitar la creación de empresas, gestión del centro de información y red de creación de empresas (CIRCE) y el asesoramiento a los emprendedores de pequeñas y medianas empresas y las medidas de apoyo del fomento del espíritu empresarial y la creación de empresas innovadoras necesarias para la renovación del tejido empresarial y la creación de empleo, así como otras no menos importantes, relacionadas con el tema que nos ocupa²⁰, a ella habrá que dirigirse para dar cumplimiento a tal compromiso legal.

²⁰ Así, el desarrollo de actuaciones y, en su caso, de gestión de las ayudas públicas que fomenten las iniciativas de las pequeñas y medianas empresas en materia de calidad, diseño, innovación, sociedad de la información, medio ambiente, nuevas tecnologías y acceso a nuevos mercados y, en general, todas aquellas orientadas a la mejora de la competitividad, en coordinación con los demás órganos competentes de la Administración General del Estado en estas materias; o también, el diseño, desarrollo y apoyo de programas que contribuyan a mejorar la dotación de capital humano de las empresas, como requisito necesario para mejorar su competitividad, contribuir asimismo al crecimiento de la productividad y el despliegue de la sociedad del conocimiento. Confrontar <http://www.invenia.es/dgpyme>

3. PROMOCIÓN DE LA IGUALDAD EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Por último, el artículo 43 LOI, que lleva por título «promoción de la igualdad en la negociación colectiva», establece que, «de acuerdo con lo establecido legalmente, mediante la negociación colectiva se podrán establecer medidas de acción positiva para favorecer el acceso de las mujeres al empleo y la aplicación efectiva del principio de igualdad de trato y no discriminación en las condiciones de trabajo entre mujeres y hombres».

3.1. Similitudes y diferencias de la facultad regulada

En primer lugar, como quiera que la regla contenida en este precepto precede, por estar contemplada por el artículo 43 LOI, a las que se disponen a continuación en los artículos siguientes, básicamente destinadas a regular el deber de negociar medidas y planes de igualdad, así como la facultad o derecho de elaboración e implantación de estos últimos, podría pensarse que nos encontramos en presencia de un principio o regla general que preside a esos otros preceptos y figuras ya analizados en este trabajo. Veamos, aunque sea de forma somera, los pro y contra de esta inicial idea.

A favor de esta primera impresión juega el hecho de encontrarse el precepto comentado del artículo 43 LOI en el Capítulo I del Título IV, capítulo que lleva por denominación la de «igualdad de trato y de oportunidades en el ámbito laboral», denominación que, como puede comprobarse se reitera en el artículo 45.1, a pesar de que éste se incluye en el capítulo III. En este sentido, las previsiones contempladas en los artículos 45 y siguientes de la LOI, y que recogen las figuras ya estudiadas, no serían sino una concreción o manifestación de un principio más general que sugiere la adopción de medidas de igualdad en la negociación colectiva. A tal respecto abonaría esta idea el hecho de que, como en los preceptos ya comentados, éste se refiere a la negociación colectiva. Una última característica común entre ambos regímenes es la que alude al fin último que se pretende con ellas, si bien existan matices que lo configuren en uno y otro caso: en los supuestos ya analizados ha sido el de respetar el principio de la igualdad de trato y de oportunidades en el ámbito laboral, debiendo adoptar medidas dirigidas a evitar cualquier tipo de discriminación laboral entre mujeres y hombres, mientras que en el artículo 43 LOI es el de la aplicación efectiva del principio de igualdad de trato y no discriminación en las condiciones de trabajo entre mujeres y hombres. En ambos casos está implicado el principio de la igualdad de trato y en ambos se trata de eludir la discriminación entre mujeres y hombres.

En contra, sin embargo, parece haber razones de mayor peso. En efecto, la ubicación del precepto ahora a estudio en un capítulo distinto del mismo Título IV, aunque sea el destinado a la formulación general de un principio que luego tiene su concreción en otro capítulo, apunta en la dirección de que estamos en presencia de algo diferente, aunque no necesariamente muy distinto. En segundo lugar, mientras que en los artículos siguientes se recoge, básicamente, el deber de negociar medidas y planes y el derecho de implantación de los planes para las empresas no obligadas, en el precepto contenido en el artículo 43 LOI se prevé la existencia de una regla de carácter dispositivo, carácter que se desprende de la expresión «se podrán establecer»: en este sentido, se trata de una previsión similar a la contemplada por el artículo 85.1 p. 1 ET en el que se dispone que «los convenios podrán



regular materias de índole económica, laboral, sindical y, en general, cuantas otras afecten a las condiciones de empleo y al ámbito de relaciones...». Esta inclusión del contenido dispositivo del artículo 43 LOI en el más genérico del artículo 85.1 p. 1 ET, se deberá llevar a efecto, de acuerdo con lo establecido legalmente, según introduce aquel precepto, lo que invita a pensar en la existencia de otra razón que sería la tercera: que, a diferencia de lo que ocurre con el deber de negociar medidas o planes de igualdad, esta medida de tipo dispositivo no requiere de ninguna modificación de la legislación laboral sobre negociación colectiva. En cuarto lugar, parece que estamos ante una institución diferente porque, en lugar de referirse a medidas y planes de igualdad, el objeto de tal recomendación negociable en la negociación colectiva se refiere a establecer medidas de acción positiva que, como veremos, tienen origen, ámbito y contenido diferentes a los correspondientemente propios del principio de igualdad de trato y de oportunidades. En quinto lugar, el fin de esta previsión dispositiva, independiente de girar en torno a la aplicación efectiva del principio general de igualdad de trato y no discriminación, estriba en el de favorecer el acceso de las mujeres al empleo. Y, por último, existe una ulterior razón de peso que tiene que ver con los antecedentes históricos de este precepto: en efecto, durante la tramitación parlamentaria del Proyecto de LOI en las Cortes Generales, un grupo parlamentario presentó enmiendas dirigidas a suprimir las referencias del mismo que establecían el deber de negociar medidas y planes de igualdad y, a mantener en su lugar, por considerarlas completamente suficientes en los actuales momentos, la promoción de la igualdad en la negociación colectiva que, como sabemos, es el título del artículo 43 LOI²¹. Si fueran tan similares ambos términos de la comparación (deber de negociar medidas de igualdad y promoción de la igualdad en la negociación), no parece que el citado grupo parlamentario hubiera planteado la supresión de uno y el mantenimiento de la otra, a no ser que, cínicamente, se hubiera aportado el argumento de la copia del uno respecto de la otra, para así evitar la innecesaria reiteración.

El objeto de la negociación colectiva laboral que se impulsa y fomenta en el artículo 43 LOI son las denominadas medidas de acción positiva. Según la opinión más comúnmente aceptada, el concepto de medidas de acción positiva procede de los Estados Unidos de América en donde se originaron bajo la expresión de *affirmative action*, queriendo significar los pasos positivos necesarios para incrementar la representación de mujeres y minorías en áreas de empleo, educación y negocios, de las que aquéllos habían sido tradicionalmente excluidos²². Igualmente, se considera que las medidas de acción positiva inclu-

²¹ Así se trata de la Enmienda 258 del GP Popular en el Congreso de los Diputados, en la que, tras ofrecer una nueva redacción en la que se mantenía el respeto al principio de igualdad de trato y de oportunidades y el deber de adoptar medidas, se transforma el deber de negociar medidas por el de *impulsar* medidas dirigidas a implantar planes de igualdad según lo dispuesto en el convenio colectivo, con la justificación de eliminar imposiciones en la negociación colectiva. Cfr. CONGRESO DE LOS DIPUTADOS *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, VIII Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, 23 de noviembre de 2006, págs. 55 y siguientes, especialmente página 130.

²² Fue la *Civil Rights Act* 1964 la primera que estableció algo llamado *affirmative action* como un remedio que los tribunales federales podrían imponer a quienes violaran la ley. Luego, la Orden Ejecutiva 11246 del presidente Lyndon B. Johnson obligó a los contratantes federales a establecer *affirmative action* para asegurarse que no estaban discriminando. Después de 1965, la Orden Ejecutiva delegó en el Departamento de Trabajo la tarea de

yen todas aquellas acciones encaminadas a dismantelar tanto las normas como sistemas culturales institucionalizados o informales que atribuyen desventajas por razón de pertenencia a un grupo, y asimismo acabar con las desigualdades históricamente ligadas a aquéllos y o que intentan promover un ideal de comunidad integradora, como son los ideales de democracia, integración, y pluralismo, significando que se clasifica a la gente de acuerdo con sus identidades de adscripción²³. Ahora bien, cuando aquellos pasos o acciones implican una selección preferente —selección llevada a cabo sobre la base de la raza, el género o la etnia— la medida de acción positiva genera una intensa controversia, con argumentos en pro y en contra de tales medidas que tienen su base en los mismos fundamentos.

Desde allí la polémica originada y los estudios emprendidos sobre la problemática se aprovecharon y terminaron por ser desarrollados en todo el mundo, debido a la acción de quienes las han llevado a la práctica. Y, así, las medidas de acción positiva pasaron, casi inmediatamente, desde los EE.UU. a Canadá²⁴.

Luego, tras pasar por la normativa de Derecho Internacional²⁵, han recorrido un largo camino hasta desembarcar en el ámbito de la normativa europea, tanto de Estados miembros²⁶ como de instituciones comunitarias²⁷. Y, en esta dirección, nuestro Tribunal Constitucional ha declarado que la consecución del objetivo igualatorio entre hombres y mujeres permite el establecimiento de un «derecho desigual igualatorio», es decir, la adopción de medidas de reequilibrio de situaciones sociales discriminatorias persistentes para lograr una sustancial y efectiva equiparación entre las mujeres, socialmente desfavorecidas, y los hombres, para asegurar el goce efectivo del derecho a la igualdad por parte de la mujer²⁸. Lo que caracteriza a una medida de acción positiva, o a la medida positiva, sin más, es que debe estar dirigida a un concreto y exacto resultado fijado de antemano y que sea vinculante, pero siempre que sea proporcionado²⁹. De ahí que, al menos en el ámbito del Derecho Internacional, se haya dicho que las medidas positivas han de contener siempre unos límites: no deben significar una discriminación y deben ser temporales³⁰. Y todos éstos son

ejecutar las normas reglamentarias: a partir de entonces, mientras los Tribunales Federales imponían la *Civil Right Act* contra las empresas, sindicatos e instituciones discriminadoras, el Departamento de Trabajo se enfrentó a la industria de la construcción, a veces halagando a las empresas, otras amenazándolas y negociando con las más renuentes a las medidas, en el ámbito de una serie de planes regionales en los que aquéllas se comprometían a los objetivos de contratación numéricos. A través de estos compromisos, el Departamento de Trabajo podía presionar indirectamente sobre los sindicatos recalcitrantes que suministraban trabajadores en los sitios de trabajo. Ver, Stanford Encyclopedia of Philosophy, *Affirmative Action*; (revision, 2005) <http://plato.stanford.edu>

²³ Universidad de Michigan, *Race, Gender and Affirmative Action*, (2006) pág.a 18

²⁴ Global Rights, *Affirmative Action: A Global Perspective*, 2005, págs. 27 y siguientes.

²⁵ Así el *Convenio para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer* CEDAW (1979) en el ámbito de la ONU, ratificado por instrumento de 16 de diciembre de 1983.

²⁶ Se ha tratado la acción positiva en Alemania, en Austria o Luxemburgo en leyes de igualdad.

²⁷ Famosa es la Sentencia del Tribunal Europeo Justicia de 17 octubre 1995, caso «Kalanke». Antes, este Tribunal de Justicia permite medidas positivas para protección de la mujer en SS 12/jul/1984 (Caso Hofmann) y 15/May/1986 (Caso Johnston).

²⁸ S TC 229/1992 de 14 de diciembre (FJ 2), que cita las 128/1987 y 19/1989.

²⁹ THOMASBERGER, M., *Gleichbehandlung im Arbeitsrecht*, enero (2007), pág.s 34 y siguientes.

³⁰ Cfr. en tal sentido, Naciones Unidas. Commission des Droits de l'Homme II. *Les limites fixées à l'action positive* (parágrafos 41-84)



los límites que ha recogido tanto el artículo 11 LOI³¹, dedicado a la definición de tales medidas, como la Disposición Adicional Décimo primera, apartado 2, al añadir un nuevo apartado al artículo 17 del ET³².

3.2. Negociación colectiva de las medidas de acción positiva

Conocido en qué consisten las medidas de acción positiva, surge la cuestión ¿Cómo se lleva a cabo tal promoción en la negociación colectiva? Surgen así dudas no sólo sobre en qué parte del contenido del convenio colectivo situarla, es decir, bajo qué tipo de cláusula, normativa u obligacional, sino si es posible y, además, aconsejable el convenio colectivo extra-estatutario o si, en fin, el convenio colectivo de empresa tiene la misma chance que el de ámbito superior.

En primer lugar, ¿Qué naturaleza tendría un pacto en el que la contraparte económica se comprometiera a contratar durante la vigencia del convenio a un número determinado de mujeres, o a un porcentaje de ellas dentro del total, al margen de que tal porcentaje fuera la mayor parte (por ejemplo, 60%) o una parte mínima de dicha contratación (por ejemplo, 40%), quedando el resto sin condicionar? Sin duda, una cláusula de tal naturaleza tendría, a todas luces, la naturaleza de obligacional, ya que, dada la entidad de la materia objeto de la cláusula (compromiso de contratación), en principio, por propia naturaleza, es un tema que excede a la regulación de derechos o condiciones de trabajo de los ya contratados o por contratar que integran/integrarán el ámbito subjetivo del convenio y, por tanto, del hipotético contenido normativo, perteneciendo, por el contrario, al ámbito de las relaciones colectivas que vinculan a ambas partes del convenio colectivo, tal como permite el artículo 85, apartado 1, ET y sugiere el artículo 82, apartado 2, ET.

Por tanto, la vía más adecuada para llevar a efecto la promoción de la igualdad efectiva contenida en el artículo 43 LOI —a saber: favorecer el acceso al empleo— es la de la cláusula de naturaleza obligacional. En efecto, si se tiene en cuenta que el precepto está destinado a favorecer el acceso de las mujeres al empleo, se supone que ése debe ser un compromiso que asuma la parte económica frente a la contraparte social también negociadora del convenio colectivo; puesto que se trata de favorecer el acceso al empleo, tal objetivo es sinónimo de favorecer la contratación de un determinado grupo de trabajadores, en este caso mujeres. Frente a un compromiso de tal naturaleza, ningún trabajador o trabajadora incluido en el ámbito subjetivo del convenio colectivo de referencia podría exigir su

³¹ El artículo 11 LO 3/2007 LOI señala: «Artículo 11. Acciones positivas. 1. Con el fin de hacer efectivo el derecho constitucional de la igualdad, los Poderes Públicos adoptarán medidas específicas a favor de las mujeres para corregir situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto de los hombres. Tales medidas, que serán aplicables en tanto subsistan dichas situaciones, habrán de ser razonables y proporcionadas en relación con el objetivo perseguido en cada caso. 2. También las personas físicas y jurídicas privadas podrán adoptar este tipo de medidas en los términos establecidos en la presente Ley».

³² El nuevo apartado 4 del art. 17 ET establece: «Sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados anteriores, la negociación colectiva podrá establecer medidas de acción positiva para favorecer el acceso de las mujeres a todas las profesiones. A tal efecto podrá establecer reservas y preferencias en las condiciones de contratación de modo que, en igualdad de condiciones de idoneidad, tengan preferencia para ser contratadas las personas del sexo menos representado en el grupo o categoría profesional de que se trate»

cumplimiento ni el resarcimiento por incumplimiento. Pero tampoco las mujeres, auténticas aspirantes a tal acceso, incluso por el hecho de ser mujer, se podrían considerar legitimadas para exigirlo ya fuera una u otra posibilidad. No existiría tal porque no hay un derecho a tal exigencia, y no hay derecho a tal exigencia, porque no estamos tratando de una cláusula de contenido normativo.

Por el contrario, al ser de naturaleza contractual, el único sujeto legitimado para exigir su cumplimiento o el resarcimiento del efecto negativo que comporta su incumplimiento es la otra parte negociadora del convenio, o sea, la representación legal de los trabajadores, que se desdobra en representación unitaria o sindical, dependiendo del ámbito y nivel en que se haya negociado el convenio colectivo con tal previsión.

Un segundo aspecto a tratar es el de si resulta indiferente que se haga a través del convenio colectivo estatutario o mediante el extra-estatutario o si, por el contrario, es aconsejable una u otra vía, con postergación de la paralela. En principio y al menos aparentemente, nada impediría que la cláusula de acceso al empleo esté contenida en un convenio colectivo estatutario o extra-estatutario, ya que, dada su naturaleza obligacional, a fin de cuentas, tanto si se incumple en uno como en otro caso, resultarían afectados los mismos preceptos del Código Civil, de entre los que podemos citar los artículos 1091, 1098, 1101, 1106 y 1107. Pero tampoco debe desconocerse que un convenio colectivo extra-estatutario, concertado por una asociación patronal fuerte, pero no tan representativa como para que ella sola pueda concertar el estatutario, puede ser más vinculante para las empresas afiliadas a aquélla que otro estatutario en el que, seguramente, habrá un gran porcentaje de empresas no afiliadas.

En tercer lugar, diferente es la solución que ha de darse a la cuestión de si también debe considerarse indiferente que la cláusula se contenga en un convenio colectivo a nivel de empresa o inferior o en otro de nivel superior a la empresa. Obviamente, si partimos del hecho aceptado de que lo que procede es una cláusula de naturaleza obligacional, no resulta indiferente el nivel o ámbito territorial en el que se negocie dicha cláusula. En efecto, la apriorística indiferencia por un convenio colectivo supra empresarial implicará que no será el empresario individual (persona física o jurídica) quien asuma directamente la obligación frente a la parte social (legalmente, asociaciones sindicales), del convenio colectivo, sino la asociación empresarial representativa, en cuanto parte negociadora de un convenio celebrado en dicho nivel de negociación colectiva. Sin embargo, no es la asociación empresarial, aun siendo parte negociadora, la que, por no ser titular de las empresas ni tener que contratar a los trabajadores, ha de cumplimentar y satisfacer (en el sentido de cumplir y de pagar) el compromiso de tal naturaleza y objeto establecido en convenio, sino los empresarios individuales ya que, en cuanto sigue radicando en ellos la capacidad de contratación y de dar empleo, son los últimos y verdaderos destinatarios de una cláusula de tal naturaleza. En tal sentido, conocemos que el artículo 82, apartado 3, ET, es terminante al respecto: los convenios colectivos regulados por esta Ley obligan a todos los empresarios incluidos dentro de su ámbito de aplicación y durante todo el tiempo de su vigencia. Sin embargo tal obligación legal ha de entenderse referida al contenido normativo, siendo discutible que lo sea también al contenido obligacional, de modo que, conocida la naturaleza de tal pacto, los empresarios individuales, renuentes a su cumplimiento, tendrán una magnífica excusa para su incumplimiento. Se podría objetar que, si el empresario individual en cuestión está afiliado a la asociación empresarial representativa que ha negociado como



parte el convenio colectivo, existiría para el mismo un deber de cumplimiento derivado del hecho asociativo-representativo, del mismo modo que existiría un deber de influencia desde la asociación patronal hacia un empresario afiliado que fuera díscolo en tal cumplimiento. Aceptando que esto fuera así, sin embargo, ello sólo resolvería en parte el problema planteado ya que, por regla general, no todos los empresarios afectados por un convenio colectivo de ámbito superior (provincial, sectorial, estatal) están afiliados a las asociaciones patronales representativas que lo negocian.

Para resolver esta aporía parece que la mejor solución es optar por el convenio colectivo de ámbito de empresa o inferior. Ésta es la línea que ha seguido también la Ley de Igualdad, a la hora de modificar el ET en lo referente a los nuevos párrafos incorporados al artículo 85 ET. A través de la negociación del convenio colectivo de empresa, por tanto, se puede pretender la incorporación de un compromiso de empleo para favorecer el acceso femenino, compromiso que, en caso de ser aceptado, habrá de ser cumplido por el mismo que lo ha negociado, el empresario individual, eliminado así las reticencias y la falta de coincidencias en las identidades que se producirían en un convenio colectivo de ámbito superior al de empresa, entre quiénes lo negocian y quiénes han de cumplirlo.

Pero, tampoco ésta es la solución definitiva, ya que hay un gran porcentaje de empresas en nuestro sistema de relaciones laborales que están vinculadas a un convenio colectivo de ámbito superior³³, sin que tengan pretensiones de convertirlo en otro propio. En tal caso, la obligación puede ser asumida en el convenio colectivo superior pero siempre haciéndolo depender, más que de reglas de complementariedad como dice el nuevo párrafo segundo del artículo 85.2 ET, de un pacto específico de recepción entre los representantes legales de los trabajadores en la empresa y la titularidad de ésta.

³³ Ver Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, *Boletín de Estadísticas Laborales*, mes abril 2007, para el año 2006, de un total de 4888 convenios colectivos negociados, fueron hasta 3.684 los de empresas, amparando a 1.092.400 trabajadores, mientras que el número total de empresas, inscritas en la Seguridad Social, era, a fines de 2006, 1.386.157; por el contrario, tan solo 1.204 convenios superiores ampararon hasta 8.827.100 trabajadores, de los 14.347.800 trabajadores que, en total, estaban contratados por todas las empresas. Ver www.mtas.es/estadisticas/bel/





NOVEDADES PROCESALES EN LA LEY DE IGUALDAD

JUAN GORELLI HERNÁNDEZ

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidad de Sevilla

EXTRACTO

La LO 3/2007 presenta un conjunto de normas que afectan al ámbito procesal. Podemos encontrar como hay dos niveles bien diferenciados: de un lado un conjunto de normas de carácter general, que afectan a la totalidad de las regulaciones procesales (fundamentalmente sus arts. 12 y 13); pero, además, se introducen una serie de normas a través de sus disposiciones adicionales que modifican la Ley de Enjuiciamiento Civil, la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y la Ley de Procedimiento Laboral.

Merece la pena destacar como las reformas no han sido paralelas entre las principales leyes procesales, de manera que se establece un difícil juego de equilibrios entre la Ley de Enjuiciamiento Civil y la Ley de Procedimiento Laboral, sobre todo en relación a la carga de la prueba o a la legitimación procesal.

En cuanto a donde se aportan estas novedades, hemos de señalar sobre todo el papel de sindicatos y asociaciones de defensa de la igualdad por razón de sexo (si bien estas últimas no se recogen como sujetos con legitimación en el ámbito del proceso laboral) para actuar en defensa de afiliados y asociados. De otro lado, los problemas relativos a la literalidad del art. 13 LO 3/2007 y normas concordantes, en materia de distribución de la carga de la prueba.

Junto a estas dos cuestiones, las más llamativas, aparecen otras de menor calado, pero igualmente importantes: acumulación de las demandas de despido o extinción con la reclamación por daños y perjuicios derivados de violación de la prohibición de discriminación por razón de sexo, el nuevo ámbito de aplicación de la modalidad procesal del art. 138 bis LPL, o las novedades en materia de procedimiento de oficio.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. LEGITIMACIÓN PROCESAL PARA DEMANDAR EN DEFENSA DEL DERECHO A LA IGUALDAD DE TRATO ENTRE MUJERES Y HOMBRES
3. LA CARGA DE LA PRUEBA EN LOS SUPUESTOS DE DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO
 - 3.1. Distribución de la carga de la prueba en caso de discriminación por razón de sexo: diferencias entre la LO 3/2007 y la LPL
 - 3.2. La jurisprudencia constitucional en materia de distribución de la carga probatoria en supuestos de discriminación o violación de un derecho fundamental
 - 3.3. Encaje de la distribución de la carga de la prueba con la regulación introducida en la LO 3/2007
4. MODIFICACIONES EN MATERIA DE ACUMULACIÓN DE ACCIONES (COMPATIBILIDAD DE LAS INDEMNIZACIONES POR DISCRIMINACIÓN O VIOLACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES CON LAS INDEMNIZACIONES POR DESPIDO O EXTINCIÓN)
5. OTRAS MODIFICACIONES DE LA LPL
 - 5.1. Nuevas dimensiones de la modalidad procesal regulada en el art. 138 bis LPL
 - 5.2. Novedades en el procedimiento de oficio

1. INTRODUCCIÓN

Ciertamente es reseñable que, al menos desde un punto estrictamente laboral, el contenido procesal de la LO 3/2007 no es el de mayor importancia del conjunto normativo; no obstante, hay todo un conjunto de reglas que tienen cierto impacto dentro de la normativa propia de Derecho del Trabajo.

Un elemento que caracteriza de manera general esta regulación legal es que estamos ante una normativa tremendamente compleja. De entrada no estamos ante una norma laboral, al contrario se trata de una regulación transversal que pretende regular el principio de igualdad en los distintos ámbitos jurídicos. Como es lógico este tipo de normas presenta un problema de importancia: que esa transversalidad implique una escasa utilización por parte de los actores jurídicos que se mueven dentro de cada una de las concretas ramas del ordenamiento jurídico.

De otro lado, esa complejidad también se manifiesta en el hecho de que hay dos niveles diferentes de regulación: de un lado vamos a encontrar normas que tienen un carácter general y que están fundamentalmente comprendidas en el Título I de esta LO 3/2007. Se trata de una regulación que, dado este carácter general, no están dirigidas a una parte o rama concreta de nuestro ordenamiento, sino que tienen aplicación en los distintos ámbitos del Derecho, ya sea en el ordenamiento civil, penal, administrativo o social. Se trata de un conjunto normativo que introduce reglas que tienen aplicación en todos los ámbitos normativos. Probablemente este carácter general sea su principal limitación, pues casi con toda seguridad pasarán inadvertidas y rara vez se intentarán hacer valer procesalmente: suele ocurrir ante este tipo de normas que los llamados a interpretarlas y aplicarlas se centren en exclusiva en el conjunto normativo concreto en el que se muevan, ignorando reglas de carácter general; sin embargo, pese a esa indiferencia y autosuficiencia de los laboristas, el impacto que pueden tener es relevante.

De entre estas normas podemos señalar dos de ellas con un claro contenido procesal: el art. 12 a tenor del cual «cualquier persona» puede recabar ante los tribunales la tutela del derecho a la igualdad entre hombres y mujeres, incluso una vez terminada la relación en la que supuestamente se ha producido la discriminación; si bien la capacidad y legiti-

mación procesal corresponderá sólo a quienes tengan un «interés legítimo», entendiéndose que en caso de acoso sólo la persona acosada será la única legitimada. Junto a esta norma el art. 13 establece una regla, ciertamente interesante en materia probatoria: cuando se alegue discriminación por razón de sexo «corresponderá a la persona demandada probar la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y su proporcionalidad»; ahora bien, esta inversión de la carga probatoria se producirá «de acuerdo con las leyes procesales»; además, no será de aplicación a los procesos penales.

A partir de aquí hay un segundo nivel: aquellas normas que introducen modificaciones al ordenamiento vigente. Esta labor se concede a las Disposiciones Adicionales (en total treinta y una, que aproximadamente conforman casi dos terceras partes del contenido normativo de esta LO), que afectan a un número bastante grande de normas legales, entre ellas muchas de carácter laboral, precisamente las de mayor importancia (ET, LISOS, LGSS, LPL, etc.). En esta segunda fase el legislador pretende establecer todo un conjunto de modificaciones en distintas áreas del ordenamiento jurídico español en materia de igualdad entre mujeres y hombres.

Desde un punto de vista procesal podemos encontrar como se modifican diferentes normas de nuestro ordenamiento. Así, en primer lugar, son alterados diferentes artículos de la Ley Orgánica del Poder Judicial. En líneas generales se trata de un conjunto de normas que se dedican a regular, desde la perspectiva de la igualdad de género, toda una serie de cuestiones orgánicas que competen al poder judicial; así como los derechos de los miembros de la judicatura a la conciliación de la vida familiar y laboral.

Junto a las modificaciones de la LOPJ también vamos a encontrar alteraciones a la LEC y a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Estas modificaciones tienen como objetivo fundamental el de trasladar las reglas generales contempladas en los arts. 12 y 13 LO 3/2007, sobre legitimación (concretad en la LEC y en la LRJCA en la legitimación de sindicatos y asociaciones cuyo fin primordial sea la defensa de la igualdad de trato entre hombres y mujeres) y la inversión de la carga de la prueba.

Por último, se establecen diversas normas que afectan a la Ley de Procedimiento Laboral. De entrada, la nueva disposición adicional 17.^a ET que reitera una norma establecida en el art. 36.7 ET: las discrepancias que puedan surgir entre empresarios y trabajadores en relación con el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral reconocidos legal o convencionalmente han de resolverse por la jurisdicción laboral a través del art. 138 bis LPL. Más directamente se procede a la modificación de distintos preceptos de la LPL: arts. 27.2, 108, 122, 146 d), 149.2, 180.1 y 181. Este conjunto de modificaciones afecta a cuestiones tales como la modalidad procesal de oficio, la indemnización en caso de extinciones a través de las que se haya afectado un derecho fundamental o despido nulo.

A tenor de lo señalado en los párrafos anteriores, creo que en el estudio de las aportaciones procesales de esta Ley 3/2007 debemos plantearnos el análisis de las siguientes cuestiones:

- a) La trascendencia del art. 13 en materia de carga de la prueba en los supuestos en que se alegue por la parte actora la discriminación por razón de sexo.
- b) Las implicaciones en materia de legitimación procesal para la defensa del derecho a la igualdad de trato entre hombres y mujeres. Me refiero al papel de sindicatos y asociaciones cuya finalidad sea la defensa de la igualdad de trato entre hombres y mujeres.

- c) En tercer lugar están el conjunto de modificaciones de la LPL que son indispensables para compatibilizar de manera adecuada la regulación procesal con la sustantiva: al modificarse determinados aspectos del Estatuto de los Trabajadores se hace también indispensable alterar la regulación de la LPL. Se trata de materias que aparecen reguladas de manera conjunta tanto por la normativa sustantiva como la procesal; me refiero, como es lógico al tema del despido, y más concretamente a la calificación del despido tanto disciplinario como objetivo, concretamente en lo relativo a las novedades en materia de despido nulo.
- d) Una cuestión tremendamente cercana a la anterior es la reformulación de los arts. 27, 180.1 y 181 LPL en materia de compatibilidad entre las indemnizaciones por la extinción y las indemnizaciones por haberse producido una vulneración de la libertad sindical o de cualquier otro derecho fundamental.
- e) Por último, habría que mencionar cuestiones concretas que afectan a diversas modalidades como la ampliación del ámbito material de la modalidad procesal especial regulada en el art. 138 bis LPL en relación a las discrepancias que puedan plantearse en materia de conciliación de vida familiar y laboral; cuestión que tiene que ver con la introducción de nuevos supuestos o situaciones de derechos en esta materia dentro del Estatuto de los Trabajadores. De otro lado, también debemos referirnos a los supuestos que dan lugar a los procedimientos de oficio, concretamente en relación a la posibilidad de que se de inicio con la comunicación de la Inspección de Trabajo cuando constate supuestos de discriminación por razón de sexo.

No entendemos, por el contrario, que deba analizarse en esta sede el conjunto normativo dedicado a introducir modificaciones en la LOPJ relativas a la difusión de la igualdad de género y a la conciliación de vida personal y familiar con el desarrollo del trabajo entre el personal dependiente del Consejo General del Poder Judicial, pues aún suponiendo una regulación que afecta al ámbito procesal, en realidad se trata de una normativa dedicada a aspectos puramente institucionales y no procesales.

2. LEGITIMACIÓN PROCESAL PARA DEMANDAR EN DEFENSA DEL DERECHO A LA IGUALDAD DE TRATO ENTRE MUJERES Y HOMBRES

La primera cuestión que se nos plantea en la LO 3/2007 aparece en su art. 12, a tenor del cual (apartado 1.º) «Cualquier persona podrá recabar de los tribunales la tutela del derecho a la igualdad entre mujeres y hombres, de acuerdo con lo establecido con el artículo 53.2 de la Constitución (...)». La literalidad del precepto es intranquilizadora: ¿realmente cualquiera puede acudir a la jurisdicción competente para reclamar contra un acto que estima discriminatorio, incluso aunque no le afecte directamente? Con sana lógica, esta regla tan amplia, se delimita de una manera más adecuada, al señalarse en su apartado 2.º que «La capacidad y legitimación para intervenir en los procesos civiles, sociales y contencioso-administrativos que versen sobre la defensa de este derecho corresponden a las personas físicas y jurídicas con interés legítimo, determinadas en las Leyes reguladoras de estos procesos». En definitiva, se establecen reglas lógicas sobre la legitimación procesal: una capacidad genérica para ser parte (legitimación «ad procesum»), que debe circunscribir-

se a través de la legitimación «ad causam» o legitimación para actuar en un concreto proceso¹.

A partir de aquí la LO 3/2007 modifica y altera algunas normas procesales. Concretamente se introduce un nuevo art. 11 bis en la LEC, a tenor del cual, en materia de defensa del derecho de igualdad entre hombres y mujeres, además de los afectados (es decir, los que sufren la presunta discriminación y reclaman contra ella), «estarán también legitimados los sindicatos y las asociaciones legalmente constituidas cuyo fin primordial sea la defensa de la igualdad de trato entre mujeres y hombres, respecto de sus afiliados y asociados»; en todo caso, esta posibilidad se condiciona a la autorización del afectado, y a que sean afiliados o asociados. En caso de afectación de una pluralidad de personas indeterminadas o de difícil determinación, por lo tanto, haya intereses difusos, la legitimación va a corresponder «exclusivamente a los organismos públicos con competencia en la materia, a los sindicatos más representativos y a las asociaciones de ámbito estatal cuyo fin primordial sea la igualdad entre mujeres y hombres (...)». Idénticas reglas se fijan en la Ley 29/1998, LRJCA, concretamente en su nuevo art. 19.1 letra i).

Resalta que el ordenamiento haya introducido estos mecanismos. En primer lugar, se facilita la legitimación de sindicatos y asociaciones con finalidad de defensa de la igualdad de trato, en supuestos de violación de un interés individual consecuencia de una discriminación por razón de sexo. Hemos de destacar que no se trata de una actuación sustitutiva del afectado, pues ha de contarse siempre con la autorización del mismo tal como expresamente señalan los arts. 11 bis LEC y 19.1 i) LRJCA: en la sustitución procesal encontramos como un sustituto actúa en nombre propio e interés propio, afirmando derechos ajenos; lo cual se permite a través de una norma que autoriza la sustitución². Es decir, no se requiere autorización alguna. Al respecto podemos comparar el art. 11.2 LEC sobre la actuación, claramente sustitutoria de las asociaciones de consumidores y usuarios, con el nuevo 11 bis LEC, pues en el primero no se exige autorización, mientras que en el segundo es presupuesto necesario. Parece que en la nueva regulación estamos ante una situación más propia de representación voluntaria que de sustitución procesal; es decir, un supuesto en que existe un interés propio del tercero, que puede concurrir con un interés del sindicato o de la asociación, exigiéndose acudir al procedimiento de representación para que sindicatos o asociaciones puedan comparecer en juicio.

De otro lado, estos preceptos establecen la posibilidad de que estos sindicatos (más representativos) y asociaciones (de ámbito estatal), así como los organismos públicos con competencia en la materia, puedan estar legitimados en caso de que los afectados sean una pluralidad de personas indeterminadas o de difícil determinación, generándose así unos intereses difusos. En estos casos, al ser intereses difusos el sujeto que mejor puede representar estos intereses colectivos, son sujetos que tienen ese mismo carácter colectivo, o bien los organismos públicos; en todos estos casos nos encontramos ante sujetos que tienen entre sus cometidos la defensa de los intereses de carácter colectivo. Desde luego la situa-

¹ Sobre la cuestión *vid.* GÓMEZ DE LIAÑO, F. y PÉREZ-CRUZ, A.J.: *Derecho Procesal Civil. Tomo I*, Editorial Forum, Oviedo 2002, pág. 293 y ss; o CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. y MORENO CATENA, V.: *Derecho Procesal Civil. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia 2005, págs. 88 y ss.

² *Vid.* ASENCIO MELLADO, J.M.: *Derecho Procesal Civil. Parte primera*, Tirant lo Blanch, Valencia 2000, pág. 95; o CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. y MORENO CATENA, V.: *op. cit.*, pág. 97.

ción no es desconocida, pues el art. 11.3 LEC establece una regla similar en caso de asociaciones de consumidores y usuarios.

Desde mi punto de vista la introducción de estos mecanismos debe saludarse de manera absolutamente positiva. Ahora bien, hemos de plantearnos la razón por la que no se ha introducido idéntica modificación dentro de la LPL, que no ha sido alterada en el mismo sentido que LEC y LRJCA. Podemos señalar que hay una explicación bastante lógica a esta ausencia de regulación laboral: por el hecho de que la LPL ya contiene una regulación que permite la actuación de sujetos colectivos. Existen diversos preceptos que se refieren a la actuación procesal del sindicato (nos limitamos exclusivamente a las reglas sobre capacidad, legitimación y representación procesal: art. 17.2 LPL, que establece la legitimación de sindicatos para la defensa de los intereses económicos y sociales que les son propios. También hay que tener en cuenta que el art. 18 LPL permite comparecer a través de representante, y ese representante puede ser perfectamente un sindicato. De otro lado, el 19.1 sobre representación, a tenor del cual en los procesos con más de 10 demandantes, estos han de conferir la representación con carecer común, y ésta puede desarrollarse a través de un sindicato. El art. 20 que plantea que los sindicatos pueden actuar en proceso en nombre e interés de los trabajadores afiliados a ellos, siempre que lo autoricen. El apartado segundo de este precepto establece un sistema de autorización presunta. Por último, el art. 14 LOLS establece la figura de la coadyuvación procesal del sindicato en los procesos iniciados por el trabajador.

A tenor de las normas expuestas, caben diferentes posibilidades para que el sindicato reciba legitimación procesal, si bien todas ellas son consecuencia de la asunción por parte del sindicato de la representación de los intereses de los trabajadores considerados en su conjunto, estableciéndose una representación de carácter institucional que procede directamente del reconocimiento de la libertad sindical³. A grandes rasgos podemos sistematizar las posibilidades son las siguientes⁴:

- a) Actuación del sindicato en defensa de causa propia. En primer lugar, que como sujeto dotado de plena capacidad y legitimación procesal, pueda defender sus propios derechos e intereses como persona jurídica. Se trata de intereses privativos que le corresponden como persona jurídica (esta posibilidad encaja en el art. 17.1 LPL). Pero, además, el sindicato, como persona jurídica dotada además de una determinada finalidad social tiene la posibilidad de defender intereses no ya propios como cualquier otra persona jurídica, sino intereses que son específicos o propios de los sindicatos; es decir el conjunto de intereses económicos y sociales que le son propios (art. 17.2 LPL). En ambos casos estamos ante la intervención procesal en defensa de una causa propia, de modo que sólo al sindicato le corresponde la legitimación para poder intervenir. Como es lógico el resultado del proceso producirá efectos directos sobre el propio sindicato. Al tratarse de una persona jurídica dedicada a la defensa de los intereses colectivos de los trabajadores, es po-

³ DE LA VILLA GIL, L.E.: «Intervención de los sindicatos y de las asociaciones patronales en el proceso social, tras la L.P.L. de 1990», en AA.VV., *Estudios sobre la nueva Ley de Procedimiento Laboral*, CGPJ, Madrid 1991, pág. 107; también; también VALDÉS DAL-RE, F.: «La defensa en juicio por el sindicato de derechos individuales: una facultad inutilizada», *RL Tomo II de 1994*, pág. 41.

⁴ Sistematización siguiendo a la realizada por CRUZ VILLALÓN, J.: «La actuación del sindicato en los procesos individuales de trabajo», *RL Tomo II de 1992*, pág. 313.

- sible que los efectos del proceso, que se imputan directamente al sindicato, también recaigan de manera indirecta sobre los trabajadores individuales.
- b) Actuación del sindicato a través de la representación voluntaria del trabajador⁵. Tal como hemos destacado el art. 18 LPL establece la posibilidad de que las partes comparezcan por sí mismas, o bien conferir representación a procurador, graduado social colegiado o «cualquier persona que se encuentre en el pleno ejercicio de sus derechos civiles». Lógicamente una de estas personas puede ser perfectamente un sindicato; en todo caso, será necesario el apoderamiento⁶. En este caso el titular del derecho en juego es el representado (el trabajador) y los resultados del proceso sólo van a afectarle a él.
 - c) Representación voluntaria cuando se trata de un proceso que afecta a más de 10 actores (art. 19 LPL). No es sino un supuesto especial de representación voluntaria, caracterizado por el apoderamiento plural.
 - d) Actuación del sindicato como coadyuvante⁷. Son situaciones en las que la titularidad del derecho pertenece al trabajador, si bien puede concurrir con un interés colectivo propio del sindicato coadyuvante. Los resultados del proceso se imputan al trabajador, salvo que resulte afectado el interés colectivo; por último, no es necesario apoderamiento, pudiendo actuar el sindicato con legitimación propia en estos casos.
 - e) Supuestos de sustitución procesal. Se trata de aquellas situaciones en las que el sindicato puede actuar en defensa de un derecho individual del trabajador. En estos casos el titular del derecho es el trabajador sustituido y los resultados de la actuación procesal recaerán exclusivamente sobre el trabajador. Pese a lo anterior, el ordenamiento permite que un tercero, en este sindicato, pueda actuar procesalmente, teniendo legitimación activa para acudir a juicio, sin necesidad de apoderamiento.

En este punto encontramos un problema, pues si bien hay autores que estiman que el art. 20 LPL establece un supuesto de actuación sustitutiva del sindicato (si bien una sustitución no plena, o como se la ha denominado «incompleta o cautiva»)⁸, la mayor parte de la doctrina es contraria a esta posición, pues el régimen jurídico implica que sea necesaria autorización del trabajador afiliado, por lo que se inclina por estimar que se trata de un supuesto de representación⁹. Como señala MORENO VIDA, la diferencia entre representación y sustitución reside en que en la primera nos encontramos ante una potestad, de modo

⁵ Vid. sobre esta cuestión ORTIZ LALLANA, M.C.: *La intervención del sindicato en el proceso de trabajo*, CES, Madrid 1994, pág. 108.

⁶ Sobre este tipo de intervención procesal del sindicato, vid. MURCIA CLAVERÍA, A.: *La representación voluntaria en el proceso laboral*, Marcial Pons, Madrid 1994, especialmente las págs. 99 y ss.

⁷ Vid. ORTIZ LALLANA, M.C.: *La intervención del sindicato en el proceso de trabajo*, CES, Madrid 1994, pág. 111.

⁸ PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.: «El sindicato en el proceso de trabajo», en AA.VV., *Estudios sobre la nueva Ley de Procedimiento Laboral*, CGPJ, Madrid 1991, pág. 590.

⁹ DE LA VILLA GIL, L.E., *op. cit.*, pág. 111; LINARES LORENTE, J.A., «Los sindicatos en el proceso», en AA.VV., *Estudios sobre la nueva Ley de Procedimiento Laboral*, CGPJ, Madrid 1991, pág. 573; CRUZ VILLALÓN, J.: «La actuación (...)», *op. cit.*, pág. 319; MURCIA CLAVERÍA, A.: *op. cit.*, págs. 269 y ss; BAYLÓS GRAU, A., CRUZ VILLALÓN, J. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F.: *Instituciones de Derecho Procesal Laboral*, Trotta, Madrid 1991, pág. 59; ORTIZ LALLANA, M.C.: *op. cit.*, pág. 137; VALDÉS DAL-RE, F.: *op. cit.*, pág. 43.

que el representante actúa tan sólo en interés del representado; por el contrario, la sustitución supone que estamos ante un derecho subjetivo, de manera que se actúa en interés propio¹⁰. Al margen de las polémicas doctrinales sobre esta cuestión hemos de tener en cuenta que el art. 20 LPL establece como requisito esencial la autorización por parte del trabajador afectado al sindicato, si bien se establece un presunción de que la autorización se ha concedido, excepto que se produzca una declaración en contrario del propio trabajador.

A tenor de lo expuesto habría que concluir que el objetivo perseguido por los nuevos arts. 11 bis LEC y 19.1 letra i) LRJCA, está ya cubierto por el art. 20 LPL, por lo que no era necesario una alteración de las reglas propias de la normativa procesal laboral. Esta es una opinión que podemos suscribir: el mecanismo que se establece en estas nuevas normas coincide con lo previsto por el art. 20 LPL. Ciertamente es evidente que lo previsto en el art. 20 LPL es mucho más preciso, pues no solo establece la necesidad de autorización, sino además estipula que la autorización se presume, salvo manifestación en contra del trabajador, fijando los requisitos que recaen sobre el sindicato a la hora de actuar en este sentido y regulando por último las consecuencias de la falta de autorización. Pero en todo caso, el sentido es idéntico en este conjunto normativo: permitir que un tercero pueda tener legitimación para defender determinados derechos del trabajador, o del sujeto discriminado; todo ello con unos condicionantes: la autorización y que el sujeto individual esté afiliado al sindicato.

De otro lado, podría haberse aprovechado la LO 3/2007 para introducir en la LPL la misma regla relativa a la legitimación de los sindicatos más representativos en caso de afectación de pluralidad de sujetos indeterminados o de difícil determinación; pero ello no es necesario dada la legitimación sindical en los supuestos de procedimiento de conflicto colectivo.

Pero en todo caso, hay que poner de manifiesto una cuestión, que nos llama poderosamente la atención. Me refiero al hecho de que aún cuando puede haber una identidad entre la naturaleza de los mecanismos dispuestos por el legislador en la LO 3/2007 y en el art. 20 LPL (insisto, puede discutirse si es un supuesto de sustitución o una representación voluntaria), lo cierto es que hay una sutil diferencia: en los nuevos arts. 11 bis LEC y 19.1 letra i) LRJCA se establece la legitimación de sindicatos y asociaciones legalmente constituidas cuyo fin primordial sea la defensa de la igualdad de trato entre hombres y mujeres, respecto de sus afiliados y asociados respectivamente, siempre que estos den su autorización. Sin embargo, el art. 20 LPL reserva esta posibilidad exclusivamente al sindicato.

Los estudiosos del proceso laboral han señalado como el legislador a través de la LPL (y antes la LOLS ya sea a través del art. 2.2 letra d o del art. 14) reconoció el importante papel del sindicato en la defensa de los derechos económicos y sociales de los trabajadores, papel que iba más allá de la representación de tales intereses en el ámbito de las relaciones laborales o en el ámbito institucional; reconociéndose también un importante papel en el ámbito procesal. De ahí, que entre otros mecanismos se estableciese el art. 20 LPL. Ahora bien, este papel de defensa procesal, que conduce a la legitimación del sindicato, se reserva en exclusiva, según la LPL al sindicato, como cuerpo intermedio de representación

¹⁰ «La posible legitimación del sindicato en los procesos individuales de trabajo», *REDT* núm. 38, págs. 281 o 288.

de intereses¹¹. Por el contrario, la nueva regulación da paso a las asociaciones de defensa de la igualdad de trato entre mujeres y hombres, para que también puedan entenderse como sujetos legitimados en casos de discriminación por razón de sexo.

Esta legitimación de las asociaciones se regula exclusivamente en sede de proceso civil y contencioso administrativo, situándose en una situación de igualdad con los sindicatos en tales ámbitos procesales, pudiendo actuar procesalmente de la misma manera. Sin embargo, es evidente que el legislador no ha querido modificar la LPL para admitir la legitimación de las asociaciones. Desde este punto de vista hay que destacar que la opción del legislador ha sido la de privilegiar en el ámbito social a la figura sindical, no dando opción a las asociaciones a actuar como sujetos legitimados a favor de sus asociados.

Sin embargo, esta conclusión puede ser discutible. El art. 7 de la Constitución señala que corresponde a los sindicatos la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que le son propios; cuestión que en el plano procesal pasa por el reconocimiento a través del 2.2 d) LOSL como contenido de la libertad sindical colectiva, el derecho de los sindicatos a plantear conflictos individuales y colectivos, lo cual se plasma en los arts. 17 y ss LPL, así como en diferentes normas dispersas en dicha regulación procesal¹². Ahora bien, cabe plantearse que si bien el sindicato tiene tales finalidades y objetivos, siendo una cuestión indiscutida e indiscutible; además, tenga la exclusividad de tales funciones. Dicho de otra manera, ¿sólo pueden defenderse tales intereses económicos y sociales a través del sindicato? La respuesta, a mi juicio, es negativa: es posible que haya otras vías, incluso institucionales, para la defensa de intereses económicos y sociales de un colectivo. Una de las posibilidades que podemos encontrar es la figura de las asociaciones, y tampoco es la única que se nos ocurre, pensemos, por ejemplo en los colegios profesionales¹³.

Ciertamente debemos reconocer que para la defensa de estos intereses colectivos, el sindicato está dotado de instrumentos o mecanismos que no pueden ser utilizados por otros sujetos colectivos. Ejemplos claros de esta afirmación es el derecho a la huelga, o el derecho a la negociación colectiva. Ahora bien, ¿entre estos instrumentos se encuentra también la legitimación procesal? Sinceramente dudo de esta exclusividad; manifestación clara de que no puede ser así es que en los órdenes jurisdiccionales civil y contencioso, las asociaciones pueden actuar como sujetos legitimados en caso de violación del derecho a la igualdad y no discriminación cuando esta última se basa en un motivo o razón de sexo.

No hay razón alguna, desde el punto de vista de la técnica procesal para bloquear a las asociaciones en la rama social del ordenamiento, la prueba de ello es que en las jurisdicciones civiles y contencioso-administrativa pueden actuar de manera idéntica, rigiendo

¹¹ Como afirmaba ORTIZ LALLANA, C.: «El establecimiento de un modelo de democracia pluralista encierra, de una parte, la atribución de un elevado protagonismo a las organizaciones sindicales como «cuerpos intermedios», a los que corresponde la articulación del tejido social mediante la representación, defensa y tutela de los intereses de la clase trabajadora». *Op. cit.*, pág. 95.

¹² Por lo tanto, hay que admitir que el reconocimiento de la legitimación procesal del sindicato es una consecuencia de lo previsto en el art. 7 de la Constitución, que confiere al sindicato un papel institucional de defensa de los intereses económicos y sociales de los trabajadores. En este sentido, BAYLÓS GRAU, A., CRUZ VILLALÓN, J. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F.: *op. cit.*, pág. 49; también MORENO VIDA, M.N., en AA.VV., *Comentario a la Ley de Procedimiento Laboral*, Comares, Granada 2001, pág. 192.

¹³ Sobre los problemas de coexistencia de sindicatos y colegios profesionales, *vid.* GALLEGO MORALES, A.J.: *Colegios profesionales y sindicatos. Confluencias y tensiones*, Comares, Granada 1996, págs. 164 y ss.

sobre ambos sujetos idénticas reglas. Por lo tanto, la razón de ser de haber impedido (por la vía de no modificar la LPL en este punto) es externa a la lógica procesal; reside, a mi juicio, en el papel privilegiado, si se quiere incluso promocional, del sindicato en el ámbito de las relaciones laborales: se pretende que el sindicato aparezca como el único mecanismo de representación de los intereses de los trabajadores como colectivo. Es probable que una situación como la actual, en que el movimiento sindical está sometido a fuertes presiones y críticas en el desarrollo de su actuación, se haya pretendido no desincentivar aún más la afiliación, dejando el paso libre a sujetos que en ciertos ámbitos pueden competir con el sindicato.

En todo caso, también podría argumentarse que las diferencias en la actuación procesal entre sindicatos y una asociación no es tan relevante, pues en última instancia lo dispuesto en el art. 20 LPL no es un verdadero supuesto de sustitución procesal, pues al exigirse la autorización al afiliado, estamos ante un supuesto de representación voluntaria, si bien tremendamente simplificada¹⁴. Desde este punto de vista, las asociaciones pueden perfectamente participar en defensa de los intereses de sus asociados a través del art. 18.1 LPL; es decir, a través de la representación ordinaria mediante apoderamiento. Vista la cuestión desde esta perspectiva, no habría tanta distancia entre un apoderamiento y una autorización del asociado, sobre todo si en el proceso se pone en dudas que esta se haya producido realmente.

Para terminar con esta cuestión, merece la pena destacar que si bien la LO 3/2007 ha planteado la posibilidad de ampliar la legitimación a sujetos de carácter colectivo en los casos de discriminación por razón de sexo, sin embargo, en los casos de acoso establece una legitimación reducida estrictamente a la persona sometida a acoso sexual y por razón de sexo. Expresamente se señala esta cuestión, que debe interpretarse en el sentido de que en estos casos de acoso no cabe la ampliación de la legitimación a sindicatos o asociaciones.

Parece que el sentido de esta norma (arts. 11 bis LEC y 19.1 letra i LRJCA) es que en estos casos al estar en juego una cuestión vinculada a la intimidad más estricta de la acosada, sea exclusivamente esta quien tenga la legitimación procesal, sin que exista ampliaciones de ningún tipo. En definitiva, si ha de manifestarse al exterior una situación de acoso de estas características, que sea por decisión de la afectada, y no por un tercero.

No obstante lo anterior, hemos de señalar alguna cuestiones que nos plantean interrogantes. En primer lugar, si bien es cierto que los supuestos de acoso sexual afectan a la intimidad de la trabajadora, no ocurre necesariamente así en los casos de acoso por razón de sexo, que no se diferencian sustancialmente del resto de supuestos de acoso; por lo que no entendemos haya razón a esta reserva de legitimación en estos casos.

En segundo lugar, debemos regresar a la naturaleza de esta ampliación de la legitimación. La restricción que se establece es adecuada, tal como hemos dicho, si es que realmente estamos ante una sustitución procesal: en estos casos el sindicato o la asociación puede demandar sin tener en cuenta a la afectada; de ahí que al resultar afectada por hechos que alteran su intimidad, se reserve la legitimación a la afectada, negando la legitimación al tercero. Pero tal como hemos dicho anteriormente, al exigirse autorización, no parece que estemos realmente ante una sustitución, sino ante un caso de representación

¹⁴ Como señala IGLESIAS CABERO, M.: «El art. 20 de la L.P.L. regula un supuesto especial de representación (...)». En AA.VV., *Comentario a la Ley de Procedimiento Laboral*, Comares, Granada 2001, pág. 212.

simplificada. Desde este punto de vista podría perder cierto sentido la limitación de la legitimación, salvo, lógicamente, que se quiera entender (cosa que los preceptos señalados no establecen expresamente) que la autorización sea presunta (tal como ocurre con el art. 20 LPL), y en el caso de acoso sexual o por razón de sexo se haya pretendido que la trabajadora sea quien de manera expresa otorgue la autorización.

De otro lado, cabe señalar un problema de conexión entre la regulación procesal laboral y la LO 3/2007. Al no haberse modificado expresamente la LPL surge la duda de si en los casos de acoso sexual o por razón de sexo, será de aplicación el art. 20 LPL. Es decir, dado que no se ha alterado la redacción de la LPL, cabe la posibilidad de que el sindicato demande por acoso sexual o acoso por razón de sexo, aplicándose el sistema de «sustitución cautiva» o representación simplificada. No sería sino una consecuencia de la decisión, consciente, del legislador de no modificar la LPL en el mismo sentido que la LEC o la LRJCA.

Al respecto hay un argumento bastante fuerte para negar esta posibilidad: el art. 12.3 LO 3/2007 expresamente señala que «La persona acosada será la única legitimada en los litigios sobre acoso sexual y acoso por razón de sexo». Se establece así una norma de aplicación general a todo el ámbito del Derecho, incluido, por su puesto, la regulación laboral. Se establece así una limitación a las posibilidades de legitimación sindical, negando el interés legítimo en estos casos de manera expresa por el ordenamiento. En todo caso, esto no supone que el sindicato no pueda tener ningún papel dentro de los procesos de este tipo: recordemos que siempre queda la posibilidad de acudir a la representación ordinaria del art. 18 LPL, de modo que el representante de la trabajadora sea un sindicato.

3. LA CARGA DE LA PRUEBA EN LOS SUPUESTOS DE DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO

La carga de la prueba es una cuestión que podemos considerar verdaderamente esencial en el desarrollo del proceso, y esencial en la viabilidad del derecho a la tutela judicial efectiva. En realidad, no debemos hablar tanto de carga de la prueba como de reglas sobre la distribución de la carga; es decir, de aquellos preceptos que especifican a qué parte le corresponde demostrar en el proceso determinados hechos (o en otros términos, sobre qué parte repercuten las consecuencias negativas de no haber probado un determinado aspecto). En realidad, en base al principio de adquisición procesal, es indiferente quién pruebe un hecho determinado, pues probado está y deberá ser tenido en cuenta por el Juez¹⁵. Como es lógico, existiendo reglas sobre la distribución de la carga de la prueba, cada parte las tendrá muy en cuenta a la hora de desarrollar la actividad procesal, pues en base a estas reglas, una vez que se conoce que debe probarse, se sabe a que parte le corresponde la prueba¹⁶ (no estamos hablando más que de un efecto del principio disposi-

¹⁵ Vid. SEOANE SPIELGELBERG, J.L.: *La prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000. Disposiciones Generales y Presunciones*, Aranzadi, Pamplona 2002, pág. 252; también GIL PLANA, J: «La carga de la prueba en el proceso laboral tras la LECiv 1/2000», *REDT* núm. 126 (2005), pág. 85.

¹⁶ GARCÍA FERNÁNDEZ, M.: «Tutela jurisdiccional y carga de la prueba en el proceso de trabajo», *REDT* núm. 15 (1983), pág. 380.

tivo¹⁷); pero el problema en realidad se plantea cuando hay hechos que no están claros, que no han sido demostrados y son inciertos, es en este momento cuando tiene mayor sentido el conjunto de reglas sobre carga de la prueba¹⁸, pues van a indicar al juzgador quién debía probar cada hecho dudoso y, por lo tanto, quien debe recibir las consecuencias negativas de no haberlo demostrado.

Es justamente en este ámbito donde actúa la LO 3/2007, cuyo art. 13 especifica que «De acuerdo con las Leyes procesales, en aquellos procedimientos en los que las alegaciones de la parte actora se fundamenten en actuaciones discriminatorias, por razón de sexo, corresponderá a la persona demandada probar la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y su proporcionalidad».

Se trata de una norma que altera el reparto normal de la carga de la prueba establecido con carácter general en el art. 217.2 y 3 LEC y que afecta exclusivamente a los supuestos de discriminación por razón de sexo (no al resto de situaciones discriminatorias, ni a la violación de derechos fundamentales).

Cabe señalar como estamos ante una norma de carácter general, es decir, una regulación dirigida a los distintos ámbitos del Derecho, lo cual supone que esta norma es de aplicación a los procesos laborales en los que se alegue la existencia de discriminación por razón de sexo. Pero además, esta norma de carácter general ha tenido traslación a diferentes ordenamientos jurídico-procesales; así, la propia LO 3/2007 introduce una importante modificación a la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, concretamente a su art. 217.5 (recordemos que el art. 217 es el precepto que regula en nuestro ordenamiento los criterios de distribución de la carga de la prueba). Concretamente se establece un nuevo apartado 5¹⁹, a tenor del cual se introduce una regla idéntica a la que se recoge en el art. 13 LO 3/2007²⁰. De igual manera, se altera la redacción del art. 60 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, añadiéndose un nuevo apartado 7.º, cuya redacción es idéntica al art. 13 LO 3/2007 y al 217.5 LEC.

En definitiva, nos encontramos que en materia de discriminación por razón de sexo se ha producido una alteración de las principales leyes procesales de nuestro ordenamiento..., de todas excepto la LPL. Evidentemente esto es bastante llamativo y hace que nos pregun-

¹⁷ Este principio supone que corresponde a cada parte la tarea de aportar pruebas que sirven de justificación a su pretensión. En este sentido RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: «Derecho a la prueba y proceso de despido», *RL Tomo I* de 1990, pág. 28; LAHERA FORTEZA, J.: «La carga de la prueba en el proceso de despido disciplinario», *La Ley-Actualidad*, Madrid 1996, pág. 81; o GIL PLANA, J.: *op. cit.*, pág. 83.

¹⁸ Que las reglas sobre carga de la prueba funcionan cuando hay falta de prueba es algo indiscutido entre la doctrina: GARCÍA PERROTE-ESCARTÍN, I.: *La prueba en el proceso de trabajo*, Civitas, Madrid 1994, pág. 162; GARCÍA FERNÁNDEZ, M.: *op. cit.*, pág. 392; SEOANE SPIELGELBERG, J.L.: *op. cit.*, pág. 249; GIL PLANA, J., *op. cit.*, pág. 92; ASENCIO MELLADO, J.M.: *op. cit.*, pág. 254; MONTERO AROCA, J.: *Derecho jurisdiccional II. Proceso Civil*, Tirant lo Blanch, Valencia 2005, pág. 260; ORTESLLS RAMOS, M.: «Derecho Procesal Civil», *Aranzadi 2001*, pág. 398; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. y MORENO CATENA, V.: *Derecho Procesal Civil. Parte general*, Valencia 2005; GÓMEZ DE LIAÑO, F. y PÉREZ-CRUZ MARTÍN, FERNANDO: *Derecho procesal civil (I)*, Forum, Valladolid, pág. 394.

¹⁹ Los antiguos apartados 5.º y 6.º pasan a enumerarse ahora 6.º y 7.º respectivamente.

²⁰ Para ser exactos, el nuevo párrafo segundo del art. 217,5 LEC señala que «De acuerdo con las leyes procesales, en aquellos procedimientos en los que las alegaciones de la parte actora se fundamenten en actuaciones discriminatorias por razón de sexo, corresponderá al demandado probar la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y de su proporcionalidad».

temos la razón y si pese a la falta de referencia expresa o modificación de la regulación procesal laboral, tiene algún tipo de repercusión sobre nuestro ámbito jurídico.

3.1. Distribución de la carga de la prueba en caso de discriminación por razón de sexo: diferencias entre la LO 3/2007 y la LPL

En cuanto a la primera pregunta, la razón de que la LO 3/2007 no introduzca expresamente lo establecido en su art. 13 dentro del ordenamiento laboral, es por el hecho de que no es necesario: la LPL cuenta con un precepto expreso que regula la distribución de la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo: me refiero a su art. 96²¹. Este dato serviría como argumento válido; lo que ocurre que la regulación laboral y la que procede de la LO 3/2007 no coinciden: una simple comparación de su literalidad evidencia que la distribución de la carga de la prueba en estos preceptos no es idéntica.

El art. 13 LO 3/2007 y las normas procesales que esta ley modifica (LEC y LRJCA), establecen que en el supuesto en que «las alegaciones de la parte actora» se fundamenten en actuaciones discriminatorias por razón de sexo, corresponderá al demandado «probar la ausencia de discriminación». Es decir, en estas normas se regula la imputación al demandado de la carga de probar la ausencia de discriminación, cuando simplemente haya alegaciones de la parte actora de haber sufrido discriminación por razón de sexo.

No ocurre así en la regulación procesal laboral: los arts. 96 y 179.2 LPL señalan que cuando de las alegaciones de la parte actora «se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación» (en el caso que a nosotros interesa, por razón de sexo), corresponderá al demandado «la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad». Es evidente que en la regulación procesal laboral se exige, para que la carga de la prueba recaiga sobre el demandante (el empresario), que la parte actora haya sido capaz de introducir indicios de los que pueda deducirse que hay una posible situación de discriminación.

Analizando la literalidad de ambas normas podemos llegar a una conclusión: parece que la posición procesal de la demandante o parte actora es más cómoda, o más fácil, en la regulación de la LO 3/2007 y normas concordantes, pues no se hace referencia a la necesidad de la introducción de indicios de discriminación por razón de sexo, sino que basta y es suficiente con la alegación de la discriminación por razón de sexo.

Teniendo en cuenta que el art. 96 LPL es el resultado de asumir una amplia jurisprudencia constitucional sobre carga de la prueba en los supuestos de discriminación²², parece conveniente analizar dicha doctrina jurisprudencial.

²¹ Recordemos que dicho precepto establece que «En aquellos procesos en que las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados en discriminación por razón de sexo, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad».

²² Así lo afirman E. JUANES FRAGA e I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN: «El art. 96 LPL viene a recoger en lo relativo a la discriminación por razón de género, la doctrina elaborada por el TC0. sobre la distribución de la carga de la prueba en los casos de alegación de violación de derechos fundamentales y principio de igualdad de trato». En AA.VV., dirigidos por J.L. Monereo Pérez, M.N. Moreno Vida y A.J. Gallego Morales, *Comentario a la Ley de Procedimiento Laboral*, Comares, Granada 2001, pág. 624.

3.2. La jurisprudencia constitucional en materia de distribución de la carga probatoria en supuestos de discriminación o violación de un derecho fundamental

La jurisprudencia constitucional en esta materia es bastante antigua, procede de la original STC 38/1981 relativa al despido de dos trabajadores que se habían presentado a un proceso de elecciones sindicales. Las manifestaciones sobre esta cuestión son bastante amplias y reiteradas (tan reiterada que nosotros vamos fundamentalmente a centrarnos en el análisis de la jurisprudencia constitucional de los últimos años).

La jurisprudencia constitucional establece una alteración de las reglas generales sobre la carga de la prueba contenidas en el art. 217.2 y 3 LEC, a tenor de los cuales corresponde al actor y al demandado reconvigente la carga de probar la certeza de los hechos de los que se desprenda el efecto jurídico correspondiente a la pretensión de la demanda y de la reconvención (lo que tradicionalmente se ha venido llamando los hechos constitutivos de la demanda). Por el contrario, el demandado y el actor reconvenido tienen la carga de probar los hechos impeditivos, extintivos o excluyentes.

En líneas generales podemos señalar que los aspectos más importantes o esenciales de esta doctrina constitucional son los siguientes:

- 1.º Un análisis de la misma evidencia que en los supuestos de discriminación y violación de un derecho fundamental, el tema de la distribución de la prueba resulta esencial por dos motivos²³. En primer lugar por el hecho de la trascendencia de la materia que se trae a juicio: una discriminación o una violación de un derecho fundamental, los derechos fundamentales y la prohibición de discriminación debe prevalecer sobre cualquier otra situación jurídica. Pero además, hay una razón de orden práctico: las dificultades probatorias que se plantean en estos supuestos de discriminación, que dejan al trabajador en una posición ciertamente débil desde una perspectiva procesal, de manera que quien reclama la discriminación se encuentra con importantes dificultades para defender una pretensión de estas características en un juicio²⁴.

Tales dificultades no proceden realmente de la debilidad genética o contractual que caracteriza al trabajador en el marco de una relación laboral, sino de su posición procesal como demandante al que se aplicarían las reglas comunes de la carga probatoria; por el

²³ En este sentido la STC 111/2003, FJ núm. 5: «hemos venido declarando desde la STC 38/1981, de 23 de noviembre, la importancia que tiene la regla de la distribución de la carga de la prueba para garantizar el derecho fundamental frente a posibles decisiones empresariales que puedan constituir una discriminación (...) la prevalencia de los derechos fundamentales del trabajador y las especiales dificultades probatorias de su vulneración en aquellos casos constituyen las premisas bajo las que la jurisprudencia constitucional ha venido aplicando la específica distribución de la carga de la prueba en las relaciones de trabajo. La finalidad de la prueba indiciaria no es sino la de evitar que la imposibilidad de revelar los verdaderos motivos del acto empresarial impida declarar que éste resulta lesivo del derecho fundamental». Doctrina que es posible encontrar en diferentes Sentencias del TC: SS.TC 168/2006; FJ núm. 4; 144/2006; FJ núm. 5; 138/2006; FJ núm. 5; 144/2005, FJ núm. 3; 17/2005, FJ núm. 3; 87/2004, FJ núm. 2, la 79/2004, FJ núm. 3, la 90/1997, FJ núm. 5.

²⁴ Tal como afirman RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., «La cuestión de la prueba de la discriminación reaparece así como un importante elemento condicionante de la efectividad de la tutela discriminatoria, y en ella renace ese concurso de elementos objetivos y subjetivos que caracterizan al supuesto discriminatorio». «Discriminación, carga de la prueba y prueba de presunciones», en AA.VV., *II Jornadas Hispano-Luso-Brasileñas de Derecho del Trabajo*, IELSS, Madrid 1985, pág. 911.

contrario el empresario, demandado y titular de las facultades directivas y de organización de la empresa (es decir, quien conoce adecuadamente los motivos y razones de las decisiones que se adoptan en la empresa y quien, consecuentemente tiene un acceso fácil y simple a la prueba), se vería beneficiado absolutamente de esa distribución ordinaria de la carga probatoria. La unión de estos dos razonamientos (la necesidad de prevalencia de los derechos fundamentales, especialmente cuando existen dificultades probatorias de las que podría derivarse que es difícil que se puedan tutelar de manera adecuada tales derechos²⁵) justifica la introducción de alteraciones a la regla general de la distribución de la carga de la prueba.

2.º Con cierta frecuencia suele observarse como la propia jurisprudencia se refiere a esta alteración de la distribución de la carga de la prueba tildándola de «inversión» de la carga de la prueba²⁶. Nada más lejos de la realidad, como vamos a ver el contenido de la doctrina constitucional no supone ni mucho menos invertir las reglas ordinarias de la carga de la prueba; de manera que el demandante deba asumir la carga probatoria del demandado, que se vería así exonerado del desarrollo de la actividad probatoria.

El hecho de que en ocasiones se haga referencia a esa inversión en la carga de la prueba no ha sido obstáculo para que en la inmensa mayoría de las ocasiones se utilice por parte de la jurisprudencia constitucional la consideración de que se trata de una «prueba indiciaria»²⁷; lo cual encajaría con lo establecido en los arts. 96 y 179.2 LPL, pues ambos preceptos se menciona que en los casos en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de «indicios» fundados de discriminación, se alterará la distribución de la carga de la prueba. Esa prueba de indicios se compone de dos elementos, uno recae sobre el trabajador demandante y a partir de ahí, si este primer elemento se constata, la carga de la prueba pasa a ser del empresario.

3.º El primero de los elementos a los que hemos hecho alusión consiste en que el trabajador sea capaz de introducir que existe uno o varios indicios razonables de que la conducta empresarial lesiona el principio de no discriminación u otro derecho constitucional de carácter fundamental. Normalmente las Sentencias plantean que este primer elemento consiste en «un principio de prueba dirigido a poner de manifiesto, en su caso, el motivo oculto»²⁸. Parecería que un principio de prueba no es una prueba plena. Dicho de otra manera, parece que la jurisprudencia constitucional no pretende que la actividad que ha de desarrollar el trabajador sea una completa actividad probatoria de los indicios de los que derive la existencia de discriminación.

Ahora bien, si bien es cierto que se alude a sólo un principio de prueba, debemos tener en cuenta otras dos precisiones para una correcta delimitación de la actividad probatoria del demandado. De entrada, que una vez que se afirma por la jurisprudencia de que debe desarrollar un principio de prueba, jamás se ha admitido que sea suficiente con la

²⁵ Vid. RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F.: *Igualdad y discriminación*, Tecnos, Madrid págs. 289 y 290; también JUANES FRAGA, E. y GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: *op. cit.*, pág. 625.

²⁶ Así las SS.TC 216/2005, FJ núm. 4; 188/2004, FJ núm. 4.

²⁷ Podemos citar a las SSTC 188/2004, FJ núm. 4; 79/2004, FJ núm. 3.

²⁸ Así las SS.TC 326/2005, FJ núm. 6; 168/2006, FJ núm. 4; 138/2006, FJ núm. 5; 144/2005, FJ núm. 3; 216/2005, FJ núm. 4; 171/2005, FJ núm. 3; 87/2004, FJ núm. 2; 79/2004, FJ núm. 3.

mera alegación de discriminación o de violación de un derecho fundamental²⁹. Por lo tanto, los indicios que se exigen no consisten simplemente en la alegación, con lo que la traslación al empresario de la carga probatoria no se puede producir, en ningún caso, a través de la mera y simple alegación en la demanda de que se ha cometido una discriminación por razón de sexo. Esta es una posición que ha sido ampliamente mantenida también por la doctrina laboral³⁰.

Descartado que sea suficiente con la mera alegación de indicios, la jurisprudencia constitucional establece que el actor «ha de acreditar la existencia de algún elemento que, sin servir para formar de una manera plena la convicción del Juez sobre la existencia de hechos atentatorios contra el derecho fundamental, le induzca a una creencia racional sobre su posibilidad»³¹. Es decir, los indicios no son prueba plena en el sentido de que demuestren que el hecho que alega el demandante se ha producido, sino que el indicio es un dato, probado y demostrado, pero a partir del cual puede deducirse (a través de un razonamiento lógico del Juez) la posibilidad de que ha podido producirse una situación de discriminación o violación del de un derecho fundamental³². En todo caso, tales indicios debe probarse absolutamente³³; por lo tanto, el trabajador sufre una parte de la carga probatoria y, desde luego, no queda exonerado de la misma.

En definitiva, el trabajador debe probar que la discriminación puede ser verosímil³⁴, ya que de los indicios se induce la creencia racional de la posibilidad de una discriminación³⁵. Cuando se utiliza esa expresión de principio de prueba no se está refiriendo el TC a una especie de exoneración de la carga probatorio; sino que debe interpretarse desde el punto de vista de aportar o no convicción plena al Juez de la existencia de una situación de discriminación: el principio de prueba consiste en trasladar al Juez, no la convicción plena y absoluta de que hay un supuesto de discriminación, sino demostrarle (probarle) que es posible que haya existido una situación de discriminación; probar un clima discriminatorio, a partir del cual se genera ante el Juez la sospecha de que la discriminación era posible³⁶.

²⁹ En este sentido se afirma que para la introducción del principio de prueba «no basta una mera alegación o la afirmación del actor tildándolo de discriminatorio». STC 79/2004, FJ núm. 3. De igual manera las SS.TC 138/2006, FJ núm. 5; 216/2005, FJ núm. 4; 171/2005, FJ núm. 3; 17/2005, FJ núm. 3; 87/2004, FJ núm. 2; 49/2003, FJ núm. 4.

³⁰ A modo de ejemplo podemos citar a MOENEREO PÉREZ, J.L.: *La carga de la prueba en los despidos lesivos de derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia 1996, BAYLÓS GRAU, CRUZ VILLALÓN, J. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F.: *op. cit.*, pág. 31; JUANES FRAGA E. y GARCÍA-PERROTE, I.: en AA.VV., *Comentario a la Ley de Procedimiento Laboral*, Comares, Granada 2001, pág. 626; MOENEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A., en AA.VV., *Comentario a la Ley de Procedimiento Laboral*, Comares, Granada 2001, pág. 626; ALEMÁN CANO, J.: «LA carga de la prueba en el proceso laboral», *Tribuna Social* núm. 136 (2002), pág. 31.

³¹ SS.TC 17/2003, FJ núm. 4, 79/2004, FJ núm. 3.

³² En este sentido la STC 49/2003, FJ núm. 4: «El indicio no consiste en la mera alegación de la vulneración constitucional, sino que debe permitir deducir la posibilidad de que ha podido producirse». *Vid.* la amplia jurisprudencia citada en la misma.

³³ «(...) el demandante que invoca la regla de inversión de la carga de la prueba debe desarrollar una actividad alegatoria suficientemente precisa y concreta en torno a los indicios de la existencia de discriminación (...)». STC 216/2005, FJ núm. 4; en idénticos términos la STC 168/2006, FJ núm. 4; 326/2005, FJ núm. 6; o la 17/2005, FJ núm. 3.

³⁴ STC 41/2006, FJ núm. 4.

³⁵ STC 144/2006, FJ núm. 4.

³⁶ En todo caso hay que resaltar que en ocasiones la jurisprudencia del TC utiliza una terminología más que dudosa, de la que podría entenderse que es suficiente con la mera alegación; así la STC 171/2005, FJ núm. 3:

Dicho de otra manera, que debe probar la mera probabilidad de la existencia de una actuación discriminatoria³⁷.

En definitiva, se asume una parte de la carga de la prueba, si bien, poco tiene que ver con la demostración de los hechos constitutivos de la demanda a los que alude el art. 217.2 LEC. Sólo si el trabajador es capaz, a través de su actividad probatoria de demostrar la existencia de indicios que permitan una deducción lógica y razonable que haga sospechar al Juez que el empresario ha podido actuar de modo discriminatorio o atentatorio contra un derecho fundamental, se producirá el desplazamiento de la carga probatoria al empresario.

¿Qué datos indiciarios pueden ser utilizados por el trabajador? No será suficiente simplemente en alegar y probar el presupuesto de la discriminación o de la violación de un concreto derecho fundamental: ser mujer, estar embarazada³⁸, militar sindicalmente, pertenecer a un determinado partido político, etc.; sino que además serán necesarios indicios que permitan conectar el bien jurídico protegido (la prohibición de discriminación o el concreto derecho fundamental) con la lesión del mismo³⁹.

Normalmente se suele poner el acento en la existencia de conductas por parte del empresario que de alguna manera puedan hacer pensar que podría existir un cierto ánimo en el empresario de discriminar; por ejemplo, sancionar a un trabajador cuando desarrolla funciones sindicales, no respetar las garantías que este tiene, proceder a traslados o cambios de puesto de trabajo, etc. No es suficiente con un determinado comportamiento puntual del empresario, sino que suele ser necesario introducir la existencia de tales sucesiones de tales comportamientos y sobre todo que haya una sucesión de datos cronológicos temporalmente conectados entre sí; de manera que si bien de forma aislada tales datos no son suficientes para generar esa sospecha de discriminación, conectados todos esos elementos hagan surgir en el Juez la convicción de que existe un cierto panorama discriminatorio. Por ejemplo: cesar a un representante sindical en un cargo de libre designación inmediatamente después de que accede a tal cargo representativo, sin esperar el informe del órgano de representación que tiene funciones en este sentido y tras anularse dicho cese por falta del infor-

«En definitiva, el demandante que invoca la regla de inversión de la carga de la prueba debe desarrollar una actividad alegatoria suficientemente precisa y concreta en torno a los indicios de la existencia de discriminación». De igual modo la STC 144/2005, FJ núm. 3.

³⁷ MOENEREO PÉREZ, J.L.: «La carga de la prueba (...)», *op. cit.*, pág. 27.

³⁸ Respecto de las situaciones de embarazo, se afirma por el TC que «al hecho del embarazo y a la circunstancia concurrente de la extinción del contrato será preciso añadir otros elementos que pongan indiciariamente en conexión lo uno (el factor protegido: embarazo) con el otro (el resultado de perjuicio que concretaría la discriminación: extinción contractual), por cuanto que el estado de gestación constituye únicamente, en principio, un presupuesto de la posibilidad misma de la lesión del art. 14 CE, pero no un indicio de vulneración que por sí solo desplace al demandante la obligación de probar la regularidad constitucional de su acto». STC 342/2006, FJ núm. 4.

³⁹ En este sentido, por ejemplo, ante un supuesto de garantía de indemnidad, el trabajador hacía valer como indicio el hecho de haber presentado una demanda de reclamación de cantidad, de modo que a partir de ese momento comenzó a sufrir diferentes consecuencias como represalia, fundamentalmente un cambio de puesto de trabajo que considera una violación del derecho a la tutela judicial efectiva. Ante esta situación el TC estimó que «No es suficiente el simple dato de que la decisión empresarial que se tacha de lesiva (cambio de puesto) haya sido precedida temporalmente por una acción judicial del trabajador frente a la empresa (en este caso, reclamaciones de cantidad citadas), sino que es preciso que esta última (o los actos previos o preparatorios para ejercerla) haya sido la causa de la actuación que se tilda de lesiva, constituyendo una reacción o respuesta ilegítima». STC 3/2006; de igual modo la STC 49/2003, FJ núm. 4.

me, volver a cesarlo inmediatamente después de recibirse el informe⁴⁰. En otros casos, el despido de un trabajador, después de 10 años de relación contractual civil, cuando el trabajador reclama la conversión en contrato de trabajo; máxime si el despido se produce inmediatamente después de la reclamación y cuando el puesto que él deja vacante se cubre de manera inmediata, de nuevo a través de contrato civil.⁴¹ También es bastante reveladora la proximidad temporal de la decisión empresarial presuntamente discriminatoria al momento en que se produce la manifestación del derecho constitucional o que el trabajador/a esté en disposición para el ejercicio de dicho derecho⁴².

Esta misma doctrina se plasma de idéntica manera en el caso de discriminación por razón de sexo. Así en la STC 17/2007, relativa a un supuesto de extinción del contrato de trabajo ordinario dentro del período de prueba (con anterioridad la trabajadora había desempeñado trabajo para la empresa a través de relación laboral especial de representante de comercio, pero por acuerdo con la empresa se convirtió su contrato en relación laboral ordinaria sometida a período de prueba), dándose la circunstancia que la trabajadora había estado embarazada en dos ocasiones durante el citado período de prueba, terminando ambos procesos en aborto. El TC analiza la cuestión desde el punto de vista de si la trabajadora aportó los indicios suficientes de discriminación, pues de haber sido así se habría producido la «inversión de la carga de la prueba» (FJ núm. 4), afirmando que se habían aportado suficientes indicios racionales de discriminación⁴³, concluyendo que la trabajadora «aportó un panorama indiciario del que surgió, al menos, la sospecha razonable de la eventual relación de causa a efecto entre las bajas laborales ocasionadas por su estado de embarazo y la decisión empresarial de prescindir de sus servicios. Efectivamente, la sucesión de los hechos antes descrita pone de manifiesto que hasta el momento anterior a las bajas motivadas por su embarazo, el rendimiento de la recurrente era satisfactorio para la empresa» (FJ núm. 5).

También se confirma la aplicación de esta doctrina a la discriminación por razón de sexo a tenor de la STC 342/2006, sobre un supuesto de despido de trabajadora que queda embarazada y a la que, apenas un mes después de poner en conocimiento del empresario esta situación, es despedida por disminución continuada y voluntaria del rendimiento. Esta Sentencia parte de estimar que la prueba indiciaria se articula en el doble plano que hemos señalado anteriormente, de manera que el trabajador debe «aportar un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental, principio de prueba o prueba verosímil dirigidos a poner de manifiesto el motivo oculto que se denuncia (...) el indicio no consiste en la mera alegación de la vulneración constitucional, sino que debe permitir de-

⁴⁰ STC 79/2004.

⁴¹ STC 144/2005, FJ núm. 4.

⁴² SS.TC 216/2005, FJ núm. 6; 138/2006, FJ núm. 6.

⁴³ «Ciertamente, se impone tal conclusión teniendo en cuenta, en primer término, cuál ha sido la sucesión de los hechos y la coincidencia temporal entre las bajas relacionadas con el estado de gestión de la recurrente y la decisión empresarial de extinguir su contrato por falta de superación del período de prueba (...) se comprueba que antes de que finalizase el contrato de trabajo de carácter temporal que unía a las partes, la empresa ofreció a la recurrente la conversión de su relación laboral especial en común (...). Tras la celebración de este segundo contrato, consta como hecho probado que la recurrente se quedó embarazada en dos ocasiones sucesivas que concluyeron en sendos abortos (...) esos dos embarazos de la recurrente provocaron la sucesión de una serie de bajas laborales (...). Dos días después a este último parte de confirmación de baja, es decir, el día 3 de junio de 2002, la empresa comunicó a la recurrente la extinción (...).» STC 17/2007, FJ núm. 5

ducir la posibilidad de que ha podido producirse» (FJ núm. 4). Es a partir de aquí cuando se produce el traslado de la carga probatoria al empresario, para lo cual, tal como señala esta Sentencia, «(...) no basta que el trabajador tache de discriminatoria la decisión empresarial, sino que ha de acreditar la existencia de indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción a favor de semejante alegato».

Otro supuesto de aplicación de esta doctrina lo encontramos en la STC 175/2005, relativo a un supuesto en que la trabajadora (auxiliar de clínica) había sido contratada directamente por la empresa a través de un total de 9 contratos temporales, a los que se suman tres contratos de puesta a disposición con una ETT para prestar servicios en la misma empresa. En la última de las relaciones de trabajo temporales, la trabajadora queda embarazada, conociendo la empresa tal circunstancia durante el mes de octubre de 1999. La trabajadora no volvió a ser contratada nuevamente a partir de la finalización del último de los contratos temporales en octubre de 1999, ante lo cual interpuso demanda de despido. El TC acepta la existencia de indicios de discriminación, pues a tenor del desenvolvimiento de las circunstancias entre las partes (celebración sin solución de continuidad de contratos temporales, que da lugar a considerar que la relación laboral es estable; así como el hecho de la coincidencia temporal entre el hecho de quedar embarazada y haber sido despedida: «Acreditado por la recurrente el panorama indiciario anteriormente expuesto, del que surgía, al menos, la sospecha razonable de la eventual relación causa-efecto entre el estado de embarazo de la recurrente y la decisión empresarial de prescindir de sus servicios, correspondía a la empresa la carga de probar que los hechos motivadores de su decisión fueron legítimos y ajenos al móvil de discriminación que se le imputaba (FJ núm. 6).

En conclusión, podemos señalar, tal como estimaba GARCÍA FERNÁNDEZ⁴⁴, que la discriminación no es un hecho, sino una valoración jurídica; y como tal no se prueba, sino que se deduce de los indicios.

4.º El segundo de los elementos de esta doble plano de la prueba indiciaria es el que se refiere a cuál es el contenido de la carga probatoria que recae sobre el empresario.

Tal como hemos visto antes, una vez que el demandante introduce los indicios razonables y suficientes, probando la existencia de un panorama discriminatorio, el Juez toma conciencia de que la situación de discriminación es posible. A partir de ese momento el trabajador deja de asumir la carga de la prueba y ésta se traslade al empresario

Ahora bien, ¿qué le corresponde demostrar para no tener que asumir los perjuicios de la falta de prueba? Debe probar que su actuación obedeció a causas reales y objetivas absolutamente extrañas a la pretendida vulneración de derechos fundamentales⁴⁵.

⁴⁴ «La discriminación es una calificación jurídica del hecho que debe probar el trabajador, el despido que le afecta. Las calificaciones jurídicas no se prueban sino que se deducen de los hechos a probar». «Tutela jurisdiccional y carga de la prueba en el proceso de trabajo», *REDT* núm. 15 (1985), pág. 408.

⁴⁵ STC 79/2004, FJ núm. 3: «Una vez cubierto este inexcusable presupuesto y como segundo elemento, recae sobre la parte demandada la carga de probar que su actuación obedeció a causas reales y objetivas absolutamente extrañas a la pretendida vulneración de derechos fundamentales, así como que aquéllas tuvieron entidad suficiente para fundar la decisión, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios; sin que ello suponga situar al demandado ante la prueba diabólica de un hecho negativo, como es la inexistencia de móvil lesivo de derechos fundamentales. Se trata, pues de una auténtica carga probatoria y no de un mero intento de negar la vulneración de derechos fundamentales, que debe llevar al juzgador a la convicción de que las causas alegadas motivaron la decisión de forma razonable y ajena a todo propósito atentatorio al derecho fundamental».

Lo primero que debemos resaltar es que el mecanismo de traslación de la carga de la prueba no supone en ningún caso la imposición al empresario de la prueba de que no ha existido una intención discriminatoria. Como sabemos, la prueba negativa se ha venido calificando de «prueba diabólica», pues no es posible demostrar algo que no ha existido (la inexistencia de ánimo discriminatorio). También la doctrina laboral se ha manifestado rechazando que en la redistribución de carga de la prueba que se genera en los casos de discriminación estemos ante una prueba de estas características⁴⁶.

Descartado que el empresario tenga que demostrar que no ha existido discriminación, ¿en que consiste su carga probatoria? El empresario debe probar que su actuación (el despido, la sanción, el cambio de puesto de trabajo, la exclusión del abono de ciertas cantidades, etc.) obedece a un motivo razonable que nada tiene que ver con la discriminación. Tal como afirma la doctrina del TC, el empresario debe probar (no sólo intentarlo, pues estamos ante una verdadera carga de la prueba) que ha actuado en base a un criterio de decisión justificable que no tiene nada que ver con una intención discriminatoria, sólo así se destruye la convicción que surge a través de los indicios de discriminación. Se requiere, por tanto, una justificación de la decisión, una explicación objetiva, razonable y proporcional de su decisión; sólo así se despeja la sospecha de discriminación y se neutraliza el panorama discriminatorio generado por los indicios⁴⁷. Tal como en ocasiones afirma la jurisprudencia constitucional, debe generar en el juzgador la convicción de que la actuación del empresario se hubiese producido verosímelmente en cualquier caso y al margen de todo propósito vulnerador del principio de discriminación⁴⁸.

El criterio o motivo que ha justificado su actuación debe estar claro y en ningún caso ser genérico, sino que debe ser preciso y suficiente, de modo que se evidencie que existe una causa real⁴⁹. Así, se ha rechazado por parte de la jurisprudencia constitucional que el ejercicio de facultades discrecionales sirva como justificación, incluso si se trata de una administración y realiza ejercicio de su facultad de autoorganización de sus servicios; siendo insuficiente la existencia de una norma legal o convencional que permita la actuación discrecional⁵⁰.

Cuando el empresario no puede demostrar de manera suficiente que su actuación está justificada en base a elementos totalmente ajenos a la discriminación, la consecuencia es evidente: dado que estamos ante una carga, los efectos negativos de no poder cumplir con la misma van a recaer sobre el empresario, de modo que su actuación se declarará

⁴⁶ En este sentido GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: «En el entendimiento del TC no se trata tanto de situar al empresario ante la prueba (que pudiera calificarse de diabólica) de un hecho negativo (la no discriminación o la no lesión de un derecho fundamental), sino que aquél debe probar que el despido, tachado de haber incurrido en aquella discriminación o en esta lesión, obedece a motivos razonables y por completo ajenos y extraños a un propósito atentatorio contra el derecho fundamental en cuestión». *La prueba en el proceso de trabajo*, Civitas, Madrid 1994, pág. 197. También GARCÍA FERNÁNDEZ, M.: «(...) exigirle al empresario la prueba de que el despido no es discriminatorio además de la prueba de las circunstancias que justifican la extinción, es pedir la prueba de una calificación jurídica negativa, es decir, un imposible»; *op. cit.*, pág. 408. De igual manera MOENEREO PÉREZ, J.L.: «La carga de la prueba (...)», *op. cit.*, pág. 52.

⁴⁷ SS.TC 144/2006, FJ núm. 7; 138/2006, FJ núm. 5; 49/2003, FJ núm. 5.

⁴⁸ SS.TC 138/2006, FJ núm. 5; 41/2006, FJ núm. 4; 171/2005, FJ núm. 4; 87/2004, FJ núm. 2.

⁴⁹ STC 144/2006, FJ núm. 7.

⁵⁰ Así las SS.TC 168/2006, FJ núm. 9; 41/2006, FJ núm. 4; 216/2005, FJ núm. 7; 79/2004, FJ núm. 5; 171/2003 FJ núm. 6; 49/2003, FJ núm. 5; 29/2002, FJ núm. 7.



discriminatoria, con las consecuencias que para este tipo de decisiones reserva nuestro ordenamiento.

Esta es la doctrina constitucional que se ha plasmado en la regulación procesal laboral sobre supuestos de discriminación y violación de derechos fundamentales (arts. 96 y 179 LPL). Veamos ahora si esta doctrina y esta regulación son o no coincidentes con la nueva regulación establecida en la regulación procesal a consecuencia de la LO 3/2007.

3.3. Encaje de la distribución de la carga de la prueba con la regulación introducida en la LO 3/2007

A tenor del art. 13 LO 3/2007, se establece un mecanismo de traslación de la carga de la prueba en el que, al igual que lo establecido por el art. 96 LPL y al igual que lo afirmado por la jurisprudencia constitucional en esta materia, hay dos fases. El problema es que la primera de esas fases no coincide entre la LO 3/2007 y la regulación procesal laboral. Mientras que lo establecido en el art. 96 LPL es que la parte actora debe alegar y probar la existencia de indicios de fundados de discriminación, de manera que se demuestre ante el juzgador un panorama discriminatorio: el trabajador debe desarrollar una actividad probatoria, que consiste, no en demostrar que ha existido una discriminación, pero si en probar que es verosímil la existencia de una situación de discriminación. En definitiva, tal como hemos afirmado antes, no se trata de llevar al juzgador a la convicción plena y absoluta de que hay un supuesto de discriminación, sino demostrar la posibilidad de que haya existido una situación de discriminación. Sólo a partir de aquí se pasa a la segunda fase del procedimiento probatorio, de modo que el empresario será quien tenga la carga de probar la justificación objetiva y razonable de su actuación. Esto supone, digámoslo con claridad, que no es suficiente la mera alegación para que se traslade la carga de la prueba al empresario.

Sin embargo, en la regulación establecida en el art. 13 LO 3/2007 se establece una traslación de la carga de la prueba al empresario, tan sólo cuando las alegaciones de la parte actora se fundamenten en actuaciones discriminatorias por razón de sexo. Es decir, a tenor de esta literalidad, basta y es suficiente con la alegación de discriminación por razón de sexo para que sea el demandado quien tenga que asumir la carga probatoria. No sería necesaria la aportación de indicios, ni la prueba de los mismos para que esa traslación de la carga al demandado.

Por lo tanto, hay una sustancial diferencia entre las dos situaciones. Mientras que en la regulación laboral, que recoge una amplia jurisprudencia constitucional, el proceso tiene dos fases, de modo que en la primera se han de probar los indicios para pasar a la segunda y que se produzca el traslado de la carga de la prueba; por el contrario, la nueva regulación, aún constanding también de dos fases, su literalidad implica que la primera es francamente simple, pues consiste en que se produzcan meras alegaciones de discriminación para que se produzca la traslación.

También pueden existir diferencias importantes en la segunda fase: el art. 13 LO 3/2007 señala que si se alega la situación de discriminación, va a corresponder al demandado «probar la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y su proporcionalidad». Literalmente se afirma que el demandado ha de demostrar la ausencia de discriminación; es decir, que no hay discriminación. Dicho de otra manera, debe probar que no ha discriminado. Es evidente que esto supondría acudir a algo que antes hemos señalado: la prueba

negativa, sobre la cual ya hemos comentado su carácter imposible. Por el contrario, a tenor de lo establecido por el art. 96 LPL y en consonancia con la jurisprudencia constitucional analizada, el empresario que recibe la carga de la prueba por haberse introducido indicios de discriminación, no recibe la carga de una prueba negativa. Antes señalamos que la propia jurisprudencia constitucional rechazaba que deba situarse al empresario ante la prueba diabólica de un hecho negativo (la inexistencia de discriminación), lo cual se recoge en la propia regulación laboral, donde sólo se exige al empresario la aportación de una justificación objetiva y razonable de su decisión, así como de su proporcionalidad.

En definitiva, es evidente que la regulación laboral y la doctrina del TC en materia de traslación de la carga de la prueba no coinciden con la literalidad de los arts. 13 LO 3/2007, 217.5 LEC y 80.7 LRJCA. Parece, por tanto, que estamos ante mecanismos de carácter diferente. Ciertamente los dos estarían dentro del ámbito de la carga de la prueba; es decir, aquel conjunto de reglas, necesarias en nuestro ordenamiento tanto como del principio dispositivo, como del «non liquet»⁵¹, que ayudan al juzgador a la hora de resolver una cuestión litigiosa cuando los hechos no han sido demostrados. Es decir, las reglas de carga de la prueba no son medio de prueba, sino que, tal como con bastante claridad señala el art. 217 LEC, se utilizan cuando «el tribunal considerase dudosos unos hechos relevantes para la decisión»; es decir, cuando tales hechos no son probados. Al no probarse y tener que resolver el Juez, este dictará Sentencia en función de a quien corresponda la carga de la prueba.

Ahora bien, las reglas de distribución pueden ser distintas; así, existen una reglas generales u ordinarias de la prueba, contenidas en los arts. 217.2 y 3 LEC, preceptos que recogen la distribución tradicional por la que al demandante le corresponde probar los hechos constitutivos de la demanda, y al demandado la carga de los hechos extintivos, impeditivos o excluyentes. Pero estas reglas, que son de aplicación general, no son absolutas, sino que ya con anterioridad a la actual LEC la jurisprudencia establecía formas especiales de distribución de la carga de la prueba cuando había especiales dificultades probatorias generadas por la aplicación indiscriminada de las reglas generales antes señaladas. Hay que reconocer que la aplicación de este tipo de reglas puede suponer importantes dificultades probatorias en situaciones específicas; de ahí que se haya defendido la aplicación de manera flexible de las reglas generales o comunes de distribución de la carga de la prueba; el ámbito del proceso laboral es un buen ejemplo donde se plantea esta necesidad⁵². Las razones de esta especialidad obedecen, tal como hemos señalado anteriormente fundamentalmente ante el hecho de que el empresario, titular de las facultades directivas, al ser el gestor de la empresa, ocupa una posición de predominio ante el material probatorio; mientras que el trabajador, ajeno a esta posición, presenta muchas más dificultades a la hora de acceder a la prueba⁵³.

⁵¹ Principio a tenor del cual el Juez no puede en ningún caso abstenerse de resolver la cuestión que se le plantea, teniendo la obligación de dictar una Sentencia que resuelva el litigio. *Vid.* ASENSIO MELLADO, J.M.: *Derecho Procesal Civil. Parte primera*, Tirant lo Blanch, Valencia 2000, pág. 254; GARCÍA FERNÁNDEZ, M.: *op. cit.*, pág. 383; GIL PLANA, J.: *op. cit.*, pág. 85; LAHERA FORTEZA, J.: *op. cit.*, pág. 81.

⁵² En este sentido LAHERA FORTEZA, J.: *op. cit.*, pág. 88.

⁵³ *Vid.* ORTELLS RAMOS, M.: *Derecho Procesal Civil*, Aranzadi, Pamplona 2001, pág. 399; o CHOCRON GIRALDEZ, A.: *Las presunciones como método de prueba en el proceso laboral*, Laborum, Murcia 2004, pág. 118.

En conclusión, junto a las reglas generales de distribución, se han introducido otras especiales, que incluso se han llegado a incorporar al art. 217 LEC: los actuales apartados 6.º y 7.º (antes apartados 5.º y 6.º). El primero señala que las reglas ordinarias de distribución de la carga de la prueba se aplicarán salvo que una disposición legal distribuya con criterios especiales la carga de probar los hechos relevantes. El apartado 7.º establece que a la hora de aplicar las reglas de la carga probatoria debe tenerse en cuenta los principios de disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio. No vamos a profundizar en la explicar estos principios que actúan de manera especial frente a las reglas ordinarias, que quedan de esta manera flexibilizadas. Vamos a señalar, simplemente que como una más de estas reglas especiales se añade el nuevo apartado 5.º en relación a la carga de la prueba en los supuestos de discriminación por razón de sexo (en realidad este apartado 5.º no sería sino una concreción de la posibilidad establecida por el apartado 6.º, de manera que no se aplican las reglas comunes sobre carga de la prueba por existir una regulación que distribuye la carga de la prueba de otra manera.

A tenor de la literalidad de la nueva regulación hemos de señalar que la figura consagrada en el art. 217.5 LEC no tiene la misma naturaleza jurídica que las reglas previstas en el art. 96 LPL. Podemos señalar cómo la naturaleza de los mecanismos de traslación de la carga establecidos por la jurisprudencia constitucional y recogida en los arts. 96 y 179.2 LPL ha sido ciertamente polémica: de un lado hay un rechazo unánime a que estemos ante una inversión de la carga de la prueba; de otro parecería que se está utilizando uno de los mecanismos probatorios regulado en nuestro ordenamiento, la prueba de indicios o prueba de presunciones⁵⁴, regulado en la actualidad en los arts. 385 y 386 LEC; sin embargo, la mayor parte de los planteamientos doctrinales han rechazado que estemos realmente ante este mecanismo y ha optado por entender que en estos casos estamos ante una facilitación o aligeramiento de la carga probatoria del trabajador, siendo esta la posición más difundida⁵⁵. No obstante hay que reconocer que la doctrina laboral no distingue nítidamente entre prueba de presunciones y simplificación o facilitación de la carga probatoria del trabajador⁵⁶; confusión que procede realmente tanto del hecho que la «facilitación» de la prueba no obedece a una regla o norma concreta de nuestro ordenamiento, como por el hecho que en realidad la prueba de presunciones o indicios no sea más que un procedimiento para facilitar la carga de la prueba del trabajador, facilitándola. Desde mi punto de vista, la prueba de presunciones supone una alteración del «tema probandi»; es decir, el demandante no va

⁵⁴ Así RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F.: *Igualdad y discriminación*, Tecnos, Madrid 1986, pág. 303. Sobre el funcionamiento de la prueba de presunciones *vid.* GORELLI HERNÁNDEZ, J. e IGARTUA MIRÓ, M.T.: «Libertad de expresión y despido por inducción. Problemas relativos a la carga de la prueba», *Revista del Poder Judicial* núm. 62, págs. 499 y ss.

⁵⁵ MOENEREO PÉREZ, J.L.: *op. cit.*, págs. 24 ó 46; RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: «Proceso civil y proceso de trabajo», *RL Tomo I* de 2001, pág. 145; TUDELA CAMBRONERO, G.: «En torno al proceso de tutela de la libertad sindical y demás derechos fundamentales», en AA.VV., *El proceso laboral. Estudios en homenaje al Profesor Luis Enrique de la Villa Gil*, Lex Nova, Valladolid 2001, pág. 843; JUANES FRAGA, E. y GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., *op. cit.*, pág. 1103; BAYLÓS GRAU, A., CRUZ VILLALÓN, J. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F.: *op. cit.*, pág. 154.

⁵⁶ De esta manera MOENEREO PÉREZ, J.L., que si bien afirma de un lado que «(...) lo que en puridad existe es una reducción de la carga probatorio, puesto que el que alega la discriminación deberá probar hechos que permitan deducir al menos indicios de esa discriminación, que permita al órgano judicial deducir realmente que está en juego el principio de igualdad (...)»; de otro lado afirma que «La técnica utilizada (la presunción como método de prueba) queda incluso más nítidamente reflejada en el art. 179 LPL. *op. cit.*, págs. 11 y 13.

a tener que probar los hechos que le corresponden en función de su posición procesal y que se le impondrían en base al art. 217.2 LEC (pues esta prueba supone una extrema dificultad, lo que supone una evidente limitación del acceso a la tutela judicial efectiva), sino que va a probar otros hechos diferentes, los indicios de los que puede deducirse la discriminación. Desde este punto de vista es evidente que la prueba de presunciones facilita la carga de la prueba⁵⁷.

Ahora bien, es claro que lo previsto por el art. 96 LPL no se una inversión de la carga de la prueba, ni la exoneración de la carga probatoria del trabajador⁵⁸: lo que determina que se traslade la carga de la prueba al empresario es que el trabajador introduzca en sus alegaciones indicios fundados, lo que debe interpretarse en el sentido de que ha de demostrar y probar tales indicios, a través de los cuales no se prueba que haya habido una discriminación, sino que es posible que esta hubiese existido. Por lo tanto, el trabajador ha de soportar parte de la carga probatorio, lo que impide que debamos entender que hay una inversión de la misma⁵⁹. Si estuviésemos ante una inversión de la carga de la prueba, bastaría con al mera alegación de conducta discriminatoria por razón de sexo para trasladar la carga de la prueba; en definitiva, el trabajador con esta alegación quedaría exento de prueba, de modo que el empresario tendría que desarrollar toda la actividad probatoria para anular esa alegación que el Juez debe estimar como absolutamente probada⁶⁰.

En cuanto al art. 13 LO 3/2007, al establecerse literalmente que la carga de la prueba se traslada al demandado cuando las alegaciones de la parte actora se fundamenten en la discriminación por razón de sexo, se estaría produciendo realmente una inversión de la carga de la prueba, pues basta alegar para que el demandante quede liberado de la carga de la prueba, trasladándose al demandado. La situación sería, por lo tanto, totalmente diferente a la regulada en el art. 96 LPL. En todo caso debemos aclarar que por inversión de la carga de la prueba no debe entenderse un mecanismo en el que se asigna a la contraparte procesal la carga de probar que le correspondería al demandante⁶¹; sino una situación en la que se exonera de la carga probatoria a una de las partes procesales, correspondiendo la totalidad de la carga de la prueba a la contraparte⁶². Desde este punto de vista, sólo en sentido amplio se puede hablar de inversión de la carga de la prueba.

⁵⁷ GARCÍA FERNÁNDEZ, M.: *op. cit.*, pág. 401.

⁵⁸ GIL PLANA, J.: *op. cit.*, pág. 101.

⁵⁹ Así, GARCÍA PERROTE-ESCARTÍN, I.: «La prueba (...)», *op. cit.*, pág. 205; o GIMENO SENDRA, V.: «El derecho a un proceso laboral "justo"», *Tribuna social* núm. 76 (1997), pág. 15; también GIL PLANA, J.: *op. cit.*, pág. 101; MOENEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: *Comentario a al Ley de Procedimiento Laboral*, Comares, Granada 2001, pág. 1102, ó 1105.

⁶⁰ En este sentido RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., *op. cit.*, pág. 918.

⁶¹ Tal como afirma GIL PLANA, en sentido estricto «la inversión de la carga de la prueba supone cambiar justamente por su contraria la carga probatoria atribuida a cada una de las partes procesales». *Op. cit.*, pág. 98.

⁶² En este sentido RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F.; que entiende que en el supuesto de la inversión de la carga de la prueba, el favorecido por la inversión «se encuentra dispensado de probar el hecho, bastando su alegación para que el juez haya de actuar como si estuviera probado, a la hora de extraer las consecuencias en la fase de comparación. El peso de la destrucción de este hecho asimilado a los probados en cuanto a sus efectos procesales recae sobre la otra parte, que, por hipótesis, es más apta para producir su destrucción». Por lo tanto, sólo desde una perspectiva amplia puede hablarse de inversión de la carga de la prueba. «La carga de la prueba (...)», *op. cit.*, págs. 98 y 99.

Llegados a este punto, dado que la literalidad del art. 13 LO 3/2007 establece lo que literalmente parece ser una inversión de la carga de la prueba, se nos plantea una duda importante: ciertamente esta LO, a diferencia de lo que ocurre con la LEC y la LRJCA, no ha modificado la LPL y ha establecido una regla en consonancia con su art. 13. Pero esto no significa que el proceso laboral haya quedado al margen de los efectos de lo previsto en el citado art. 13. De un lado el art. 13 es una norma de carácter general, aplicable a todo ámbito jurídico, incluido el proceso laboral. De otro, hemos de subrayar que se ha modificado la LEC, introduciéndose un nuevo art. 217.5 en consonancia con el art. 13 LO 3/2007; y recordemos que la LEC es de aplicación supletoria a la LPL⁶³. Más aún, un ámbito en el que la LEC es claramente supletoria de la LPL, es justamente el tema de la carga probatoria.

A tenor de lo que acabamos de señalar, esto supondría que existirían dos normas distintas, con dos regulaciones diferentes en cuanto a la carga de la prueba en caso de discriminación por razón de sexo. La norma estrictamente laboral que establece una facilitación o simplificación de la carga probatoria del trabajador, y la regulación general que establecería una inversión de la carga de la prueba. Lógicamente, la existencia de las dos normas al mismo tiempo no es viable, pues regulan la distribución de la carga probatoria de diferente manera. Evidentemente una situación de este tipo no es admisible desde un punto de vista de seguridad jurídica; por lo que debemos resolver esta situación.

Desde mi punto de vista creo que sólo hay dos posturas viables. En primer lugar, estimar que la interpretación del art. 13 LO 3/2007 ha de realizarse conforme a su literalidad. Esto supone estimar que aún cuando no se ha alterado la regulación de la LPL, al establecerse en la LO 3/2007 una regla de distribución diferente a la del art. 96 LPL, se ha producido una derogación tácita de la normativa laboral.

La segunda alternativa, sería estimar que, pese a la literalidad del citado art. 13, este debe ser reinterpretado de conformidad con la doctrina constitucional sobre la materia. Dicho de otra manera, se trataría de reconducir esta nueva regulación a los parámetros de la jurisprudencia constitucional que analizamos anteriormente.

De las dos alternativas, me inclino con absoluta claridad por la segunda. La literalidad del precepto parece clara, pero plantea problemas ciertamente complejos, por no decir prácticamente irresolubles. De entrada, la propia doctrina laboral señaló los problemas que presentaban una interpretación de estas características, rechazando que realmente estuviésemos ante una inversión de la carga de la prueba⁶⁴. En este sentido RODRÍGUEZ-PIÑERO y FERNÁNDEZ LÓPEZ⁶⁵ a la hora de valorar si el TC introdujo una inversión de la carga de la

⁶³ Sobre esta cuestión, y específicamente en materia de carga de la prueba, *vid.* ALFONSO MELLADO, C.L.: «La vista oral y la prueba en el proceso social tras la Ley de Enjuiciamiento Civil», *Tribuna Social* núm. 135, pág. 19.

⁶⁴ Así, PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.: *Despidos discriminatorios y libertad sindical*, Civitas, Madrid 1983, págs. 75 y ss.; GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: «La prueba (...)», *op. cit.*, pág. 187. GIMENO SENDRA, V.: *op. cit.*, pág. 15. Como excepción y favorable a entender que estamos realmente ante una inversión de la carga de la prueba, *vid.* DURÁN LÓPEZ, F.: «El Derecho del Trabajo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en AA.VV., *Derecho del Trabajo y Seguridad Social en la década de los ochenta. III Coloquio de Relaciones Laborales*. Universidad de Zaragoza, 1982, págs. 31 y 32; GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *Los supuestos de readmisión en el despido*, Tecnos, Madrid 1996, págs. 99 y ss.

⁶⁵ «Discriminación, carga de la prueba y prueba de presunciones», en AA.VV., *II Jornadas Hispano-Luso-Brasileñas de Derecho del Trabajo*, IELSS, Madrid 1985, pág. 921.

prueba, critican que así se estime, pues ello podría generar toda una serie de abusos, pues los planteamientos más insostenibles podrían alegarse, recayendo sobre el empresario la carga probatoria. Desde este punto de vista ocurriría que, si bien este procedimiento de traslación de la carga pretende evitar que el trabajador sufra los inconvenientes de demostrar cuestiones que son tremendamente difíciles para su posición procesal, sin embargo finalmente la inversión supondría generar importantes dificultades probatorias, pero para la contraparte.

La posición del empresario es tanto más compleja si tenemos en cuenta, no sólo que la literalidad del art. 13 LO 3/2007 establece una inversión de la carga de la prueba, sino además, también señala que al demandado le va a corresponder la prueba de que no se ha producido discriminación alguna por razón de sexo; es decir, le ha correspondido una prueba negativa. Es evidente que con esta regulación se está simplificando absolutamente la posición del demandante, pero a costa de colocar en una posición de extrema dificultad al demandado. Es decir, se habría facilitado la simplificación y facilitación de la prueba del demandante a costa de hacer prácticamente imposible la situación probatoria del demandado.

De otro lado, ante la existencia de trabajadoras, que pueden acudir con comodidad al expediente de alterar la carga de la prueba, dificultando la posición procesal del empresario, lo lógico es que el empresario actúe de manera defensiva, intentando no contratar trabajadoras para evitarse así el problema que supondría una alegación de discriminación. Se plasmaría así una especie de efecto «bumerang», de modo que se dificulte el acceso de la mujer al mercado de trabajo ⁶⁶.

También debe tenerse en cuenta lo extraño que sería una situación en la que se estaría diferenciando un supuesto concreto de discriminación, aquel originado por razón de sexo, del resto de supuestos de discriminación o de violaciones de derechos fundamentales: mientras en la discriminación por razón de sexo existiría una inversión de la carga de la prueba, en el resto de supuestos habría una simple facilitación de la posición probatoria del demandado. Se rompería así la unidad que hasta ahora ha caracterizado esta cuestión.

De otro lado, aún cuando, tal como hemos señalado anteriormente, es posible afirmar la aplicación de la regulación del art. 13 LO 3/2007 al ámbito del proceso laboral (por la vía del carácter general de esta regulación y por la supletoriedad de la nueva redacción del art. 217.5 LEC), lo cierto es que es tremendamente extraño que la LO haya alterado tan sólo la regulación de la LEC y de la LRJA y no la LPL. Ello puede explicarse por que la intención del legislador era la de aplicar a estos dos ámbitos normativos los principios afirmados ya por la regulación procesal laboral, que acoge una doctrina jurisprudencial que data de 1981 y que se ha reiterado hasta nuestros días.

También debemos señalar que la interpretación que proponemos es conforme a los principios que se deducen del ordenamiento comunitario en materia de carga de la prueba en supuestos de discriminación. En este sentido podemos recordar al art. 10 de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación: «Los Estados miembros adoptarán con arreglo a su ordenamiento jurídico nacional, las medidas necesarias para garantizar que corresponda a la parte demandada demostrar que no ha habido vulneración

⁶⁶ RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F.: *op. cit.*, pág. 923.

del principio de igualdad de trato, cuando una persona que se considere perjudicada por la no aplicación, en lo que a ella se refiere, de dicho principio, alegue, ante un tribunal u otro órgano competente, hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta». Pero sobre todo podemos señalar a la Directiva 97/80/CE, de 15 de diciembre de 1977, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo, cuyo art. 4 establece una norma prácticamente idéntica a la anterior, a tenor de la cual los Estados miembros han de adaptar sus ordenamientos para «(...) cuando una persona que se considere perjudicada por la no aplicación, en lo que a ella se refiere, del principio de igualdad de trato presente, ante un órgano jurisdiccional u otro órgano competente, hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta, corresponda a la parte demandada demostrar que no había vulneración del principio de igualdad de trato». De estos preceptos, probablemente mejorables en cuanto a la técnica legislativa, se deduce la necesidad de que se introduzcan procesalmente hechos de los que se deduzca presumir la existencia de discriminación, pasando a partir de ahí la carga de la prueba al demandado.

Por último, y no menos importante, hay que subrayar que una interpretación literal del art. 13 LO 3/2007 supone ir en contra de la doctrina que ha venido sosteniendo la jurisprudencia constitucional desde la STC 38/1981; es decir, doctrina elaborada durante más de veinticinco años por parte del Tribunal Constitucional, lo cual no es precisamente baladí; sobre todo porque esta jurisprudencia ha rechazado expresamente, tal como hemos visto anteriormente, que sea suficiente para trasladar la carga de la prueba al empresario, la mera alegación de discriminación por parte del trabajador.

Por lo tanto, desde mi punto de vista, entiendo que lo más oportuno no es precisamente la aplicación de una interpretación literal del precepto, sino que es conveniente proceder a una reinterpretación del art. 13 LO 3/2007 y normas concordantes.

Estimo que esta reinterpretación debe realizarse en la misma dirección que la jurisprudencial del TC. De este modo debería rechazarse de entrada que es suficiente la mera alegación para hacer recaer sobre el demandado la carga de la prueba, se trata de un paso absolutamente esencial. A partir de ahí, debería interpretarse que cuando el precepto establece el traslado de la carga de la prueba cuando «las alegaciones de la parte actora se fundamenten en actuaciones discriminatorias por razón de sexo», dado que el punto de partida es que la mera alegación de discriminación no es suficiente; debería entenderse que las alegaciones han de estar fundamentadas. Es decir, que el actor debe fundamentar probatoriamente la alegación de discriminación, introduciendo elementos de prueba suficientes. Siguiendo en este punto también la doctrina constitucional, ya sabemos que no se requiere, ni mucho menos, la prueba de que hay discriminación, sino que deben probarse indicios de la misma, para así trasladar al juzgador la convicción de que un panorama o apariencia de discriminación es posible. A partir de ese momento la carga de la prueba va a recaer sobre el empresario. Ahora bien, también debe reinterpretarse la dicción del art. 13 LO 3/2007 en este punto, pues estimar que le va a corresponder la prueba de «ausencia de discriminación» no es más que una prueba negativa, prácticamente imposible. De ahí, que siguiendo también en este punto la doctrina constitucional, hemos de entender que sobre el empresario no puede recaer una prueba de carácter negativo, sino que debe demostrar que la actuación que ha desarrollado está justificada y basada en motivos ajenos a la intención discriminatoria.

Entiendo que la interpretación de este precepto debe realizarse en este sentido, de lo contrario hay que reconocer que los problemas de la interpretación literal son enormes, generando una seria dificultad en el demandado; dificultad que haría dudar seriamente del respeto al derecho a la tutela judicial efectiva en estos casos.

4. MODIFICACIONES EN MATERIA DE ACUMULACIÓN DE ACCIONES (COMPATIBILIDAD DE LAS INDEMNIZACIONES POR DISCRIMINACIÓN O VIOLACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES CON LAS INDEMNIZACIONES POR DESPIDO O EXTINCIÓN)

Destaca como se ha producido una importante reformulación de los arts. 27, 180.1 y 181 LPL en materia de compatibilidad entre las indemnizaciones por la extinción y las indemnizaciones por haberse producido una vulneración de la libertad sindical o de cualquier otro derecho fundamental; cuestión esta íntimamente ligada con el tema de la compatibilidad de acciones procesales.

De entrada, hemos de resaltar que siendo la LO 3/2007 una regulación destinada a establecer criterios de igualdad efectiva entre mujeres y hombres, se ha utilizado esta regulación para introducir una modificación cuyo ámbito no es sólo la discriminación por razón de sexo, sino que es mucho mayor, pues la regla se aplica a todos los casos de discriminación (sea el motivo que sea) y todo tipo de supuestos de lesión de derechos fundamentales.

El objetivo perseguido por esta regulación es facilitar que en los casos en que haya supuestos de discriminación o violación de un derecho fundamental, además de las indemnizaciones que específicamente regule el ordenamiento en materia de extinción del contrato de trabajo, se puedan compatibilizar tales indemnizaciones con indemnizaciones derivadas de discriminación o violación de derechos fundamentales. Concretamente se establecen las siguientes reglas: de entrada, en materia de acumulación de acciones (art. 27 LPL), si bien la regla general es la acumulación por parte del actor de las diferentes acciones que tenga contra el demandado. No obstante, tradicionalmente nuestro ordenamiento ha establecido ciertas limitaciones a esta acumulación, de modo que el art. 27.2 prohíbe la acumulación de cualquier acción procesal con (entre otras) las de despido, extinción y las de tutela de libertad sindical y demás derechos fundamentales. Por lo tanto, no es posible añadir a las pretensiones procesales en materia de extinción, despido o violación del derecho a no ser discriminado o violación de algún otro derecho fundamental, ninguna otra pretensión jurídica. Frente a esta regla general, la LO 3/2007 añade una excepción a la excepción: la prohibición de acumulación en estos casos mencionados en el art. 27.2 LPL, se entenderá sin perjuicio de la posibilidad de reclamar en los anteriores juicios (por despido, extinción o derechos fundamentales) una indemnización derivada de la discriminación o lesión de tales derechos. Se señala expresamente que esta posibilidad se desarrollará conforme a lo dispuesto en los arts. 180 y 181 LPL.

En cuanto a estos dos últimos preceptos vienen a desarrollar determinados aspectos de la modalidad procesal de tutela de los derechos de libertad sindical (que como sabemos se aplica también a otras posibles violaciones de derechos fundamentales). El art. 181.1 LPL ha venido estableciendo que la sentencia que declare la existencia de una violación de

la libertad sindical u otro derecho fundamental deberá ordenar el cese inmediato del comportamiento antisindical y la reposición del trabajador en la posición que mantenía con anterioridad a la discriminación sufrida, además se procederá a la reparación de las consecuencias, incluidas las indemnizaciones que procedan. Pues bien, ante esta regla se añade ahora que dicha indemnización «será compatible, en su caso, con la que pudiera corresponder al trabajador por la modificación o extinción del contrato de trabajo de acuerdo con lo establecido en el Estatuto de los Trabajadores». Por su parte el art. 181 LPL señala que las demandas de tutela de los derechos fundamentales (incluidas las demandas por discriminación y acoso), serán tramitadas de conformidad a la modalidad procesal de tutela de la libertad sindical. A esta regulación hoy se añade que en los casos en que se declare la violación del derecho fundamental, el Juez debe pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización que pueda corresponderle al trabajador que haya sufrido la discriminación; indemnización que será compatible con la que en su caso pueda corresponderle por modificación o extinción del contrato de trabajo, de acuerdo con lo establecido en el ET.

A tenor de las novedades introducidas por la LO 3/2007 lo que se pone de manifiesto es la recepción legal de una jurisprudencia que venía a resolver los problemas que, fundamentalmente en materia de extinción del contrato (bien por resolución por parte del trabajador o por despido) cuando ésta tenía carácter discriminatorio o se producía en violación de un derecho fundamental. La cuestión era si en un supuesto de extinción del contrato, extinción que supone una violación de un derecho fundamental o una discriminación (de cualquier tipo, no sólo por razón de sexo), además de la posible indemnización a la que se pueda tener derecho en función de la regulación del despido o de la extinción, además, se puede tener derecho a la indemnización por haber sufrido una violación de un derecho fundamental.

Al respecto la respuesta era, en principio, negativa: de entrada, el art. 27.2 LPL establecía que no era posible la acumular a la acción de despido, extinción o violación de la libertad sindical u otro derecho fundamental. Esto supone que si se acude al proceso de despido, por ejemplo, no podía acumularse una demanda de violación de libertad sindical para de esta manera tener derecho a la indemnización por este concepto tal como se establecía en el art. 180.1 LPL. Más aún, el art. 182 LPL establece con absoluta claridad que las demandas de despido y extinción, se tramitarán inexcusablemente a través de sus modalidades específicas, las cuales sólo establecen como indemnización las propias de despido o extinción (20, 45 días o salarios de tramitación), pero no una indemnización por violación de derecho fundamental (la cual solo se recoge expresamente en sede de los arts. 180 y 181 LPL). En consecuencia, si el trabajador quiere demandar por despido discriminatorio o solicitar la extinción por esta misma causa, acudirá a la regulación Estatutaria de los arts. 50 y 54 y ss ET, y ante un despido nulo o una extinción por voluntad del trabajador motivada en una actuación discriminatoria del empresario, sólo se tendrá derecho (desde el punto de vista de las indemnizaciones) a la readmisión y a los salarios de tramitación; o a la indemnización de de 45 días de salario (arts. 56 y 50 ET); pero no a una indemnización por violación de derecho fundamental o del derecho a igualdad y no discriminación. Lo que no puede hacer el trabajador es acumular estas acciones procesales con la de violación de un derecho fundamental, para así tener derecho, además, a la indemnización regulada en el art. 180 LPL.

Frente a esta situación la jurisprudencia laboral reaccionó a través de la STS de 12 de junio de 2001⁶⁷, que debía decidir si en un caso de despido nulo por violación de derechos fundamentales, era posible acumular la acción de indemnización por dicha violación. Al respecto, dicha Sentencia señaló que en estos supuestos, y a tenor del art. 182 LPL, era necesario acudir al proceso de despido, si bien aplicando la lógica de los arts. 180 y 181 LPL; de modo que la modalidad procesal de despido era la vía adecuada para reclamar, además de las consecuencias lógicas y propias del despido, la indemnización por violación de un derecho fundamental o del deber de no discriminación⁶⁸. En definitiva, lo que se está planteando, aún cuando no se reconozca expresamente, es que en estos casos de extinción discriminatoria, una cosa es la indemnización por extinción, que repara ciertos daños, pero no los morales o materiales derivados de la violación del derecho fundamental o discriminación⁶⁹. Esta indemnización puede solicitarse judicialmente, si bien existe una limitación importante: no es factible obtenerla a través del recurso de amparo, pues el TC carece de jurisdicción para resolver sobre este tipo de cuestiones⁷⁰.

Teniendo en cuenta esta jurisprudencia, se imponía la posibilidad de hacer compatibles las acciones de extinción o despido, con la petición de indemnización por daños derivados de la violación del derecho fundamental o discriminación; de modo que acudiéndose a la modalidad procesal de extinción o despido, además se consiga lo previsto en materia indemnizatoria por los arts. 180 y 181 LPL. En esta dirección se encamina las modificaciones de la LPL en sus arts. 27, 180 y 181.

En este sentido, el art. 27.2 LPL en su actual redacción establece: que pese a la regla general de acumulación de acciones, no pueden acumularse con otras las acciones de despido o extinción (entre otras). Lo anterior (la prohibición de acumular acciones en estos casos) se entiende sin perjuicio de que en estos procesos en los que existe tal prohibición, se pueda reclamar además la indemnización derivada de discriminación o violación de derechos fundamentales conforme a los arts. 180 y 181 LPL. En conclusión: en los procesos de despido o extinción podrá reclamarse, además de las consecuencias propias de estas ac-

⁶⁷ AR 5931. Esta doctrina podemos encontrarla más recientemente como las SSTSJ de Cataluña de 8 de febrero de 2006, AS 1907; Galicia de 23 de septiembre de 2006, AS 370; País Vasco de 10 de mayo de 2005, AS 2263; Cataluña de 30 de noviembre de 2006, AS 3226.

⁶⁸ Se afirmaba así que «Tampoco es admisible afirmar que la única consecuencia legal del despido discriminatorio haya de ser la readmisión y abono de salarios de tramitación, pues pueden existir daños morales o incluso materiales, cuya reparación ha de ser compatible con la obligación legal de readmisión y abono de salarios de trámite».

⁶⁹ Vid. AGRA VIFORCOS, B.: «La reclamación en el marco de un proceso de despido, de la indemnización correspondiente por la lesión a un derecho fundamental», *REDT* núm. 114 (2002), pág. 955; GONZÁLEZ VELASCO, J.: «Indemnización por lesión de un derecho fundamental en el proceso por despido», en AA.VV., *El proceso laboral. Estudios en homenaje al profesor Luis Enrique de la Villa Gil*, Lex Nova, Valladolid 2001, pág. 320.

⁷⁰ Tal como afirma el TC «Como hemos señalado en cuantas ocasiones nos ha sido planteada la cuestión, este Tribunal constitucional carece de jurisdicción para resolver, como si de una nueva instancia se tratase, peticiones de reconocimiento de indemnizaciones de daños y perjuicios, ya que un pronunciamiento de este tipo, tendente a conseguir el resarcimiento, la compensación o la reparación con carácter sustitutorio, no se corresponde con ninguno de los que este Tribuna puede efectuar al resolver los recursos de amparo, según enumera el art. 55 de la propia Ley, y según se deduce igualmente del art. 58 LOTC, que defiende a la jurisdicción ordinaria su declaración en un caso particular cuya razón de ser es extensible a la entera institución». STC 144/2005, FJ núm. 9.

ciones, la indemnización por violación de un derecho fundamental o discriminación a las que se refieren los arts. 180 y 181 LPL.

En realidad, la única norma que era necesario modificar era el art. 27.2 LPL, para así facilitar en un proceso de despido o extinción, acumular una petición propia de un proceso de tutela de libertad sindical o violación de otro derecho fundamental. No obstante, el legislador ha querido alterar también los arts. 180 y 181. Estos preceptos señalan hoy que ante una violación de un derecho fundamental o discriminación, se debe cesar el comportamiento, hay que reponer al trabajador en su posición y abonarle la indemnización; siendo esta indemnización compatible con la que el trabajador haya podido reclamar a través del oportuno proceso que se haya iniciado para reclamar contra el despido, la extinción o la modificación que haya sufrido.

No obstante, esta dicción plantea un problema interpretativo ¿a qué otra indemnización se refiere estos preceptos? Lógicamente no puede referirse a la indemnización que por violación de derecho fundamental o discriminación se haya podido pedir y obtener en el proceso de despido o extinción: sería del todo inadmisibles dos indemnizaciones por idéntica causa, una obtenida en la modalidad de tutela de la libertad sindical y otros derechos fundamentales, y otra obtenida a través de la modalidad de despido. Por lo tanto, estas reglas (arts. 180 y 181 LPL) sólo pueden hacer referencia a las indemnizaciones ordinarias o propias de despido, extinción o modificación de condiciones.

Pues bien, si esta es la única interpretación lógica, nos vamos a encontrar que el legislador ha previsto expresamente otra posibilidad de actuación procesal: que no haya acumulación y el trabajador demande por la modalidad procesal correspondiente al despido, extinción o modificación y una vez obtenida la satisfacción a sus intereses, podrá demandar también por discriminación o violación de derecho fundamental para acceder a la indemnización recogida en los arts. 180 y 181 LPL. Es decir, se admite tanto la acumulación como el doble proceso, a través de dos modalidades procesales, con diferente pretensión (una limitada a los efectos propios del despido y otra por violación de un derecho fundamental o discriminación)⁷¹. Esta alternativa plantea necesariamente entender que la primera sentencia, la de despido o extinción, despliega efectos de cosa juzgada (material), de modo que esta Sentencia deba condicionar el conocimiento que otro juzgador realice del segundo proceso en materia de violación del derecho fundamental. La situación ideal sería que el trabajador haya demandado por despido nulo, ganado la Sentencia y posteriormente demande por violación del derecho fundamental solicitando la indemnización. Ahora bien, puede que la situación sea mucho más compleja: pensemos simplemente que el despido se declare improcedente, ¿afecta en este caso también la cosa juzgada al posterior proceso a través de la modalidad procesal de tutela de la libertad sindical y violación de derechos fundamentales? Incluso podemos plantearnos una situación en la que presentadas ambas demandas al mismo tiempo por las dos vías procesales, las Sentencias sean contradictorias (por ejemplo, la de despido declare la nulidad, pero la de violación de libertad sindical desestime la demanda de la trabajadora). Es evidente que esta doble vía puede originar consecuencias indeseables.

⁷¹ Algo similar planteaba ya tempranamente GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B.: «Cauce procesal para la exigencia de una indemnización de daños y perjuicios derivados de un despido nulo por vulneración de derechos fundamentales», *RL* Tomo II de 2001, pág. 553.

Para terminar, hemos de tener una última cuestión: esta indemnización por daños en caso de violación de derecho fundamental o discriminación, ¿debe probarse el daño? Al respecto existen diferentes posiciones: desde entender que no es necesario, hasta estimar que no es factible la indemnización si estos daños no se demuestran, pasando por posturas intermedias (estimar que en todo caso ha de estimarse probado un daño mínimo, salvo que se pretenda una indemnización por daño relevante, en cuyo caso será necesario la prueba del mismo)⁷². Desde mi punto de vista soy de la opinión de que no es factible presumir el daño, sino que siempre será indispensable la prueba de los perjuicios recibidos⁷³.

5. OTRAS MODIFICACIONES DE LA LPL

5.1. Nuevas dimensiones de la modalidad procesal regulada en el art. 138 bis LPL

Para terminar hemos de hacer referencia a otras alteraciones sufridas por la LPL a consecuencia de la LO 3/2007. La primera de ellas hace referencia a la ampliación de lo dispuesto por el art. 138 bis LPL. Concretamente la alteración no se establece en la regulación procesal, sino en el propio Estatuto de los Trabajadores, al que se añade una Disp. Adic. decimoséptima, a tenor de la cual «Las discrepancias que surjan entre empresarios y trabajadores en relación con el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral reconocidos legal o convencionalmente se resolverán por la jurisdicción competente a través del procedimiento establecido en el art. 138 bis de la Ley de Procedimiento Laboral». Recordemos que este art. 138 bis regula una modalidad procesal especial sobre permisos de lactancia y reducción de jornada por motivos familiares.

Lo que ha pretendido el legislador es que, al incrementarse los derechos de los trabajadores en materia de conciliación de vida familiar y laboral, se aplique el mismo cauce procesal preexistente para resolver las cuestiones que se planteaban en el disfrute de los derechos de conciliación que existían con anterioridad a la reforma.

La primera cuestión que resalta es que, desde el punto de vista del objeto del proceso, hay una importante diferencia entre la Disp. Adic. 17.^a y el art. 138 bis: mientras que la regulación procesal es tremendamente clara en cuanto a qué tipo de cuestiones litigiosas pueden plantearse por esta vía («periodo de disfrute en los permisos por lactancia y por reducción de jornada por motivos familiares»); por el contrario, la regulación estatutaria puede originar problemas interpretativos en cuanto al ámbito material de aquellas cuestiones litigiosas que pueden llevarse a esta modalidad procesal, pues es mucho más impreciso en su literalidad: señala que se van a dilucidar a través del art. 138 bis LPL las discrepancias «en relación con el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral reconocidos legal o convencionalmente». ¿Cuáles son, en concreto, los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral? El precepto no es nada preciso, lo cual genera una cierta dosis de inseguridad jurídica. La duda además se acrecienta por un hecho: la LO 3/2007 no ha modificado la redacción del art. 37.6 ET. Recor-

⁷² Sobre esta cuestión *vid.* GONZÁLEZ VELASCO, J., *op. cit.*, pág. 323 y ss.

⁷³ STSJ de Cataluña de 8 de febrero de 2006, AS 1907.



demos que este precepto, en su último párrafo hace alusión a que las discrepancias que hayan surgido en la aplicación de los derechos previstos en los apartados 4 y 5 del art. 37 (lactancia y guarda legal), se dilucidan a través del art. 138 bis LPL. Muy al contrario, ha establecido una nueva Disp. Adic. 17.^a con carácter general. De ahí se deduce que su ámbito material de aplicación de la modalidad procesal especial no es ya el delimitado por los derechos otorgados a los trabajadores en los apartados 4 y 5 del art. 37 ET, sino que es más amplio, abarcando todo tipo de derechos de conciliación.

En principio, dada la generalidad de la expresión utilizada, deberíamos incluir todo tipo de derechos otorgados al trabajador, ya sea por la regulación legal o la convencional (expresión que puede agrupar no sólo la negociación colectiva, sino incluso los derechos establecidos a través del contrato individual de trabajo, ya sea expresamente o incorporados a través de usos de empresa) que de una u otra manera se establecen para permitir la conciliación entre las esferas personales, familiares y el ámbito laboral: derechos de adaptación de la jornada por la existencia de necesidades familiares (art. 34.8 ET); permiso por matrimonio (art. 37.3 a ET); permiso por traslado de domicilio (art. 37.3 b ET); permisos por nacimiento, fallecimiento, accidente o enfermedad graves, hospitalización o intervención quirúrgica (art. 37.3 b ET); permisos para la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto (art. 37.3 f ET); lactancia (art. 37.4 ET); permisos en caso de parto prematuro (art. 37.4 bis ET), guarda legal y cuidado directo de un familiar (art. 37.5 ET); disfrute de vacaciones cuando coincidan con IT derivada del embarazo, parto o lactancia natural, o con el período de suspensión por maternidad, adopción o acogimiento (art. 38.3 ET); suspensión del contrato por maternidad, adopción o acogimiento (arts. 45.1 d y 48.4 ET), excedencia voluntaria, que puede tener como objetivo la conciliación de la vida familiar y laboral (art. 46.2 ET); excedencias por cuidado de hijos o familiares (art. 46.3 ET); suspensión pro riesgos durante el embarazo o la lactancia natural (art. 48.5 ET); suspensión por paternidad (art. 48 bis ET). En fin, el listado es ciertamente amplio, por lo que no descarto haber dejado algún supuesto atrás.

De otro lado, hemos de señalar que esta modalidad procesal sólo resuelve las cuestiones relativas a la «concreción horaria y la determinación del derecho» (art. 138 bis LPL). Por su parte, la nueva Disp. Adic. 17.^a, esta modalidad sirve para resolver las discrepancias «en relación con el ejercicio de los derechos». Se trata de dos literalidades diferentes respecto de cuál puede ser el objetivo de esta modalidad procesal; no obstante, pese a ello entiendo que ambas normas se refieren a la misma cuestión: resolver las cuestiones relativas al modo de disfrute de estos derechos. Si bien la primera de las normas señaladas es absolutamente precisa, especificando que sólo se trata de la concreción horaria y determinación del derecho; podemos llegar a la conclusión de que ambas literalidades se refieren a una misma cuestión: no se discute la existencia material del derecho, sino la puesta en práctica del mismo. Desde este punto de vista hay una identidad de significado en las diferentes expresiones utilizadas por la literalidad de ambos preceptos.

Es decir, a través de esta modalidad no puede cuestionarse el derecho en sí mismo, debiendo acudir en estos casos al proceso ordinario. Hay, por tanto que distinguir aquellos supuestos en los que haya una negativa del empresario al reconocimiento del derecho (proceso ordinario), de aquellos otros en los que no se cuestiona la existencia del derecho, sino la modalidad de disfrute del mismo (modalidad procesal especial). Así, no se podrá acudir al art. 138 bis LPL para dilucidar si se tiene derecho a la suspensión por materni-

dad, pero si para fijar el horario de trabajo si es que se opta, por ejemplo, por una suspensión a tiempo parcial.

Para terminar con esta cuestión no podemos resistirnos a reiterar que esta modalidad procesal presenta, estructuralmente, una importante limitación. Tal como pusimos de manifiesto la primera vez que nos enfrentamos a la modalidad procesal recogida en el art. 138 bis LPL⁷⁴, de un lado se está reconociendo determinados derechos a los trabajadores, un derecho que existe y que por la vía de admitir la discrepancia del empresario en cuanto al desarrollo del mismo se ve bloqueado en su disfrute. Además, para desbloquear la situación nos encontramos ante una modalidad procesal en la que el trabajador, titular del derecho reconocido por el ordenamiento, sufre la carga de tener que demandar al empresario, de modo que el efecto es que se cuestione el derecho del trabajador, no el posible derecho del empresario a discrepar de la modalidad de ejercicio del derecho. Por lo tanto, el titular de un derecho reconocido por el ordenamiento se encuentra en una posición procesal más compleja que la del empresario, que debería ser realmente el demandante en este tipo de procesos, para oponerse a una concreta forma de disfrute de un derecho existente. La consecuencia de esta regulación no es sino incrementar la capacidad de discrepancia que pueda tener el empresario. Pues bien, si esto era cierto en una regulación en la que la modalidad del art. 138 bis se proyectaba sólo sobre la determinación del disfrute de la lactancia y de la reducción de jornada por cuidado de familiares; con la nueva Disp. Adic. 17.^a ET lo que hemos conseguido es que el empresario pueda también discrepar en la aplicación de muchos otros derechos derivados de la conciliación de la vida familiar y laboral. En conclusión, se han incrementado los derechos en materia de conciliación de vida personal, familiar y laboral, pero a costa de admitir la discrepancia del empresario a la hora de aplicar esos derechos.

Esta cuestión es aún más relevante si se tiene en cuenta que el disfrute de todos estos mecanismos de conciliación de la vida familiar y laboral, están normalmente vinculados a la mujer. Es una realidad absolutamente evidente que en la mayor parte (por no decir en la inmensa mayoría de las ocasiones) estos derechos son disfrutados por las trabajadoras, a las que socialmente se impone hacer frente a las responsabilidades de carácter familiar. Desde esta perspectiva surge la vinculación del disfrute de estos derechos con el derecho a la no discriminación por razón de sexo. Al estar en juego el derecho fundamental a la no discriminación es evidente que se refuerza la posición del trabajador a la hora del ejercicio del derecho: no sólo hay que tener en cuenta que es el trabajador quien mejor va a conocer sus necesidades de carácter familiar, siendo este elemento esencial a la hora de decidir cómo ha de fijarse en concreto el ejercicio del derecho; además, al estar vinculado al ejercicio de un derecho fundamental, este derecho ha de ser elemento básico y prevalecer a la hora de interpretar como ha de aplicarse este conjunto normativo⁷⁵.

⁷⁴ Vid. GORELLI HERNÁNDEZ, J.: «La reciente Ley 39/1999, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras», *RL* núm. 24 de 1999, págs. 21 y 22; de igual manera MARÍN ALONSO, I. y GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *Familia y trabajo. El régimen jurídico de su armonización*, Laborum, Murcia 2001, págs. 62 y ss.

⁷⁵ En este sentido la reciente STC 3/2007, cuyo FJ núm. 6, a la hora de interpretar si la Sentencia de la que deriva el recurso de amparo, supuso o no una violación de la prohibición de discriminación por razón de sexo, al negar la concreción de la reducción de jornada por guarda legal, tramitada a través del art. 138 bis LPL, señaló



5.2. Novedades en el procedimiento de oficio

Junto a estas modificaciones podemos encontrar otras alteraciones de la LPL que afectan al procedimiento de oficio. Concretamente se añade un nuevo supuesto que da lugar al procedimiento de oficio: a través de las comunicaciones de la Inspección de Trabajo en las que se constate una discriminación por razón de sexo. Será requisito necesario que se recoja en dichas comunicaciones las bases de perjuicios estimados para el trabajador a los efectos de la determinación de la indemnización correspondiente⁷⁶. Del análisis de esta posibilidad se deducen una serie de consecuencias interesantes:

- 1.º Al tratarse de un procedimiento de oficio se simplifica enormemente la posición de la trabajadora a la hora de encausar al empresario.
- 2.º Obsérvese que esta posibilidad es tremendamente amplia, pues podrá iniciarse el procedimiento de oficio cuando la Inspección entienda que hay una posible discriminación por razón de sexo; es decir, sin necesidad de que se haya producido sanción (por resolución firme de la autoridad laboral) sobre el empresario. Entiendo, no obstante, que una simple constatación fáctica de la posible discriminación no es suficiente para dar lugar al procedimiento de oficio; sino que será necesario que se haya levantado por parte de la Inspección de Trabajo un acta de infracción.
- 3.º La autoridad competente para iniciar el procedimiento de oficio es la propia Inspección de Trabajo, no la autoridad competente para imponer la sanción (lo cual sirve como argumento para afirmar que no es necesario que se haya producido ya una sanción sobre el empresario).
- 4.º Será requisito necesario la estimación de perjuicios sufridos por el trabajador (lo cual es argumento para reiterar la necesidad de que se haya levantado un acta de infracción).
- 5.º Esta posibilidad de iniciar el procedimiento de oficio nos plantea: ¿cabe la posibilidad de acudir al procedimiento de oficio en los casos de acoso sexual o por razón de sexo? Recordemos que en estos casos la legitimación era tremendamente estricta, pues sólo el afectado está legitimado activamente para demandar. Esta nue-

que «La dimensión constitucional de la medida contemplada en los apartados 4 y 6 del art. 37 LET y, en general, la de todas aquellas medidas tendentes a facilitar la compatibilidad de la vida laboral y familiar de los trabajadores, tanto desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE) de las mujeres trabajadoras como desde la del mandato de protección a la familia y a la infancia (art. 39 CE), ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa. A ello contribuye el propio precepto legal, que no contiene ninguna precisión sobre la forma de concreción horaria de la reducción de jornada, ni establece si en su determinación deben prevalecer los criterios y las necesidades del trabajador o las exigencias organizativas de la empresa, lo que posibilita una ponderación de las circunstancias concurrentes dirigida a hacer compatibles los diferentes intereses en juego».

⁷⁶ Debe tenerse en cuenta que es posible que esta vía de inicio del procedimiento de oficio coincida con la posibilidad de que sea la autoridad laboral la que emita comunicación en caso de violación de la infracción regulada en el art. 8.12 LISOS consistente en una acción unilateral del empresario que implique discriminación por razón de sexo. Al poder coincidir ambas iniciativas, el art. 146 d) LPL señala que en estos casos la Inspección de Trabajo deberá informar a la autoridad laboral competente de la comunicación dirigida a la jurisdicción social, para que dicha autoridad tome conocimiento a los efectos de acumulación de acciones, si es que con posterioridad tal autoridad da inicio al procedimiento de oficio ex art. 149.2 LPL.

va regulación no establece limitación alguna a las facultades de la Inspección de Trabajo, y de hecho es posible que, al menos en teoría, se detecten situaciones de acoso sexual y por razón de sexo, estando reguladas como infracciones administrativas en los arts. 8.13 y 13 bis LISOS. Hay además un argumento técnico: el art. 13.3 LO 3/2007 establece que la persona acosada será «la única legitimada» en los litigios de acoso sexual y acoso por razón de sexo. Sin embargo, en los procesos de oficio, que se inician por impulso de la Administración laboral, esta no ostenta una posición de verdadera legitimación procesal; de ahí que ni tan siquiera estemos ante una verdadera y auténtica «demanda»⁷⁷. Entiendo, por lo tanto, que no estamos ante una situación en la que estemos ante legitimación procesal en sentido estricto (se trata en realidad de una de las manifestaciones de intervención de la Administración pública en el ámbito de las relaciones laborales); de ahí que somos de la opinión de que sea posible el inicio del procedimiento de oficio por comunicación de la Inspección de Trabajo cuando detecta que hay una posible situación de acoso sexual. En todo caso, debemos destacar que en realidad va a ser tremendamente complicado que la Inspección, a través de su actuación rutinaria, detecte un supuesto de acoso sexual; lo normal será que la propia trabajadora sea quien ponga de manifiesto esta situación ante la propia Inspección de trabajo. En estos casos, estimo que es clara la posibilidad de inicio del procedimiento de oficio en situaciones de acoso sexual o por razón de sexo cuando sea la propia trabajadora la que inicie el procedimiento de inspección.

También se podrá iniciar el proceso de oficio, a tenor de la nueva redacción del art. 149 por comunicación de la autoridad laboral competente para sancionar al empresario, una vez que se hayan levantado actas reinfracción sobre determinadas infracciones graves o muy graves reguladas en los arts. 7 y 8 LISOS. En realidad, no estamos ante novedad alguna en este caso, sino simplemente ante la necesaria actualización del art. 149.2 LPL, pues este precepto seguía refiriéndose a las infracciones reguladas en los arts. 95 y 96 ET, derogados por la Disp. Derog. Única del Texto Refundido de la LISOS, que data del año 2000. Lo establecido en las normas estatutarias se incorporó a los actuales arts. 7 y 8 LISOS; de ahí la necesidad de actualizar las normas procesales.

⁷⁷ Vid. BAYLÓS GRAU, A., CRUZ VILLALÓN, J. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F.: *Instituciones de Derecho Procesal Laboral*, Trotta, Madrid 1995, pág. 389; también MONTERO AROCA, J.: *Introducción al Proceso Laboral*, J.M. Bosch, Barcelona 1996, pág. 217.



2

Informes y Documentos







RECOMENDACIONES EN MATERIA DE IGUALDAD DE GÉNERO DIRIGIDAS A LOS NEGOCIADORES DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS, EN EL MARCO DEL ACUERDO ANDALUZ DE CONCERTACIÓN SOCIAL

1. Acceso al empleo

- 1.1. Cumplimiento del principio no discriminatorio recogido en el art. 4.2.c) del Estatuto de los Trabajadores en relación con el empleo y la permanencia en el mismo mediante el establecimiento de un sistema de selección objetiva para todos los puestos de trabajo.
- 1.2. Fomentar la presencia y mejora de la situación de las mujeres en el mercado laboral a través de la utilización de los incentivos a la contratación recogidos en la normativa vigente con objeto de aumentar su contratación y estabilidad en el empleo.
En tal sentido, a efectos de posibilitar la transformación de contratos de duración determinada en indefinidos a tiempo completo se incorporarán en los convenios colectivos las previsiones contenidas en el articulado del Decreto 141/2002, de 7 de mayo (BOJA 18 de junio), sobre Incentivos, Programas y Medidas de Fomento a la Creación de Empleo y al Autoempleo.
- 1.3. Dada la mayor tasa de temporalidad existente en el empleo femenino resulta conveniente asegurar que el disfrute de los derechos que corresponden a las trabajadoras contratadas a tiempo parcial y/o alguna forma de contratación temporal, se produzca en igualdad de condiciones que las personas contratadas por jornada completa y/o por tiempo indefinido.
- 1.4. Promover acciones que favorezcan la contratación de mujeres en aquellas ocupaciones y puestos de trabajo donde estén subrepresentadas.

2. Promoción Profesional

- 2.1. Promover un sistema objetivo de ascenso que garantice el equilibrio en las oportunidades laborales para las mujeres, tanto en el ámbito de las categorías tradicionalmente desempeñadas por hombres como en los niveles jerárquicos de las mismas.

3. Formación

- 3.1. Se considera la formación como herramienta para la consecución de la plena y efectiva igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres y como una de las fórmulas para la superación de la segregación vertical y horizontal.
- 3.2. Se favorecerá la participación de las mujeres en cursos de formación de manera que pueda mejorar su promoción en el empleo y capacitación profesional. A tal efecto, se tendrá en consideración la situación de aquellas mujeres con cargas familiares, adoptando las medidas oportunas a través de la negociación colectiva y teniendo en cuenta los mecanismos que puedan preverse en las disposiciones vigentes.
- 3.3. Igualmente la formación se orientará a mujeres que ocupen puestos con menor tasa de presencia femenina o que precisen de formación específica para reanudar su actividad después de periodos de baja maternal o excedencia.

4. Conciliación

- 4.1. A través de los convenios colectivos se promoverá el acceso a las medidas contempladas tanto en la normativa autonómica como estatal para facilitar la conciliación de la vida laboral y familiar de las personas trabajadoras. Los convenios colectivos podrán contemplar la situación de las parejas de hecho a los efectos de la aplicación de las medidas sobre conciliación de la vida familiar y laboral.
- 4.2. Actualizar en los convenios colectivos de forma transversal lo establecido en la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, y sus posteriores modificaciones, desarrollando, si las partes lo estiman oportuno, mejoras con respecto a las previsiones legales.
- 4.3. Los convenios colectivos articularán los mecanismos adecuados para poner en conocimiento de las personas trabajadoras, por cualquier medio adecuado la posibilidad de disfrutar los permisos y excedencia previstos en el ordenamiento jurídico, indistintamente para hombres y mujeres.
- 4.4. Los convenios colectivos promoverán la contratación de interinidad para cubrir ausencias por maternidad/paternidad, cuidados a familiares y riesgos durante el embarazo, teniendo presente los incentivos previstos en la normativa vigente en cada momento.
- 4.5. Propiciar entre las partes el conocimiento de la normativa vigente en materia de creación y establecimiento de guarderías en centros de trabajo.

5. Seguridad y Salud en el Trabajo

- 5.1. Velar por la aplicación de la normativa vigente en materia de prevención de riesgos laborales promoviendo el desarrollo de actuaciones e instrumentos preven-

tivos como pueden ser evaluaciones de riesgos y planes de prevención dirigidos al conjunto de trabajadores y trabajadoras con exposiciones a riesgos, teniendo en cuenta la realidad y especificidad de las mujeres.

- 5.2. Promover una concepción integral de la salud, incidiendo en el conocimiento de las enfermedades profesionales relacionadas con las actividades y funciones que desarrollan las mujeres.
- 5.3. Los convenios colectivos establecerán el procedimiento para llevar a cabo la adaptación cuando sea posible, de los puestos de trabajo que, de acuerdo con la preceptiva evaluación de riesgos a que se refiere el artículo 16 de la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales, puedan generar riesgos durante el embarazo o periodo de lactancia natural.

Asimismo podrán determinar aquellos puestos de trabajo alternativos que, sin merma de sus derechos, puedan ser ocupados por las mujeres en situación de embarazo o lactancia, cuando su ocupación habitual resulte incompatible con su estado.

6. Acoso sexual

- 6.1. Los convenios colectivos incorporarán o establecerán cláusulas que determinen el compromiso de empresas y trabajadores en promocionar un ambiente adecuado en el trabajo, libre de comportamientos indeseados con connotación o carácter sexual.
- 6.2. En ese sentido, se entenderá por acoso sexual el concepto acogido en el Documento «Consideraciones generales y buenas prácticas sobre igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en la negociación colectiva», aprobado por la Comisión de Seguimiento del Acuerdo de Negociación Colectiva- 2003, en reunión de 17 de febrero de 2003, cuyo temor literal es el siguiente: «Se considerará constitutiva de acoso sexual cualquier conducta, proposición o requerimiento de naturaleza sexual que tenga lugar en el ámbito de organización y dirección de una empresa, respecto de las que el sujeto activo sepa o esté en condiciones de saber que resultan indeseadas, irrazonables y ofensivas para quien padece, cuya respuesta ante las mismas puede determinar una decisión que afecte a su empleo o a sus condiciones de trabajo.

La mera atención sexual puede convertirse en acoso si continúa una vez que la persona objeto de la misma ha dado claras muestras de rechazo, sean del tenor que fueren: Ella distingue el acoso sexual de las aproximaciones personales libremente aceptadas, basadas, por tanto, en el consentimiento mutuo».

- 6.3. Los convenios colectivos establecerán un procedimiento de actuación específico, que habrá de ser ágil y rápido, respetando la intimidad y dignidad de las personas afectadas, para poner en conocimiento de la dirección de la empresa las posibles situaciones de acoso sexual para en su caso, adoptar las medidas que se estimen pertinentes.

A través de este procedimiento se podrá designar a una persona de común acuerdo entre empresa y representantes de los trabajadores, para que preste el asesoramiento e información a las personas afectadas en el procedimiento.

- 6.4. El acoso sexual se tipificará como falta grave o muy grave según las circunstancias del caso.
- 6.5. Se recomienda que los planes de prevención de riesgos laborales incorporen medidas preventivas frente al acoso sexual.

7. Igualdad retributiva

- 7.1. Los Convenios Colectivos, en aplicación del principio de igualdad de retribución por trabajos de igual valor, deberán revisar las definiciones de aquellas categorías profesionales así como la denominación de las mismas utilizando para ello términos neutros o no sexistas, que, sin razones de necesidad organizativas, puedan encubrir distinciones salariales entre hombres y mujeres.
- 7.2. Es aconsejable establecer expresamente que el convenio y su estructura retributiva (incluidas las percepciones extrasalariales y las mejoras sociales) afectará a todo el personal, sea cual sea la modalidad de su contratación, sin más limitaciones que las derivadas de la naturaleza del contrato.
- 7.3. Aquellos convenios colectivos que por razones históricas o tradicionales puedan contener formas directas o indirectas de desigualdad salarial exclusivamente basadas en criterios de género, adoptarán los procedimientos adecuados para su eliminación, estableciendo las medidas oportunas, implantando, en su caso, formulas progresivas y graduales para el restablecimiento de la igualdad salarial, una vez evaluadas las posibilidades económicas de tales medidas.
- 7.4. Los convenios colectivos en la regulación de su estructura salarial deberán atender a criterios de objetividad, neutralidad y racionalidad en función, exclusivamente, de las características de los puestos de trabajo. Asimismo se incluirán en los convenios colectivos los complementos salariales, que se habrán de adaptar a la dificultad y especificidad de cada puesto con independencia de las características personales de los trabajadores y trabajadoras.



3

Reseña de Legislación







Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (BOE de 23 de marzo)

(Selección de normas)

TÍTULO PRELIMINAR OBJETO Y ÁMBITO DE LA LEY

Artículo 1.º *Objeto de la Ley.*—1. Las mujeres y los hombres son iguales en dignidad humana, e iguales en derechos y deberes. Esta Ley 12614 Viernes 23 marzo 2007 BOE núm. 71 tiene por objeto hacer efectivo el derecho de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, en particular mediante la eliminación de la discriminación de la mujer, sea cual fuere su circunstancia o condición, en cualesquiera de los ámbitos de la vida y, singularmente, en las esferas política, civil, laboral, económica, social y cultural para, en el desarrollo de los artículos 9.2 y 14 de la Constitución, alcanzar una sociedad más democrática, más justa y más solidaria.

2. A estos efectos, la Ley establece principios de actuación de los Poderes Públicos, regula derechos y deberes de las personas físicas y jurídicas, tanto públicas como privadas, y prevé medidas destinadas a eliminar y corregir en los sectores público y privado, toda forma de discriminación por razón de sexo.

Art. 2.º *Ámbito de aplicación.*—1. Todas las personas gozarán de los derechos derivados del principio de igualdad de trato y de la prohibición de discriminación por razón de sexo.

2. Las obligaciones establecidas en esta Ley serán de aplicación a toda persona, física

o jurídica, que se encuentre o actúe en territorio español, cualquiera que fuese su nacionalidad, domicilio o residencia.

TÍTULO I EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y LA TUTELA CONTRA LA DISCRIMINACIÓN

Art. 3.º *El principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres.*—El principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres supone la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo, y, especialmente, las derivadas de la maternidad, la asunción de obligaciones familiares y el estado civil.

Art. 4.º *Integración del principio de igualdad en la interpretación y aplicación de las normas.*—La igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas.

Art. 5.º *Igualdad de trato y de oportunidades en el acceso al empleo, en la formación y en la promoción profesionales, y en las condiciones de trabajo.*—El principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, aplicable en el ámbito del empleo privado y en el del empleo público, se garantizará, en los términos previstos en la normativa

aplicable, en el acceso al empleo, incluso al trabajo por cuenta propia, en la formación profesional, en la promoción profesional, en las condiciones de trabajo, incluidas las retributivas y las de despido, y en la afiliación y participación en las organizaciones sindicales y empresariales, o en cualquier organización cuyos miembros ejerzan una profesión concreta, incluidas las prestaciones concedidas por las mismas.

No constituirá discriminación en el acceso al empleo, incluida la formación necesaria, una diferencia de trato basada en una característica relacionada con el sexo cuando, debido a la naturaleza de las actividades profesionales concretas o al contexto en el que se lleven a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado.

Art. 6.º Discriminación directa e indirecta.—1. Se considera discriminación directa por razón de sexo la situación en que se encuentra una persona que sea, haya sido o pudiera ser tratada, en atención a su sexo, de manera menos favorable que otra en situación comparable.

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

3. En cualquier caso, se considera discriminatoria toda orden de discriminar, directa o indirectamente, por razón de sexo.

Art. 7.º Acoso sexual y acoso por razón de sexo.—1. Sin perjuicio de lo establecido en el Código Penal, a los efectos de esta Ley constituye acoso sexual cualquier comportamiento, verbal o físico, de naturaleza sexual que tenga el propósito o produzca el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo.

2. Constituye acoso por razón de sexo cualquier comportamiento realizado en función

del sexo de una persona, con el propósito o el efecto de atentar contra su dignidad y de crear un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo.

3. Se considerarán en todo caso discriminatorios el acoso sexual y el acoso por razón de sexo.

4. El condicionamiento de un derecho o de una expectativa de derecho a la aceptación de una situación constitutiva de acoso sexual o de acoso por razón de sexo se considerará también acto de discriminación por razón de sexo.

Art. 8.º Discriminación por embarazo o maternidad.—Constituye discriminación directa por razón de sexo todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad.

Art. 9.º Indemnidad frente a represalias.—También se considerará discriminación por razón de sexo cualquier trato adverso o efecto negativo que se produzca en una persona como consecuencia de la presentación por su parte de queja, reclamación, denuncia, demanda o recurso, de cualquier tipo, destinados a impedir su discriminación y a exigir el cumplimiento efectivo del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres.

Art. 10. Consecuencias jurídicas de las conductas discriminatorias.—Los actos y las cláusulas de los negocios jurídicos que constituyan o causen discriminación por razón de sexo se considerarán nulos y sin efecto, y darán lugar a responsabilidad a través de un sistema de reparaciones o indemnizaciones que sean reales, efectivas y proporcionadas al perjuicio sufrido, así como, en su caso, a través de un sistema eficaz y disuasorio de sanciones que prevenga la realización de conductas discriminatorias.

Art. 11. Acciones positivas.—1. Con el fin de hacer efectivo el derecho constitucional de la igualdad, los Poderes Públicos adoptarán medidas específicas en favor de las mujeres para corregir situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto de los hombres. Tales medidas, que serán aplicables en tanto subsistan dichas situaciones, habrán de ser

razonables y proporcionadas en relación con el objetivo perseguido en cada caso.

2. También las personas físicas y jurídicas privadas podrán adoptar este tipo de medidas en los términos establecidos en la presente Ley.

Art. 12. Tutela judicial efectiva.—1. Cualquier persona podrá recabar de los tribunales la tutela del derecho a la igualdad entre mujeres y hombres, de acuerdo con lo establecido en el artículo 53.2 de la Constitución, incluso tras la terminación de la relación en la que supuestamente se ha producido la discriminación.

2. La capacidad y legitimación para intervenir en los procesos civiles, sociales y contencioso-administrativos que versen sobre la defensa de este derecho corresponden a las personas físicas y jurídicas con interés legítimo, determinadas en las Leyes reguladoras de estos procesos.

3. La persona acosada será la única legitimada en los litigios sobre acoso sexual y acoso por razón de sexo.

Art. 13. Prueba.—1. De acuerdo con las Leyes procesales, en aquellos procedimientos en los que las alegaciones de la parte actora se fundamenten en actuaciones discriminatorias, por razón de sexo, corresponderá a la persona demandada probar la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y su proporcionalidad.

A los efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, el órgano judicial, a instancia de parte, podrá recabar, si lo estimase útil y pertinente, informe o dictamen de los organismos públicos competentes.

2. Lo establecido en el apartado anterior no será de aplicación a los procesos penales.

TÍTULO II POLÍTICAS PÚBLICAS PARA LA IGUALDAD

CAPÍTULO I Principios generales

Art. 14. Criterios generales de actuación de los Poderes Públicos.—A los fines de esta Ley, serán criterios generales de actuación de los Poderes Públicos:

1. El compromiso con la efectividad del derecho constitucional de igualdad entre mujeres y hombres.

2. La integración del principio de igualdad de trato y de oportunidades en el conjunto de las políticas económica, laboral, social, cultural y artística, con el fin de evitar la segregación laboral y eliminar las diferencias retributivas, así como potenciar el crecimiento del empresariado femenino en todos los ámbitos que abarque el conjunto de políticas y el valor del trabajo de las mujeres, incluido el doméstico.

3. La colaboración y cooperación entre las distintas Administraciones públicas en la aplicación del principio de igualdad de trato y de oportunidades.

4. La participación equilibrada de mujeres y hombres en las candidaturas electorales y en la toma de decisiones.

5. La adopción de las medidas necesarias para la erradicación de la violencia de género, la violencia familiar y todas las formas de acoso sexual y acoso por razón de sexo.

6. La consideración de las singulares dificultades en que se encuentran las mujeres de colectivos de especial vulnerabilidad como son las que pertenecen a minorías, las mujeres migrantes, las niñas, las mujeres con discapacidad, las mujeres mayores, las mujeres viudas y las mujeres víctimas de violencia de género, para las cuales los poderes públicos podrán adoptar, igualmente, medidas de acción positiva.

7. La protección de la maternidad, con especial atención a la asunción por la sociedad de los efectos derivados del embarazo, parto y lactancia.

8. El establecimiento de medidas que aseguren la conciliación del trabajo y de la vida personal y familiar de las mujeres y los hombres, así como el fomento de la corresponsabilidad en las labores domésticas y en la atención a la familia.

9. El fomento de instrumentos de colaboración entre las distintas Administraciones públicas y los agentes sociales, las asociaciones de mujeres y otras entidades privadas.

10. El fomento de la efectividad del principio de igualdad entre mujeres y hombres en las relaciones entre particulares.

11. La implantación de un lenguaje no sexista en el ámbito administrativo y su fomento

en la totalidad de las relaciones sociales, culturales y artísticas.

12. Todos los puntos considerados en este artículo se promoverán e integrarán de igual manera en la política española de cooperación internacional para el desarrollo.

Art. 15. *Transversalidad del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres.*—El principio de igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres informará, con carácter transversal, la actuación de todos los Poderes Públicos. Las Administraciones públicas lo integrarán, de forma activa, en la adopción y ejecución de sus disposiciones normativas, en la definición y presupuestación de políticas públicas en todos los ámbitos y en el desarrollo del conjunto de todas sus actividades.

Art. 16. *Nombramientos realizados por los Poderes Públicos.*—Los Poderes Públicos procurarán atender al principio de presencia equilibrada de mujeres y hombres en los nombramientos y designaciones de los cargos de responsabilidad que les correspondan.

Art. 17. *Plan Estratégico de Igualdad de Oportunidades.*—El Gobierno, en las materias que sean de la competencia del Estado, aprobará periódicamente un Plan Estratégico de Igualdad de Oportunidades, que incluirá medidas para alcanzar el objetivo de igualdad entre mujeres y hombres y eliminar la discriminación por razón de sexo.

Art. 18. *Informe periódico.*—En los términos que reglamentariamente se determinen, el Gobierno elaborará un informe periódico sobre el conjunto de sus actuaciones en relación con la efectividad del principio de igualdad entre mujeres y hombres. De este informe se dará cuenta a las Cortes Generales.

Art. 19. *Informes de impacto de género.*—Los proyectos de disposiciones de carácter general y los planes de especial relevancia económica, social, cultural y artística que se sometan a la aprobación del Consejo de Ministros deberán incorporar un informe sobre su impacto por razón de género.

Art. 20. *Adecuación de las estadísticas y estudios.*—Al objeto de hacer efectivas las dis-

posiciones contenidas en esta Ley y que se garantice la integración de modo efectivo de la perspectiva de género en su actividad ordinaria, los poderes públicos, en la elaboración de sus estudios y estadísticas, deberán:

a) Incluir sistemáticamente la variable de sexo en las estadísticas, encuestas y recogida de datos que lleven a cabo.

b) Establecer e incluir en las operaciones estadísticas nuevos indicadores que posibiliten un mejor conocimiento de las diferencias en los valores, roles, situaciones, condiciones, aspiraciones y necesidades de mujeres y hombres, su manifestación e interacción en la realidad que se vaya a analizar.

c) Diseñar e introducir los indicadores y mecanismos necesarios que permitan el conocimiento de la incidencia de otras variables cuya concurrencia resulta generadora de situaciones de discriminación múltiple en los diferentes ámbitos de intervención.

d) Realizar muestras lo suficientemente amplias como para que las diversas variables incluidas puedan ser explotadas y analizadas en función de la variable de sexo.

e) Explotar los datos de que disponen de modo que se puedan conocer las diferentes situaciones, condiciones, aspiraciones y necesidades de mujeres y hombres en los diferentes ámbitos de intervención.

f) Revisar y, en su caso, adecuar las definiciones estadísticas existentes con objeto de contribuir al reconocimiento y valoración del trabajo de las mujeres y evitar la estereotipación negativa de determinados colectivos de mujeres.

Sólo excepcionalmente, y mediante informe motivado y aprobado por el órgano competente, podrá justificarse el incumplimiento de alguna de las obligaciones anteriormente especificadas.

Art. 21. *Colaboración entre las Administraciones públicas.*—1. La Administración General del Estado y las Administraciones de las Comunidades Autónomas cooperarán para integrar el derecho de igualdad entre mujeres y hombres en el ejercicio de sus respectivas competencias y, en especial, en sus actuaciones de planificación. En el seno de la Conferencia Sectorial de la Mujer podrán adoptarse planes y programas conjuntos de actuación con esta finalidad.

2. Las Entidades Locales integrarán el derecho de igualdad en el ejercicio de sus competencias y colaborarán, a tal efecto, con el resto de las Administraciones públicas.

Art. 22. *Acciones de planificación equitativa de los tiempos.*—Con el fin de avanzar hacia un reparto equitativo de los tiempos entre mujeres y hombres, las corporaciones locales podrán establecer Planes Municipales de organización del tiempo de la ciudad. Sin perjuicio de las competencias de las Comunidades Autónomas, el Estado podrá prestar asistencia técnica para la elaboración de estos planes.

CAPÍTULO II

Acción administrativa para la igualdad

Art. 23. *La educación para la igualdad de mujeres y hombres.*—El sistema educativo incluirá entre sus fines la educación en el respeto de los derechos y libertades fundamentales y en la igualdad de derechos y oportunidades entre mujeres y hombres.

Asimismo, el sistema educativo incluirá, dentro de sus principios de calidad, la eliminación de los obstáculos que dificultan la igualdad efectiva entre mujeres y hombres y el fomento de la igualdad plena entre unas y otros.

Art. 24. *Integración del principio de igualdad en la política de educación.*—1. Las Administraciones educativas garantizarán un igual derecho a la educación de mujeres y hombres a través de la integración activa, en los objetivos y en las actuaciones educativas, del principio de igualdad de trato, evitando que, por comportamientos sexistas o por los estereotipos sociales asociados, se produzcan desigualdades entre mujeres y hombres.

2. Las Administraciones educativas, en el ámbito de sus respectivas competencias, desarrollarán, con tal finalidad, las siguientes actuaciones:

a) La atención especial en los currículos y en todas las etapas educativas al principio de igualdad entre mujeres y hombres.

b) La eliminación y el rechazo de los comportamientos y contenidos sexistas y estereotipos que supongan discriminación entre mujeres y hombres, con especial consideración a ello en los libros de texto y materiales educativos.

c) La integración del estudio y aplicación del principio de igualdad en los cursos y programas para la formación inicial y permanente del profesorado.

d) La promoción de la presencia equilibrada de mujeres y hombres en los órganos de control y de gobierno de los centros docentes.

e) La cooperación con el resto de las Administraciones educativas para el desarrollo de proyectos y programas dirigidos a fomentar el conocimiento y la difusión, entre las personas de la comunidad educativa, de los principios de coeducación y de igualdad efectiva entre mujeres y hombres.

f) El establecimiento de medidas educativas destinadas al reconocimiento y enseñanza del papel de las mujeres en la Historia.

Art. 25. *La igualdad en el ámbito de la educación superior.*—1. En el ámbito de la educación superior, las Administraciones públicas en el ejercicio de sus respectivas competencias fomentarán la enseñanza y la investigación sobre el significado y alcance de la igualdad entre mujeres y hombres.

2. En particular, y con tal finalidad, las Administraciones públicas promoverán:

a) La inclusión, en los planes de estudio en que proceda, de enseñanzas en materia de igualdad entre mujeres y hombres.

b) La creación de postgrados específicos.

c) La realización de estudios e investigaciones especializadas en la materia.

Art. 26. *La igualdad en el ámbito de la creación y producción artística e intelectual.*—1. Las autoridades públicas, en el ámbito de sus competencias, velarán por hacer efectivo el principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en todo lo concerniente a la creación y producción artística e intelectual y a la difusión de la misma.

2. Los distintos organismos, agencias, entes y demás estructuras de las administraciones públicas que de modo directo o indirecto configuren el sistema de gestión cultural, desarrollarán las siguientes actuaciones:

A) Adoptar iniciativas destinadas a favorecer la promoción específica de las mujeres en la cultura y a combatir su discriminación estructural y/o difusa.

b) Políticas activas de ayuda a la creación y producción artística e intelectual de autoría femenina, traducidas en incentivos de naturaleza económica, con el objeto de crear las condiciones para que se produzca una efectiva igualdad de oportunidades.

c) Promover la presencia equilibrada de mujeres y hombres en la oferta artística y cultural pública.

d) Que se respete y se garantice la representación equilibrada en los distintos órganos consultivos, científicos y de decisión existentes en el organigrama artístico y cultural.

e) Adoptar medidas de acción positiva a la creación y producción artística e intelectual de las mujeres, propiciando el intercambio cultural, intelectual y artístico, tanto nacional como internacional, y la suscripción de convenios con los organismos competentes.

f) En general y al amparo del artículo 11 de la presente Ley, todas las acciones positivas necesarias para corregir las situaciones de desigualdad en la producción y creación intelectual artística y cultural de las mujeres.

Art. 27. Integración del principio de igualdad en la política de salud.—1. Las políticas, estrategias y programas de salud integrarán, en su formulación, desarrollo y evaluación, las distintas necesidades de mujeres y hombres y las medidas necesarias para abordarlas adecuadamente.

2. Las Administraciones públicas garantizarán un igual derecho a la salud de las mujeres y hombres, a través de la integración activa, en los objetivos y en las actuaciones de la política de salud, del principio de igualdad de trato, evitando que por sus diferencias biológicas o por los estereotipos sociales asociados, se produzcan discriminaciones entre unas y otros.

3. Las Administraciones públicas, a través de sus Servicios de Salud y de los órganos competentes en cada caso, desarrollarán, de acuerdo con el principio de igualdad de oportunidades, las siguientes actuaciones:

A) La adopción sistemática, dentro de las acciones de educación sanitaria, de iniciativas destinadas a favorecer la promoción específica de la salud de las mujeres, así como a prevenir su discriminación.

B) El fomento de la investigación científica que atienda las diferencias entre mujeres y

hombres en relación con la protección de su salud, especialmente en lo referido a la accesibilidad y el esfuerzo diagnóstico y terapéutico, tanto en sus aspectos de ensayos clínicos como asistenciales.

c) La consideración, dentro de la protección, promoción y mejora de la salud laboral, del acoso sexual y el acoso por razón de sexo.

d) La integración del principio de igualdad en la formación del personal al servicio de las organizaciones sanitarias, garantizando en especial su capacidad para detectar y atender las situaciones de violencia de género.

e) La presencia equilibrada de mujeres y hombres en los puestos directivos y de responsabilidad profesional del conjunto del Sistema Nacional de Salud.

f) La obtención y el tratamiento desagregados por sexo, siempre que sea posible, de los datos contenidos en registros, encuestas, estadísticas u otros sistemas de información médica y sanitaria.

Art. 28. Sociedad de la Información.—1. Todos los programas públicos de desarrollo de la Sociedad de la Información incorporarán la efectiva consideración del principio de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en su diseño y ejecución.

2. El Gobierno promoverá la plena incorporación de las mujeres en la Sociedad de la Información mediante el desarrollo de programas específicos, en especial, en materia de acceso y formación en tecnologías de la información y de las comunicaciones, contemplando las de colectivos de riesgo de exclusión y del ámbito rural.

3. El Gobierno promoverá los contenidos creados por mujeres en el ámbito de la Sociedad de la Información.

4. En los proyectos del ámbito de las tecnologías de la información y la comunicación sufragados total o parcialmente con dinero público, se garantizará que su lenguaje y contenidos sean no sexistas.

Art. 29. Deportes.—1. Todos los programas públicos de desarrollo del deporte incorporarán la efectiva consideración del principio de igualdad real y efectiva entre mujeres y hombres en su diseño y ejecución.

2. El Gobierno promoverá el deporte femenino y favorecerá la efectiva apertura de las disciplinas deportivas a las mujeres, mediante el desarrollo de programas específicos en todas las etapas de la vida y en todos los niveles, incluidos los de responsabilidad y decisión.

Art. 30. Desarrollo rural.—1. A fin de hacer efectiva la igualdad entre mujeres y hombres en el sector agrario, el Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación y el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales desarrollarán la figura jurídica de la titularidad compartida, para que se reconozcan plenamente los derechos de las mujeres en el sector agrario, la correspondiente protección de la Seguridad Social, así como el reconocimiento de su trabajo.

2. En las actuaciones encaminadas al desarrollo del medio rural, se incluirán acciones dirigidas a mejorar el nivel educativo y de formación de las mujeres, y especialmente las que favorezcan su incorporación al mercado de trabajo y a los órganos de dirección de empresas y asociaciones.

3. Las Administraciones públicas promoverán nuevas actividades laborales que favorezcan el trabajo de las mujeres en el mundo rural.

4. Las Administraciones públicas promoverán el desarrollo de una red de servicios sociales para atender a menores, mayores y dependientes como medida de conciliación de la vida laboral, familiar y personal de hombres y mujeres en mundo rural.

5. Los poderes públicos fomentarán la igualdad de oportunidades en el acceso a las tecnologías de la información y la comunicación mediante el uso de políticas y actividades dirigidas a la mujer rural, y la aplicación de soluciones alternativas tecnológicas allá donde la extensión de estas tecnologías no sea posible.

Art. 31. Políticas urbanas, de ordenación territorial y vivienda.—1. Las políticas y planes de las Administraciones públicas en materia de acceso a la vivienda incluirán medidas destinadas a hacer efectivo el principio de igualdad entre mujeres y hombres.

Del mismo modo, las políticas urbanas y de ordenación del territorio tomarán en consideración las necesidades de los distintos grupos sociales y de los diversos tipos de estructuras familiares, y favorecerán el acceso en

condiciones de igualdad a los distintos servicios e infraestructuras urbanas.

2. El Gobierno, en el ámbito de sus competencias, fomentará el acceso a la vivienda de las mujeres en situación de necesidad o en riesgo de exclusión, y de las que hayan sido víctimas de la violencia de género, en especial cuando, en ambos casos, tengan hijos menores exclusivamente a su cargo.

3. Las Administraciones públicas tendrán en cuenta en el diseño de la ciudad, en las políticas urbanas, en la definición y ejecución del planeamiento urbanístico, la perspectiva de género, utilizando para ello, especialmente, mecanismos e instrumentos que fomenten y favorezcan la participación ciudadana y la transparencia.

Art. 32. Política española de cooperación para el desarrollo.—1. Todas las políticas, planes, documentos de planificación estratégica, tanto sectorial como geográfica, y herramientas de programación operativa de la cooperación española para el desarrollo, incluirán el principio de igualdad entre mujeres y hombres como un elemento sustancial en su agenda de prioridades, y recibirán un tratamiento de prioridad transversal y específica en sus contenidos, contemplando medidas concretas para el seguimiento y la evaluación de logros para la igualdad efectiva en la cooperación española al desarrollo.

2. Además, se elaborará una Estrategia Sectorial de Igualdad entre mujeres y hombres para la cooperación española, que se actualizará periódicamente a partir de los logros y lecciones aprendidas en los procesos anteriores.

3. La Administración española planteará un proceso progresivo, a medio plazo, de integración efectiva del principio de igualdad y del enfoque de género en desarrollo (GED), en todos los niveles de su gestión, que haga posible y efectiva la aplicación de la Estrategia Sectorial de Igualdad entre mujeres y hombres, que contemple actuaciones específicas para alcanzar la transversalidad en las actuaciones de la cooperación española, y la promoción de medidas de acción positiva que favorezcan cambios significativos en la implantación del principio de igualdad, tanto dentro de la Administración como en el mandato de desarrollo de la propia cooperación española.

Art. 33. *Contratos de las Administraciones públicas.*

Las Administraciones públicas, en el ámbito de sus respectivas competencias, a través de sus órganos de contratación y, en relación con la ejecución de los contratos que celebren, podrán establecer condiciones especiales con el fin de promover la igualdad entre mujeres y

hombres en el mercado de trabajo, de acuerdo con lo establecido en la legislación de contratos del sector público

Art. 34. *Contratos de la Administración General del Estado.*—1. Anualmente, el Consejo de Ministros, a la vista de la evolución e

impacto de las políticas de igualdad en el mercado laboral, determinará los contratos de la Administración General del Estado y de sus organismos públicos que obligatoriamente deberán incluir entre sus condiciones de ejecución medidas tendentes a promover la igualdad efectiva entre mujeres y hombres en el mercado de trabajo, conforme a lo previsto en la legislación de contratos del sector público.

En el Acuerdo a que se refiere el párrafo anterior podrán establecerse, en su caso, las características de las condiciones que deban incluirse en los pliegos atendiendo a la naturaleza de los contratos y al sector de actividad donde se generen las prestaciones.

2. Los órganos de contratación podrán establecer en los pliegos de cláusulas administrativas particulares la preferencia en la adjudicación de los contratos de las proposiciones presentadas por aquellas empresas que, en el momento de acreditar su solvencia técnica o profesional, cumplan con las directrices del apartado anterior, siempre que estas proposiciones igualen en sus términos a las más ventajosas desde el punto de vista de los criterios objetivos que sirvan de base a la adjudicación y respetando, en todo caso, la prelación establecida en el apartado primero de la disposición adicional octava del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio.

Art. 35. *Subvenciones públicas.*—Las Administraciones públicas, en los planes estratégicos de subvenciones que adopten en el ejercicio de sus competencias, determinarán

los ámbitos en que, por razón de la existencia de una situación de desigualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, las bases reguladoras de las correspondientes subvenciones puedan incluir la valoración de actuaciones de efectiva consecución de la igualdad por parte de las entidades solicitantes.

A estos efectos podrán valorarse, entre otras, las medidas de conciliación de la vida personal, laboral y familiar, de responsabilidad social de la empresa, o la obtención del distintivo empresarial en materia de igualdad regulado en el Capítulo IV del Título IV de la presente Ley.

TÍTULO III

IGUALDAD Y MEDIOS DE COMUNICACIÓN

Art. 36. *La igualdad en los medios de comunicación social de titularidad pública.*—Los

medios de comunicación social de titularidad pública velarán por la transmisión de una imagen igualitaria, plural y no estereotipada de mujeres y hombres en la sociedad, y promoverán el conocimiento y la difusión del principio de igualdad entre mujeres y hombres.

Art. 37. *Corporación RTVE.*—1. La Corporación RTVE, en el ejercicio de su función de servicio público, perseguirá en su programación los siguientes objetivos:

A) Reflejar adecuadamente la presencia de las mujeres en los diversos ámbitos de la vida social.

B) Utilizar el lenguaje en forma no sexista.

C) Adoptar, mediante la autorregulación, códigos de conducta tendentes a transmitir el contenido del principio de igualdad.

D) Colaborar con las campañas institucionales dirigidas a fomentar la igualdad entre mujeres y hombres y a erradicar la violencia de género.

2. La Corporación RTVE promoverá la incorporación de las mujeres a puestos de responsabilidad directiva y profesional. Asimismo, fomentará la relación con asociaciones y grupos de mujeres para identificar sus necesidades e intereses en el ámbito de la comunicación.

Art. 38. *Agencia EFE.*—1. En el ejercicio de sus actividades, la Agencia EFE velará por

el respeto del principio de igualdad entre mujeres y hombres y, en especial, por la utilización no sexista del lenguaje, y perseguirá en su actuación los siguientes objetivos:

A) Reflejar adecuadamente la presencia de la mujer en los diversos ámbitos de la vida social.

B) Utilizar el lenguaje en forma no sexista.

C) Adoptar, mediante la autorregulación, códigos de conducta tendentes a transmitir el contenido del principio de igualdad.

D) Colaborar con las campañas institucionales dirigidas a fomentar la igualdad entre mujeres y hombres y a erradicar la violencia de género.

2. La Agencia EFE promoverá la incorporación de las mujeres a puestos de responsabilidad directiva y profesional.

Asimismo, fomentará la relación con asociaciones y grupos de mujeres para identificar sus necesidades e intereses en el ámbito de la comunicación.

Art. 39. *La igualdad en los medios de comunicación social de titularidad privada.*—

1. Todos los medios de comunicación respetarán la igualdad entre mujeres y hombres, evitando cualquier forma de discriminación.

2. Las Administraciones públicas promoverán la adopción por parte de los medios de comunicación de acuerdos de autorregulación que contribuyan al cumplimiento de la legislación en materia de igualdad entre mujeres y hombres, incluyendo las actividades de venta y publicidad que en aquellos se desarrollen.

Art. 40. *Autoridad audiovisual.*—Las Autoridades a las que corresponda velar por que los medios audiovisuales cumplan sus obligaciones adoptarán las medidas que procedan, de acuerdo con su regulación, para asegurar un tratamiento de las mujeres conforme con los principios y valores constitucionales.

Art. 41. *Igualdad y publicidad.*—La publicidad que comporte una conducta discriminatoria de acuerdo con esta Ley se considerará publicidad ilícita, de conformidad con lo previsto en la legislación general de publicidad y de publicidad y comunicación institucional.

TÍTULO IV EL DERECHO AL TRABAJO EN IGUALDAD DE OPORTUNIDADES

CAPÍTULO I

Igualdad de trato y de oportunidades en el ámbito laboral

Art. 42. *Programas de mejora de la empleabilidad de las mujeres.*—1. Las políticas de empleo tendrán como uno de sus objetivos prioritarios aumentar la participación de las mujeres en el mercado de trabajo y avanzar en la igualdad efectiva entre mujeres y hombres. Para ello, se mejorará la empleabilidad y la permanencia en el empleo de las mujeres, potenciando su nivel formativo y su adaptabilidad a los requerimientos del mercado de trabajo.

2. Los Programas de inserción laboral activa comprenderán todos los niveles educativos y edad de las mujeres, incluyendo los de Formación Profesional, Escuelas Taller y Casas de Oficios, dirigidos a personas en desempleo, se podrán destinar prioritariamente a colectivos específicos de mujeres o contemplar una determinada proporción de mujeres.

Art. 43. *Promoción de la igualdad en la negociación colectiva.*—De acuerdo con lo establecido legalmente, mediante la negociación colectiva se podrán establecer medidas de acción positiva para favorecer el acceso de las mujeres al empleo y la aplicación efectiva del principio de igualdad de trato y no discriminación en las condiciones de trabajo entre mujeres y hombres.

CAPÍTULO II

Igualdad y conciliación

Art. 44. *Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral.*—1. Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral se reconocerán a los trabajadores y las trabajadoras en forma que fomenten la asunción equilibrada de las responsabilidades familiares, evitando toda discriminación basada en su ejercicio.

2. El permiso y la prestación por maternidad se concederán en los términos previs-

tos en la normativa laboral y de Seguridad Social.

3. Para contribuir a un reparto más equilibrado de las responsabilidades familiares, se reconoce a los padres el derecho a un permiso y una prestación por paternidad, en los términos previstos en la normativa laboral y de Seguridad Social.

CAPÍTULO III

Los planes de igualdad de las empresas y otras medidas de promoción de la igualdad

Art. 45. *Elaboración y aplicación de los planes de igualdad.*—1. Las empresas están obligadas a respetar la igualdad de trato y de oportunidades en el ámbito laboral y, con esta finalidad, deberán adoptar medidas dirigidas a evitar cualquier tipo de discriminación laboral entre mujeres y hombres, medidas que deberán negociar, y en su caso acordar, con los representantes legales de los trabajadores en la forma que se determine en la legislación laboral.

2. En el caso de las empresas de más de doscientos cincuenta trabajadores, las medidas de igualdad a que se refiere el apartado anterior deberán dirigirse a la elaboración y aplicación de un plan de igualdad, con el alcance y contenido establecidos en este capítulo, que deberá ser asimismo objeto de negociación en la forma que se determine en la legislación laboral.

3. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, las empresas deberán elaborar y aplicar un plan de igualdad cuando así se establezca en el convenio colectivo que sea aplicable, en los términos previstos en el mismo.

4. Las empresas también elaborarán y aplicarán un plan de igualdad, previa negociación o consulta, en su caso, con la representación legal de los trabajadores y trabajadoras, cuando la autoridad laboral hubiera acordado en un procedimiento sancionador la sustitución de las sanciones accesorias por la elaboración y aplicación de dicho plan, en los términos que se fijen en el indicado acuerdo.

5. La elaboración e implantación de planes de igualdad será voluntaria para las demás empresas, previa consulta a la representación legal de los trabajadores y trabajadoras.

Art. 46. *Concepto y contenido de los planes de igualdad de las empresas.*—1. Los planes de igualdad de las empresas son un conjunto ordenado de medidas, adoptadas después de realizar un diagnóstico de situación, tendentes a alcanzar en la empresa la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres y a eliminar la discriminación por razón de sexo.

Los planes de igualdad fijarán los concretos objetivos de igualdad a alcanzar, las estrategias y prácticas a adoptar para su consecución, así como el establecimiento de sistemas eficaces de seguimiento y evaluación de los objetivos fijados.

2. Para la consecución de los objetivos fijados, los planes de igualdad podrán contemplar, entre otras, las materias de acceso al empleo, clasificación profesional, promoción y formación, retribuciones, ordenación del tiempo de trabajo para favorecer, en términos de igualdad entre mujeres y hombres, la conciliación laboral, personal y familiar, y prevención del acoso sexual y del acoso por razón de sexo.

3. Los planes de igualdad incluirán la totalidad de una empresa, sin perjuicio del establecimiento de acciones especiales adecuadas respecto a determinados centros de trabajo.

Art. 47. *Transparencia en la implantación del plan de igualdad.*—Se garantiza el acceso de la representación legal de los trabajadores y trabajadoras o, en su defecto, de los propios trabajadores y trabajadoras, a la información sobre el contenido de los Planes de igualdad y la consecución de sus objetivos.

Lo previsto en el párrafo anterior se entenderá sin perjuicio del seguimiento de la evolución de los acuerdos sobre planes de igualdad por parte de las comisiones paritarias de los convenios colectivos a las que éstos atribuyan estas competencias.

Art. 48. *Medidas específicas para prevenir el acoso sexual y el acoso por razón de sexo en el trabajo.*—1. Las empresas deberán promover condiciones de trabajo que eviten el acoso sexual y el acoso por razón de sexo y arbitrar procedimientos específicos para su prevención y para dar cauce a las denuncias o reclamaciones que puedan formular quienes hayan sido objeto del mismo.

Con esta finalidad se podrán establecer medidas que deberán negociarse con los representantes de los trabajadores, tales como la elaboración y difusión de códigos de buenas prácticas, la realización de campañas informativas o acciones de formación.

2. Los representantes de los trabajadores deberán contribuir a prevenir el acoso sexual y el acoso por razón de sexo en el trabajo mediante la sensibilización de los trabajadores y trabajadoras frente al mismo y la información a la dirección de la empresa de las conductas o comportamientos de que tuvieran conocimiento y que pudieran propiciarlo.

Art. 49. *Apoyo para la implantación voluntaria de planes de igualdad.*—Para impulsar la adopción voluntaria de planes de igualdad, el Gobierno establecerá medidas de fomento, especialmente dirigidas a las pequeñas y las medianas empresas, que incluirán el apoyo técnico necesario.

CAPÍTULO IV

Distintivo empresarial en materia de igualdad

Art. 50. *Distintivo para las empresas en materia de igualdad.*—1. El Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales creará un distintivo para reconocer a aquellas empresas que destaquen por la aplicación de políticas de igualdad de trato y de oportunidades con sus trabajadores y trabajadoras, que podrá ser utilizado en el tráfico comercial de la empresa y con fines publicitarios.

2. Con el fin de obtener este distintivo, cualquier empresa, sea de capital público o privado, podrá presentar al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales un balance sobre los parámetros de igualdad implantados respecto de las relaciones de trabajo y la publicidad de los productos y servicios prestados.

3. Reglamentariamente, se determinarán la denominación de este distintivo, el procedimiento y las condiciones para su concesión, las facultades derivadas de su obtención y las condiciones de difusión institucional de las empresas que lo obtengan y de las políticas de igualdad aplicadas por ellas.

4. Para la concesión de este distintivo se tendrán en cuenta, entre otros criterios, la pre-

sencia equilibrada de mujeres y hombres en los órganos de dirección y en los distintos grupos y categorías profesionales de la empresa, la adopción de planes de igualdad u otras medidas innovadoras de fomento de la igualdad, así como la publicidad no sexista de los productos o servicios de la empresa.

5. El Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales controlará que las empresas que obtengan el distintivo mantengan permanentemente la aplicación de políticas de igualdad de trato y de oportunidades con sus trabajadores y trabajadoras y, en caso de incumplirlas, les retirará el distintivo.

TÍTULO V

EL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN EL EMPLEO PÚBLICO

CAPÍTULO I

Criterios de actuación de las Administraciones públicas

Art. 51. *Criterios de actuación de las Administraciones públicas.*—Las Administraciones públicas, en el ámbito de sus respectivas competencias y en aplicación del principio de igualdad entre mujeres y hombres, deberán:

A) Remover los obstáculos que impliquen la pervivencia de cualquier tipo de discriminación con el fin de ofrecer condiciones de igualdad efectiva entre mujeres y hombres en el acceso al empleo público y en el desarrollo de la carrera profesional.

B) Facilitar la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, sin menoscabo de la promoción profesional.

C) Fomentar la formación en igualdad, tanto en el acceso al empleo público como a lo largo de la carrera profesional.

D) Promover la presencia equilibrada de mujeres y hombres en los órganos de selección y valoración.

E) Establecer medidas efectivas de protección frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo.

F) Establecer medidas efectivas para eliminar cualquier discriminación retributiva, directa o indirecta, por razón de sexo.

G) Evaluar periódicamente la efectividad del principio de igualdad en sus respectivos ámbitos de actuación.

CAPÍTULO II

El principio de presencia equilibrada en la Administración General del Estado y en los organismos públicos vinculados o dependientes de ella

Art. 52. Titulares de órganos directivos.—El Gobierno atenderá al principio de presencia equilibrada de mujeres y hombres en el nombramiento de las personas titulares de los órganos directivos de la Administración General del Estado y de los organismos públicos vinculados o dependientes de ella, considerados en su conjunto, cuya designación le corresponda.

Art. 53. Órganos de selección y Comisiones de valoración.—Todos los tribunales y órganos de selección del personal de la Administración General del Estado y de los organismos públicos vinculados o dependientes de ella responderán al principio de presencia equilibrada de mujeres y hombres, salvo por razones fundadas y objetivas, debidamente motivadas.

Asimismo, la representación de la Administración General del Estado y de los organismos públicos vinculados o dependientes de ella en las comisiones de valoración de méritos para la provisión de puestos de trabajo se ajustará al principio de composición equilibrada de ambos sexos.

Art. 54. Designación de representantes de la Administración General del Estado.—La Administración General del Estado y los organismos públicos vinculados o dependientes de ella designarán a sus representantes en órganos colegiados, comités de personas expertas o comités consultivos, nacionales o internacionales, de acuerdo con el principio de presencia equilibrada de mujeres y hombres, salvo por razones fundadas y objetivas, debidamente motivadas.

Asimismo, la Administración General del Estado y los organismos públicos vinculados o dependientes de ella observarán el principio de presencia equilibrada en los nombramientos que le corresponda efectuar en los consejos de administración de las empresas en cuyo capital participe.

CAPÍTULO III

Medidas de Igualdad en el empleo para la Administración General del Estado y para los organismos públicos vinculados o dependientes de ella

Art. 55. Informe de impacto de género en las pruebas de acceso al empleo público.—La aprobación de convocatorias de pruebas selectivas para el acceso al empleo público deberá acompañarse de un informe de impacto de género, salvo en casos de urgencia y siempre sin perjuicio de la prohibición de discriminación por razón de sexo.

Art. 56. Permisos y beneficios de protección a la maternidad y la conciliación de la vida personal, familiar y laboral.—Sin perjuicio de las mejoras que pudieran derivarse de acuerdos suscritos entre la Administración General del Estado o los organismos públicos vinculados o dependientes de ella con los representantes del personal al servicio de la Administración Pública, la normativa aplicable a los mismos establecerá un régimen de excedencias, reducciones de jornada, permisos u otros beneficios con el fin de proteger la maternidad y facilitar la conciliación de la vida personal, familiar y laboral. Con la misma finalidad se reconocerá un permiso de paternidad, en los términos que disponga dicha normativa.

Art. 57. Conciliación y provisión de puestos de trabajo.—En las bases de los concursos para la provisión de puestos de trabajo se computará, a los efectos de valoración del trabajo desarrollado y de los correspondientes méritos, el tiempo que las personas candidatas hayan permanecido en las situaciones a que se refiere el artículo anterior.

Art. 58. Licencia por riesgo durante el embarazo y lactancia.—Cuando las condiciones del puesto de trabajo de una funcionaria incluida en el ámbito de aplicación del mutualismo administrativo pudieran influir negativamente en la salud de la mujer, del hijo e hija, podrá concederse licencia por riesgo durante el embarazo, en los mismos términos y condiciones previstas en la normativa aplicable. En estos casos, se garantizará la plenitud de los dere-

chos económicos de la funcionaria durante toda la duración de la licencia, de acuerdo con lo establecido en la legislación específica.

Lo dispuesto en el párrafo anterior será también de aplicación durante el periodo de lactancia natural.

Art. 59. Vacaciones.—Sin perjuicio de las mejoras que pudieran derivarse de acuerdos suscritos entre la Administración General del Estado o los organismos públicos vinculados o dependientes de ella con la representación de los empleados y empleadas al servicio de la Administración Pública, cuando el periodo de vacaciones coincida con una incapacidad temporal derivada del embarazo, parto o lactancia natural, o con el permiso de maternidad, o con su ampliación por lactancia, la empleada pública tendrá derecho a disfrutar las vacaciones en fecha distinta, aunque haya terminado el año natural al que correspondan.

Gozarán de este mismo derecho quienes estén disfrutando de permiso de paternidad.

Art. 60. Acciones positivas en las actividades de formación.—1. Con el objeto de actualizar los conocimientos de los empleados y empleadas públicas, se otorgará preferencia, durante un año, en la adjudicación de plazas para participar en los cursos de formación a quienes se hayan incorporado al servicio activo procedentes del permiso de maternidad o paternidad, o hayan reingresado desde la situación de excedencia por razones de guarda legal y atención a personas mayores dependientes o personas con discapacidad.

2. Con el fin de facilitar la promoción profesional de las empleadas públicas y su acceso a puestos directivos en la Administración General del Estado y en los organismos públicos vinculados o dependientes de ella, en las convocatorias de los correspondientes cursos de formación se reservará al menos un 40% de las plazas para su adjudicación a aquellas que reúnan los requisitos establecidos.

Art. 61. Formación para la igualdad.—1. Todas las pruebas de acceso al empleo público de la Administración General del Estado y de los organismos públicos vinculados o dependientes de ella contemplarán el estudio y la aplicación del principio de igualdad entre

mujeres y hombres en los diversos ámbitos de la función pública.

2. La Administración General del Estado y los organismos públicos vinculados o dependientes de ella impartirán cursos de formación sobre la igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres y sobre prevención de la violencia de género, que se dirigirán a todo su personal.

Art. 62. Protocolo de actuación frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo.—Para la prevención del acoso sexual y del acoso por razón de sexo, las Administraciones públicas negociararán con la representación legal de las trabajadoras y trabajadores, un protocolo de actuación que comprenderá, al menos, los siguientes principios:

A) El compromiso de la Administración General del Estado y de los organismos públicos vinculados o dependientes de ella de prevenir y no tolerar el acoso sexual y el acoso por razón de sexo.

B) La instrucción a todo el personal de su deber de respetar la dignidad de las personas y su derecho a la intimidad, así como la igualdad de trato entre mujeres y hombres.

C) El tratamiento reservado de las denuncias de hechos que pudieran ser constitutivos de acoso sexual o de acoso por razón de sexo, sin perjuicio de lo establecido en la normativa de régimen disciplinario.

D) La identificación de las personas responsables de atender a quienes formulen una queja o denuncia.

Art. 63. Evaluación sobre la igualdad en el empleo público.—Todos los Departamentos Ministeriales y Organismos Públicos remitirán, al menos anualmente, a los Ministerios de Trabajo y Asuntos Sociales y de Administraciones Públicas, información relativa a la aplicación efectiva en cada uno de ellos del principio de igualdad entre mujeres y hombres, con especificación, mediante la desagregación por sexo de los datos, de la distribución de su plantilla, grupo de titulación, nivel de complemento de destino y retribuciones promediadas de su personal.

Art. 64. Plan de Igualdad en la Administración General del Estado y en los organismos

públicos vinculados o dependientes de ella.— El Gobierno aprobará, al inicio de cada legislatura, un Plan para la Igualdad entre mujeres y hombres en la Administración General del Estado y en los organismos públicos vinculados o dependientes de ella. El Plan establecerá los objetivos a alcanzar en materia de promoción de la igualdad de trato y oportunidades en el empleo público, así como las estrategias o medidas a adoptar para su consecución. El Plan será objeto de negociación, y en su caso acuerdo, con la representación legal de los empleados públicos en la forma que se determine en la legislación sobre negociación colectiva en la Administración Pública y su cumplimiento será evaluado anualmente por el Consejo de Ministros.

CAPÍTULO IV Fuerzas Armadas

Art. 65. *Respeto del principio de igualdad.*—Las normas sobre personal de las Fuerzas Armadas procurarán la efectividad del principio de igualdad entre mujeres y hombres, en especial en lo que se refiere al régimen de acceso, formación, ascensos, destinos y situaciones administrativas.

Art. 66. *Aplicación de las normas referidas al personal de las Administraciones públicas.*—Las normas referidas al personal al servicio de las Administraciones públicas en materia de igualdad, prevención de la violencia de género y conciliación de la vida personal, familiar y profesional serán de aplicación en las Fuerzas Armadas, con las adaptaciones que resulten necesarias y en los términos establecidos en su normativa específica.

CAPÍTULO V Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado

Art. 67. *Respeto del principio de igualdad.*—Las normas reguladoras de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado promoverán la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, impidiendo cualquier situación de discriminación profesional, especialmente, en el sistema de acceso, formación, ascensos, destinos y situaciones administrativas.

Art. 68. *Aplicación de las normas referidas al personal de las Administraciones públicas.*—Las normas referidas al personal al servicio de las Administraciones públicas en materia de igualdad, prevención de la violencia de género y conciliación de la vida personal, familiar y profesional serán de aplicación en las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, adaptándose, en su caso, a las peculiaridades de las funciones que tienen encomendadas, en los términos establecidos por su normativa específica.

Disposición adicional décimo primera. *Modificaciones del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.*—El texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, queda modificado como sigue:

Uno. Se modifica el párrafo e) del apartado 2 del artículo 4, que queda redactado en los términos siguientes:

«e) Al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente al acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, y frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo».

Dos. Se modifica el párrafo segundo del apartado 1 y se añaden dos nuevos apartados 4 y 5 al artículo 17, en los siguientes términos:

«Serán igualmente nulas las órdenes de discriminar y las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación».

«4. Sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados anteriores, la negociación colectiva podrá establecer medidas de acción positiva para favorecer el acceso de las mujeres a todas las profesiones. A tal efecto podrá establecer reservas y preferencias en las condiciones de contratación de modo que, en igualdad de condiciones de idoneidad, tengan preferencia para ser contratadas las personas del sexo menos representado en el grupo o categoría profesional de que se trate.

Asimismo, la negociación colectiva podrá establecer este tipo de medidas en las condiciones de clasificación profesional, promoción y formación, de modo que, en igualdad de condiciones de idoneidad, tengan preferencia las personas del sexo menos representado para favorecer su acceso en el grupo, categoría profesional o puesto de trabajo de que se trate».

«5. El establecimiento de planes de igualdad en las empresas se ajustará a lo dispuesto en esta ley y en la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres».

Tres. Se introduce un apartado 8 en el artículo 34, con la siguiente redacción:

«8. El trabajador tendrá derecho a adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en los términos que se establezcan en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario respetando, en su caso, lo previsto en aquella».

Cuatro. Se modifica la letra b) del apartado 3 del artículo 37, que queda redactado del modo siguiente:

«b) Dos días por el nacimiento de hijo y por el fallecimiento, accidente o enfermedad graves, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario, de parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad. Cuando con tal motivo el trabajador necesite hacer un desplazamiento al efecto, el plazo será de cuatro días».

Cinco. Se modifican el apartado 4 y el párrafo primero del apartado 5 del artículo 37, quedando redactados en los siguientes términos:

«4. Las trabajadoras, por lactancia de un hijo menor de nueve meses, tendrán derecho a una hora de ausencia del trabajo, que podrán dividir en dos fracciones. La duración del permiso se incrementará proporcionalmente en los casos de parto múltiple.

La mujer, por su voluntad, podrá sustituir este derecho por una reducción de su jornada en media hora con la misma finalidad o acumularlo en jornadas completas en los términos previstos en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario respetando, en su caso, lo establecido en aquella.

Este permiso podrá ser disfrutado indistintamente por la madre o el padre en caso de que ambos trabajen».

«5. Quien por razones de guarda legal tenga a su cuidado directo algún menor de ocho años o una persona con discapacidad física, psíquica o sensorial, que no desempeñe una actividad retribuida, tendrá derecho a una reducción de la jornada de trabajo, con la disminución proporcional del salario entre, al menos, un octavo y un máximo de la mitad de la duración de aquella».

Seis. Se añade un párrafo segundo al apartado 3 del artículo 38, en los siguientes términos:

«Cuando el período de vacaciones fijado en el calendario de vacaciones de la empresa al que se refiere el párrafo anterior coincida en el tiempo con una incapacidad temporal derivada del embarazo, el parto o la lactancia natural o con el período de suspensión del contrato de trabajo previsto en el artículo 48.4 de esta Ley, se tendrá derecho a disfrutar las vacaciones en fecha distinta a la de la incapacidad temporal o a la del disfrute del permiso que por aplicación de dicho precepto le correspondiera, al finalizar el período de suspensión, aunque haya terminado el año natural a que correspondan».

Siete. Se modifica la letra d) del apartado 1 del artículo 45, quedando redactada en los siguientes términos:

«d) Maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural de un menor de nueve meses y adopción o acogimiento, tanto preadoptivo como permanente o simple, de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las Comunidades Autónomas que lo regulen, siempre que su duración no sea inferior a un año, aunque éstos sean provisionales, de menores de seis años o de menores de edad que sean mayores de seis años cuando se trate de menores discapacitados o que por sus circunstancias y experiencias personales o por provenir del extranjero, tengan especiales dificultades de inserción social y familiar debidamente acreditadas por los servicios sociales competentes».

Ocho. Se modifica el apartado 2 del artículo 46, que queda redactado del modo siguiente:

«2. El trabajador con al menos una antigüedad en la empresa de un año tiene derecho a que se le reconozca la posibilidad de situarse en excedencia voluntaria por un pla-

zo no menor a cuatro meses y no mayor a cinco años.

Este derecho sólo podrá ser ejercitado otra vez por el mismo trabajador si han transcurrido cuatro años desde el final de la anterior excedencia».

Nueve. Se modifican los párrafos primero, segundo y tercero del apartado 3 del artículo 46, que quedan redactados del modo siguiente:

«Los trabajadores tendrán derecho a un período de excedencia de duración no superior a tres años para atender al cuidado de cada hijo, tanto cuando lo sea por naturaleza, como por adopción, o en los supuestos de acogimiento, tanto permanente como preadoptivo, aunque éstos sean provisionales, a contar desde la fecha de nacimiento o, en su caso, de la resolución judicial o administrativa.

También tendrán derecho a un período de excedencia, de duración no superior a dos años, salvo que se establezca una duración mayor por negociación colectiva, los trabajadores para atender al cuidado de un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad no pueda valerse por sí mismo, y no desempeñe actividad retribuida.

La excedencia contemplada en el presente apartado, cuyo periodo de duración podrá disfrutarse de forma fraccionada, constituye un derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres. No obstante, si dos o más trabajadores de la misma empresa generasen este derecho por el mismo sujeto causante, el empresario podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas de funcionamiento de la empresa».

Diez. Se modifican los apartados 4 y 5 del artículo 48, quedando redactados en los siguientes términos:

«4. En el supuesto de parto, la suspensión tendrá una duración de dieciséis semanas ininterrumpidas, ampliables en el supuesto de parto múltiple en dos semanas más por cada hijo a partir del segundo. El período de suspensión se distribuirá a opción de la interesada siempre que seis semanas sean inmediatamente posteriores al parto. En caso de fallecimiento de la madre, con independencia de que ésta realizara o no algún trabajo, el otro progenitor

podrá hacer uso de la totalidad o, en su caso, de la parte que reste del período de suspensión, computado desde la fecha del parto, y sin que se descuenta del mismo la parte que la madre hubiera podido disfrutar con anterioridad al parto. En el supuesto de fallecimiento del hijo, el período de suspensión no se verá reducido, salvo que, una vez finalizadas las seis semanas de descanso obligatorio, la madre solicitara reincorporarse a su puesto de trabajo.

No obstante lo anterior, y sin perjuicio de las seis semanas inmediatamente posteriores al parto de descanso obligatorio para la madre, en el caso de que ambos progenitores trabajen, la madre, al iniciarse el período de descanso por maternidad, podrá optar por que el otro progenitor disfrute de una parte determinada e ininterrumpida del período de descanso posterior al parto bien de forma simultánea o sucesiva con el de la madre. El otro progenitor podrá seguir haciendo uso del período de suspensión por maternidad inicialmente cedido, aunque en el momento previsto para la reincorporación de la madre al trabajo ésta se encuentre en situación de incapacidad temporal.

En el caso de que la madre no tuviese derecho a suspender su actividad profesional con derecho a prestaciones de acuerdo con las normas que regulen dicha actividad, el otro progenitor tendrá derecho a suspender su contrato de trabajo por el periodo que hubiera correspondido a la madre, lo que será compatible con el ejercicio del derecho reconocido en el artículo siguiente.

En los casos de parto prematuro y en aquéllos en que, por cualquier otra causa, el neonato deba permanecer hospitalizado a continuación del parto, el período de suspensión podrá computarse, a instancia de la madre, o en su defecto, del otro progenitor, a partir de la fecha del alta hospitalaria. Se excluyen de dicho cómputo las seis semanas posteriores al parto, de suspensión obligatoria del contrato de la madre.

En los casos de partos prematuros con falta de peso y aquellos otros en que el neonato precise, por alguna condición clínica, hospitalización a continuación del parto, por un período superior a siete días, el período de suspensión se ampliará en tantos días como el nacido se encuentre hospitalizado, con un

máximo de trece semanas adicionales, y en los términos en que reglamentariamente se desarrolle.

En los supuestos de adopción y de acogimiento, de acuerdo con el artículo 45.1.d) de esta Ley, la suspensión tendrá una duración de dieciséis semanas ininterrumpidas, ampliable en el supuesto de adopción o acogimiento múltiples en dos semanas por cada menor a partir del segundo.

Dicha suspensión producirá sus efectos, a elección del trabajador, bien a partir de la resolución judicial por la que se constituye la adopción, bien a partir de la decisión administrativa o judicial de acogimiento, provisional o definitivo, sin que en ningún caso un mismo menor pueda dar derecho a varios períodos de suspensión.

En caso de que ambos progenitores trabajen, el período de suspensión se distribuirá a opción de los interesados, que podrán disfrutarlo de forma simultánea o sucesiva, siempre con períodos ininterrumpidos y con los límites señalados.

En los casos de disfrute simultáneo de períodos de descanso, la suma de los mismos no podrá exceder de las dieciséis semanas previstas en los párrafos anteriores o de las que correspondan en caso de parto, adopción o acogimiento múltiples.

En el supuesto de discapacidad del hijo o del menor adoptado o acogido, la suspensión del contrato a que se refiere este apartado tendrá una duración adicional de dos semanas. En caso de que ambos progenitores trabajen, este período adicional se distribuirá a opción de los interesados, que podrán disfrutarlo de forma simultánea o sucesiva y siempre de forma ininterrumpida.

Los períodos a los que se refiere el presente apartado podrán disfrutarse en régimen de jornada completa o a tiempo parcial, previo acuerdo entre los empresarios y los trabajadores afectados, en los términos que reglamentariamente se determinen.

En los supuestos de adopción internacional, cuando sea necesario el desplazamiento previo de los progenitores al país de origen del adoptado, el período de suspensión, previsto para cada caso en el presente apartado, podrá iniciarse hasta cuatro semanas antes de la resolución por la que se constituye la adopción.

Los trabajadores se beneficiarán de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a la que hubieran podido tener derecho durante la suspensión del contrato en los supuestos a que se refiere este apartado, así como en los previstos en el siguiente apartado y en el artículo 48 bis».

«5. En el supuesto de riesgo durante el embarazo o de riesgo durante la lactancia natural, en los términos previstos en el artículo 26 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, la suspensión del contrato finalizará el día en que se inicie la suspensión del contrato por maternidad biológica o el lactante cumpla nueve meses, respectivamente, o, en ambos casos, cuando desaparezca la imposibilidad de la trabajadora de reincorporarse a su puesto anterior o a otro compatible con su estado».

Once. Se incluye un nuevo artículo 48 bis, con la siguiente redacción:

«Artículo 48 bis. *Suspensión del contrato de trabajo por paternidad.*—En los supuestos de nacimiento de hijo, adopción o acogimiento de acuerdo con el artículo 45.1.d) de esta Ley, el trabajador tendrá derecho a la suspensión del contrato durante trece días ininterrumpidos, ampliables en el supuesto de parto, adopción o acogimiento múltiples en dos días más por cada hijo a partir del segundo. Esta suspensión es independiente del disfrute compartido de los períodos de descanso por maternidad regulados en el artículo 48.4.

En el supuesto de parto, la suspensión corresponde en exclusiva al otro progenitor. En los supuestos de adopción o acogimiento, este derecho corresponderá sólo a uno de los progenitores, a elección de los interesados; no obstante, cuando el período de descanso regulado en el artículo 48.4 sea disfrutado en su totalidad por uno de los progenitores, el derecho a la suspensión por paternidad únicamente podrá ser ejercido por el otro.

El trabajador que ejerza este derecho podrá hacerlo durante el período comprendido desde la finalización del permiso por nacimiento de hijo, previsto legal o convencionalmente, o desde la resolución judicial por la que se constituye la adopción o a partir de la decisión administrativa o judicial de acogimiento, hasta que finalice la suspensión del contrato regulada en el artículo 48.4 o inme-

diatamente después de la finalización de dicha suspensión.

La suspensión del contrato a que se refiere este artículo podrá disfrutarse en régimen de jornada completa o en régimen de jornada parcial de un mínimo del 50 por 100, previo acuerdo entre el empresario y el trabajador, y conforme se determine reglamentariamente.

El trabajador deberá comunicar al empresario, con la debida antelación, el ejercicio de este derecho en los términos establecidos, en su caso, en los convenios colectivos».

Doce. Se modifica el apartado 4 del artículo 53 que queda redactado en los siguientes términos:

«4. Cuando el empresario no cumplierse los requisitos establecidos en el apartado 1 de este artículo o la decisión extintiva del empresario tuviera como móvil algunas de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley o bien se hubiera producido con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador, la decisión extintiva será nula, debiendo la autoridad judicial hacer tal declaración de oficio. La no concesión del preaviso no anulará la extinción, si bien el empresario, con independencia de los demás efectos que procedan, estará obligado a abonar los salarios correspondientes a dicho periodo. La posterior observancia por el empresario de los requisitos incumplidos no constituirá, en ningún caso, subsanación del primitivo acto extintivo, sino un nuevo acuerdo de extinción con efectos desde su fecha.

Será también nula la decisión extintiva en los siguientes supuestos:

A) La de los trabajadores durante el período de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia natural, adopción o acogimiento o paternidad al que se refiere la letra d) del apartado 1 del artículo 45, o el notificado en una fecha tal que el plazo de preaviso concedido finalice dentro de dicho periodo.

B) La de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del periodo de suspensión a que se refiere la letra a), y la de los trabajadores que hayan solicitado uno de los permisos a los que

se refieren los apartados 4, 4 bis y 5 del artículo 37, o estén disfrutando de ellos, o hayan solicitado o estén disfrutando la excedencia prevista en el apartado 3 del artículo 46; y la de las trabajadoras víctimas de violencia de género por el ejercicio de los derechos de reducción o reordenación de su tiempo de trabajo, de movilidad geográfica, de cambio de centro de trabajo o de suspensión de la relación laboral en los términos y condiciones reconocidos en esta Ley.

c) La de los trabajadores después de haberse reintegrado al trabajo al finalizar los periodos de suspensión de contrato por maternidad, adopción o acogimiento o paternidad, siempre que no hubieran transcurrido más de nueve meses desde la fecha de nacimiento, adopción o acogimiento del hijo.

Lo establecido en las letras anteriores será de aplicación, salvo que, en esos casos, se declare la procedencia de la decisión extintiva por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencia señalados».

Trece. Se modifica la letra g) del apartado 2 del artículo 54, quedando redactado en los siguientes términos:

«g) El acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual y el acoso sexual o por razón de sexo al empresario o a las personas que trabajan en la empresa».

Catorce. Se modifica el apartado 5 del artículo 55, que queda redactado del siguiente modo:

«Será nulo el despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador.

Será también nulo el despido en los siguientes supuestos:

A) El de los trabajadores durante el período de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia natural, adopción o acogimiento o paternidad al que se refiere la letra d) del apartado 1 del artículo 45, o el notificado en una fecha tal que el plazo de preaviso concedido finalice dentro de dicho período.

b) El de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del período de suspensión a que se refiere la letra a), y el de los trabajadores que hayan solicitado uno de los permisos a los que se refieren los apartados 4, 4 bis y 5 del artículo 37, o estén disfrutando de ellos, o hayan solicitado o estén disfrutando la excedencia prevista en el apartado 3 del artículo 46; y el de las trabajadoras víctimas de violencia de género por el ejercicio de los derechos de reducción o reordenación de su tiempo de trabajo, de movilidad geográfica, de cambio de centro de trabajo o de suspensión de la relación laboral, en los términos y condiciones reconocidos en esta Ley.

c) El de los trabajadores después de haberse reintegrado al trabajo al finalizar los períodos de suspensión del contrato por maternidad, adopción o acogimiento o paternidad, siempre que no hubieran transcurrido más de nueve meses desde la fecha de nacimiento, adopción o acogimiento del hijo.

Lo establecido en las letras anteriores será de aplicación, salvo que, en esos casos, se declare la procedencia del despido por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencia señalados».

Quince. Se añade un nuevo párrafo segundo al número 1 del apartado 1 del artículo 64, en los siguientes términos:

«También tendrá derecho a recibir información, al menos anualmente, relativa a la aplicación en la empresa del derecho de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, entre la que se incluirán datos sobre la proporción de mujeres y hombres en los diferentes niveles profesionales, así como, en su caso, sobre las medidas que se hubieran adoptado para fomentar la igualdad entre mujeres y hombres en la empresa y, de haberse establecido un plan de igualdad, sobre la aplicación del mismo».

Dieciséis. Se añade una nueva letra c) en el número 9 del apartado 1 del artículo 64, así como un nuevo número 13 en el mismo apartado 1, en los siguientes términos:

«c) De vigilancia del respeto y aplicación del principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres».

«13. Colaborar con la dirección de la empresa en el establecimiento y puesta en marcha de medidas de conciliación».

Diecisiete. Se añade un nuevo párrafo en el apartado 1 del artículo 85, con la redacción siguiente:

«Sin perjuicio de la libertad de las partes para determinar el contenido de los convenios colectivos, en la negociación de los mismos existirá, en todo caso, el deber de negociar medidas dirigidas a promover la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el ámbito laboral o, en su caso, planes de igualdad con el alcance y contenido previsto en el capítulo III del Título IV de la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres».

Dieciocho. Se añade un nuevo párrafo en el apartado 2 del artículo 85, con la redacción siguiente:

«Asimismo, sin perjuicio de la libertad de contratación que se reconoce a las partes, a través de la negociación colectiva se articulará el deber de negociar planes de igualdad en las empresas de más de doscientos cincuenta trabajadores de la siguiente forma:

A) En los convenios colectivos de ámbito empresarial, el deber de negociar se formalizará en el marco de la negociación de dichos convenios.

B) En los convenios colectivos de ámbito superior a la empresa, el deber de negociar se formalizará a través de la negociación colectiva que se desarrolle en la empresa en los términos y condiciones que se hubieran establecido en los indicados convenios para cumplir dicho deber de negociar a través de las oportunas reglas de complementariedad».

Diecinueve. Se añade un nuevo apartado 6 al artículo 90, quedando redactado, en los siguientes términos:

«6. Sin perjuicio de lo establecido en el apartado anterior, la autoridad laboral velará por el respeto al principio de igualdad en los convenios colectivos que pudieran contener discriminaciones, directas o indirectas, por razón de sexo.

A tales efectos, podrá recabar el asesoramiento del Instituto de la Mujer o de los Organismos de Igualdad de las Comunidades Autónomas, según proceda por su ámbito territorial. Cuando la autoridad laboral se haya dirigido a la jurisdicción competente por entender que el convenio colectivo pudiera contener cláusulas discriminatorias, lo pondrá en cono-

cimiento del Instituto de la Mujer o de los Organismos de Igualdad de las Comunidades Autónomas, según su ámbito territorial, sin perjuicio de lo establecido en el apartado 3 del artículo 95 de la Ley de Procedimiento Laboral».

Veinte. Se añade una nueva disposición adicional decimoséptima, en los siguientes términos:

«Disposición adicional decimoséptima. *Discrepancias en materia de conciliación.*—Las discrepancias que surjan entre empresarios y trabajadores en relación con el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral reconocidos legal o convencionalmente se resolverán por la jurisdicción competente a través del procedimiento establecido en el artículo 138 bis de la Ley de Procedimiento Laboral».

Veintiuno. Se añade una nueva disposición adicional decimooctava, en los siguientes términos:

«Disposición adicional decimooctava. *Cálculo de indemnizaciones en determinados supuestos de jornada reducida.*—1. En los supuestos de reducción de jornada contemplados en el artículo 37, apartados 4 bis, 5 y 7 el salario a tener en cuenta a efectos del cálculo de las indemnizaciones previstas en esta Ley, será el que hubiera correspondido al trabajador sin considerar la reducción de jornada efectuada, siempre y cuando no hubiera transcurrido el plazo máximo legalmente establecido para dicha reducción.

2. Igualmente, será de aplicación lo dispuesto en el párrafo anterior en los supuestos de ejercicio a tiempo parcial de los derechos establecidos en el párrafo décimo del artículo 48.4 y en el artículo 48 bis».

Disposición adicional duodécima. *Modificaciones de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales.*—La Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales queda modificada como sigue:

Uno. Se introduce un nuevo apartado 4 en el artículo 5, que quedará redactado como sigue:

«4. Las Administraciones públicas promoverán la efectividad del principio de igualdad entre mujeres y hombres, considerando las variables relacionadas con el sexo tanto en los sistemas de recogida y tratamiento de datos

como en el estudio e investigación generales en materia de prevención de riesgos laborales, con el objetivo de detectar y prevenir posibles situaciones en las que los daños derivados del trabajo puedan aparecer vinculados con el sexo de los trabajadores».

Dos. Se modifica el párrafo primero del apartado 2 y el apartado 4 del artículo 26, que quedan redactados en los siguientes términos:

«2. Cuando la adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo no resultase posible o, a pesar de tal adaptación, las condiciones de un puesto de trabajo pudieran influir negativamente en la salud de la trabajadora embarazada o del feto, y así lo certifiquen los Servicios Médicos del Instituto Nacional de la Seguridad Social o de las Mutuas, en función de la Entidad con la que la empresa tenga concertada la cobertura de los riesgos profesionales, con el informe del médico del Servicio Nacional de Salud que asista facultativamente a la trabajadora, ésta deberá desempeñar un puesto de trabajo o función diferente y compatible con su estado. El empresario deberá determinar, previa consulta con los representantes de los trabajadores, la relación de los puestos de trabajo exentos de riesgos a estos efectos».

«4. Lo dispuesto en los números 1 y 2 de este artículo será también de aplicación durante el período de lactancia natural, si las condiciones de trabajo pudieran influir negativamente en la salud de la mujer o del hijo y así lo certifiquen los Servicios Médicos del Instituto Nacional de la Seguridad Social o de las Mutuas, en función de la Entidad con la que la empresa tenga concertada la cobertura de los riesgos profesionales, con el informe del médico del Servicio Nacional de Salud que asista facultativamente a la trabajadora o a su hijo. Podrá, asimismo, declararse el pase de la trabajadora afectada a la situación de suspensión del contrato por riesgo durante la lactancia natural de hijos menores de nueve meses contemplada en el artículo 45.1.d) del Estatuto de los Trabajadores, si se dan las circunstancias previstas en el número 3 de este artículo».

Disposición adicional decimotercera. *Modificaciones de la Ley de Procedimiento Laboral.*—El texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, aprobado por Real Decreto

Legislativo 2/1995, de 7 de abril, queda modificado como sigue:

Uno. Se añade un nuevo párrafo segundo en el apartado 2 del artículo 27 en los siguientes términos:

«Lo anterior se entiende sin perjuicio de la posibilidad de reclamar, en los anteriores juicios, la indemnización derivada de discriminación o lesión de derechos fundamentales conforme a los artículos 180 y 181 de esta Ley».

Dos. El apartado 2 del artículo 108 queda redactado del siguiente modo:

«2. Será nulo el despido que tenga como móvil alguna de las causas de discriminación prevista en la Constitución y en la Ley, o se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador.

Será también nulo el despido en los siguientes supuestos:

A) El de los trabajadores durante el período de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia natural, adopción o acogimiento o paternidad al que se refiere la letra d) del apartado 1 del artículo 45 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, o el notificado en una fecha tal que el plazo de preaviso concedido finalice dentro de dicho período.

B) El de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del período de suspensión a que se refiere la letra a), y el de los trabajadores que hayan solicitado uno de los permisos a los que se refieren los apartados 4, 4 bis y 5 del artículo 37 del Estatuto de los Trabajadores, o estén disfrutando de ellos, o hayan solicitado o estén disfrutando la excedencia prevista en el apartado 3 del artículo 46 del Estatuto de los Trabajadores; y el de las trabajadoras víctimas de violencia de género por el ejercicio de los derechos de reducción o reordenación de su tiempo de trabajo, de movilidad geográfica, de cambio de centro de trabajo o de suspensión de la relación laboral en los términos y condiciones reconocidos en el Estatuto de los Trabajadores.

C) El de los trabajadores después de haberse reintegrado al trabajo al finalizar los períodos de suspensión de contrato por maternidad, adopción o acogimiento o paternidad,

siempre que no hubieran transcurrido más de nueve meses desde la fecha de nacimiento, adopción o acogimiento del hijo.

Lo establecido en las letras anteriores será de aplicación, salvo que, en esos casos, se declare la procedencia del despido por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencias señalados».

Tres. Se modifica el apartado 2 del artículo 122, con el siguiente tenor:

«2. La decisión extintiva será nula cuando:

A) No se hubieren cumplido las formalidades legales de la comunicación escrita, con mención de causa.

B) No se hubiese puesto a disposición del trabajador la indemnización correspondiente, salvo en aquellos supuestos en los que tal requisito no viniera legalmente exigido.

C) Resulte discriminatoria o contraria a los derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador.

D) Se haya efectuado en fraude de ley eludiendo las normas establecidas por los despidos colectivos, en los casos a que se refiere el último párrafo del artículo 51.1 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

Será también nula la decisión extintiva en los siguientes supuestos:

A) La de los trabajadores durante el período de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia natural, adopción o acogimiento o paternidad al que se refiere la letra d) del apartado 1 de artículo 45 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, o el notificado en una fecha tal que el plazo de preaviso concedido finalice dentro de dicho período.

B) La de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del período de suspensión a que se refiere la letra a), y la de los trabajadores que hayan solicitado uno de los permisos a los que se refieren los apartados 4, 4 bis y 5 del artículo 37 del Estatuto de los Trabajadores, o estén disfrutando de ellos, o hayan solicitado o estén disfrutando la excedencia prevista en el apartado 3 del artículo 46 del Estatuto de los Trabajadores; y la de las trabajadoras víctimas

de violencia de género por el ejercicio de los derechos de reducción o reordenación de su tiempo de trabajo, de movilidad geográfica, de cambio de centro de trabajo o de suspensión de la relación laboral, en los términos y condiciones reconocidos en el Estatuto de los Trabajadores.

c) La de los trabajadores después de haberse reintegrado al trabajo al finalizar los períodos de suspensión de contrato por maternidad, adopción o acogimiento o paternidad, siempre que no hubieran transcurrido más de nueve meses desde la fecha de nacimiento, adopción o acogimiento del hijo.

Lo establecido en las letras anteriores será de aplicación, salvo que, en esos casos, se declare la procedencia de la decisión extintiva por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencias señalados».

Cuatro. Se añade una nueva letra d) al artículo 146, en los siguientes términos:

«d) De las comunicaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social acerca de la constatación de una discriminación por razón de sexo y en las que se recojan las bases de los perjuicios estimados para el trabajador, a los efectos de la determinación de la indemnización correspondiente.

En este caso, la Jefatura de Inspección correspondiente habrá de informar sobre tal circunstancia a la autoridad laboral competente para conocimiento de ésta, con el fin de que por la misma se dé traslado al órgano jurisdiccional competente a efectos de la acumulación de acciones si se iniciara con posterioridad el procedimiento de oficio a que se refiere el apartado 2 del artículo 149 de esta Ley».

Cinco. Se modifica el apartado 2 del artículo 149, quedando redactado en los siguientes términos:

«2. Asimismo, en el caso de que las actas de infracción versen sobre alguna de las materias contempladas en los apartados 2, 6 y 10 del artículo 7 y 2, 11 y 12 del artículo 8 del Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones del Orden Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, y el sujeto responsable las haya impugnado con base en alegaciones y pruebas de las que se deduzca que el conocimiento del fondo de la cuestión está atribuido al orden social de

la jurisdicción según el artículo 9.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial».

Seis. Se modifica el apartado 1 del artículo 180, que queda con la siguiente redacción:

«1. La sentencia declarará la existencia o no de la vulneración denunciada. En caso afirmativo y previa la declaración de nulidad radical de la conducta del empleador, asociación patronal, Administración pública o cualquier otra persona, entidad o corporación pública o privada, ordenará el cese inmediato del comportamiento antisindical y la reposición de la situación al momento anterior a producirse el mismo, así como la reparación de las consecuencias derivadas del acto, incluida la indemnización que procediera, que será compatible, en su caso, con la que pudiera corresponder al trabajador por la modificación o extinción del contrato de trabajo de acuerdo con lo establecido en el Estatuto de los Trabajadores».

Siete. Se modifica el artículo 181, quedando redactado en los siguientes términos:

«Las demandas de tutela de los demás derechos fundamentales y libertades públicas, incluida la prohibición de tratamiento discriminatorio y del acoso, que se susciten en el ámbito de las relaciones jurídicas atribuidas al conocimiento del orden jurisdiccional social, se tramitarán conforme a las disposiciones establecidas en este capítulo. En dichas demandas se expresarán el derecho o derechos fundamentales que se estimen infringidos.

Cuando la sentencia declare la existencia de vulneración, el Juez deberá pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización que, en su caso, le correspondiera al trabajador por haber sufrido discriminación, si hubiera discrepancia entre las partes. Esta indemnización será compatible, en su caso, con la que pudiera corresponder al trabajador por la modificación o extinción del contrato de trabajo de acuerdo con lo establecido en el Estatuto de los Trabajadores».

Disposición adicional decimocuarta.
Modificaciones de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social.—El texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, queda modificado como sigue:

Uno. Se añade un nuevo apartado, el 13, al artículo 7, con la siguiente redacción:

«13. No cumplir las obligaciones que en materia de planes de igualdad establecen el Estatuto de los Trabajadores o el convenio colectivo que sea de aplicación».

Dos. Se modifican los apartados 12 y 13 bis del artículo 8 y se añade un nuevo apartado 17, quedando redactados en los siguientes términos:

«12. Las decisiones unilaterales de la empresa que impliquen discriminaciones directas o indirectas desfavorables por razón de edad o discapacidad o favorables o adversas en materia de retribuciones, jornadas, formación, promoción y demás condiciones de trabajo, por circunstancias de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con otros trabajadores en la empresa o lengua dentro del Estado español, así como las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación».

«13 bis. El acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad y orientación sexual y el acoso por razón de sexo, cuando se produzcan dentro del ámbito a que alcanzan las facultades de dirección empresarial, cualquiera que sea el sujeto activo del mismo, siempre que, conocido por el empresario, éste no hubiera adoptado las medidas necesarias para impedirlo».

«17. No elaborar o no aplicar el plan de igualdad, o hacerlo incumpliendo manifiestamente los términos previstos, cuando la obligación de realizar dicho plan responda a lo establecido en el apartado 2 del artículo 46 bis de esta Ley».

Tres. Se modifica el párrafo primero del artículo 46, quedando redactado en los siguientes términos:

«Sin perjuicio de las sanciones a que se refiere el artículo 40.1 y salvo lo establecido en el artículo 46 bis) de esta Ley, los empresarios que hayan cometido infracciones muy graves tipificadas en los artículos 16 y 23 de esta Ley en materia de empleo y de protección por desempleo».

Cuatro. Se añade una nueva Subsección 3.^a bis en la Sección 2.^a del Capítulo VI, comprensiva de un nuevo artículo 46 bis, en los siguientes términos:

«Subsección tercera bis. Responsabilidades en materia de igualdad

Artículo 46 bis. Responsabilidades empresariales específicas.—1. Los empresarios que hayan cometido las infracciones muy graves tipificadas en los apartados 12, 13 y 13 bis) del artículo 8 y en el apartado 2 del artículo 16 de esta Ley serán sancionados, sin perjuicio de lo establecido en el apartado 1 del artículo 40, con las siguientes sanciones accesorias:

A) Pérdida automática de las ayudas, bonificaciones y, en general, de los beneficios derivados de la aplicación de los programas de empleo, con efectos desde la fecha en que se cometió la infracción, y

B) Exclusión automática del acceso a tales beneficios durante seis meses.

2. No obstante lo anterior, en el caso de las infracciones muy graves tipificadas en el apartado 12 del artículo 8 y en el apartado 2 del artículo 16 de esta Ley referidas a los supuestos de discriminación directa o indirecta por razón de sexo, las sanciones accesorias a las que se refiere el apartado anterior podrán ser sustituidas por la elaboración y aplicación de un plan de igualdad en la empresa, si así se determina por la autoridad laboral competente previa solicitud de la empresa e informe preceptivo de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en los términos que se establezcan reglamentariamente, suspendiéndose el plazo de prescripción de dichas sanciones accesorias.

En el supuesto de que no se elabore o no se aplique el plan de igualdad o se haga incumpliendo manifiestamente los términos establecidos en la resolución de la autoridad laboral, ésta, a propuesta de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, sin perjuicio de la imposición de la sanción que corresponda por la comisión de la infracción tipificada en el apartado 17 del artículo 8, dejará sin efecto la sustitución de las sanciones accesorias, que se aplicarán de la siguiente forma:

A) La pérdida automática de las ayudas, bonificaciones y beneficios a la que se refiere la letra a) del apartado anterior se aplicará con efectos desde la fecha en que se cometió la infracción;

b) La exclusión del acceso a tales beneficios será durante seis meses a contar desde la fecha de la resolución de la autoridad laboral por la que se acuerda dejar sin efecto la suspensión y aplicar las sanciones accesorias».

Disposición adicional decimoquinta.

Modificación de Real Decreto Ley por el que se regulan las bonificaciones de cuotas a la Seguridad Social de los contratos de interinidad que se celebren con personas desempleadas para sustituir a trabajadores durante los períodos de descanso por maternidad, adopción o acogimiento.—Se modifica el artículo 1 del Real Decreto Ley 11/1998, de 4 septiembre, por el que se regulan las bonificaciones de cuotas a la Seguridad Social de los contratos de interinidad que se celebren con personas desempleadas para sustituir a trabajadores durante los períodos de descanso por maternidad, adopción o acogimiento, que queda redactado en los siguientes términos:

«Darán derecho a una bonificación del 100 por 100 en las cuotas empresariales de la Seguridad Social, incluidas las de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, y en las aportaciones empresariales de las cuotas de recaudación conjunta:

A) Los contratos de interinidad que se celebren con personas desempleadas para sustituir a trabajadoras que tengan suspendido su contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo o por riesgo durante la lactancia natural y hasta tanto se inicie la correspondiente suspensión del contrato por maternidad biológica o el lactante cumpla nueve meses, respectivamente, o, en ambos casos, cuando desaparezca la imposibilidad de la trabajadora de reincorporarse a su puesto anterior o a otro compatible con su estado.

b) Los contratos de interinidad que se celebren con personas desempleadas para sustituir a trabajadores y trabajadoras que tengan suspendido su contrato de trabajo durante los períodos de descanso por maternidad, adopción y acogimiento preadoptivo o permanente o que disfruten de la suspensión por paternidad en los términos establecidos en los artículos 48.4 y 48 bis del Estatuto de los Trabajadores.

La duración máxima de las bonificaciones prevista en este apartado b) coincidirá con la

de las respectivas suspensiones de los contratos a que se refieren los artículos citados en el párrafo anterior.

En el caso de que el trabajador no agote el período de descanso o permiso a que tuviese derecho, los beneficios se extinguirán en el momento de su incorporación a la empresa.

c) Los contratos de interinidad que se celebren con personas desempleadas para sustituir a trabajadores autónomos, socios trabajadores o socios de trabajo de las sociedades cooperativas, en los supuestos de riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural, períodos de descanso por maternidad, adopción y acogimiento o suspensión por paternidad, en los términos establecidos en los párrafos anteriores».

Disposición adicional decimosexta.

Modificaciones de la Ley de Medidas Urgentes de Reforma del Mercado de Trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad.—Se modifica la disposición adicional segunda de la Ley 12/2001, de 9 de julio, de Medidas Urgentes de Reforma del Mercado de Trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad, que queda redactada en los siguientes términos:

«Disposición adicional segunda. *Bonificaciones de cuotas de Seguridad Social para los trabajadores en período de descanso por maternidad, adopción, acogimiento, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural o suspensión por paternidad.*—A la cotización de los trabajadores o de los socios trabajadores o socios de trabajo de las sociedades cooperativas, o trabajadores por cuenta propia o autónomos, sustituidos durante los períodos de descanso por maternidad, adopción, acogimiento, paternidad, riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural, mediante los contratos de interinidad bonificados, celebrados con desempleados a que se refiere el Real Decreto-Ley 11/1998, de 4 de septiembre, les será de aplicación:

A) Una bonificación del 100 por 100 en las cuotas empresariales de la Seguridad Social, incluidas las de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales y en las aportaciones empresariales de las cuotas de recaudación conjunta para el caso de los trabajadores encuadrados en un régimen de Segu-

ridad Social propio de trabajadores por cuenta ajena.

b) Una bonificación del 100 por 100 de la cuota que resulte de aplicar sobre la base mínima o fija que corresponda el tipo de cotización establecido como obligatorio para trabajadores incluidos en un régimen de Seguridad Social propio de trabajadores autónomos.

Sólo será de aplicación esta bonificación mientras coincidan en el tiempo la suspensión de actividad por dichas causas y el contrato de interinidad del sustituto y, en todo caso, con el límite máximo del periodo de suspensión».

Disposición adicional decimoséptima.

Modificaciones de la Ley de Empleo.—Se añade un nuevo artículo 22 bis a la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo, en los siguientes términos:

«Artículo 22 bis. *Discriminación en el acceso al empleo.*—1. Los servicios públicos de empleo, sus entidades colaboradoras y las agencias de colocación sin fines lucrativos, en la gestión de la intermediación laboral deberán velar específicamente para evitar la discriminación en el acceso al empleo.

Los gestores de la intermediación laboral cuando, en las ofertas de colocación, apreciasen carácter discriminatorio, lo comunicarán a quienes hubiesen formulado la oferta.

2. En particular, se considerarán discriminatorias las ofertas referidas a uno de los sexos, salvo que se trate de un requisito profesional esencial y determinante de la actividad a desarrollar.

En todo caso se considerará discriminatoria la oferta referida a uno solo de los sexos basada en exigencias del puesto de trabajo relacionadas con el esfuerzo físico».

Disposición adicional decimooctava.

Modificaciones de la Ley General de la Seguridad Social.—El texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, queda modificado como sigue:

Uno. Se modifica el párrafo primero de la letra c) del apartado 1 del artículo 38, que queda redactado en los siguientes términos:

«c) Prestaciones económicas en las situaciones de incapacidad temporal; maternidad; paternidad; riesgo durante el embarazo;

riesgo durante la lactancia natural; invalidez, en sus modalidades contributiva y no contributiva; jubilación, en sus modalidades contributiva y no contributiva; desempleo, en sus niveles contributivo y asistencial; muerte y supervivencia; así como las que se otorguen en las contingencias y situaciones especiales que reglamentariamente se determinen por Real Decreto, a propuesta del Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales».

Dos. Se modifica el apartado 4 del artículo 106, que queda redactado en los siguientes términos:

«4. La obligación de cotizar continuará en la situación de incapacidad temporal, cualquiera que sea su causa, en la de maternidad, en la de paternidad, en la de riesgo durante el embarazo y en la de riesgo durante la lactancia natural, así como en las demás situaciones previstas en el artículo 125 en que así se establezca reglamentariamente».

Tres. Se modifica el apartado 3 del artículo 124, que queda redactado en los siguientes términos:

«3. Las cuotas correspondientes a la situación de incapacidad temporal, de maternidad, de paternidad, de riesgo durante el embarazo o de riesgo durante la lactancia natural serán computables a efectos de los distintos períodos previos de cotización exigidos para el derecho a las prestaciones».

Cuatro. Se añade un nuevo apartado 6 al artículo 124, con el siguiente contenido:

«6. El período por maternidad o paternidad que subsista a la fecha de extinción del contrato de trabajo, o que se inicie durante la percepción de la prestación por desempleo, será considerado como período de cotización efectiva a efectos de las correspondientes prestaciones de la Seguridad Social por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad».

Cinco. Se modifica el apartado 1 del artículo 125, que queda redactado en los siguientes términos:

«1. La situación legal de desempleo total durante la que el trabajador perciba prestación por dicha contingencia será asimilada a la de alta. Asimismo, tendrá la consideración de situación asimilada a la de alta, con cotización, salvo en lo que respecta a los subsidios por riesgo durante el embarazo y por riesgo duran-

te la lactancia natural, la situación del trabajador durante el período correspondiente a vacaciones anuales retribuidas que no hayan sido disfrutadas por el mismo con anterioridad a la finalización del contrato».

Seis. Se modifica el Capítulo IV bis del Título II, que queda redactado en los siguientes términos:

«CAPÍTULO IV BIS

Maternidad

SECCIÓN PRIMERA

Supuesto general

Art. 133 bis. *Situaciones protegidas.*—A efectos de la prestación por maternidad prevista en esta Sección, se consideran situaciones protegidas la maternidad, la adopción y el acogimiento, tanto preadoptivo como permanente o simple de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las Comunidades Autónomas que lo regulen, siempre que, en este último caso, su duración no sea inferior a un año, y aunque dichos acogimientos sean provisionales, durante los períodos de descanso que por tales situaciones se disfruten, de acuerdo con lo previsto en el artículo 48.4 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, y en el artículo 30.3 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la reforma de la función pública.

Art. 133 ter. *Beneficiarios.*—1. Serán beneficiarios del subsidio por maternidad los trabajadores por cuenta ajena, cualquiera que sea su sexo, que disfruten de los descansos referidos en el artículo anterior, siempre que, reuniendo la condición general exigida en el artículo 124.1 y las demás que reglamentariamente se establezcan, acrediten los siguientes períodos mínimos de cotización:

A) Si el trabajador tiene menos de 21 años de edad en la fecha del parto o en la fecha de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituye la adopción, no se exigirá período mínimo de cotización.

B) Si el trabajador tiene cumplidos entre 21 y 26 años de edad en la fecha del parto o en la fecha de la decisión administrativa o ju-

dicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituye la adopción, el período mínimo de cotización exigido será de 90 días cotizados dentro de los siete años inmediatamente anteriores al momento de inicio del descanso. Se considerará cumplido el mencionado requisito si, alternativamente, el trabajador acredita 180 días cotizados a lo largo de su vida laboral, con anterioridad a esta última fecha.

C) Si el trabajador es mayor de 26 años de edad en la fecha del parto o en la fecha de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituye la adopción, el período mínimo de cotización exigido será de 180 días dentro de los siete años inmediatamente anteriores al momento de inicio del descanso.

Se considerará cumplido el mencionado requisito si, alternativamente, el trabajador acredita 360 días cotizados a lo largo de su vida laboral, con anterioridad a esta última fecha.

2. En el supuesto de parto, y con aplicación exclusiva a la madre biológica, la edad señalada en el apartado anterior será la que tenga cumplida la interesada en el momento de inicio del descanso, tomándose como referente el momento del parto a efectos de verificar la acreditación del período mínimo de cotización que, en su caso, corresponda.

3. En los supuestos previstos en el penúltimo párrafo del artículo 48.4 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, y en el párrafo octavo del artículo 30.3 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la Función Pública, la edad señalada en el apartado 1 será la que tengan cumplida los interesados en el momento de inicio del descanso, tomándose como referente el momento de la resolución a efectos de verificar la acreditación del período mínimo de cotización que, en su caso, corresponda.

Art. 133 quáter. *Prestación económica.*—La prestación económica por maternidad consistirá en un subsidio equivalente al 100 por 100 de la base reguladora correspondiente. A tales efectos, la base reguladora será equivalente a la que esté establecida para la prestación de incapacidad temporal, derivada de contingencias comunes.

Art. 133 quinquies. *Pérdida o suspensión del derecho al subsidio por maternidad.*—El derecho al subsidio por maternidad podrá ser denegado, anulado o suspendido, cuando el beneficiario hubiera actuado fraudulentamente para obtener o conservar dicha prestación, así como cuando trabajara por cuenta propia o ajena durante los correspondientes períodos de descanso.

SECCIÓN SEGUNDA
Supuesto especial

Art. 133 sexies. *Beneficiarias.*—Serán beneficiarias del subsidio por maternidad previsto en esta Sección las trabajadoras por cuenta ajena que, en caso de parto, reúnan todos los requisitos establecidos para acceder a la prestación por maternidad regulada en la Sección anterior, salvo el período mínimo de cotización establecido en el artículo 133 ter.

Art. 133 septies. *Prestación económica.*—La cuantía de la prestación será igual al 100 por 100 del indicador público de renta de efectos múltiples (IPREM) vigente en cada momento, salvo que la base reguladora calculada conforme al artículo 133 quater o a la disposición adicional séptima fuese de cuantía inferior, en cuyo caso se estará a ésta.

La duración de la prestación, que tendrá la consideración de no contributiva a los efectos del artículo 86, será de 42 días naturales a contar desde el parto, pudiendo denegarse, anularse o suspenderse el derecho por la mismas causas establecidas en el artículo 133 quinquies».

Siete. El actual Capítulo IV ter del Título II, pasa a ser el Capítulo IV quater, introduciéndose en dicho Título un nuevo Capítulo IV ter, con la siguiente redacción:

«CAPÍTULO IV TER
Paternidad

Art. 133 octies. *Situación protegida.*—A efectos de la prestación por paternidad, se considerarán situaciones protegidas el nacimiento de hijo, la adopción y el acogimiento, tanto preadoptivo como permanente o simple, de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las Comunidades Autónomas que lo

regulen, siempre que, en este último caso, su duración no sea inferior a un año, y aunque dichos acogimientos sean provisionales, durante el período de suspensión que, por tales situaciones, se disfrute de acuerdo con lo previsto en el artículo 48. bis del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, o durante el período de permiso que se disfrute, en los mismos supuestos, de acuerdo con lo dispuesto en la letra a) del artículo 30.1 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la reforma de la Función Pública.

Art. 133 nonies. *Beneficiarios.*—Serán beneficiarios del subsidio por paternidad los trabajadores por cuenta ajena que disfruten de la suspensión referida en el artículo anterior, siempre que, reuniendo la condición general exigida en el artículo 124.1, acrediten un período mínimo de cotización de 180 días, dentro de los siete años inmediatamente anteriores a la fecha de inicio de dicha suspensión, o, alternativamente, 360 días a lo largo de su vida laboral con anterioridad a la mencionada fecha, y reúnan las demás condiciones que reglamentariamente se determinen.

Art. 133 decies. *Prestación económica.*—La prestación económica por paternidad consistirá en un subsidio que se determinará en la forma establecida por el artículo 133 quater para la prestación por maternidad, y podrá ser denegada, anulada o suspendida por las mismas causas establecidas para esta última».

Ocho. Se modifica el artículo 134 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto-Legislativo 1/1994, de 20 de junio, en los términos siguientes:

«**Art. 134.** *Situación protegida.*—A los efectos de la prestación económica por riesgo durante el embarazo, se considera situación protegida el período de suspensión del contrato de trabajo en los supuestos en que, debiendo la mujer trabajadora cambiar de puesto de trabajo por otro compatible con su estado, en los términos previstos en el artículo 26, apartado 3, de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre,

de Prevención de Riesgos Laborales, dicho cambio de puesto no resulte técnica u objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados.

La prestación correspondiente a la situación de riesgo durante el embarazo tendrá la naturaleza de prestación derivada de contingencias profesionales».

Nueve. Se modifica el artículo 135 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, que queda redactado en los siguientes términos:

Art. 135. Prestación económica.—«1. La prestación económica por riesgo durante el embarazo se concederá a la mujer trabajadora en los términos y condiciones previstos en esta Ley para la prestación económica de incapacidad temporal derivada de contingencias profesionales, con las particularidades establecidas en los apartados siguientes.

2. La prestación económica nacerá el día en que se inicie la suspensión del contrato de trabajo y finalizará el día anterior a aquél en que se inicie la suspensión del contrato de trabajo por maternidad o el de reincorporación de la mujer trabajadora a su puesto de trabajo anterior o a otro compatible con su estado.

3. La prestación económica consistirá en subsidio equivalente al 100 por 100 de la base reguladora correspondiente.

A tales efectos, la base reguladora será equivalente a la que esté establecida para la prestación de incapacidad temporal, derivada de contingencias profesionales.

4. La gestión y el pago de la prestación económica por riesgo durante el embarazo corresponderá a la Entidad Gestora o a la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social en función de la entidad con la que la empresa tenga concertada la cobertura de los riesgos profesionales».

Diez. Se añade un nuevo Capítulo IV quinquies en el Título II, con la siguiente redacción:

«CAPÍTULO IV QUINQUIES

Riesgo durante la lactancia natural

Art. 135 bis. Situación protegida.—A los efectos de la prestación económica por riesgo durante la lactancia natural, se considera situa-

ción protegida el período de suspensión del contrato de trabajo en los supuestos en que, debiendo la mujer trabajadora cambiar de puesto de trabajo por otro compatible con su situación, en los términos previstos en el artículo 26.4 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales, dicho cambio de puesto no resulte técnica u objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados.

Art. 135 ter. Prestación económica.—La prestación económica por riesgo durante la lactancia natural se concederá a la mujer trabajadora en los términos y condiciones previstos en esta ley para la prestación económica por riesgo durante el embarazo, y se extinguirá en el momento en que el hijo cumpla nueve meses, salvo que la beneficiaria se haya reincorporado con anterioridad a su puesto de trabajo anterior o a otro compatible con su situación».

Once. Se modifica la letra b) del apartado 1 del artículo 172, que queda redactada en los siguientes términos:

«b) Los perceptores de los subsidios de incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo, maternidad, paternidad o riesgo durante la lactancia natural, que cumplan el período de cotización que, en su caso, esté establecido».

Doce. Se modifica el artículo 180, que queda redactado en los siguientes términos:

«Art. 180. Prestaciones.—1. Los dos primeros años del período de excedencia que los trabajadores, de acuerdo con el artículo 46.3 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, disfruten en razón del cuidado de cada hijo o menor acogido, en los supuestos de acogimiento familiar permanente o preadoptivo, aunque éstos sean provisionales, tendrán la consideración de período de cotización efectiva a efectos de las correspondientes prestaciones de la Seguridad Social por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad.

El período de cotización efectiva a que se refiere el párrafo anterior tendrá una duración de 30 meses si la unidad familiar de la que forma parte el menor en razón de cuyo cuidado se solicita la excedencia, tiene la consideración de familia numerosa de categoría general, o de 36 meses, si tiene la de categoría especial.

2. De igual modo, se considerará efectivamente cotizado a los efectos de las prestaciones indicadas en el apartado anterior, el primer año del período de excedencia que los trabajadores disfruten, de acuerdo con el artículo 46.3 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, en razón del cuidado de otros familiares, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que, por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad, no puedan valerse por sí mismos, y no desempeñen una actividad retribuida.

3. Las cotizaciones realizadas durante los dos primeros años del período de reducción de jornada por cuidado de menor previsto en el artículo 37.5 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, se computarán incrementadas hasta el 100 por 100 de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido sin dicha reducción la jornada de trabajo, a efectos de las prestaciones señaladas en el apartado 1. Dicho incremento vendrá exclusivamente referido al primer año en el resto de supuestos de reducción de jornada contemplados en el mencionado artículo.

4. Cuando las situaciones de excedencia señaladas en los apartados 1 y 2 hubieran estado precedidas por una reducción de jornada en los términos previstos en el artículo 37.5 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, a efectos de la consideración como cotizados de los períodos de excedencia que correspondan, las cotizaciones realizadas durante la reducción de jornada se computarán incrementadas hasta el 100 por 100 de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido sin dicha reducción la jornada de trabajo».

Trece. Se añade un nuevo apartado 5 al artículo 211, en los siguientes términos:

«5. En los supuestos de reducción de jornada previstos en los apartados 4 bis, 5 y 7 del artículo 37 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, para el cálculo de la base reguladora, las bases de cotización se computarán incrementadas hasta el cien por cien de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido, sin reducción, el trabajo a tiempo completo o parcial.

Si la situación legal de desempleo se produce estando el trabajador en las situaciones de reducción de jornada citadas, las cuantías máxima y mínima a que se refieren los aparta-

dos anteriores se determinarán teniendo en cuenta el indicador público de rentas de efectos múltiples en función de las horas trabajadas antes de la reducción de la jornada».

Catorce. Se modifica el apartado 1 del artículo 217, quedando redactado en los siguientes términos:

«1. La cuantía del subsidio será igual al 80 por 100 del indicador público de rentas de efectos múltiples mensual, vigente en cada momento.

En el caso de desempleo por pérdida de un trabajo a tiempo parcial también se percibirá la cuantía antes indicada».

Quince. Se modifica el apartado 2 del artículo 222, que queda redactado en los siguientes términos:

«2. Cuando el trabajador se encuentre en situación de maternidad o de paternidad y durante las mismas se extinga su contrato por alguna de las causas previstas en el apartado 1 del artículo 208, seguirá percibiendo la prestación por maternidad o por paternidad hasta que se extingan dichas situaciones, pasando entonces a la situación legal de desempleo y a percibir, si reúne los requisitos necesarios, la correspondiente prestación. En este caso no se descontará del período de percepción de la prestación por desempleo de nivel contributivo el tiempo que hubiera permanecido en situación de maternidad o de paternidad».

Dieciséis. Se modifican los párrafos tercero y cuarto el apartado 3 del artículo 222, que quedan redactados en los siguientes términos:

«Cuando el trabajador esté percibiendo la prestación por desempleo total y pase a la situación de maternidad o de paternidad, percibirá la prestación por estas últimas contingencias en la cuantía que corresponda.

El período de percepción de la prestación por desempleo no se ampliará por la circunstancia de que el trabajador pase a la situación de incapacidad temporal. Durante dicha situación, la Entidad Gestora de las prestaciones por desempleo continuará satisfaciendo las cotizaciones a la Seguridad Social conforme a lo previsto en el párrafo b) del apartado 1 del artículo 206».

Diecisiete. Se añade un nuevo párrafo quinto al apartado 3 del artículo 222, en los siguientes términos:

«Si el trabajador pasa a la situación de maternidad o de paternidad, se le suspende-

rá la prestación por desempleo y la cotización a la Seguridad Social antes indicada y pasará a percibir la prestación por maternidad o por paternidad, gestionada directamente por su Entidad Gestora. Una vez extinguida la prestación por maternidad o por paternidad, se reanudará la prestación por desempleo, en los términos recogidos en el artículo 212.3.b), por la duración que restaba por percibir y la cuantía que correspondía en el momento de la suspensión».

Dieciocho. Se modifica la disposición adicional sexta, que queda redactada en los siguientes términos:

«Disposición adicional sexta. *Protección de los trabajadores contratados para la formación.*

La acción protectora de la Seguridad Social del trabajador contratado para la formación comprenderá, como contingencias, situaciones protegibles y prestaciones, las derivadas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, la asistencia sanitaria en los casos de enfermedad común, accidente no laboral y maternidad, las prestaciones económicas por incapacidad temporal derivadas de riesgos comunes, por maternidad y paternidad, por riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural y las pensiones».

Diecinueve. Se modifica la disposición adicional séptima en los siguientes términos:

1. Se modifica la letra a) de la regla segunda del apartado 1 de la disposición adicional séptima, que queda redactada en los siguientes términos:

«a) Para acreditar los períodos de cotización necesarios para causar derecho a las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, incapacidad temporal, maternidad y paternidad, se computarán exclusivamente las cotizaciones efectuadas en función de las horas trabajadas, tanto ordinarias como complementarias, calculando su equivalencia en días teóricos de cotización. A tal fin, el número de horas efectivamente trabajadas se dividirá por cinco, equivalente diario del cómputo de mil ochocientos veintiséis horas anuales».

2. Se modifica la letra a) de la regla tercera del apartado 1 de la disposición adicional séptima, que queda redactada en los siguientes términos:

«a) La base reguladora de las prestaciones de jubilación e incapacidad permanente se calculará conforme a la regla general. Para las prestaciones por maternidad y por paternidad, la base reguladora diaria será el resultado de dividir la suma de las bases de cotización acreditadas en la empresa durante el año anterior a la fecha del hecho causante entre 365».

Veinte. Se modifica el apartado 4 de la disposición adicional octava, que queda redactado en los términos siguientes:

«4. Lo previsto en los artículos 134, 135, 135 bis, 135 ter y 166 será aplicable, en su caso, a los trabajadores por cuenta ajena de los regímenes especiales. Lo previsto en los artículos 112 bis y 162.6 será igualmente de aplicación a los trabajadores por cuenta ajena de los regímenes especiales con excepción de los incluidos en los regímenes especiales agrario y de empleados de hogar. Asimismo, lo dispuesto en los artículos 134, 135, 135 bis, 135 ter y 166 resultará de aplicación a los trabajadores por cuenta propia incluidos en los regímenes especiales de trabajadores del mar, agrario y de trabajadores autónomos, en los términos y condiciones que se establezcan reglamentariamente».

Veintiuno. Se modifica la disposición adicional undécima bis, que queda redactada en los siguientes términos:

«**Disposición adicional undécima bis.** *Prestaciones por maternidad y por paternidad en los Regímenes Especiales.*—1. Los trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia incluidos en los distintos Regímenes Especiales del sistema tendrán derecho a las prestaciones establecidas en el Capítulo IV bis y en el Capítulo IV ter del Título II de la presente Ley, con la misma extensión y en los mismos términos y condiciones allí previstos para los trabajadores del Régimen General.

2. En el supuesto de trabajadores por cuenta propia, los períodos durante los que se tendrá derecho a percibir los subsidios por maternidad y por paternidad serán coincidentes, en lo relativo tanto a su duración como a su distribución, con los períodos de descanso laboral establecido para los trabajadores por cuenta ajena, pudiendo dar comienzo el abono del subsidio por paternidad a partir del momento del nacimiento del hijo. Los trabajadores por cuenta propia podrán, igualmente, per-

cibir el subsidio por maternidad y por paternidad en régimen de jornada parcial, en los términos y condiciones que se establezcan reglamentariamente.

3. Tanto para los trabajadores por cuenta propia incluidos en los distintos Regímenes Especiales como para los trabajadores pertenecientes al Régimen Especial de Empleados de Hogar que sean responsables de la obligación de cotizar, será requisito imprescindible para el reconocimiento y abono de la prestación que los interesados se hallen al corriente en el pago de las cuotas a la Seguridad Social».

Veintidós. Se da nueva redacción a la disposición adicional undécima ter, que queda redactada en los siguientes términos:

«Disposición adicional undécima ter. *Gestión de las prestaciones económicas por maternidad y por paternidad.*—La gestión de las prestaciones económicas de maternidad y de paternidad reguladas en la presente ley corresponderá directa y exclusivamente a la entidad gestora correspondiente».

Veintitrés. Se introduce una nueva disposición adicional cuadragésima cuarta, en los siguientes términos:

«Disposición adicional cuadragésima cuarta. *Períodos de cotización asimilados por parto.*—A efectos de las pensiones contributivas de jubilación y de incapacidad permanente de cualquier régimen de la Seguridad Social, se computarán, a favor de la trabajadora solicitante de la pensión, un total de 112 días completos de cotización por cada parto de un solo hijo y de 14 días más por cada hijo a partir del segundo, éste incluido, si el parto fuera múltiple, salvo si, por ser trabajadora o funcionaria en el momento del parto, se hubiera cotizado durante la totalidad de las dieciséis semanas o, si el parto fuese múltiple, durante el tiempo que corresponda».

Disposición adicional decimonovena. *Modificaciones a la Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública.*—Se modifican los siguientes preceptos de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública:

Uno. Se modifica el párrafo segundo del artículo 29.4, que queda redactado de la siguiente manera:

«También tendrán derecho a un periodo de excedencia de duración no superior a tres

años, los funcionarios para atender al cuidado de un familiar que se encuentre a su cargo, hasta el segundo grado inclusive de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad no pueda valerse por sí mismo y no desempeñe actividad retribuida».

Dos. Se modifica el párrafo quinto del artículo 29.4, que queda redactado de la siguiente manera:

«El periodo de permanencia en esta situación será computable a efectos de trienios, consolidación de grado personal y derechos pasivos.

Los funcionarios podrán participar en los cursos de formación que convoque la Administración. Durante los dos primeros años, tendrán derecho a la reserva del puesto de trabajo que desempeñaban. Transcurrido este periodo, dicha reserva lo será al puesto en la misma localidad y de igual nivel y retribución».

Tres. Se suprime el actual párrafo sexto del artículo 29.4.

Cuatro. Se modifica la denominación del artículo 29.8 que queda redactado de la siguiente manera:

«Excedencia por razón de violencia de género sobre la mujer funcionaria».

Cinco. Se añade un párrafo, a continuación del primer párrafo del artículo 29.8, con la siguiente redacción:

«Igualmente, durante los dos primeros meses de esta excedencia la funcionaria tendrá derecho a percibir las retribuciones íntegras y, en su caso, las prestaciones familiares por hijo a cargo».

Seis. Se modifica la letra a) del artículo 30.1, con la siguiente redacción:

«1. Se concederán permisos por las siguientes causas justificadas:

A) Por el nacimiento, acogimiento, o adopción de un hijo, quince días a disfrutar por el padre a partir de la fecha del nacimiento, de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituya la adopción».

Siete. Se crea una nueva letra a bis), en el artículo 30.1, con la siguiente redacción:

«a bis) Por el fallecimiento, accidente o enfermedad graves de un familiar dentro del primer grado de consanguinidad o afinidad, tres días hábiles cuando el suceso se produzca en

la misma localidad, y cinco días hábiles cuando sea en distinta localidad.

Cuando se trate del fallecimiento, accidente o enfermedad graves de un familiar dentro del segundo grado de consanguinidad o afinidad, el permiso será de dos días hábiles cuando el suceso se produzca en la misma localidad y cuatro días hábiles cuando sea en distinta localidad».

Ocho. Se modifica la letra f) del artículo 30.1 y se añaden dos párrafos a dicha letra, quedando la redacción de la siguiente manera:

«La funcionaria, por lactancia de un hijo menor de doce meses, tendrá derecho a una hora diaria de ausencia del trabajo, que podrá dividirse por una reducción de la jornada normal en media hora al inicio y al final de la jornada, o en una hora al inicio o al final de la jornada, con la misma finalidad. Este derecho podrá ser ejercido indistintamente por uno u otro de los progenitores, en el caso de que ambos trabajen.

Igualmente, la funcionaria podrá solicitar la sustitución del tiempo de lactancia por un permiso retribuido que acumule en jornadas completas el tiempo correspondiente.

Este permiso se incrementará proporcionalmente en los casos de parto múltiple».

Nueve. Se modifica el primer párrafo de la letra f bis) del artículo 30.1 que queda redactada de la siguiente manera:

«f bis) En los casos de nacimientos de hijos prematuros o que por cualquier causa deban permanecer hospitalizados a continuación del parto, la funcionaria o el funcionario tendrán derecho a ausentarse del trabajo durante un máximo de dos horas percibiendo las retribuciones íntegras. Asimismo, tendrán derecho a reducir su jornada de trabajo hasta un máximo de dos horas, con la disminución proporcional de sus retribuciones».

Diez. Se modifica el primer párrafo de la letra g) del artículo 30.1, que queda redactado de la siguiente manera:

«g) El funcionario que, por razones de guarda legal, tenga a su cuidado directo algún menor de doce años, persona mayor que requiera especial dedicación o a una persona con discapacidad, que no desempeñe actividad retribuida, tendrá derecho a la disminución de su jornada de trabajo».

Once. Se añade una letra g bis) al artículo 30.1 con la siguiente redacción:

«g bis) El funcionario que precise atender al cuidado de un familiar en primer grado, tendrá derecho a solicitar una reducción de hasta el cincuenta por ciento de la jornada laboral, con carácter retribuido, por razones de enfermedad muy grave y por el plazo máximo de un mes.

Si hubiera más de un titular de este derecho por el mismo hecho causante, el tiempo de disfrute de esta reducción se podrá prorratear entre los mismos, respetando, en todo caso, el plazo máximo de un mes».

Doce. Se añade al final del artículo 30.2 lo siguiente:

«... y por deberes derivados de la conciliación de la vida familiar y laboral».

Trece. Se modifica el artículo 30.3, que queda redactado de la siguiente manera:

«En el supuesto de parto, la duración del permiso será de dieciséis semanas ininterrumpidas ampliables en el caso de parto múltiple en dos semanas más por cada hijo a partir del segundo. El permiso se distribuirá a opción de la funcionaria siempre que seis semanas sean inmediatamente posteriores al parto. En caso de fallecimiento de la madre, el otro progenitor podrá hacer uso de la totalidad o, en su caso, de la parte que reste del permiso.

No obstante lo anterior, y sin perjuicio de las seis semanas inmediatas posteriores al parto de descanso obligatorio para la madre, en el caso de que ambos progenitores trabajen, la madre, al iniciarse el período de descanso por maternidad, podrá optar por que el otro progenitor disfrute de una parte determinada e ininterrumpida del período de descanso posterior al parto, bien de forma simultánea o sucesiva con el de la madre.

El otro progenitor podrá seguir disfrutando del permiso de maternidad inicialmente cedido, aunque en el momento previsto para la reincorporación de la madre al trabajo ésta se encuentre en situación de incapacidad temporal.

En los casos de parto prematuro y en aquéllos en que, por cualquier otra causa, el neonato deba permanecer hospitalizado a continuación del parto, el período de suspensión se ampliará en tantos días como el neonato se encuentre hospitalizado, con un máximo de trece semanas adicionales.

En los supuestos de adopción o de acogimiento, tanto preadoptivo como permanente o simple, de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las Comunidades Autónomas que lo regulen, siempre que el acogimiento simple sea de duración no inferior a un año, y con independencia de la edad que tenga el menor, el permiso tendrá una duración de dieciséis semanas ininterrumpidas, ampliables en el supuesto de adopción o acogimiento múltiple en dos semanas más por cada hijo a partir del segundo, contadas a la elección del funcionario, bien a partir de la decisión administrativa o judicial de acogimiento bien a partir de la resolución judicial por la que se constituya la adopción, sin que en ningún caso un mismo menor pueda dar derecho a varios períodos de disfrute de este permiso. En el caso de que ambos progenitores trabajen, el permiso se distribuirá a opción de los interesados, que podrán disfrutarlo de forma simultánea o sucesiva, siempre con períodos ininterrumpidos.

En el supuesto de discapacidad del hijo o del menor adoptado o acogido, el permiso a que se refiere este apartado tendrá una duración adicional de dos semanas. En caso de que ambos progenitores trabajen, este período adicional se distribuirá a opción de los interesados, que podrán disfrutarlo de forma simultánea o sucesiva y siempre de forma ininterrumpida.

En los casos de disfrute simultáneo de períodos de descanso, la suma de los mismos no podrá exceder de las dieciséis semanas previstas en los apartados anteriores o de las que correspondan en caso de parto, adopción o acogimiento múltiple y de discapacidad del hijo o menor adoptado o acogido.

Los permisos a que se refiere el presente apartado podrán disfrutarse en régimen de jornada completa o a tiempo parcial, a solicitud de los funcionarios y si lo permiten las necesidades del servicio, en los términos que reglamentariamente se determinen.

En los supuestos de adopción internacional, cuando sea necesario el desplazamiento previo de los progenitores al país de origen del adoptado, el funcionario tendrá derecho a disfrutar de un permiso de hasta dos meses de duración percibiendo durante este período exclusivamente las retribuciones básicas.

Con independencia del permiso previsto en el párrafo anterior, y para el supuesto con-

templado en el mismo, el permiso por adopción y acogimiento, tanto preadoptivo como permanente o simple, de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las Comunidades Autónomas que lo regulen, siempre que el acogimiento simple sea de duración no inferior a un año, podrá iniciarse hasta cuatro semanas antes de la resolución por la que se constituye la adopción.

Durante el disfrute de los permisos regulados en este apartado se podrá participar en los cursos de formación que convoque la Administración.

En los casos previstos en este apartado, el tiempo transcurrido en la situación de permiso por parto o maternidad se computará como de servicio efectivo a todos los efectos, garantizándose la plenitud de derechos económicos de la funcionaria y, en su caso, del otro progenitor funcionario, durante todo el período de duración del permiso, y, en su caso, durante los períodos posteriores al disfrute de éste, si de acuerdo con la normativa aplicable, el derecho a percibir algún concepto retributivo se determina en función del período de disfrute del permiso.

Los funcionarios que hayan hecho uso del permiso por parto o maternidad, tendrán derecho, una vez finalizado el período de permiso a reintegrarse a su puesto de trabajo en términos y condiciones que no le resulten menos favorables al disfrute del permiso, así como a beneficiarse de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a las que hubiera podido tener derecho durante su ausencia».

Disposición adicional vigésima. *Modificaciones de la Ley de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas.*—La Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas, queda modificada como sigue:

Uno. Se da nueva redacción al artículo 108.2:

«2. Reglamentariamente se determinará la composición, incompatibilidades y normas de funcionamiento de los órganos de evaluación, adecuándose en lo posible al principio de composición equilibrada en los términos definidos en la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. En todo caso, estarán constituidos por personal militar de mayor empleo que los evaluados».

Dos. Se incluye un nuevo apartado cuarto en el artículo 112, con la siguiente redacción:

«4. A la mujer se le dará especial protección en situaciones de embarazo, parto y posparto para cumplir las condiciones para el ascenso a todos los empleos de militar profesional».

Tres. Se da nueva redacción al artículo 132, en los términos siguientes:

«Durante el período de embarazo y previo informe facultativo, podrá asignarse a la mujer militar profesional a un puesto orgánico o cometido distinto al que estuviera ocupando, que resulte adecuado a las circunstancias de su estado.

En los supuestos de parto o adopción se tendrá derecho a los correspondientes permisos de la madre y del padre, de conformidad con la legislación vigente para el personal al servicio de las Administraciones públicas.

La aplicación de estos supuestos no supondrá pérdida del destino».

Cuatro. Se da nueva redacción al artículo 141.1.e), que queda redactado de la siguiente forma:

«e) Lo soliciten para atender al cuidado de los hijos o en caso de acogimiento tanto preadoptivo como permanente o simple, de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las Comunidades Autónomas que lo regulen, siempre que su duración no sea inferior a un año, aunque éstos sean provisionales, de menores de hasta seis años, o de menores de edad que sean mayores de seis años cuando se trate de menores discapacitados o que por sus circunstancias y experiencias personales o por provenir del extranjero, tengan especiales dificultades de inserción social y familiar debidamente acreditados por los servicios sociales competentes. También tendrán derecho a un período de excedencia de duración no superior a un año los que lo soliciten para encargarse del cuidado directo de un familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo y no desempeñe actividad retribuida.

No podrá concederse la situación de excedencia voluntaria por estas causas cuando al cónyuge o persona con análoga relación de afectividad o a otro familiar del militar se le hubieran reconocido los derechos derivados de

esta situación administrativa y en relación al mismo causante.

A la situación de excedencia voluntaria también se pasará por agrupación familiar cuando el cónyuge resida en otro municipio por haber obtenido un puesto de trabajo de carácter definitivo en cualquiera de las Administraciones públicas o un destino de los contemplados en el artículo 126».

Cinco. Se incluye un nuevo apartado 6 en el artículo 148, con la siguiente redacción:

«6. Los militares de complemento y los militares profesionales de tropa y marinería que, en el momento de finalizar su relación de servicios con las Fuerzas Armadas, se encontrasen en situación de incapacidad temporal por accidente o enfermedad derivada del servicio, o en situación de embarazo, parto o posparto, no causarán baja en las Fuerzas Armadas y se prorrogará su compromiso hasta finalizar esas situaciones».

Disposición adicional vigésima primera. *Modificaciones de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado.*—El apartado 3 del artículo 69 del texto articulado de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, aprobado por Decreto 315/1964, de 7 de febrero, queda redactado como sigue:

«3. Cuando las circunstancias a que se refieren los números 3 y 4 del artículo 26 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, afectasen a una funcionaria incluida en el ámbito de aplicación del mutualismo administrativo, podrá concederse licencia por riesgo durante el embarazo o licencia por riesgo durante la lactancia en los mismos términos y condiciones que las previstas en los números anteriores».

Disposición adicional vigésima segunda. *Modificación de la Ley 55/2003, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de salud.*—Uno. Se modifica el apartado 3 del artículo 59 de la ley 55/2003, del estatuto marco del personal estatutario de los servicios de salud, con el siguiente texto:

«3. Las medidas especiales previstas en este artículo o podrán afectar al personal que se encuentre en situación de permiso por maternidad o licencia por riesgo durante el embarazo o por riesgo durante la lactancia natural».

Dos. Se modifica el apartado 2 del artículo 61 de la ley 55/2003, del estatuto marco del personal estatutario de los servicios de salud con el siguiente texto:

«2. El personal estatutario tendrá derecho a disfrutar del régimen de permisos y licencias, incluida la licencia por riesgo durante el embarazo, establecido para los funcionarios públicos por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, sobre conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras y por la ley orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres».

Disposición adicional vigésima tercera. Se modifican los artículos 22 y 12.b) de la Ley sobre Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado, aprobada por Real Decreto Legislativo 4/2000, de 23 de junio, que en adelante tendrá la siguiente redacción:

«Art. 22. *Situación de riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia.*—Tendrá la misma consideración y efectos que la situación de incapacidad temporal la situación de la mujer funcionaria que haya obtenido licencia por riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural de hijos menores de nueve meses, en los términos previstos en el artículo 69 del Texto Articulado de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado».

«Art. 12. *Prestaciones.*

b) Subsidios por incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural».

Disposición adicional vigésima cuarta. Modificaciones de la Ley de Régimen del Personal del Cuerpo de la Guardia Civil.—La Ley 42/1999, de 25 de noviembre, de Régimen del Personal del Cuerpo de la Guardia Civil, queda modificada como sigue:

Uno. Se da nueva redacción al artículo 56.2:

«2. Reglamentariamente se determinará la composición, incompatibilidades y normas de funcionamiento de los órganos de evaluación, adecuándose siempre que sea posible al principio de composición equilibrada en los términos definidos en la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. En todo caso estarán constituidos por personal del Cuerpo de la Guardia Civil de mayor empleo o antigüedad que los evaluados».

Dos. Se incluye un nuevo apartado sexto en el artículo 60, con la siguiente redacción:

«6. A las mujeres se le dará especial protección en situaciones de embarazo, parto y posparto para cumplir las condiciones para el ascenso a todos los empleos del Cuerpo de la Guardia Civil».

Tres. Se da nueva redacción al artículo 75:

«Durante el período de embarazo y previo informe facultativo, a la mujer guardia civil se le podrá asignar un puesto orgánico o cometido distinto del que estuviera ocupando, adecuado a las circunstancias de su estado. En los supuestos de parto o adopción, se tendrá derecho a los correspondientes permisos de maternidad y paternidad, conforme a la legislación vigente para el personal al servicio de las Administraciones públicas. La aplicación de estos supuestos no supondrá pérdida del destino».

Cuatro. Se da nueva redacción al artículo 83.1 e), que queda redactado de la siguiente forma:

«e) Lo soliciten para atender al cuidado de los hijos o en caso de acogimiento tanto preadoptivo como permanente o simple, de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las Comunidades Autónomas que lo regulen, siempre que su duración no sea inferior a un año, aunque éstos sean provisionales, de menores de hasta seis años, o de menores de edad que sean mayores de seis años cuando se trate de menores discapacitados o que por sus circunstancias y experiencias personales o por provenir del extranjero, tengan especiales dificultades de inserción social y familiar debidamente acreditados por los servicios sociales competentes.

También tendrán derecho a un período de excedencia de duración no superior a un año los que lo soliciten para encargarse del cuidado directo de un familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad que, por razones de edad, accidente o enfermedad, no pueda valerse por sí mismo, y que no desempeñe actividad retribuida.

Estos derechos no podrán ser ejercidos simultáneamente por dos o más guardias civiles en relación con el mismo causante».

Disposición transitoria cuarta. Régimen de aplicación del deber de negociar en materia de igualdad.—Lo dispuesto en el artículo 85 del

Estatuto de los Trabajadores en materia de igualdad, según la redacción dada por esta Ley, será de aplicación en la negociación subsiguiente a la primera denuncia del convenio que se produzca a partir de la entrada en vigor de la misma.

Disposición transitoria sexta. *Retroactividad de efectos para medidas de conciliación.*—Los preceptos de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la reforma de la Función Pública modificados por esta Ley tendrán carácter retroactivo respecto de los hechos causantes originados y vigentes a 1 de enero de 2006 en el ámbito de la Administración General del Estado.

Disposición transitoria séptima. *Régimen transitorio de los nuevos derechos en materia de maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y consideración como cotizados a efectos de Seguridad Social de determinados períodos.*—1. La regulación introducida por esta Ley en materia de suspensión por maternidad y paternidad será de aplicación a los nacimientos, adopciones o acogimientos que se produzcan o constituyan a partir de su entrada en vigor.

2. Las modificaciones introducidas por esta Ley en materia de riesgo durante el embarazo serán de aplicación a las suspensiones que por dicha causa se produzcan a partir de su entrada en vigor.

3. La consideración como cotizados de los períodos a que se refieren el apartado 6 del artículo 124 y la disposición adicional cuadragésimo cuarta del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, será de aplicación para las prestaciones que se causen a partir de la entrada en vigor de la presente Ley. Iguales efectos se aplicarán a la ampliación del período que se considera como cotizado en el apartado 1 del artículo 180 de la misma norma y a la consideración como cotizados al 100 por 100 de los períodos a que se refieren los apartados 3 y 4 del citado artículo.

Disposición transitoria octava. *Régimen transitorio del subsidio por desempleo.*—La cuantía del subsidio por desempleo establecida en el segundo párrafo del apartado 1 del

artículo 217 de la Ley General de la Seguridad Social, en la redacción dada por la presente Ley, se aplicará a los derechos al subsidio por desempleo que nazcan a partir de la entrada en vigor de esta Ley.

Disposición transitoria novena. *Ampliación de la suspensión del contrato de trabajo.*—El Gobierno ampliará de forma progresiva y gradual, la duración de la suspensión del contrato de trabajo por paternidad regulado en la disposición adicional décimo primera, apartado Once, y en la disposición adicional décimo novena, apartado Seis, de la presente Ley, hasta alcanzar el objetivo de 4 semanas de este permiso de paternidad a los 6 años de la entrada en vigor de la presente Ley.

Disposición final cuarta. *Transposición de Directivas.*—Mediante la presente Ley se incorpora al ordenamiento jurídico la Directiva 2002/73, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, de modificación de la Directiva 76/207, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo y la Directiva 2004/113, del Consejo, de 13 de diciembre de 2004, sobre aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios y su suministro.

Asimismo, mediante la presente Ley, se incorporan a la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, y a la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, la Directiva 97/80/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo.

Disposición final quinta. *Planes de igualdad y negociación colectiva.*—Una vez transcurridos cuatro años desde la entrada en vigor de esta Ley, el Gobierno procederá a evaluar, junto a las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas, el estado de la negociación colectiva en materia de igualdad, y a estudiar, en función de la evolución habida, las medidas que, en su caso, resulten pertinentes.



Proyecto de Ley para la promoción de la igualdad de género en Andalucía

(Selección de normas)

CAPÍTULO II De la igualdad en el empleo

Artículo 22. *Igualdad de oportunidades en el acceso al empleo.*—1. Será un objetivo prioritario de la actuación de la Administración de la Junta de Andalucía la igualdad de oportunidades en el empleo. A tal efecto, se llevarán a cabo políticas de fomento del empleo y actividad empresarial que impulsen la presencia de mujeres y hombres en el mercado de trabajo con un empleo de calidad, y una mejor conciliación de la vida laboral, familiar y personal.

2. La Administración de la Junta de Andalucía promoverá las medidas de acción positiva destinadas a garantizar la igualdad de oportunidades y la superación de las situaciones de segregación profesional, tanto vertical como horizontal, así como las que supongan desigualdades retributivas.

SECCIÓN 1.^a

De la igualdad laboral en el sector privado y en la Función Pública andaluza

SUBSECCIÓN 1.^a

Igualdad en el ámbito laboral en el sector privado

Art. 23. *Políticas de empleo.*—1. Las Administraciones públicas de Andalucía, en el marco de sus competencias, impulsarán la transversalidad de género como instrumento

para integrar la perspectiva de género en el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas de empleo que se desarrollen en el ámbito de la Comunidad Autónoma, incluyéndose, en su caso, las medidas específicas y necesarias.

2. La Administración de la Junta de Andalucía fomentará la participación de las mujeres en el desarrollo de los programas de políticas activas de empleo, teniendo en cuenta la proporción que éstas suponen en el conjunto de las personas desempleadas.

3. La Administración de la Junta de Andalucía prestará especial atención a colectivos de mujeres en los que se unan varias causas de discriminación.

4. El Servicio Andaluz de Empleo no podrá tramitar ninguna oferta de empleo discriminatoria por razón de sexo. A tal efecto, se formará a su personal para incorporar la perspectiva de género en el proceso de inserción laboral.

Art. 24. *Incentivos a la contratación de mujeres.*—Se establecerán incentivos a la contratación estable de las mujeres, atendiendo con carácter prioritario a aquellos sectores y categorías laborales en los que se encuentren subrepresentadas, así como a sus situaciones singulares.

Art. 25. *Promoción empresarial.*—Los poderes públicos de Andalucía establecerán

las medidas necesarias para que, en el marco de sus políticas de fomento empresarial, se contemplen ayudas específicas a mujeres para la creación de empresas o ayudas al autoempleo.

Art. 26. *Calidad en el empleo.*—1. La Administración de la Junta de Andalucía promoverá la igualdad de género en el acceso al empleo. En especial, incidirá en aspectos relacionados con la estabilidad, la calidad y la igualdad de remuneración entre mujeres y hombres. Asimismo, fomentará la igualdad en la promoción profesional, en la participación en procesos de formación continua, en el desarrollo de la trayectoria profesional, y velará por la prevención del acoso sexual y acoso por razón de sexo.

2. La Administración de la Junta de Andalucía promoverá la igualdad de oportunidades en todas las facetas de la relación laboral y, en especial, en relación con la igualdad de retribución por trabajo de igual valor. A tal fin, en los planes de actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social se tomará en consideración el cumplimiento del principio de igualdad de oportunidades en el ámbito laboral y del empleo.

3. Las Administraciones públicas de Andalucía impulsarán la colaboración con los agentes sociales, a fin de incentivar la calidad en el empleo y la promoción de la igualdad de mujeres y hombres.

Art. 27. *Planes de igualdad y presencia equilibrada en el sector empresarial.*—1. La Administración de la Junta de Andalucía fomentará la elaboración de los planes de igualdad de las empresas privadas.

2. Las empresas procurarán la presencia equilibrada de mujeres y hombres en sus órganos de dirección.

3. Las organizaciones empresariales procurarán la presencia equilibrada de mujeres y hombres en sus órganos de dirección.

Art. 28. *Negociación colectiva.*—1. Partiendo del pleno respeto al principio constitucional de la autonomía en la negociación colectiva, la Administración de la Junta de Andalucía fomentará la inclusión de cláusulas destinadas a promover y garantizar la igualdad de

oportunidades y la no discriminación por razón de género en la negociación colectiva en Andalucía. Se promoverá la elaboración de recomendaciones o cláusulas tipo en esta materia, y en materia de conciliación de la vida laboral, familiar y personal.

2. Se realizarán actividades de sensibilización destinadas a fomentar la participación de las mujeres en la negociación colectiva.

En los estudios que se realicen sobre la negociación se incluirá el papel de la mujer en la misma.

3. La Administración de la Junta de Andalucía velará para que los convenios colectivos:

A) No contengan cláusulas contrarias al principio de igualdad de oportunidades de mujeres y hombres, ya sea esta discriminación directa o indirecta, y que no establezcan diferencias retributivas por razón de género.

B) Hagan un uso no sexista del lenguaje.

4. Las organizaciones sindicales procurarán la presencia equilibrada de mujeres y hombres en sus órganos de dirección.

Art. 29. *Seguridad y salud laboral.*—

1. Las Administraciones públicas de Andalucía promoverán una concepción integral de la salud que tenga en cuenta tanto los riesgos físicos como psicosociales, atendiendo a las diferencias de las mujeres y de los hombres.

2. Se adoptarán las medidas adecuadas de protección relativas a la salud y a la seguridad de las trabajadoras embarazadas que hayan dado a luz recientemente o que se encuentren en período de lactancia.

3. Se considerará discriminación por razón de sexo todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad.

Art. 30. *Acoso sexual y acoso por razón de sexo.*—1. Las Administraciones públicas de Andalucía velarán por que exista un entorno laboral libre de acoso sexual y de acoso por razón de sexo. En este sentido, tendrán la consideración de conductas que afectan a la salud laboral, y su tratamiento y prevención deberán abordarse desde esta perspectiva, sin perjuicio de la responsabilidad penal, laboral y civil que se derive.

2. En todo caso, se considerarán discriminatorios el acoso sexual y el acoso por razón de sexo, y, a tal efecto, las Administraciones públicas arbitrarán los protocolos de actuación y las medidas de prevención y protección necesarias frente a las consecuencias derivadas de estas situaciones, tales como la prontitud y confidencialidad en la tramitación de las denuncias y el impulso de las medidas cautelares.

3. Las Administraciones públicas andaluzas, en el ámbito de sus competencias, facilitarán asesoramiento y apoyo a las víctimas en ambos supuestos.

SUBSECCIÓN 2.^a

Igualdad en el sector público

Art. 31. Empleo en el sector público andaluz.—1. Al objeto de acceder al empleo público en la Administración de la Junta de Andalucía, los temarios para la celebración de pruebas selectivas incluirán materias relativas a la normativa sobre igualdad y violencia de género. En aquellas situaciones en que por la particular naturaleza de las pruebas no sea posible tal medida, se motivarán en la convocatoria las razones que lo impidan.

2. Para que la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres sea integrada en el desarrollo de la actividad pública, la Administración de la Junta de Andalucía prestará especial atención a la formación de su personal en esta materia.

Art. 32. Planes de igualdad en la Administración pública.—1. La Administración de la Junta de Andalucía, sus empresas públicas y entidades instrumentales elaborarán, periódicamente, planes de igualdad.

2. En estos planes, se establecerán los objetivos a alcanzar en materia de igualdad de trato y de oportunidades en el empleo público, así como las estrategias y medidas a adoptar para su consecución.

Art. 33. Protección frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo.

La Administración de la Junta de Andalucía, sus empresas públicas y entidades instrumentales velarán por que su persona tenga una protección eficaz frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo.

SECCIÓN 2.^a

Responsabilidad social y marca de excelencia

Art. 34. Actuaciones de responsabilidad social de las empresas en materia de igualdad.—1. Sin perjuicio de las normas en materia de empleo recogidas en el presente Título, las empresas podrán asumir, en virtud de acuerdos, con la representación legal de las trabajadoras y trabajadores, instituciones, organismos y asociaciones para la igualdad de género, actuaciones de responsabilidad social, a través de medidas económicas, comerciales, laborales, asistenciales o de otra índole, con la finalidad de mejorar la situación de igualdad entre mujeres y hombres en la empresa.

2. Los poderes públicos de Andalucía impulsarán medidas para fomentar el desarrollo de actuaciones de responsabilidad social de las empresas en materia de igualdad de género.

Art. 35. Marca de excelencia en igualdad.—1. El Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía establecerá un reconocimiento para distinguir a aquellas entidades comprometidas con la igualdad entre mujeres y hombres, con la finalidad de incentivar las iniciativas empresariales que implanten medidas para la promoción de la igualdad en la gestión de los recursos humanos, así como mejoras en la calidad del empleo de las mujeres.

Se valorará:

A) La equilibrada representación de mujeres y hombres en los grupos y categorías profesionales y la adopción de medidas de acción positiva en el acceso al empleo y en la promoción profesional en los niveles en los que las mujeres estén subrepresentadas.

B) Las garantías de igualdad de retribución por trabajos de igual valor.

C) Las medidas concretas de conciliación de la vida laboral, familiar y personal.

D) La implantación de medidas adecuadas de prevención y sanción contra la violencia de género, acoso sexual y por razón de sexo.

E) La publicidad no sexista.

F) La implantación de un Plan de Igualdad en la Empresa.

g) La implementación de actuaciones de responsabilidad social en materia de igualdad de oportunidades.

2. Los criterios para la obtención, el control de la ejecución y la renovación de la marca de excelencia serán establecidos reglamentariamente.

CAPÍTULO III
**Conciliación de la vida laboral,
familiar y personal**

Art. 36. Derecho y deber de la corresponsabilidad.—1. A efectos de conciliar la vida laboral, personal y familiar, las mujeres y los hombres, en la configuración de su tiempo, tienen el derecho y el deber de compartir adecuadamente las responsabilidades familiares, las tareas domésticas, y el cuidado y la atención de las personas en situación de dependencia.

2. Las Administraciones públicas de Andalucía adoptarán medidas para facilitar la conciliación de la vida laboral, familiar y personal de las mujeres y hombres, teniendo en cuenta los nuevos modelos de familia y la situación de las mujeres que viven en el medio rural.

Art. 37. Organización de espacios, horarios y creación de servicios.—1. Para facilitar la conciliación de la vida laboral, familiar y personal a través de un reparto equilibrado del tiempo de hombres y mujeres, la Administración de la Junta de Andalucía, en colaboración con las Entidades Locales, promoverá la elaboración de planes de diseño y organización de los espacios que faciliten la funcionalidad de la ciudad, propicien la proximidad de las dotaciones y servicios y minimicen los desplazamientos y tiempos de acceso.

2. Se promoverá la coordinación entre los horarios laborales y el de los centros educativos.

3. Asimismo, se impulsará la creación de infraestructuras y servicios para facilitar el cumplimiento de las responsabilidades familiares y el cuidado y atención de menores y de personas en situación de dependencia.

SECCIÓN 1.^a

**De la conciliación
en las empresas privadas**

Art. 38. Conciliación en las empresas.—

1. La Junta de Andalucía impulsará medidas que favorezcan, en la empresa, la conciliación de la vida laboral, familiar y personal.

2. Asimismo, se podrá incentivar a las empresas para que proporcionen servicios sociocomunitarios y medidas destinadas a facilitar la conciliación de la vida laboral, familiar y personal, mediante la creación de guarderías laborales, infraestructuras y servicios adecuados.

SECCIÓN 2.^a

**De la conciliación
en la Función Pública andaluza**

Art. 39. Conciliación en el empleo público.—La Administración de la Junta de Andalucía impulsará medidas de flexibilización horaria y jornadas parciales, así como la creación de guarderías en los centros de trabajo, para facilitar la conciliación de la vida laboral y familiar de las empleadas y empleados públicos, y hacer posible un reparto equilibrado de las tareas y responsabilidades familiares domésticas.

Art. 40. Permiso de paternidad.—1. La Administración de la Junta de Andalucía establecerá un permiso de paternidad, individual y no transferible a favor de todo su personal en los casos de nacimiento de hija o hijo, adopción o acogimiento de menores de hasta 6 años.

2. Asimismo, se establecerá un permiso de las mismas características señaladas en el apartado anterior cuando progenitores adoptantes o acogedores tengan el mismo sexo, que disfrutará la persona a la que no le correspondiera el permiso por parto, adopción o acogimiento establecido con carácter general.

3. Las condiciones de acceso y las modalidades de los indicados permisos se establecerán reglamentariamente.



Normativa en materia de igualdad entre hombres y mujeres

(Selección de normas)

DIRECTIVA 2006/54/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 5 de julio de 2006 relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición) (DOUE 26 de julio)

LEY ORGÁNICA 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. (BOE de 23 de marzo)

Proyecto de Ley para la Promoción de la Igualdad de Género en Andalucía, BOPA de 1 de junio de 2007

Ley 12/2006, de 20 de septiembre, para la mujer, BOIG de 26 de septiembre (Baleares)

Ley 4/2005, de 18 de febrero, para la igualdad de mujeres y hombres, BOPV de 2 de marzo (País Vasco)

Ley 7/2004, de 16 de julio, gallega para la igualdad de mujeres y hombres, BOE de 21 de septiembre

Ley 1/2003, de 3 de marzo, de Igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en Castilla y León, BOE de 24 de marzo

Ley 9/2003, de 2 de abril, para la igualdad entre mujeres y hombres, BOE de 8 de mayo. (Comunidad Valenciana)

Ley Foral 33/2002, de 28 de noviembre, de fomento de la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, BOE de 15 de enero (Navarra)

Ley 5/1995, de 23 de marzo, de Solidaridad en Castilla-La Mancha, BOE de 5 de marzo de 1996

