

# ARTÍCULOS

## LA LEY DE IGUALDAD Y SU ALCANCE EN LAS RELACIONES LABORALES

LOURDES MARTÍN FLÓREZ Y ANA ALÓS RAMOS  
Abogadas (\*)

*«... el detractor más apasionado de la mujer no se atreverá a negar que, si a la experiencia del presente añadimos la del pasado, las mujeres, y no en corto número, sino en gran cantidad, se han mostrado capaces de hacer tal vez, sin excepción alguna, lo que hacen los hombres, y hacerlo con éxito y gloria.» JOHN STUART MILL, *The subjection of women*, 1869.*

### 1 · INTRODUCCIÓN

Tras un extenso periodo de tramitación —más de dos años—, la para muchos esperada Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, publicada en el BOE de 23 de marzo de 2007 («LOI»), nace con el propósito de promover la igualdad efectiva entre mujeres y hombres y, con tal motivo, prevenir conductas discriminatorias, directas o indirectas, por razón de sexo. La LOI incorpora al ordenamiento español, en particular, la Directiva 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.

De su Exposición de Motivos y del exhaustivo contenido de la LOI se evidencia que, para el legislador español, la igualdad meramente formal, como principio jurídico universal reconocido en múltiples textos internacionales —y, desde luego, en el artículo 14 de la Constitución Española («CE»)—, aun cuando decisiva, ha resultado insuficiente en esa búsqueda de la «perfecta igualdad», pues aún subsisten situaciones de desigualdad entre mujeres y hombres en nuestra realidad social, así como minorías de mujeres especialmente vulnerables. De la LOI se infiere pues la necesidad de que, tal y como consagra el artículo 9.2 de la CE, los poderes públicos promuevan condiciones adecuadas para que la igualdad de los individuos (en este caso, de la mujeres) sea real y efectiva. Y en ese afán, la LOI adopta una postura clara y determinante en favor de la consecución efectiva de ese derecho e introduce políticas activas y concretos instrumentos jurídicos dirigidos a combatir los «obstáculos y estereotipos sociales» que han impedido e impiden todavía a la mujer alcanzar esa efectiva igualdad.

Se destaca de otro lado que la seña de identidad y principio fundamental de la LOI es su dimensión transversal, y con la ambiciosa vocación de erigirse en la ley-código de igualdad entre mujeres y hombres en materias muy heterogéneas, proyecta el principio de igualdad sobre «cualquiera de los ámbitos de la vida y, singularmente, en las esferas política, civil, laboral, económica, social y cultural», tal y como dispone su artículo 1. De esta

---

(\*) Del Área de Fiscal y Laboral de Uría Menéndez (Madrid y Barcelona). Ana Alós fue Redactora de la propuesta promovida por la «Asociación Prematura», para la inclusión de una enmienda a la LOI en el último momento de su trámite parlamentario, en relación con los permisos referidos a los partos prematuros.

forma, ese principio de igualdad debe informar toda decisión o norma y su impacto sobre mujeres y hombres.

La LOI está estructurada en un Título Preliminar (Objeto y ámbito), ocho títulos, treinta y una disposiciones adicionales («DA»), once disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y ocho disposiciones finales. Los ocho títulos de la LOI contienen previsiones sobre el principio de igualdad y la tutela contra la discriminación (Título I), políticas públicas para la igualdad (Título II), igualdad y medios de comunicación (Título III), el derecho al trabajo en igualdad de oportunidades (Título IV), el principio de igualdad en el empleo público (Título V), igualdad de trato en el acceso a bienes y servicios y su suministro (Título VI), la igualdad en la responsabilidad social de las empresas (Título VII) y disposiciones organizativas (Título VIII). Por su parte, las DA modifican múltiples y diversas normas de nuestro ordenamiento y, entre ellas, la Ley Orgánica del Régimen Electoral General, la Ley Orgánica del Poder Judicial, la Ley de Enjuiciamiento Civil, la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, la Ley de Procedimiento Laboral, la Ley de Sociedades Anónimas, la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, el Estatuto de los Trabajadores, la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, la Ley de Sanciones e Infracciones en el Orden Social, la Ley de Empleo y la Ley General de la Seguridad Social.

No debe extrañar por tanto que la LOI no sea sólo una norma laboral, aunque, como no podía ser de otro modo, preste especial atención a la conciliación de la vida familiar y laboral, fomentando una mayor corresponsabilidad entre mujeres y hombres en la asunción de las obligaciones familiares, a fin de impulsar la desaparición de ese desequilibrio que, por hábitos culturales, se sigue reflejando en el diferente reparto de roles sociales y familiares por razón de sexo.

Aun sin desconocer el amplio contenido de la LOI, este artículo tiene un objetivo mucho más modesto, pues sólo pretende dar a conocer de forma sumaria los principios básicos de esta norma, así como las modificaciones más relevantes que ha introducido en el ámbito laboral, y ello por cuanto la LOI va sin duda a producir un importante impacto en las empresas, al quedar éstas obligadas no sólo a respetar la igualdad de trato y de oportunidades, sino a establecer medidas concretas que tiendan a evitar cualquier tipo de discriminación entre mujeres y hombres.

## 2 · EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y LA TUTELA CONTRA LA DISCRIMINACIÓN. LOS CONCEPTOS DEL TÍTULO I DE LA LOI

El Título I de la LOI se ocupa de definir determinados conceptos encaminados a informar el ordenamiento jurídico para lograr la igualdad efectiva entre mujeres y hombres. Así, los artículos 3 y 4 se ocupan de tratar el principio de igualdad de trato entre ambos sexos y su integración en la interpretación y aplicación de las normas, haciendo especial referencia a la prohibición de toda discriminación derivada de la maternidad, de la asunción de las obligaciones familiares y del estado civil.

La igualdad de trato en el acceso al empleo, la formación, la promoción profesional y las condiciones de trabajo viene igualmente establecida en el artículo 5 y se extiende al empleo tanto público como privado e, incluso, al trabajo por cuenta propia, así como a las condiciones retributivas y a las relativas a la extinción del contrato de trabajo. Del mismo modo, este principio debe también garantizarse en la afiliación y participación en organizaciones sindicales y empresariales, o en cualquier otra organización profesional. Aclara no obstante dicha disposición que la diferencia de trato fundamentada en una característica relativa al sexo no se considerará discriminación, si dicha característica constituye un requisito determinante para la actividad profesional de que se trate o el contexto en el que se realice, siempre que ese requisito sea proporcionado y legítimo el objetivo en que esa diferencia de trato se funde.

Definen por su parte los artículos 6, 7 y 8 la discriminación directa e indirecta por razón de sexo, así como el acoso sexual, el acoso por razón de sexo —comportamientos ambos discriminatorios y que hasta la LOI carecían de una definición precisa en nuestro ordenamiento— y la discriminación por embarazo y maternidad, es decir, todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con dichas circunstancias.

El derecho a la indemnidad como consecuencia de represalias derivadas de actuaciones tendentes a impedir la discriminación y a exigir la igualdad efectiva, está expresamente contemplado en el artículo 9 de la LOI —y como se pondrá de manifiesto más adelante, su vulneración será objeto de sanciones administrativas—. Y el artículo 10 declara expresamente la nulidad de aquellos actos o cláusulas que sean constitutivos o causen discriminación por razón de sexo, y establece a su vez, mediante un doble sistema, las consecuencias jurídicas derivadas

de esas conductas discriminatorias: un sistema reparador del perjuicio causado con indemnizaciones «reales, efectivas y proporcionadas»; y un sistema disuasorio de imposición de sanciones para prevenir estas conductas.

Tal y como se ha avanzado en la Introducción, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 9.2 de la CE, la LOI establece la obligación de los Poderes Públicos de adoptar medidas concretas —razonables y proporcionadas según el objetivo que se persiga en cada caso— en favor de las mujeres para enmendar aquellas situaciones que patenten desigualdades de hecho respecto de los hombres. Así lo dispone expresamente el artículo 10 de la LOI que, en su apartado 2, alude también a que se adopten estas medidas en el ámbito privado por personas físicas y jurídicas.

Con mención expresa al artículo 53.2 de la CE, el artículo 12 de la LOI dispone la tutela judicial efectiva del derecho a la igualdad, incluso cuando hubiera finalizado la relación causante del trato discriminatorio, así como determina la capacidad y legitimación para intervenir en los correspondientes procesos en defensa del principio de igualdad —en este sentido se establece que sólo la víctima de acoso sexual y acoso por razón de sexo está activamente legitimada en los litigios sobre dicha materia.

Por último, y con la única excepción de los procesos penales, el artículo 11 de la LOI determina la inversión de la carga de la prueba en los procedimientos en los que las alegaciones de la parte actora se fundamentan en discriminación, y la posibilidad de recabar a tales efectos informe o dictamen de los organismos públicos competentes.

### **3 · EL DERECHO AL TRABAJO EN IGUALDAD DE OPORTUNIDADES. CONCILIACIÓN E IGUALDAD. LOS PLANES DE IGUALDAD**

Desde la perspectiva laboral, el Título IV de la LOI resulta cardinal. Su contenido se ha incorporado, entre otras normas, al Estatuto de los Trabajadores («ET»), a través de las correspondientes modificaciones que del mismo se realiza en la DA 11.<sup>a</sup> de la LOI y que se expondrán con posterioridad.

Los artículos 42 al 50 del Título IV propugnan, de un lado, como objetivo prioritario de las políticas de empleo, la mejora y promoción de la empleabilidad y permanencia en el empleo de las mujeres en igualdad de condiciones —también mediante medidas de acción positiva acordadas en negociación colectiva—, el incremento de su participación

en el mercado de trabajo, y la potenciación de su formación y adaptabilidad al mismo. Con ese mismo objetivo, se establece que los programas de inserción laboral activa dirigidos a desempleados se puedan destinar de forma prioritaria a colectivos específicos de mujeres o contener una determinada proporción de mujeres.

De otro lado, la LOI extrema la importancia del derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral. El legislador, consciente de que el tradicional reparto de roles en las responsabilidades familiares ha sido un impedimento para lograr esa efectiva igualdad, establece que éste ha de reconocerse a hombres y mujeres de forma que fomente «la asunción equilibrada» de dichas responsabilidades, «evitando toda discriminación basada en su ejercicio». Y, para contribuir a ese equilibrio, el artículo 44.2 reconoce el derecho a un permiso de paternidad —del que se dará cuenta más adelante— lo que supone una de las novedades más destacables de la LOI en materia laboral.

También se ocupa el Título IV (en su artículo 48) de articular medidas específicas para la prevención del acoso sexual y del acoso por razón de sexo ya definidos en el Título I. A tales efectos, las empresas quedan obligadas a promover activamente condiciones de trabajo que eviten dichas situaciones y a arbitrar procedimientos específicos para cursar las correspondientes denuncias o reclamaciones. La elaboración y difusión de códigos de buenas prácticas, las correspondientes campañas informativas o acciones de formación se plantean en el artículo 48 como medidas concretas —a negociar con los representantes legales de los trabajadores— para alcanzar ese fin preventivo. Además, con idéntico objetivo, la LOI incorpora un nuevo deber de los representantes de los trabajadores: contribuir a esta prevención sensibilizando a los trabajadores e informando a la dirección de la empresa —cuando tuvieran conocimiento— de la existencia de conductas o comportamientos que pudieran propiciar el acoso.

Finalmente y con el objetivo de acometer medidas activas en pro de la consecución de la igualdad efectiva —y no sólo del respeto al principio de igualdad de trato—, el Título IV de la LOI prevé otra de las novedades más destacadas en materia laboral: el deber de las empresas de negociar y, en su caso acordar, con los representantes legales de los trabajadores medidas dirigidas a evitar cualquier tipo de discriminación entre mujeres y hombres. Estas medidas deberán plasmarse necesariamente en la

elaboración y aplicación de un plan de igualdad en aquellas empresas que tengan más de 250 trabajadores, o cuando así lo establezca el convenio colectivo que les sea de aplicación, o cuando así lo haya ordenado la autoridad laboral en un procedimiento sancionador —en sustitución de determinadas sanciones accesorias—. El plan de igualdad deberá asimismo negociarse con los representantes legales de los trabajadores y deberá abarcar la totalidad de la empresa, sin perjuicio de que se adopten acciones especiales respecto de concretos centros de trabajo, y tanto esos representantes, como los propios trabajadores, en su defecto, podrán acceder a la información sobre el contenido y la consecución de los objetivos fijados en el plan —de hecho, la LOI modifica expresamente el apartado 1 del artículo 64.1 del ET en este sentido—. Transparencia absoluta pues sobre la implantación de estos planes y papel destacado por tanto el que atribuye la LOI a la negociación colectiva para articular la efectiva igualdad entre mujeres y hombres en las empresas.

Por lo que se refiere a las pequeñas y medianas empresas, la implementación de los planes de igualdad será voluntaria —previa consulta con los representantes legales de los trabajadores—, si bien, para impulsar la elaboración de estos planes, el Gobierno establecerá medidas de fomento que incluirán el «apoyo técnico necesario».

Pero, ¿qué es un plan de igualdad? Es cierto que la LOI no contribuye demasiado a detallar el contenido de esos planes de igualdad que, en el primer inciso de su artículo 46.1, define como «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». Sin embargo, es incuestionable que el primer paso que hay que emprender para diseñar estos planes será realizar un análisis preciso de la situación existente en la empresa en materia de igualdad, y averiguar de este modo si realmente existe o no una igualdad efectiva y, en su caso, dónde no la hay y por qué. Sólo realizado ese balance de la situación, se podrá establecer ese conjunto de medidas encaminadas a lograr la igualdad efectiva.

A su vez, el artículo 46 de la LOI establece que dichos planes tienen que fijar objetivos concretos a alcanzar —sin ninguna duda, entre otros, deberán encontrarse aquéllos que eviten las desigualdades o puntos débiles que se hubieran detectado en ese diagnóstico previo de la situación—, estrategias y prácticas para conseguir dichos objetivos —selec-

cionando prioridades a acometer y asignando responsabilidades y recursos a tales efectos— y, por último, sistemas eficaces de seguimiento y evaluación de tales objetivos, es decir, un método fiable para comprobar si las medidas establecidas en el plan se llevan a cabo y si se obtienen resultados adecuados a los objetivos previamente fijados.

Específicamente, para la consecución de los objetivos que se fijan, la LOI cita que se contemplen en dichos planes medidas en materia 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».

No impone la norma la obligación de establecer medidas de acción positiva en favor de la mujer; tampoco la obligación o conveniencia de promover a las mujeres a puestos directivos laborales (al contrario de lo que ocurre con la progresiva incorporación de las mujeres a los Consejos de Administración de las sociedades mercantiles a fin de procurar una presencia equilibrada de ambos sexos en esos órganos de gobierno —artículo 75 LOI—). Sin embargo, el artículo 50 de la LOI parece que fomenta este tipo de medidas de acción positiva, por cuanto el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales creará un distintivo para reconocer a las empresas que destaquen por la aplicación de las políticas de igualdad, distintivo que podrá ser utilizado en el tráfico comercial y publicitario. Aunque pendiente de desarrollo reglamentario, el apartado 4 del artículo 50 establece que para conceder ese distintivo «se tendrán en cuenta, entre otros criterios, la presencia equilibrada de mujeres y hombres en los órganos de dirección y en los distintos grupos y categorías profesionales de la empresa.» (obsérvese en este sentido que la DA 1.<sup>a</sup> de la LOI fija ese equilibrio en no más del 60% ni menos del 40% de personas de cada sexo).

Por ello, y teniendo en cuenta que la DA 11.<sup>a</sup> de la LOI añade un nuevo apartado 4 al artículo 17 del ET, en el que ya se establece expresamente que mediante la negociación colectiva podrán adoptarse esas medidas de acción positiva y preferencias para el acceso al empleo de las mujeres, para sus condiciones de contratación, clasificación, promoción y formación, es más que probable que en los planes de igualdad se adopten medidas de acción positiva o preferencias en favor del sexo femenino. Conviene no obstante subrayar que, por el mero hecho de que se alcancen determinadas cuotas de presencia femenina, las preferencias en favor de las

mujeres no pueden suponer situaciones de discriminación inversa en perjuicio de los hombres. Sólo si la medida es proporcionada y excepcional para solventar una evidente situación de desigualdad ante méritos profesionales comparables, será legítimo y posible introducir estas preferencias. Y en este sentido se ha pronunciado ya el Tribunal Constitucional<sup>1</sup> («TC»), entendiendo que estas medidas no se oponen al principio de igualdad en tanto estén dirigidas a eliminar situaciones de patente discriminación. Se requiere, sin embargo, que exista una justificación válida para su establecimiento y una proporcionalidad entre los medios empleados y el fin pretendido<sup>2</sup>. Además, la efectividad de dichas medidas dependerá de la posible determinación y acreditación de la igualdad de condiciones entre los candidatos, para lo cual será esencial el establecimiento de procesos objetivos que podrán ser fijados en el marco de la negociación colectiva.

#### **4 · LAS MODIFICACIONES DEL ET. LA IMPORTANCIA PARA EL LEGISLADOR DE LA CONCILIACIÓN PERSONAL, FAMILIAR Y LABORAL. LA PROTECCIÓN Y MEJORA DE LAS SITUACIONES RELACIONADAS CON LA MATERNIDAD**

Aunque son muchas las modificaciones introducidas por la LOI en el ET —que de forma ciertamente general se han puesto de manifiesto en los apartados anteriores o a las que se hace referencia expresa en otros apartados<sup>3</sup>—, atañen ahora los aspectos relacionados con el fomento de la conciliación de la vida personal, familiar y laboral (tanto de trabajadoras como de trabajadores) y la mejora de la protección de las situaciones conectadas con la maternidad que se han introducido en el ET. Se irán pues poniendo de manifiesto a continuación los cambios más importantes en materia de jornada, permisos, descansos, lactancia y suspensiones del contrato de trabajo.

##### **4.1 · Jornada**

El derecho de todos los trabajadores a la adaptación de la duración y distribución de la jornada a fin de

hacer efectiva la conciliación de la vida personal, familiar y laboral se recoge de forma expresa en el artículo 34.8 del ET, si bien, este derecho genérico se circunscribe a los acuerdos que en el marco de la negociación colectiva o de la negociación con el empresario se alcancen. Y en esta materia cabe destacar que, en materia de permisos retribuidos, los dos días que se disfrutaban en casos de hospitalización de parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad regulados en el artículo 37.3.b) del ET, ahora se garantizan en aquellos supuestos en los que, practicándose una intervención quirúrgica, se requiera reposo domiciliario. Igualmente, se mejoran las situaciones de reducción de jornada por guarda legal, regulada en el artículo 37.5 ET. Este precepto se modifica en un doble sentido: se amplía en dos años su duración, pudiéndose disfrutar hasta los ocho años del menor, y se permite que el trabajador reduzca hasta una octava parte de su jornada, disminuyendo el mínimo anteriormente fijado (un tercio). No cabe duda de que la actual posibilidad de reducir la jornada en una menor proporción fomentará el ejercicio de este derecho, especialmente en aquellos casos con rentas más bajas en las que la pérdida de, al menos, un tercio de la retribución resultaba muy gravosa.

En materia de vacaciones, la LOI modifica el artículo 38.3 ET para garantizar el disfrute de las vacaciones en aquellos casos en los que se produzca una coincidencia entre las fijadas en el calendario de la empresa con el acaecimiento de situaciones de incapacidad temporal derivada del embarazo, el parto, la lactancia natural o con el período de suspensión del contrato de trabajo por maternidad. En estos supuestos, el trabajador tendrá derecho al disfrute de las vacaciones al finalizar el período de suspensión del contrato, aunque hubiera finalizado el año natural a que correspondan dichas vacaciones. Se quiebra en estos supuestos, por tanto, el criterio general existente de la pérdida del derecho a disfrutar de las vacaciones en año distinto al que se hubieran devengado, por lo que, potencialmente, es posible que se duplique el período de vacaciones en un mismo año natural.

##### **4.2 · Lactancia**

La LOI introduce dos novedades en el derecho por lactancia de un hijo menor de nueve meses regulado en artículo 37.4 del ET. Se establece, en primer lugar, la posibilidad de acumulación de dicho derecho en jornadas completas, siempre que así se disponga mediante negociación colectiva o acuerdo con el empresario. Esta medida ya había sido incor-

<sup>1</sup> STC 28/1992 de 9 de marzo y STC 128/1987 de 16 de julio.

<sup>2</sup> (STJCE de 17 de octubre de 1995, STJCE de 11 de noviembre de 1997, STEDH de 12 de enero de 2006 y STJCE de 28 de marzo de 2000.

<sup>3</sup> Véase apartado 6 posterior en el que se detallan las nuevas causas de nulidad del despido (artículos 55.5 y 53.4 del ET)

porada en algunos textos convencionales y referendada su validez por los tribunales del orden social. Pese a que no se trate de un derecho directamente reconocido a los trabajadores, sino que depende del acuerdo entre las partes, su incorporación en el ET propiciará su implementación tanto contractual como convencional. La LOI no concreta el número de esas jornadas de posible acumulación, debiéndose estar por lo tanto al acuerdo que se alcance en cada caso o a lo que dispongan los convenios colectivos.

Teniendo en cuenta que la actual configuración de la hora de ausencia por lactancia sigue siendo un derecho de difícil encaje, especialmente en los centros urbanos —de mediano o gran tamaño— donde es inusual que el trabajador pueda desplazarse a su casa para alimentar al lactante y retornar a su puesto de trabajo en el espacio de una hora, la posibilidad de acumular ese derecho puede ser una alternativa que beneficie a ambas partes: al trabajador, quien retrasaría la incorporación al trabajo tras la suspensión del contrato por maternidad, y a las empresas, al evitar una cierta dispersión en la distribución de la jornada, especialmente en los sistemas de trabajo a turnos.

La segunda novedad introducida por la LOI es la ampliación de la duración de este permiso de forma proporcional en casos de parto múltiple. Ante el silencio del legislador sobre la proporción que resulta aplicable por hijo a partir del segundo, cabría concluir que ésta es al cien por cien. Sin embargo, ello supondría la aplicación de un criterio distinto al fijado en materia de suspensión del contrato por maternidad o paternidad en casos de parto, adopción o acogimiento múltiple.

### 4.3 · Suspensión del contrato de trabajo

#### Nuevas causas de suspensión. El permiso de paternidad

La LOI modifica el artículo 45.1.d) del ET e introduce tres nuevas causas de suspensión del contrato de trabajo: riesgo durante la lactancia natural de un menor de 9 meses, adopción y acogimiento aunque sea provisional pero de duración superior a un año, y paternidad.

El permiso por paternidad (establecido en el nuevo artículo 48 bis del ET) es una de las medidas más novedosas de la LOI y que mayor difusión ha tenido. Permite suspender el contrato de trabajo durante trece días, ampliables en dos días más por cada hijo a partir del segundo en supuestos de parto,

adopción o acogimiento múltiple. Sin embargo, la DA 9.<sup>a</sup> de la LOI dispone el compromiso del Gobierno de ampliar la duración de dicho derecho de forma progresiva y gradual hasta alcanzar el objetivo de 4 semanas a los 6 años de la entrada en vigor de la LOI. Su disfrute es voluntario, debe realizarse de forma ininterrumpida, es independiente del descanso por maternidad y su posible disfrute compartido, así como del permiso por nacimiento de hijo establecido en el artículo 37.3 b) del ET —o el que se prevea en el correspondiente convenio colectivo.

Las personas legitimadas para beneficiarse de este derecho son: en caso de parto, su disfrute corresponde al otro progenitor; y en caso de adopción o acogimiento, su disfrute corresponderá sólo a uno de los progenitores (a su elección), salvo que el descanso por maternidad sea disfrutado en su totalidad por uno de ellos (es decir, no lo compartan entre ambos), en cuyo caso, el permiso de paternidad únicamente podrá ser ejercido por el otro.

Respecto del momento de disfrute del permiso, el nuevo artículo 48 bis del ET dispone varias alternativas: desde que finalice el permiso por nacimiento de hijo (con carácter general, los 2 días naturales de permiso retribuido ya existentes en el ET) hasta que finalice el periodo de suspensión del contrato por baja maternal; 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 el periodo de suspensión del contrato por tal motivo; inmediatamente después de que finalice la suspensión del contrato por razón de maternidad, adopción o acogimiento.

Además, este permiso podrá disfrutarse en régimen de jornada parcial de un mínimo del cincuenta por cien de la jornada, previo acuerdo entre el empresario y el trabajador, y conforme se determine reglamentariamente (habrá que esperar pues, en principio, a ese desarrollo normativo).

Por último, debe señalarse que el trabajador deberá comunicar al empresario el ejercicio de dicho derecho «con la debida antelación», sin que se concrete plazo alguno en la LOI, dejando a los convenios colectivos la posibilidad de establecer los términos del ejercicio del citado derecho

#### Excedencias

En relación con la excedencia voluntaria regulada en el artículo 46.2 del ET, la LOI ha reducido su

duración mínima a cuatro meses, frente a los dos años que se exigían hasta su entrada en vigor. Sin embargo, se mantiene el requisito de la antigüedad mínima de un año en la empresa para poder solicitar la excedencia, así como la exigencia del transcurso de un lapso de cuatro años desde que finalizó el disfrute de una excedencia anterior. Como se ha señalado en relación a la reducción de jornada por cuidado de hijo, reducir el umbral mínimo para poder disfrutar de este derecho facilitará sin duda su ejercicio.

La excedencia regulada en el artículo 46.3 del ET se modifica respecto de los siguientes aspectos: se incluye el acogimiento provisional, su duración se amplía a dos años cuando está motivada por el cuidado de familiares hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad y, por último, se reconoce la posibilidad de su disfrute fraccionado. Es este último aspecto el que mayor impacto puede tener en la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, por cuanto parece indiscutible su utilidad para atender el cuidado de los hijos durante todo o parte del periodo de vacaciones escolares. Sin embargo, no puede dejar de tenerse en cuenta que la reserva del mismo puesto de trabajo se mantiene en los mismos términos: un año.

#### La suspensión del contrato por maternidad

La duración de la suspensión del contrato de trabajo por maternidad establecido en el artículo 48.4 del ET, y la correspondiente prestación de la Seguridad Social que lleva aparejada, no ha sido objeto de una ampliación generalizada, tal y como se reclamaba desde muchos sectores. Sin embargo, se han producido sustanciales avances en la mejora de la protección de diversas situaciones y, en particular, las que a continuación se detallan:

- (i) En caso de parto prematuro u hospitalización tras el parto, se amplía la suspensión del contrato en tantos días como el neonato se encuentre hospitalizado por un periodo superior a siete días, hasta un máximo de trece semanas adicionales. La prestación de maternidad se amplía proporcionalmente.
- (ii) En el supuesto de discapacidad del hijo o del menor adoptado o acogido, se amplía la suspensión del contrato en dos semanas adicionales y, consecuentemente, la prestación de la Seguridad Social que lleva aparejada. Dicha ampliación puede ser disfrutada bien de forma indistinta por ambos progenitores, en caso de que

ambos trabajen, bien de forma simultánea o sucesiva, pero siempre ininterrumpidamente. En este caso no se otorga a la madre directamente la facultad de elección, como sí se hace en el primer párrafo de artículo 48.4 del ET, sino que se hace referencia a «*la opción de los interesados*».

(iii) En caso de fallecimiento del hijo, se mantiene el derecho a la suspensión del contrato, salvo que la madre se reincorpore de forma voluntaria tras las seis semanas de descanso obligatorio.

(iv) De otro lado, en el caso de fallecimiento de la madre, se permite el disfrute del descanso por el otro progenitor, incluso si aquella «*no realiza ningún trabajo*» (sic). Si bien el dictado de este precepto no es el más adecuado, más aún en el marco de una norma que pretende reconocer la corresponsabilidad en las cargas familiares y el trabajo doméstico, esta medida supone una mejora importante a la situación previamente existente y es coherente con los otros supuestos de cesión del derecho que se analizan más adelante. Por otro lado, la nueva redacción de esta disposición establece que no se descontará del derecho del otro progenitor el periodo que ya hubiera disfrutado la madre con anterioridad al parto.

(v) El modificado artículo 48.4 del ET hace una remisión expresa a los supuestos de adopción y acogimiento regulados en el artículo 45.1.d) del ET, en el que se incluyen tanto el acogimiento preadoptivo, como el permanente o simple, siempre que su duración sea superior a un año, aunque éste sea provisional.

(vi) Finalmente, se regulan dos nuevos supuestos de cesión del derecho a la suspensión del contrato. Una primera modificación se da en aquellos casos en los que la madre estuviera encuadrada en alguna actividad profesional sin derecho a suspensión; en tal caso, el descanso podrá ser disfrutado por el otro progenitor, siendo la cesión del derecho compatible con el permiso de paternidad. La segunda modificación introducida permite eliminar la limitación que existía en aquellos casos en que, tras finalizar el periodo de descanso, la madre se encontrara en una situación de riesgo para su salud y hubiera cedido parte de su periodo de descanso al otro progenitor. Ahora se permite que en dichos casos, el otro progenitor disfrute del periodo de descanso cedido y la madre

pueda ser declarada en situación de incapacidad temporal.

#### 4.4 · Otras garantías relacionadas con la maternidad

Dos garantías adicionales se incorporan al ET a través de la LOI. De un lado, como cláusula de cierre en relación con el descanso por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y la lactancia natural, se garantiza a los trabajadores el derecho a las mejoras en las condiciones de trabajo que se hubieran producido durante la suspensión del contrato de trabajo por dichas causas (último inciso del artículo 48.4 del ET).

En segundo lugar, la indemnización por la extinción del contrato de trabajo que pudiera producirse durante los periodos de reducción de jornada por cuidado de hijo, hospitalización del neonato o violencia de género se calculará sin considerar la merma proporcional de la retribución consecuencia de la reducción de jornada. Con dicha previsión (introducida en una nueva disposición adicional decimotercera añadida al ET), se mejora incluso la jurisprudencia existente en esta materia<sup>4</sup>, que entendía debía tenerse en consideración a efectos indemnizatorios el salario percibido con anterioridad a la fecha de inicio de la reducción de jornada, mientras que ahora debe considerarse la retribución «*que le hubiera correspondido al trabajador sin considerar la reducción de jornada efectuada*».

#### 5 · LAS MODIFICACIONES DE LA LEY DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES. PROMOCIÓN DE LA IGUALDAD Y PROTECCIÓN DE LA MATERNIDAD

La DA 12.<sup>a</sup> de la LOI introduce modificaciones en la Ley 31/1995 de 8 de noviembre de Prevención de Riesgos Laborales («LPRL») dirigidas a fijar los objetivos de la Administración Pública en materia de igualdad, y a la mejora de la protección de la maternidad.

Así, en primer lugar, se ha modificado el artículo 5 de la LPRL para incluir, dentro de los objetivos de la política en materia de prevención de riesgos laborales, la promoción del principio de igualdad por parte de las Administraciones públicas.

El a su vez modificado artículo 26 de la LPRL establece que la competencia para la certificación de los Servicios Médicos del Instituto Nacional de la Seguridad Social o de las Mutuas se determinará en atención a la Entidad con la que la empresa tenga concertada la cobertura de los riesgos profesionales (apartado 2 del artículo 26). Por otro lado, el apartado 4 del citado artículo 26 prevé ahora el pase de la trabajadora a la situación de suspensión del contrato por riesgo durante la lactancia natural, si no resultara técnica u objetivamente posible el cambio de puesto de trabajo.

#### 6 · LAS MODIFICACIONES DE LA LEY DE PROCEDIMIENTO LABORAL. COMPATIBILIDAD DE INDEMNIZACIONES. AMPLIACIÓN DE CAUSAS DE NULIDAD DEL DESPIDO. NUEVAS CAUSAS QUE FUNDAMENTAN EL PROCEDIMIENTO DE OFICIO

La DA 13.<sup>a</sup> de la LOI modifica varios preceptos de la Ley de Procedimiento Laboral («LPL») a fin de acomodarlos a las exigencias derivadas de esta Ley Orgánica. En concreto, la LOI modifica los artículos 27, 108, 122, 146, 149 —la modificación de este precepto carece de relevancia a los efectos que aquí se analizan, pues la LOI se limita a actualizar las remisiones que en el mismo se hacían al ET a las correspondientes disposiciones del Real Decreto Legislativo 5/2000 de 4 de Agosto por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social («LISOS»)—, 180 y 181 de la LPL. Dichas modificaciones van encaminadas, de un lado, a aclarar la compatibilidad del percibo de indemnizaciones por discriminación y lesión de derechos fundamentales con las que puedan corresponder al trabajador como consecuencia de la extinción del contrato de trabajo; de otro lado, se introducen nuevas causas de nulidad del despido de trabajadoras y trabajadores relacionadas con la maternidad; y, por último, la LOI introduce cambios en el procedimiento de oficio a instancias de la autoridad laboral.

Las modificaciones de los artículos 27 (se añade un nuevo párrafo segundo a su apartado 2), 180 (se modifica su apartado 1) y 181 (su redacción varía), está en consonancia con lo previsto en el artículo 10 de la LOI del que se ha dado cuenta anteriormente. El legislador introduce de forma expresa una previsión de compatibilidad general de reparar con la correspondiente indemnización el perjuicio sufrido como consecuencia de la discriminación, declarando que dicha compensación es compatible con la

<sup>4</sup> Por todas, la STS (Sala de lo Social) de 19 de diciembre de 2002, RJ2003\1760



que pueda derivarse de una extinción injustificada del contrato de trabajo. Así, aun a pesar de que el primer párrafo del apartado 2 del artículo 27 de la LPL establece la imposibilidad de acumular a determinados juicios (entre ellos, el de despido) otras acciones, la LOI aclara definitivamente —mediante la adición de un segundo párrafo a ese apartado—, lo que la doctrina judicial y constitucional ya venía admitiendo: sí será posible reclamar en dichos juicios «*la indemnización derivada de discriminación o lesión de derechos fundamentales conforme a los artículos 180 y 181 de esta Ley*». A su vez, la modificación del artículo 180.1 insiste en la compatibilidad de la indemnización reparadora del daño por un comportamiento antisindical (ampliable a la vulneración de derechos fundamentales) «*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 último, resulta significativa la modificación operada en el 181 de la LPL; con la redacción dada por la LOI, no sólo se prevé de nuevo la compatibilidad de las indemnizaciones que se ha venido mencionando, sino la obligación del Juzgador de pronunciarse expresamente sobre la cuantía de la indemnización por causa de discriminación, en el caso de que exista discrepancia entre las partes.

Por su parte, a los artículos 108 (calificación del despido disciplinario) y 122 (extinción por causas objetivas) de la LPL, se incorporan los cambios que la DA 11.<sup>a</sup> de la LOI ha introducido a su vez en los artículos 55.5 y 53.4 del ET, esto es, se amplían los supuestos de nulidad del despido o de la extinción por causas objetivas (salvo que se declare su procedencia) a aquellas nuevas situaciones en las que pudieran encontrarse los trabajadores y trabajadoras relacionadas con la maternidad y paternidad: riesgo durante la lactancia natural, enfermedades causadas por el embarazo, parto o lactancia natural, permiso por hijo prematuro o paternidad. Igualmente, se extiende esta calificación del despido o extinción por causas objetivas a las extinciones «*después de haberse reintegrado al trabajo al finalizar los periodos 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*».

Por último, al modificarse el artículo 146 de la LPL se adiciona una nueva causa para que la autoridad laboral inicie el procedimiento de oficio contra el empresario infractor: la constatación por la Inspección de Trabajo de discriminación por razón de sexo con perjuicios estimados para el trabajador.

Asimismo, la nueva redacción de este precepto prevé la acumulación de esta acción con el procedimiento de oficio que, en su caso, pudiera sustanciarse al amparo del artículo 149.2 de la LPL (cuando 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 de la LISOS).

### **7 · LAS MODIFICACIONES DE LA LEY DE INFRACCIONES Y SANCIONES DEL ORDEN SOCIAL. NUEVAS CONDUCTAS INFRACTORAS POR VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD. SANCIONES ACCESORIAS**

La LISOS (en concreto, sus artículos 7, 8 y 46, y se añade un artículo 46 bis) ha sido igualmente modificada por la DA 14.<sup>a</sup> de la LOI, a fin de tipificar nuevas conductas infractoras y de establecer responsabilidades empresariales específicas en materia de igualdad.

Respecto de las nuevas sanciones, se tipifica de grave el incumplimiento de las obligaciones en materia de planes de igualdad establecidas tanto en el ET como en el convenio colectivo de aplicación (nuevo apartado 13 del artículo 7). De otro lado, se tipifica de muy grave la vulneración de la garantía de indemnidad del trabajador (apartado 12 del artículo 8) y el acoso por razón de sexo «*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*» (artículo 13 bis del artículo 8); también se considera muy grave la no elaboración o no aplicación del plan de igualdad, cuando la obligación de realizar dicho plan sustituya a las sanciones accesorias impuestas de acuerdo con lo regulado en el nuevo artículo 46 bis de la LISOS (nuevo apartado 17 del artículo 8).

El citado artículo 46 bis de la LISOS establece una serie de sanciones accesorias —al margen y con independencia de las sanciones establecidas en el artículo 40 de la LISOS— para aquellos empresarios que hubieren cometido las infracciones muy graves tipificadas en los apartados 12, 13 y 13 bis del artículo 8 (entre otras, las relativas a las conductas discriminatorias y el acoso sexual o por razón de sexo). Esas sanciones accesorias consisten en la pérdida automática de las ayudas, bonificaciones y, en general, de los beneficios derivados de la aplicación de los programas de empleo; y en la exclusión del acceso a tales beneficios durante seis meses.

Asimismo, y como se apuntó en el apartado 3, el nuevo artículo 46 *bis* permite que las sanciones accesorias anteriormente descritas puedan ser sustituidas por la elaboración de un plan de igualdad, en los supuestos de infracción muy grave por discriminación directa o indirecta por razón de sexo —infracción tipificada en los artículos 8.12 y 16.2 de la LISOS—. A tales efectos se requiere previa solicitud de la empresa e informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, y durante esta tramitación, se suspende la prescripción de dichas sanciones accesorias objeto de sustitución.

## **8 · LAS MODIFICACIONES DE LA LEY GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL. AMPLIACIÓN DE SU ACCIÓN PROTECTORA. NUEVAS PRESTACIONES Y MEJORA DE LAS EXISTENTES**

La Ley General de la Seguridad Social, aprobada mediante Real Decreto Legislativo 1/1994 de 20 de Junio («LGSS») es modificada por la LOI a través de su DA 18.<sup>a</sup>. La reformas introducidas en la LGSS son profundas y de muy diversa índole en tanto afectan no sólo al reconocimiento de nuevas prestaciones, sino también, y entre otras cuestiones, a sus contingencias generadoras, a los periodos de carencia previa exigidos, las fórmulas de cálculo de las bases reguladoras, o a los periodos que deben tenerse en cuenta de cotización efectiva.

El análisis de dichas cuestiones en profundidad escapa al ámbito del presente artículo, sin embargo, a continuación se destacan aquellos aspectos que tienen una relación más directa con las aquí ya analizadas

### **8.1 · Ampliación de la acción protectora**

Se extiende a las prestaciones económicas en las situaciones de paternidad y riesgo durante la lactancia natural (artículo 38. 1 c) de la LGSS). En coherencia con lo anterior, se amplían las situaciones en la que la obligación de cotizar subsiste pese a estar suspendido el contrato de trabajo (artículo 106.4 de la LGSS), y se reconocen como computables, a los efectos de los diferentes periodos de cotización exigidos, las cotizaciones que se efectúen durante la suspensión por paternidad y riesgo durante la lactancia natural.

### **8.2 · Prestación por maternidad**

La LOI reduce los periodos mínimos de cotización previa exigidos, eliminándolos incluso cuando el trabajador fuera menor de veintiún años (artículo

133 ter). Igualmente, se crea un subsidio por maternidad (en caso de parto) no contributivo en aquellos supuestos en los que la trabajadora por cuenta ajena no cumpla el requisito del periodo mínimo de cotización (artículos 133 sexies). Dicho subsidio se referencia al indicador público de renta de efectos múltiples (IPREM) vigente en cada momento, siendo equivalente al cien por cien del mismo, y su duración se fija en cuarenta y dos días naturales a partir del parto (el periodo equivalente al descanso obligatorio por maternidad) —artículo 133 septies.

### **8.3 · Prestación por paternidad**

El artículo 133 octies incorpora la prestación por paternidad, debiéndose estar para la determinación de su cuantía, denegación, anulación o suspensión a la regulación de la prestación por maternidad. Respecto del periodo mínimo de cotización previa, si bien éste se exige sin excepción en función de la edad del progenitor, se aplican también los criterios más favorables introducidos por la LOI en relación con la maternidad (artículo 133 nonies).

### **8.4 · Riesgo durante el embarazo o lactancia natural**

Se definen dichas prestaciones, la primera ya existente y la segunda introducida por la LOI (artículos 135 bis y ter de la LGSS), como contingencia profesional. Asimismo, se incrementa su cuantía al cien por cien de la base reguladora correspondiente a la prestación de incapacidad temporal por contingencias profesionales.

### **8.5 · Reconocimiento de periodos de cotización efectiva**

A los efectos de evitar la desprotección de los progenitores en relación con sus futuras prestaciones del sistema de Seguridad Social, la LOI modifica el artículo 180 de la LGSS y reconoce los periodos de excedencia por cuidado de hijos y familiares y la reducción de jornada por guarda legal como periodos de cotización efectiva —aunque con ciertas limitaciones.

### **8.6 · Desempleo**

Son varias las modificaciones introducidas en la prestación por desempleo, debiéndose destacar dos de ellas. En primer lugar, se incorpora la tan reclamada eliminación de la penalización de esta prestación causada desde determinadas situaciones de reducción de jornada; con la reforma llevada a

cabo por la LOI se deben computar las bases 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*» a los efectos del reconocimiento de la prestación (nuevo apartado 5 del artículo 211 de la LGSS). En segundo lugar, en los casos en que un trabajador pase a la situación de maternidad o de paternidad desde la situación de desempleo total, se le suspende la prestación de ésta, pasando a percibir la prestación correspondiente a aquellas contingencias en la cuantía que corresponda; una vez extinguida la prestación por maternidad o paternidad, se reanudará la prestación por desempleo (artículo 222.3 de la LGSS).

## **9 · BONIFICACIONES EN LAS CUOTAS DE LA SEGURIDAD SOCIAL**

Por último, y por lo que se refiere a materia de bonificaciones en las cuotas de la Seguridad Social, debe señalarse que la LOI modifica el Real Decreto Ley 11/1998, de 4 de septiembre, por el que se regulan las bonificaciones en las cuotas a la Seguridad Social de los contratos de interinidad, y la Ley 12/2001 de 9 de julio de Medidas Urgentes de Reforma del Mercado de Trabajo, por el que se regulan las bonificaciones en las cuotas de la Seguridad Social para los trabajadores en periodos de descanso por maternidad, adopción o acogimiento. En ambos casos las reformas van dirigidas a ampliar su cobertura a los nuevos supuestos de riesgo durante el embarazo y la lactancia natural.