

La ley española 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres: principios generales y novedades en el ámbito laboral



LA LEY DE IGUALDAD Y EL PRINCIPIO DE TRANSVERSALIDAD

La Ley 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (en adelante LOIEMH)¹, responde al propósito del ordenamiento jurídico español de explorar y articular nuevos instrumentos jurídicos que contribuyan a avanzar en la consecución de un objetivo universal, todavía lejano pero que resulta irrenunciable en cualquier sociedad moderna, y que no es otro que lograr una situación de auténtica y plena igualdad entre mujeres y hombres removiendo aquellos obstáculos que impidan su efectividad. La numerosas novedades que la norma incorpora y los principios que la inspiran, en perfecta sintonía por lo demás con las pautas marcadas por la normativa comunitaria, tratan así de dar respuesta y superar una situación como la actual, caracterizada por el reconocimiento formal de la igualdad ante la Ley, pero donde continúan siendo evidentes y notorias las manifestaciones de discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo. Situación que al día de hoy se antoja a todas luces insatisfactoria.

La Ley de Igualdad no es sólo y exclusivamente una norma de contenido laboral. Ciertamente el grueso de la regulación, lo que podríamos considerar la parte central de la norma², lo conforman las medidas destinadas

¹ Ley Orgánica 3/2007, de 22 marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (BOE núm.71, de 23 de marzo de 2007).

² Valdés Dal-Ré, F., "El contenido formal de la Ley de Igualdad: Técnica legislativa y simbología política", *Relaciones Laborales*, núm. 9, pág. 2, en versión on





a ampliar o perfeccionar los derechos de conciliación de la vida familiar y laboral, con la importante novedad que supone la potenciación del principio de corresponsabilidad en la asunción de las responsabilidades familiares a través del permiso de paternidad³; la exigencia de las empresas de negociar acciones positivas que favorezcan la igualdad o de diseñar, en su caso, de común acuerdo con los representantes de los trabajadores los denominados Planes de Igualdad; o, aquellas otras medidas dirigidas a favorecer la tutela de las trabajadoras que han sido víctimas de actuaciones discriminatorias de la empresa, y la reparación íntegra del daño ocasionado.

Pero la igualdad, como es sabido, tiene una dimensión transversal que hace que se proyecte sobre todos los ámbitos de la realidad social. De ahí que la LOIEMH, que a estos efectos actúa como una especie de ley-código⁴, de carácter integral y de contenido plural⁵, traspase el campo meramente laboral e incida en otros muchos ámbitos normativos, conteniendo disposiciones sobre igualdad de variada índole, que resultan de aplicación en ámbitos tan dispares como son la educación, la producción artística, la sanidad, los deportes, las fuerzas armadas, los medios de comunicación, las nuevas tecnologías, la vivienda, los contratos con las administraciones públicas, el acceso al empleo público, o la participación de candidatos en los distintos procesos electorales, por poner sólo algunos ejemplos.

Se trata, pues, en este sentido, de una norma multidisciplinar, ambiciosa y compleja. Una norma que, ciertamente, ha llevado a cabo una considerable ampliación de los derechos de la mujer y de las políticas públicas en favor de los principios de igualdad y no discriminación, lo que, entre otras cosas, ha comportado la modificación de más de veinte normas, pero cuyo mayor valor, seguramente reside en la superación de una visión fraccionada de esas políticas de igualdad, haciendo que la igualdad se irradie sobre todos los ámbitos de la vida política, social, cultural, artística y económica

line extraída de www.laleylaboral.com. En el mismo sentido, Escudero Rodríguez, R., "El complejo juego entre la Ley y la negociación colectiva en la nueva Ley de igualdad efectiva entre mujeres y hombres: significación general y manifestaciones concretas", *Relaciones Laborales*, núm. 8, 2007, pág. 3, en versión on line extraída de www.laleylaboral.com.

³ Sobre la recepción de las políticas comunitarias de corresponsabilidad en la LOIEMH, vid. López López, J., "Los principios rectores de la LO 3/2007 sobre igualdad efectiva de mujeres y hombres a la luz de las estrategias de "Gender Maintraming" y "Empowerment", en *AAVV Igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Revista del Ministerio de Trabajo, núm. extraordinario, 2007, págs. 64–65. Para la autora el permiso parental constituye una puntual excepción al planteamiento "tan poco ambicioso" en este punto de la LOIEMH.

⁴ Como la califica su propia Exposición de Motivos. Si bien, seguramente, se asemeje más a una ley-marco, como afirma Valdés Dal Ré, F. "El contenido formal de la Ley de Igualdad...", cit., pág. 9.

⁵ Mercader Uguina, J. "Técnica legislativa y legislación transversal: reflexiones al hilo de la Ley Orgánica de igualdad entre mujeres y Hombres", en AA.VV. (Coord. Mercader Uguina), *Comentarios laborales de la Ley de Igualdad entre mujeres y hombres*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, págs. 19–21.



de país. Un planteamiento, en suma, que persigue que la perspectiva de género pueda y deba estar presente “en todos los estadios de elaboración y puesta en práctica de las políticas públicas y de cualquier acción normativa”⁶.

El carácter transversal de la norma, reflejo de la propia transversalidad de las políticas de género, se convierte así en el pilar básico sobre el que se asienta la reforma. Es su principio rector y lo que, en último término, justifica la revisión en profundidad del tratamiento que tradicionalmente ha recibido la igualdad de hombres y mujeres en nuestra legislación y jurisprudencia, centrado hasta entonces de forma casi exclusiva en los aspectos laborales y del acceso al empleo⁷.

El principio se recoge expresamente en el art.15 LOIEMH, y tiene como máxima expresión, como se ha dicho, la obligación a las Administraciones Públicas de integrar el principio de igualdad en la adopción y ejecución de todas sus disposiciones normativas. Pero son otras muchas las manifestaciones del mismo a lo largo del articulado de la ley. Así, del carácter transversal de la igualdad deriva también, por ejemplo, la exigencia impuesta a los poderes públicos en el art. 17 de la LOIEMH de procurar la presencia equilibrada de mujeres y hombres en los nombramientos de los cargos de responsabilidad de la administración Pública; la aprobación por el Gobierno de un Plan Estratégico de Igualdad de Oportunidades (art. 17); la elaboración de un informe periódico sobre el conjunto de sus actuaciones llevadas a cabo por el Gobierno en relación con la igualdad del que se dará cuenta a las Cortes Generales (art. 18); o la necesidad de que cualquier proyectos de ley o disposición normativas incluya para su aprobación un informe sobre su “impacto por razón de género” (art. 19).

Pero, en realidad, más allá de unos concretos preceptos, se podría decir que la idea de la transversalidad de las políticas de género⁸ está presente y se materializa en todo el contenido de la norma, a lo largo de sus 78 artículos y 31 disposiciones adicionales, con medidas dirigidas a incidir en los

⁶ Mercader Uguina, J. “Técnica legislativa y legislación transversal...”, cit., pág. 23

⁷ Rodríguez-Piñero Y Bravo-Ferrer, M., “La igualdad efectiva de mujeres y hombres y la Ley Orgánica 3/2007”, *Relaciones Laborales*, núm. 8, 2007, pág. 2, en versión extraída de www.laleylaboral.com

⁸ La transversalidad de las políticas de igualdad en el ámbito europeo (“gender mainstreaming”), se traduce en la necesidad de que las diferencias entre las condiciones y las necesidades de hombres y mujeres estén presentes en todas las políticas y actuaciones comunitarias, asegurando la igualdad en todas las áreas. Vid., en este sentido, López López, J., “Los principios rectores de la LO 3/2007 sobre igualdad efectiva de mujeres y hombres a la luz de las estrategias...”, en AAVV. *Igualdad efectiva de mujeres y hombres*, cit., págs. 54–56. Enfoque que ya se reflejaba, por otra parte, en el Cuarto (1996–2000) y en el Quinto Programa de Acción Comunitario (2001–2005).



diferentes ámbitos de actuación de los poderes públicos y referidas tanto a la esfera privada como al ámbito de la Administración Pública. Claro que esta regulación legal no siempre tiene el mismo grado de intensidad. Y es que si bien lo normal es que la Ley imponga su contenido con mandatos de naturaleza indisponible, hay un número muy significativo de disposiciones a lo largo del articulado de la norma en las que el legislador, por el contrario, se limita a establecer las pautas para el posterior desarrollo de sus mandatos a través de la negociación colectiva, o simplemente apela a la responsabilidad social de las empresas para conseguir sus objetivos propuestos, mediante la utilización de fórmulas cercanas al *soft law*⁹.

Valga como ejemplo de cuanto se afirma, aunque sólo sea por su novedad y por el interés y el debate que ha despertado en la opinión pública, la medida consistente en la obligación impuesta a las Administraciones Públicas de lograr una presencia equilibrada de hombres y mujeres en los nombramientos que realicen para sus organismos públicos, de forma que la presencia cada sexo en los mismos no puede superar el 60% ni ser inferior al 40% (disp. Adic. 1^a)¹⁰.

Obligación de presencia equilibrada de ambos sexos que no alcanza, sin embargo, con la misma intensidad a las sociedades mercantiles (art.75 LOIEMH), pues en este último caso, en efecto, la presencia equilibrada de ambos sexos se sitúa en España en el marco de la responsabilidad social de las empresas, con un carácter, en consecuencia, más promocional que estrictamente intervencionista¹¹. Así resulta del propio tenor literal del art.75 LOIEMH, aplicable al ámbito de la empresa privada, donde no se establece una obligación de resultado sino la simple previsión de que las sociedades mercantiles, “procurarán” incluir en sus Consejos de administración un “número de mujeres” que permita alcanzar, en un plazo de 8 años, una presencia equilibrada de hombres y mujeres

Con todo, y como afirmábamos al principio, a pesar de la incidencia que tiene la LOIEMH en esos ámbitos normativos y en otros muchos de los que resulta inviable dar aquí cuenta, y de su notable valor e interés, no cabe

⁹ En este sentido, Rodríguez-Piñero Y Bravo-Ferrer, M., “La igualdad efectiva de mujeres y hombres y la Ley Orgánica 3/2007”, cit., pág. 6.

¹⁰ Sistema de cuotas que se extiende por otra parte, a la propia confección de las listas para la elección de representantes en el Congreso de los Diputados, Parlamento Europeo, y Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas, donde ha respetarse igualmente en similares términos una composición equilibrada entre ambos sexos (disp. adic. 2^a).

¹¹ Merino Segovia, A., Igualdad de género, empresa y responsabilidad social, Bomarzo, Albacete, 2009, pág. 67.



duda, sin embargo, que la parte más importante de la reforma, tanto por su contenido como por el número de preceptos que resultan afectados, es la parte relativa a la materia laboral. Y es que, al fin y al cabo, no puede desconocerse que las dificultades y trabas de todo tipo con las que se encuentra la mujer en el mercado de trabajo y en el acceso al empleo, se erigen siempre, o en la mayoría de los casos, en los principales obstáculos para lograr esa igual real y efectiva a la que aspira la norma.



NOVEDADES DE LA LOIEMH EN EL ÁMBITO LABORAL

1. Igualdad y derechos de conciliación

1.1. El permiso de paternidad

Es conocido que en España, la primera norma que aborda, siguiendo las pautas marcadas por la Directiva 96/34/CE, la necesidad de introducir la corresponsabilidad de mujeres y hombres en la asunción de responsabilidades familiares fue la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de conciliación de la vida personal, familiar y laboral. Esta norma, en efecto, llevó a cabo una reordenación y ampliación de los denominados derechos de conciliación de la vida laboral, introduciendo, como novedad, por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico, la titularidad indiferenciada de hombre y mujer en el disfrute de los mismos¹². En este sentido, se puede decir que esta reforma supuso en su momento un punto de inflexión en nuestro ordenamiento jurídico laboral, en tanto a partir de ahí los clásicos derechos de conciliación para el cuidado y atención de hijos y familiares (permisos retribuidos; reducciones de jornada, excedencias, suspensión del contrato de trabajo,...) se extienden a todos los trabajadores, hombres y mujeres, en el entendimiento de que es a ambos a los que corresponde asumir en pie de igualdad las responsabilidades familiares, y, en consecuencia, quienes precisan de medidas de conciliación de la vida familiar y laboral.

¹² Alameda Castillo, M^a.T^a., "Otro lento avance normativo hacia la corresponsabilidad familiar: suspensión del contrato de trabajo y prestación de paternidad", en AA.VV. *Comentarios laborales de la Ley de Igualdad entre mujeres y hombres*, (Coord. Mercader Uguina), cit., pág. 497.





Pues bien, la LOIEMH que comentamos profundiza en esa misma línea de promocionar la participación del padre en la asunción de las responsabilidades familiares. Y su mayor avance, desde luego, se encuentra en el reconocimiento de un nuevo permiso de paternidad y su correspondiente prestación.

Éste, en efecto, concebido, según la exposición de motivos de la norma, como “derecho individual y exclusivo del padre, que se reconoce tanto en los supuestos de paternidad biológica como en los de adopción o acogimiento”, se configura legalmente en el nuevo art. 48 bis ET como el derecho del trabajador a la suspensión del contrato de trabajo en caso de nacimiento de hijo, adopción o acogimiento durante 13 días ininterrumpidos, ampliables en el supuesto de parto, adopción o acogimiento múltiples en 2 días más por cada hijo a partir de segundo.

El ordenamiento jurídico ya contemplaba, como es sabido, el denominado permiso de maternidad al que se suma ahora éste otro de paternidad. En el supuesto de parto, en efecto, el art. 48 ET ya reconocía el derecho a la suspensión del contrato con una duración de 16 semanas ininterrumpidas, ampliables en 2 semanas más en caso de parto múltiple. Dicho período de suspensión puede disfrutarse a opción de la interesada siempre que seis semanas sean inmediatamente posteriores al parto. Pero, salvando este período de seis semanas de disfrute obligatorio por la madre, el permiso puede ser compartido por ambos progenitores, de modo que si ambos progenitores trabajan, la madre puede optar porque el otro progenitor disfrute de una parte determinada e ininterrumpida del período posterior al parto de forma simultánea o sucesiva con el de la madre.

Hay que decir que este permiso de paternidad que ahora se reconoce es independiente del disfrute compartido del permiso de maternidad, ex-tiendo una amplia libertad en su régimen legal para la distribución de los mismos. También es diferente y compatible con el permiso retribuido por la empresa de 2 días que corresponde legalmente al trabajador por nacimiento del hijo. De esta forma, el padre podrá acumular y disfrutar de los dos días de permiso por el nacimiento del hijo, los 13 del permiso de paternidad, y la parte del permiso de maternidad, con la salvedad ya dicha, que en su caso acuerden los progenitores.

Ahora bien, la LOIEME se cuida de establecer reglas para lograr el reparto efectivo de las responsabilidades familiares, evitando que un único progenitor pueda pretender concertar y disfrutar en su totalidad de los



diferentes períodos de maternidad y paternidad¹³. Así en el supuesto de parto, el permiso pertenece en exclusiva y de manera intransferible “al otro progenitor”, esto es, al padre (o al otro progenitor cuando se trate de parejas del mismo sexo). En el caso de adopción o acogimiento, el derecho corresponde a uno sólo de los progenitores, a elección de los interesados, pero si el permiso de maternidad ha sido disfrutado en su totalidad por uno de los progenitores, el de paternidad sólo podrá ser disfrutado por el otro progenitor.

El permiso puede disfrutarse durante el período comprendido desde la finalización del permiso por nacimiento de hijo hasta la que termine la suspensión por maternidad o inmediatamente de la finalización de ésta, bien en régimen de jornada completa, bien en régimen de jornada parcial, con una reducción mínima de la jornada de un 50%, previo acuerdo con el empresario. Durante este período el trabajador pasa a percibir la correspondiente prestación a cargo de la Seguridad Social similar en su régimen legal a la de maternidad, es decir, el 100% de a base reguladora correspondiente, y el empresario, a su vez, puede beneficiarse de bonificaciones de cuotas a la Seguridad Social si celebra contratos de trabajo con personas desempleadas para sustituir a los trabajadores durante este período de descanso.

Es importante señalar, por último, que a LOIEMH contemplaba en su disposición transitoria novena el compromiso del Gobierno de la nación de ampliar de forma progresiva y gradual la duración del permiso de paternidad hasta llegar a las 4 semanas en un plazo de 6 años. Compromiso que se ha hecho efectivo con la publicación de la Ley 9/2009, de 6 de octubre, que amplía la duración del permiso de paternidad en los casos de nacimiento, adopción o acogimiento a 4 semanas ininterrumpidas, si bien su entrada en vigor ha quedado diferida al 1 de enero de 2011.

1.2. Otras medidas de conciliación de la vida familiar

El resto de las medidas que incorpora la LOIEMH sobre los derechos de conciliación van referidas fundamentalmente a la mejora y perfeccionamiento de su regulación legal permitiendo una mayor flexibilidad en su disfrute a los trabajadores con el fin de que éstos puedan ajustar el ejercicio de los mismos a sus circunstancias y necesidades familiares.

¹³ 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”, *Relaciones laborales*, núm. 8, 2007, pág. 16.



La excepción, en cuanto de novedad supone en nuestro ordenamiento, se encuentra en el reconocimiento de una nueva causa de suspensión de contrato derivada del riesgo durante la lactancia natural de un menor de 9 meses. Tal permiso y su correspondiente prestación económica, vienen así a completar el catálogo de permisos, suspensiones de contrato y excedencias que contempla el Estatuto de los Trabajadores para la protección de la maternidad, la salud de la madre o el cuidado de los hijos.

De esta forma, del conjunto de la regulación resulta que dejando al margen la suspensión del contrato por maternidad o adopción, ya comentada, las medidas que se habilitan en la actualidad en España para la protección de estas situaciones serían las siguientes:

- ☒ Permiso por nacimiento de hijo de 2 días, ampliable a 4 días si fuera preciso el desplazamiento del trabajador.
- ☒ Permiso para la realización de exámenes prenatales y para la preparación al parto, por el tiempo que resulte indispensable para ello.
- ☒ Permiso (o reducción de jornada) por nacimiento de hijos prematuros o que necesiten hospitalización después del parto. Permiso que consiste en el derecho del padre o la madre a ausentarse del trabajo durante 1 hora cada día, aunque con posibilidad también de optar también por reducir su jornada un máximo de 2 horas, en este caso con disminución proporcional del salario.
- ☒ Permiso (o reducción de jornada) por lactancia de un hijo menor de 9 meses. Permiso que posibilita al padre o a la madre durante la lactancia natural o artificial de un hijo menos de 9 meses, ausentarse 1 hora al trabajo, con retribución, que puede además optar en dividir en dos fracciones de media hora.
- ☒ Suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo.
- ☒ Reducción de jornada por razones de guarda legal de un menor.

Las mayores novedades que introduce la LOIEMH en el ámbito de estos derechos de conciliación se concretan:

- ☒ En el mencionado permiso de lactancia donde, recogiendo lo que era ya una práctica habitual en los convenios colectivos, se permite ahora acumular los períodos de ausencia en jornadas completas, de acuerdo con lo que disponga la negociación colectiva o previo acuerdo con el empresario



- ☒ Y en la reducción de jornada por guarda legal, donde se amplía, de una parte, la edad máxima del menor que faculta para disfrutar de este derecho, que pasa de 6 a 8 años, y por otra, se reduce a 1/8 de la jornada el límite mínimo de dicha reducción, antes cifrada en 1/3 o en la mitad de la jornada.

También constituye una novedad incorporada por la LOIEMH la ampliación del período de suspensión por maternidad en los supuestos de partos prematuros con falta de peso o recién nacidos que deban quedar hospitalizados por un período superior a 7 días, circunstancias que permiten ampliar dicho período de suspensión “en tanto días” como el nacido se encuentre hospitalizado, con límite máximo de trece semanas.

A este catálogo de instrumentos jurídicos reconocidos en España para la conciliación de la vida laboral, deben añadirse igualmente las medidas de adaptación de las condiciones de trabajo, incluida la movilidad funcional, o de reordenación del tiempo de trabajo durante el embarazo o durante la lactancia natural, cuya finalidad no es otra que evitar riesgos para la salud de la madre o del feto, y, sobre todo, las excedencias.

Por lo que se refiere a éstas últimas, cuyo papel en el marco de atención de las obligaciones familiares parece indudable, podemos distinguir en lo que aquí interesa entre excedencias voluntarias, es decir, la interrupción por voluntad del trabajador de la relación laboral sin derecho a la reserva del puesto de trabajo, que lógicamente puede obedecer a motivos familiares o de otro tipo, y que es flexibilizada por la LOIEMH al reducir su duración mínima, ahora establecida en 4 meses en vez de los 2 años que contemplaba la legislación anterior, y aquellas otras excedencias vinculadas específicamente al cuidado de hijos o familiares.

En realidad, bajo el cobijo del mismo precepto, el art.46.3 ET, se regulan dos situaciones de excedencia, ambas con derecho a la reserva del puesto de trabajo en los términos previstos en el precepto, que ya se contemplaban también en la citada Ley 39/1999. Una, la reconocida para atender al cuidado de cada hijo, de duración no superior a 3 años computados a partir de la fecha de nacimiento, y otra, la del cuidado de familiares hasta el segundo grado, dirigida básicamente a la atención de personas dependientes, de duración no superior a 2 años.

Pues bien, la modificación más importante efectuada por la LOIEMH en estas situaciones de excedencia, más allá de la ampliación del período máximo de interrupción que sufre la segunda de ellas (se aumenta de



1 a 2 años), se refiere al hecho de que en la actualidad, en ambos casos, los períodos de excedencia puedan disfrutarse por el trabajador o trabajadora de forma fraccionada, lo que venía constituyendo una constante y, a nuestro modo de ver, lógica reivindicación doctrinal¹⁴. De este modo, en la actualidad, frente a la rigidez que suponía la necesidad de un ejercicio ininterrumpido de la excedencia, el titular del derecho puede ahora decidir disfrutar de la excedencia en distintos períodos, siempre que la suma de todos ellos no supere el tiempo máximo marcado en cada caso por la norma.

Hay que mencionar, por último, dos novedades más en la LOIEMH que aunque no se refieren ni amplían en sentido estricto esta gama de permisos o derechos de conciliación que hemos visto, tienen importancia, en cambio, por cuanto vienen a clarificar algunos de los puntos conflictivos que en algún caso encerraba su régimen jurídico.

La primera se refiere a la coordinación entre el disfrute de las vacaciones y la maternidad. Al respecto, nuestros tribunales durante cierto tiempo habían venido entendiendo que si el trabajador durante el período en el que fuera a disfrutar de sus vacaciones se encontraba en una situación de suspensión del contrato por maternidad, no tenía derecho a solicitar que la empresa le señalara un nuevo período de vacaciones, perdiendo así los días no disfrutados, en tanto se trataba de un riesgo que, según se afirmaba, correspondía soportar el trabajador. Línea interpretativa, excesivamente rígida y sobre todo poco acorde con la propia naturaleza de los derechos de conciliación, que tuvo a la postre que ser corregida por nuestros tribunales a la vista del criterio opuesto asumido en el ámbito comunitario (STJCE de 10 de marzo 2004, Caso Paz Merino: asunto C-342-01) que reconocía el derecho de la trabajadora a disfrutar del descanso anual en período distinto al del permiso por maternidad¹⁵.

Tal criterio favorable a la coordinación entre el permiso de maternidad y las vacaciones, finalmente, ha sido incorporado expresamente al Estatuto de los Trabajadores por la LOIEMH, de modo que dispone ahora el art.38.3 del ET que cuando el período de vacaciones fijado en el calendario de vacaciones de la empresa coincida en el tiempo con una incapacidad

¹⁴ AA.VV. (Dir. Montoya Melgar, A.), *Igualdad de mujeres y hombres. Comentario a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Thomson-Civitas, Pamplona, 2007, pág. 426.

¹⁵ Al respecto, García-Perrote Escartín, I., y Mercader Uguina, J., "Afinidades entre la ley y la jurisprudencia: el ejemplo de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres", *Justicia Laboral*, núm. 30, 2007, pág. 8.



temporal derivada del “embarazo, el parto o la lactancia natural” o con el período de suspensión del contrato por maternidad, se tendrá derecho a disfrutar de las vacaciones en fechas distintas a la de la incapacidad temporal o a la del disfrute del permiso al finalizar el período de suspensión, incluso aunque haya terminado el año natural a que correspondan las vacaciones.

La segunda novedad, de mucho menor alcance, tiene que ver con la posibilidad del padre de disfrutar de aquella parte del permiso de maternidad que corresponde a la madre cuando ésta realiza una actividad profesional que no otorgue el derecho a suspender el contrato de trabajo con las correspondientes prestaciones; posibilidad que había sido negada en la doctrina judicial para el caso, por ejemplo, de trabajadoras que ejercían la profesión de abogadas por cuenta propia, pero que se reconoce expresamente ahora en el art.48.4 ET¹⁶.

2. Igualdad y negociación colectiva: los Planes de Igualdad

Es un hecho reconocido por todos que la negociación colectiva, como máxima expresión de la voluntad de los protagonistas de las relaciones laborales, está llamada a ocupar un espacio central en la promoción y en la consecución de la igualdad de hombres y mujeres. Así, al menos, lo entiende también la LOIEMH que dedica varios de sus preceptos a diseñar un conjunto de medidas dirigidas a impulsar la labor de los convenios colectivos en la lucha contra la discriminación y la planificación de acciones positivas en favor de la igualdad de oportunidades.

En este sentido, es muy significativa la modificación realizada en el art. 17.4 ET por la LOIEMH, mediante la cual se permite establecer en el seno de la negociación colectiva medidas para favorecer el acceso al empleo de la mujer a través de “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”. Previsión que se reitera y es igualmente aplicable, por lo demás, en el ámbito de la clasificación, promoción, y formación profesional.

¹⁶ Sobre la problemática que generaba esta cesión de derechos al otro progenitor, vid., in extenso, 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”, *Relaciones laborales*, núm. 8, 2007, pág. 21–22.



Sin embargo, en el plano colectivo, si hay algo que ha concentrado la atención de la LOIEMH y de la doctrina ha sido, por su novedad, es la previsión relativa a la elaboración por las empresas de los denominados “Planes de Igualdad”, cuya regulación legal se contiene en los arts. 45 a 49 de la LOIEMH y 85 del ET.

Estos planes de igualdad se configuran en el art.46.1 LOIEMH como “un conjunto 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 a eliminar la discriminación por razón de sexo”. Su contenido, como es natural, dado la libertad de contratación de asiste a las partes, es abierto y puede ser muy variado, aunque el art.46.2 LOIEMH incorpora una enumeración de las materias (acceso al empleo, ordenación del tiempo de trabajo,...) sobre las que, “entre otras”, pueden tratar. Siempre, eso sí, con vistas a favorecer la igualdad, la conciliación de la vida laboral y familiar, y la prevención del acoso sexual o del acoso por razón de sexo.

En realidad, la elaboración de un plan de igualdad por la empresa, que no es sino una planificación de las políticas de igualdad que ha de ser objeto de negociación con los representantes legales de los trabajadores en el marco de la negociación de los convenios colectivos, sólo se imponen de forma imperativa en las empresas de más de 250 trabajadores, aunque puede extenderse también a aquellos otros supuestos en los que tal obligación la establezca expresamente el convenio, o cuando la autoridad laboral lo hubiera acordado en un procedimiento sancionador como sustitución de las sanciones accesorias impuestas. En el resto de los supuestos, esto es, en empresas de menos de 250 trabajadores, las empresas pueden optar voluntariamente por implantar un plan de igualdad o no. Pero, en cualquier caso, lo que sí impone el art.85.1 ET a la empresa es el deber de negociar en los convenios colectivos “medidas dirigidas a promover la igualdad”.

Ahora bien, es importante señalar que, tanto por lo que se refiere a los planes de igualdad como en aquellos otros supuestos donde simplemente se impone la obligación de negociar en los convenios colectivos medidas dirigidas a promover la igualdad, la empresa no está obligada a alcanzar acuerdos sobre las concretas medidas propuestas y negociadas por las partes¹⁷. Tan sólo se le exige la obligación de negociar, y, en su caso, cuando así

¹⁷ En este sentido, por todos, Rodríguez-Piñero Y Bravo-Ferrer, M., “La igualdad efectiva de mujeres y hombres y la Ley Orgánica 3/2007”, cit., pág. 11; y Sala Franco, T., y Cardona Rubert, M^a B., “La negociación colectiva el principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres en la Ley Orgánica para la igualdad



proceda, que la empresa elabore un plan de igualdad, con o sin el acuerdo con los representantes de los trabajadores.

Por lo demás, más allá de los planes de igualdad, tampoco se puede desconocer el importante papel de complementariedad o de desarrollo de la regulación legal que corresponde a la negociación colectiva. Y ello no sólo por el hecho de que sea la propia Ley la que específicamente en varias ocasiones se remita a los convenios colectivos para articular el contenido de algunos derechos que la norma reconoce (arts 34.8; 37.4, 48 bis ET)¹⁸, sino por aquellas otras aportaciones que en materia de igualdad es de esperar sigan realizando los agentes sociales, empresarios y representantes de los trabajadores, en un marco dinámico y flexible como es el de la negociación de los convenios colectivos.

3. La tutela antidiscriminatoria

En el ámbito laboral, la protección ante al despido y la garantía de indemnidad frente a cualquier consecuencia adversa que pueda sufrir una persona por el ejercicio de los derechos que en relación con la igualdad se reconocen, se convierten en una de las prioridades de la LOIEMH.

Ciertamente, en nuestra legislación laboral, a raíz de la reforma operada en el Estatuto de los Trabajadores por la Ley 39/1999, hace tiempo que se había introducido la garantía de permanencia del trabajador frente a los actos extintivos del empresario que tuvieran por causa el ejercicio de los derechos de conciliación o estuvieran vinculados a la protección de la maternidad, cualquiera que fuera la vía, económica o por motivos disciplinarios, a través de la cual hubiera canalizado formalmente la empresa la extinción del contrato de trabajo del trabajador. Desde aquella reforma, en efecto, el art. 55 ET sanciona expresamente con la nulidad aquellas extinciones contractuales que se producen con ocasión del estado de gestación de la mujer o del ejercicio por los “trabajadores o trabajadoras” de los derechos de suspensión de contrato de trabajo por maternidad, permiso de lactancia, reducción de jornada o excedencia para cuidado de hijos y familiares en los términos anteriormente analizados, con la consecuencia inmediata de la readmisión obligatoria del trabajador en su anterior puesto de trabajo sin

efectiva de mujeres y hombres”, en AA.VV. (Coord. Sala Franco, T.) *Comentarios a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, La Ley, Madrid, 2008, pág. 400.

¹⁸ 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”, cit., pág. 30.



posibilidad de alternativa alguna por parte del empresario. No cabe, pues, en estos casos, como con carácter general ocurre en nuestro ordenamiento jurídico, la posibilidad de que el órgano judicial pueda declarar el despido *improcedente*¹⁹, abriendo así la facultad del empresario de optar por la readmisión o la extinción indemnizada de la relación laboral, sino que ha de declarar necesariamente la *nulidad* del mismo, o bien, cuando la empresa lograra acreditar que su decisión extintiva estaba motivada por causas ajenas al embarazo o al ejercicio de esos derechos, su *procedencia*.

Dicha garantía reforzada de los derechos de conciliación, que ya en su momento tuvo una muy favorable acogida, se ve ahora refrendada por la LOIEMH que la extiende además, en lógica coherencia con ampliación de los derechos que en éste ámbito se opera, a los nuevos permisos y suspensiones reconocidos por la norma, entre ellos, a la suspensión del contrato por paternidad.

Sin embargo, lo cierto es que la LOIEMH da un paso más en su protección cualificada de los derechos de conciliación al introducir en el art.55.5.c) ET un nuevo supuesto de despido nulo, el “de los trabajadores después de haberse reintegrado al trabajo al finalizar los períodos de suspensión del contrato por maternidad, adopción, acogimiento o paternidad, siempre que no hubieran transcurrido más de nueve meses desde la fecha del nacimiento, adopción o acogimiento del hijo”, tratando con ello así de dar cobertura y garantizar la inmunidad del trabajador, no sólo durante el ejercicio de esos derechos, sino en un momento posterior, una vez que se haga efectivo su reingreso a la empresa.

Por otra parte, en lo que atañe a la incidencia de la reforma en el terreno procesal, la LOIEMH insiste en algo que era ya bien conocido en el proceso laboral y que ahora se formula con carácter general para todo el ordenamiento jurídico. Nos referimos a la regla de la inversión de la carga de la prueba que ha de operar “en aquellos procedimientos en los que las alegaciones de la parte actora se fundamente en actuaciones discriminatorias, por razón de sexo”, y que comporta la obligación del demandado de “probar la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y su proporcionalidad” (art. 13 LOIEMH).

En realidad, como decimos, en el ámbito laboral, la medida ya estaba

¹⁹ Lo que, de no existir tal disposición, podría ocurrir, por ejemplo, cuando el empresario justificara su decisión extintiva en causas ajenas al ejercicio de los derechos de conciliación pero la sanción fuera a todas luces desproporcionada. Al respecto, AA.VV. (Dir. Montoya Melgar, A.), *Igualdad de mujeres y hombres. Comentario a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, cit., pág. 438.



contemplada en el seno del proceso laboral especial de tutela de los derechos fundamentales, proceso preferente y sumario a través de cual han de tramitarse, entre otras, las reclamaciones de los trabajadores en materia de igualdad. Diseñado en los artículos 175 y siguientes de la Ley de Procedimiento Laboral, se trata, en efecto, de una modalidad procesal tradicionalmente revestida de ciertas garantías adicionales en atención a la trascendencia que tiene en este caso la lesión del bien jurídico protegido, siendo una de las más relevantes, sin duda, la regla sobre la inversión de la carga de la prueba recogida en el art. 179 LPL, según el cual “una vez constatada la existencia de indicios” de que se ha producido la violación de un derecho fundamental, corresponde al demandado aportar al juicio una “justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad”.

Tal precepto no ha sido modificado, de modo que, al menos por lo que se refiere al proceso laboral, no es suficiente la simple alegación por el demandante de un comportamiento discriminatorio por razón de sexo para que se desplace la carga de la prueba al demandado, sino que, por el contrario, sigue resultando de aplicación el sistema de prueba indiciaria que obliga al demandante a aportar indicios fundados de una actuación discriminatoria²⁰. Lo que en otros términos significa que el demandante sigue estando obligado a aportar de forma inexcusable un principio de prueba que permita deducir que se ha producido el acto discriminatorio, pues sólo así se puede trasladar la carga probatoria al demandado.

Más interesante y novedosa, en cambio, parece la previsión incorporada por la LOIEMH relativa a la posibilidad de la víctima de reclamar y obtener en el seno de este mismo proceso, una indemnización adicional derivada directamente de la discriminación o vulneración del derecho fundamental sufrida, así como su compatibilidad con otro tipo de indemnizaciones que puedan corresponder, en su caso, al trabajador por la modificación o extinción de su contrato. Posibilidad ésta que, ciertamente, había sido contemplada y admitida en sede judicial por algunas resoluciones judiciales, pero que generaba serias dudas en su proyección general tanto en la doctrina como en la jurisprudencia con pronunciamientos judiciales contradictorios²¹.

²⁰ Aramendi Sánchez, P., “Derivaciones procesales de la Ley de Igualdad (LO 3/2007)”, *Aranzadi Social*, núm. 5, 2007, pág. 6, en versión *on line* extraída de www.westlaw.es.

²¹ Una síntesis de los distintos criterios manejados por la jurisprudencia en relación a la compatibilidad de las indemnizaciones con anterioridad a la LOIEMH, en: Albiol Montensinos “La extinción del contrato de trabajo en la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres”, AA.VV. (Coord. Sala Franco, T.) *Comentarios a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, cit., págs. 468–475.



En la actualidad, por expresa disposición del art.10 LOIEMH en relación con los arts. 180 y 181 LPL, no cabe, pues, ninguna duda, de que cualquier manifestación de discriminación por razón de sexo en el ámbito laboral puede dar lugar a la correspondiente indemnización adicional de daños y perjuicios por daños morales o materiales, y que ésta es independiente y compatible con aquellas otras previstas en el ordenamiento laboral que pueda igualmente generar la decisión empresarial. Solución acertada, desde luego, pero que no implica, como es lógico, que la indemnización opere de forma automática frente a cualquier posible lesión del principio de igualdad, sino que ha de acreditarse en cada caso la realidad del daño y su cuantía.

Todo este sistema de garantías y protección del trabajador en el ejercicio de sus derechos de conciliación se cierra, finalmente, con la denominada garantía de indemnidad, integrada desde hace tiempo en la doctrina de nuestros tribunales laborales, según la cual del ejercicio de acciones judiciales por el trabajador en demanda de sus derechos o de los actos previos al mismo no pueden derivarse en ningún caso consecuencias perjudiciales para el mismo (STC 38/2005, 28 de febrero).

Recogida ahora expresamente por lo que al ejercicio de los derechos derivados del principio de igualdad se refiere en el art.9 LOIEMH, dicha garantía se concreta en la imposibilidad de la empresa de adoptar medidas de represalia contra el trabajador por el simple ejercicio de sus derechos en demanda del cumplimiento efectivo del principio de igualdad de trato, y en la consiguiente tutela del trabajador frente a las consecuencias adversas que el ejercicio dichas acciones judiciales le pudiera ocasionar. Y es que, en efecto, como ha subrayado en reiteradas ocasiones nuestro Tribunal Constitucional (STS 16/2006, 1 de enero), una actuación empresarial motivada por el hecho de haber ejercitado el trabajador un derecho ha de calificarse como de radicalmente nula, dado que entre los derechos básicos reconocidos a todo trabajador se encuentra el de ejercitar individualmente las acciones judiciales que le asisten.