

## EL IMPACTO LABORAL DE LA «LEY DE IGUALDAD DE SEXOS»: LO QUE QUEDA DESPUÉS DE VENDER EL «HUMO POLÍTICO»

**CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE**  
*Catedrático de Derecho del Trabajo  
y de la Seguridad Social.  
Universidad de Jaén*

### **Extracto:**

**MUCHO** antes de que la llamada «Ley de Igualdad de Sexos» fuera aprobada por el Parlamento español, política y socialmente, fue presentada no ya solo como «Ley» sino como uno de los mayores avances sociales de la España democrática. Una vez promulgada y en vigor como Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la «igualdad efectiva» de mujeres y hombres, conviene analizar qué queda tras el *marketing* político, al objeto de conocer primero, y valorar después, el contenido y alcance de la Ley de Igualdad para ser un referente efectivo o real del proceso de transformación social que requiere la igualdad de trato y de oportunidades. Si parte de ese largo y azaroso camino ya se ha andado, normativa y socialmente con la incorporación de la mujer al mercado de trabajo, ¿es esta Ley la más feliz ocasión para avanzar rápida y seguramente en esa dirección debida?

El autor trata de ofrecer una primera respuesta a todos esos interrogantes, a partir de un análisis sistemático del contenido laboral de la Ley de Igualdad, delimitando sus principales ejes reguladores y comentando las principales novedades. Todas ellas se sitúan en su actual contexto regulador, sea en la práctica judicial más reciente sea en la práctica convencional. Asimismo, ofrece un cuadro de respuestas sucintas, pero directas y de eficacia práctica, a los muchos problemas interpretativos que suscitará la aplicación práctica de esta importante dimensión de la Ley, como en general de todos sus contenidos. De este estudio se desprende con toda claridad que la Ley no hace sino ofrecernos un amplísimo catálogo de enunciados y propuestas cuya actualización en auténticas reglas jurídicas, y más aún en prácticas empresariales, convencionales y judiciales, deberá esperar un extenso e intenso proceso interpretativo. Un buen número de pautas para la comunidad de intérpretes y de operadores jurídicos los encontrará el lector en esta primera aproximación a una Ley tan equívoca como sugerente.

**Palabras clave:** igualdad, políticas de empleo y formación profesional, conciliación, negociación colectiva, salud laboral y tutela administrativa y judicial.

# Sumario

- I. Introducción.
- II. Aspectos generales de la «Ley de Igualdad de Sexos» con especial significación socio-laboral.
  1. Las razones de la «Ley de Igualdad de Sexos».
  2. El enfoque de la «Ley de Igualdad de Sexos»: «añada mujeres y revuelva».
  3. Estructura de la «Ley de Igualdad de Sexos»: un cuadro global de las reformas.
  4. El plano de los conceptos jurídicos: escasa novedad reguladora respecto del derecho antidiscriminatorio general.
  5. El plano del valor: los principios jurídicos inspiradores de la igualdad de sexos.
  6. El plano de la tutela: consecuencias de los incumplimientos o garantías de efectividad.
  7. Ámbitos objetivo y subjetivos de la «LOIS»: universalidad y horizontalidad.
- III. Los aspectos ocupacionales y laborales de la ley de igualdad: análisis de las principales novedades.
  1. La igualdad de sexos en las políticas de empleo y formación profesional.
  2. Igualdad y derechos conciliación de la vida «pesonal», familiar y laboral –VPFL–.
  3. La igualdad de trato y la autonomía colectiva: una transformación diferida.
  4. Igualdad de sexo y salud laboral: enfoque de género de las políticas de PRL.
  5. Las cláusulas de efectividad de carácter público: el papel de la autoridad laboral y de los tribunales.
  6. El principio de igualdad en el empleo público: algunas acotaciones.
- IV. Reflexión final: avanzamos lentamente pero ¿lo hacemos seguro?

*«"Encajar" a las mujeres, sin cambiar sustancialmente las reglas de juego, significa cronificar las condiciones existentes de desigualdad»*

## I. INTRODUCCIÓN

Tras un excesivo período de tramitación, y con resultados que se alejan, a veces mucho, de las expectativas razonablemente más optimistas depositadas en ella, se ha aprobado por fin la Ley Orgánica 3/2007, 22 de marzo, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, también llamada «Ley de Igualdad de Sexos» –LOIS, en adelante–. La Ley, mucho antes incluso de serlo, se viene presentado como el segundo mayor «hito jurídico», el otro es la célebre «Ley de Dependencia» –Ley 39/2006, 14 de diciembre–, del actual Gobierno, porque «paga» una «deuda social histórica» con un colectivo, la mitad de la población, que vive marginado social, y sobre todo laboralmente, desde la noche de los tiempos. Como reconoce la EM de la LOIS, la igualdad real entre ambos sexos *«es todavía hoy una tarea pendiente que precisa de nuevos instrumentos jurídicos»*.

Pues bien, en un plano comunicativo, esta Ley habría sido concebida como la «gran ocasión» para diseñar y poner en práctica esos «nuevos instrumentos jurídicos». El avezado lector –o lectora– sabe a estas alturas de nuestro Estado Constitucional de Derecho distinguir entre tres momentos diferentes que sirven para caracterizar toda Ley, en especial si tiene la trascendencia social, política y económica de esta. El primero es el de su «venta política», que no repara en mientes para difundir una imagen histórica, casi épica, también mítica, de ella. El segundo es el de su *análisis jurídico* desde el rigor técnico, evidenciando las reales novedades, las virtudes y las carencias de la Ley. El tercero es el de su *eficacia social*, esto es, la capacidad real de dar respuesta útil al objetivo que se persigue. Rara vez la valoración que se hace en cada plano coinciden, dándose el mayor salto entre la «venta política» y la «eficacia social» de lo que se «vende», ofreciendo más «humo político» que «cambio social». El ejemplo de una Ley, próxima en materia, como la de «Protección Integral contra la Violencia de Género», o el de la «Ley de Prevención de Riesgos Laborales», y, cómo no, el de la «Ley de Dependencia» resultan reveladores de esta fractura.

¿Se da este «divorcio» en relación a la «Ley de Igualdad de Sexos»? ¿Se ha vendido más «humo político» que «novedades jurídicas» reales, y sobre todo, herramientas socialmente eficaces para promover la igualdad, se ofrecen?

Para no prejuzgar en exceso la opinión del interesado, y espero que ya intrigado, operador jurídico-laboral, no avanzaré en este estadio introductor mi posición, aunque ya el modo de plantear la aproximación a esta Ley suministre bastantes pistas sobre la misma. El objetivo básico de este estudio-comentario es ofrecer un panorama global, lo más completo pero acotado posible para no hacerlo demasiado extenso, de las reformas más relevantes que, en materia de empleo y trabajo, aporta la LOIS. Con ello trataré de evidenciar:

- a) El *sentido político-jurídico del cambio* producido –si es una reforma puramente técnica, una mejora de la protección o si responde a una flexibilización del régimen anterior, incluso si puede tratarse de una reforma «regresiva»–.
- b) Su *contenido técnico reformador* –cambios textuales y/o de regulación legal dados a los nuevos enunciados normativos–.
- c) El *impacto real* en nuestro Derecho, en la medida en que muchos de esos cambios lo son solo legales pero sin innovar la situación jurídica actual, al estar ya recibidos con carácter general en el Derecho Antidiscriminatorio o responder a prácticas consolidadas.

Como es habitual, una vez realizado este análisis jurídico de la vertiente laboral de la LOIS –fuera quedará la, a mi juicio más novedosa, vertiente de Seguridad Social, objeto de un comentario específico en la Revista–, en el plano de la política del Derecho y de la técnica, llevaré a cabo una reflexión de conjunto en la que expondré mi valoración de la Ley. De este modo, el lector estará en mejores condiciones de opinar si estoy bien o mal orientado, pero, sobre todo, de emitir de manera informada técnicamente su propio juicio.

## II. ASPECTOS GENERALES DE LA «LEY DE IGUALDAD DE SEXOS» CON ESPECIAL SIGNIFICACIÓN SOCIO-LABORAL

### 1. Las razones de la «Ley de Igualdad de Sexos».

Todo análisis jurídico que se pretenda completo y útil, y el mío lo busca, otra cosa es que lo consiga, ha de comenzar por aproximarse a la «función socio-económica», esto es, al sentido político-jurídico básico de una Ley. Una aproximación inexorable si tiene la entidad social de una norma como la LOIS.

A este respecto, y cualquiera que sea la valoración que se haga de su contenido, lo cierto es que una «Ley de Igualdad Efectiva de Sexos» no solo era oportuna sino absolutamente necesaria. Múltiples razones de alcance jurídico concurren en este juicio, como la propia EM, ciertamente más comedida que de costumbre, que contrasta la «pompa y boato» que se le ha dado políticamente. En un plano de los «valores ético-sociales», la acción normativa de erradicación de discrimi-

naciones, en especial indirectas, por razón de sexo, aún presentes en la sociedad en general, y en el mundo del trabajo en particular, y de fomento de la igualdad efectiva de trato, a través de la remoción de los obstáculos aún existentes –eliminación de los estereotipos sociales que dificultan su logro real–, y el reconocimiento de derechos que compensen las desventajas acumuladas históricamente –medidas de acción positiva o derechos desiguales–, debe ser entendida desde una doble perspectiva. A saber:

- *Imperativo de equidad o justicia social*, esto es, el reconocimiento de un «genuino derecho (desigual) de las mujeres», como dice la EM.
- Condición de «sostenibilidad social», porque es exigencia para el mayor desarrollo social y económico, así como para el aumento del empleo.

En definitiva, la búsqueda de la igualdad efectiva entre sexos no es algo que se le «concede», por magnanimidad de los nuevos gobernantes y de todos los ciudadanos convencidos del deber de cumplir con esa «deuda histórica» con las mujeres, sino que es algo, además de promovido, exigido por las nuevas realidades, tanto sociales como económicas. Una sociedad como la española, si no quiere perder el «tren del momento» de crecimiento económico sostenido que vive, debe estar mejor cohesionada socialmente, para lo que precisa, entre otras acciones, garantizar el equilibrio ocupacional, laboral y de bienestar social entre las dos mitades de la población, mujeres y hombres, al margen de su orientación sexual por supuesto, y de las decisiones privadas y familiares que cada uno tome. La puesta en circulación de más y mejores «políticas públicas», pero también «políticas de empresa», y «políticas de acción civil» en general, a favor de la igualdad entre sexos, pues, no responde solo, incluso no tanto, al favor por las «políticas de mujer», como, sobre todo, a la *necesidad de nuevas y más activas políticas económicas, de empleo y de familia*.

En un plano jurídico más tangible, plenamente normativo, es obligado recordar que obedece al cumplimiento de mandatos de Derecho comunitario. Desde esta perspectiva, y dejando a un lado la Directiva 2004/113/CE, relativa al principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres, en el acceso a bienes y servicios, que no es objeto de nuestro estudio, los referentes comunitarios de la LOIS, en el plano socio-laboral, son –disp. final 4.<sup>a</sup>–:

- *La 2002/73/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, que modifica la Directiva 76/207/CE, 9 de febrero*, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre sexos en el acceso al empleo, a la formación y promoción profesionales, a las condiciones de trabajo <sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Recuérdese que la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, ha pretendido la refundición de todas las existentes. En una perspectiva organizativa, téngase en cuenta el Reglamento (CE) n.º 1922/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de diciembre de 2006, por el que se crea un Instituto Europeo de la Igualdad de Género.

- *Directiva 92/85, del Consejo de Europa, de 19 de octubre*, relativa a la 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.
- *Directiva 97/80/CE, del Consejo, de 15 de diciembre*, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo.

Cierto, ni el nivel de «desajustes» entre el ordenamiento interno y el comunitario, ni el grado de atención ya merecida por tales Directivas a nuestro legislador interno, ni el retraso en el cumplimiento son iguales en unos casos y otros. Pero también es cierto que todos evidencian un retraso del legislador español para adecuarse plenamente a los compromisos jurídicos en esta materia de igualdad de trato en relación, por lo que aquí interesa, al ámbito del empleo y el trabajo. Quizás debido a la confianza del avance que el reconocimiento constitucional de la igualdad supuso, así como en el notable esfuerzo legislativo y jurisprudencial, menos convencional, llevado a cabo para su actualización en el trabajo. Los reveses sufridos por consolidadas, pero obsoletas posiciones del TS, a través de la corrección operada por el TJCE, y por el TCO, así como la lentitud de la negociación colectiva en avanzar por esta senda ponen de relieve que se trataba de un exceso de confianza.

## 2. El enfoque de la «Ley de Igualdad de Sexos»: «añada mujeres y revuelva».

Pero más relevante, quizás, que conocer las múltiples razones y muy sólidos fundamentos normativos que hacían de una acción normativa integral a favor de la igualdad efectiva entre sexos un auténtico imperativo es, a mi juicio, identificar el modo en que enfoca o afronta la LOIS esta tarea, lo que permitirá ya una primer criterio sustancial para valorar qué voluntad real informa la LOIS en orden a acabar, en un tiempo razonable, con la reconocida discriminación de la mujer en la sociedad y, por lo que aquí interesa, en el mercado de trabajo. A este respecto, el legislador, en la EM, considera que «la mayor novedad» está en una doble dimensión de las políticas de igualdad. A saber:

- a) El *enfoque preventivo* que quiere dar a las medidas orientadas a garantizar la igualdad de trato, de modo que sea posible anticiparse y, por tanto, evitar, más que reprimir, las conductas discriminatorias...
- b) La *perspectiva pro-activa* de la norma legal, de modo que se diseñen y pongan en práctica «políticas activas» para hacer efectivo el principio.

La realización de ambas líneas estratégicas de acción se fiaría básicamente a la conocida «dimensión transversal» de la igualdad, esto es, a la proyección de los imperativos del principio a todos los ámbitos de la vida social, así como a los conjuntos u órdenes normativos que los regulan, pues en todos se perpetuarían las desigualdades. Por eso, la dimensión transversal es entendida como la «*seña de identidad del moderno derecho antidiscriminatorio*» y, por tanto, «*principio fundamental*» de la LOIS –punto III, primer párrafo, de la EM–.

Por supuesto no seré yo quien niegue visos de realidad a este objetivo, que plasma en las reformas, promocionales más que reguladoras, de las Leyes que informan la política educativa o de salud, así como la vida pública –presencia más o menos equilibrada en las listas electorales–, entre otros. Ahora bien, lo que sí expreso es que son pocas las medidas concretas previstas para su consecución en un plano general, al tiempo que *ni son prioritarios ni quedan suficientemente garantizados ambos enfoques*, el preventivo y el activo, *en el ámbito que aquí analizo, el de las relaciones de empleo y de trabajo*.

Para confirmar esta conclusión crítica bastará con enunciar tres datos, que luego serán objeto de un análisis algo más detenido. El primero es que la *discriminación de género y/o sexo no es considerada directamente como un riesgo profesional*, de modo que este enfoque preventivo, que está expresado en las Nuevas Estrategias Comunitarias de Salud y Seguridad Laboral (2002-2006 y 2007-2012), queda excesivamente diluido en la LOIS, aunque, cierto, no está completamente ausente, al ser remitido a políticas públicas de fomento.

El segundo es que, pese a dirigirse también a los sujetos privados, las empresas *no quedan, por lo general, directa e inmediatamente 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 LET, que luego comentaremos. El tercero es que las acciones positivas, el principal instrumento jurídico para dar credibilidad al objetivo de la igualdad, no son una práctica obligatoria ni para los empresarios ni para la negociación colectiva, al proponerse un marco general que solo otorga carácter potestativo a las mismas, por lo que, en los hechos, que es el plano que para la corrección de la desigualdad importa, la situación es exactamente la misma que antes de la LOIS.

En definitiva, como trataré de acreditar a través del análisis concreto del conjunto de reformas introducidas en el ámbito de empleo y laboral, estamos ante una típica norma de «*Derecho Antidiscriminatorio*», cuya referencia básica es la prohibición de las discriminaciones, en especial las indirectas, y, por tanto, su corrección, pero no de un «*Derecho Desigual*», que reconozca específicos «derechos sexuados» o «de género» –solo para la mujer, solo para el hombre–. A diferencia de aquella faceta –negativa– del Derecho de Igualdad de Sexo, esta otra más positiva, su referente fundamental es la prohibición de obstáculos a la igualdad plena y la garantía de acciones positivas, que establecen medidas de compensación de las diferencias fácticas a través de derechos desiguales. Está claro que esta otra vertiente no es desconocida por la LOIS, que además de volver a introducir el concepto jurídico, ya conocido en otros ámbitos legales, se propone establecer un «*marco general*» para estas acciones.

Ahora bien, como se verá, además de que la LOIS no las garantiza sino que remite a otros sujetos –los interlocutores sociales– para que las adopten, en su caso y en el pleno ejercicio de su autonomía colectiva, y contractual –ejemplo: art. 44 LOIS–, son marcadamente insuficientes. Más aún: la LOIS enfatiza mucho más la necesidad de mostrar una actitud cautelar y prudente respecto de la mismas, para evitar reparos de constitucionalidad, que la de garantizar que su reconocimiento no quede en simple posibilidad –potestad–. Como sucede a menudo con tantas otras «leyes sociales»

que se presentan como portadoras de cambios sociales radicales en sí mismas –la LPRL, la Ley de la Dependencia–, pero que realmente no son tales, la LOIS aparece más como un *complejo y articulado procedimiento, de resultado incierto, para la regulación por otras fuentes de un derecho*, en este caso la igualdad efectiva entre sexos, que como un sistema de garantías de inmediata efectividad. Este juega realmente solo para la prohibición de discriminación, pero el derecho a la igualdad efectiva entre sexos exige bastante más.

En definitiva, pese a lo que afirma la EM, no actúa la LOIS como una «Ley-Código» –portadora de derechos y garantías– sino como una «Ley-Marco», cuya actualización se hace recaer en una amplia gama de actuaciones que, sin embargo, no se imponen como obligatorias, y que, por tanto, pueden darse en la vida práctica o no. Como analizaré con algún detalle, el ejemplo más claro, pero no el único, es el de los célebres «Planes de Igualdad». Se crea una nueva figura y se llevan a cabo reformas legales para dotarla de un régimen jurídico pero se sabe, por la interacción de los límites legales y datos reales, que no tendrá apenas aplicación, pues de cumplirse la LOIS serían exigibles apenas al 5% de las empresas de nuestro país, mientras que para el resto es voluntario.

Por eso, creo que, con demasiada frecuencia, la LOIS ha «pecado» de un enfoque tradicionalista, pues se limita a introducir el «enfoque de género» y/o sexo en las normas pero cuidando que no suponga una alteración significativa de los paradigmas reguladores dominantes –«añada mujeres y revuelva»–. De ahí, que predomine la idea de «equidad», aun manteniéndose sustancialmente inalterada la situación fáctica, sobre la de «derechos desiguales de género», aunque no esté ausente –el pírrico permiso de paternidad–.

### 3. Estructura de la «Ley de Igualdad de Sexos»: un cuadro global de las reformas.

#### 3.1. La complejidad estructural de la LOIS: opciones de técnica reguladora y síntesis de contenidos.

De forma análoga a lo que sucediera con la Ley Orgánica 1/2004, de Protección Integral contra la Violencia de Género, la LOIS se ordena básicamente en dos partes. La primera, integrada en su *cuerpo articulado*, corresponde a la ordenación del derecho a la igualdad de trato, con el conjunto de principios, conceptos y técnicas predisuestos para ordenarlo, mientras que la segunda, concretada en un amplio número de *Disposiciones Adicionales*, integra un mapa de reformas legales orientadas a dar coherencia a la nueva regulación, introduciendo los cambios necesarios en los diferentes cuerpos reguladores especiales, competentes por razón de la materia –educación, sanidad, régimen electoral, leyes procesales, leyes laborales...–.

Esta particular opción de técnica legislativa expresaría la evidenciada «*vocación de erigirse en la ley-código de la igualdad entre mujeres y hombres*». Esta opción quizás sea inevitable, pero no deja de plantear algunos problemas prácticos, por cuanto vacía en gran medida el alcance regulador

de la norma, de modo que el ejercicio del derecho queda condicionado a los términos de la ley competente por razón de la materia, al tiempo que llena de remisiones cruzadas, a veces circulares, tanto la ley de remisión como las remitidas. En ocasiones no es fácil determinar cuál es el concreto sentido de un precepto, como sucede, por ejemplo, respecto de la ordenación de un tema tan relevante como la «inversión de la carga de la prueba» de la discriminación. La razón está en que la LOIS condiciona genéricamente su alcance a lo que se prevea «*de acuerdo con las Leyes procesales*» –art. 9 LOIS–, unas leyes que, a su vez, tras la reforma, vuelve a repetir literalmente el enunciado y, por tanto, el mismo condicionante, pese a ser la ley procesal la que regula directamente este «privilegio procesal». El resultado, como se verá, no puede ser más incierto.

La Ley tiene unas considerables dimensiones, pues además de 78 artículos, ordenados en el Título Preliminar y 8 Títulos, está compuesta por:

- 27 Disposiciones Adicionales.
- 9 Disposiciones Transitorias.
- 1 Disposición Derogatoria.
- 7 Disposiciones Finales.

Por lo que hace al cuerpo articulado, el **Título Preliminar** (arts. 1-2) establece el *objeto y ámbito de aplicación*. El **Título Primero** (arts. 3-13) define los *conceptos jurídicos básicos* relativos a la igualdad, al tiempo que trata de fijar las *consecuencias jurídicas* derivadas de los incumplimientos de los deberes que las normas prevén –régimen de tutela–. El **Título Segundo** (*Políticas Públicas para la Igualdad*; arts. 14-22) se ocupa de marcar las *pautas generales* que deben informar la actuación de los poderes públicos en relación con la igualdad, enumerando los principios jurídicos que han de inspirarlos –Capítulo I–, y las *pautas específicas* informadoras de cada ámbito de políticas públicas afectado, todos dada la referida dimensión transversal, así el educativo, cultural, sanitario... –Capítulo II–. El **Título Tercero** (arts. 36-41) contiene medidas de *fomento de la igualdad en medios de comunicación social, incluida la publicidad*, hoy tan de actualidad.

Si el **Título Cuarto** (arts. 42-50) se ocupa del *derecho al trabajo en igualdad de oportunidades*, incorporando, el **Título Quinto** (*Principio de Igualdad en el Empleo Público*; arts. 51-68) atiende al ámbito del empleo público. Para este último ámbito, el *Capítulo I* regula los *criterios generales de actuación a favor de la igualdad para el conjunto de las AA.PP.*, por cuanto se trataría de fijar las condiciones básicas de su ejercicio en todo el territorio (art. 149.1.1.<sup>a</sup> CE). El *Capítulo II* regula el *principio de presencia equilibrada* de la mujer en los nombramientos de órganos directivos de la AGE, aplicable también a órganos de selección y valoración del personal, así como en las designaciones de miembros de órganos colegiados, comités y consejos de administración de empresas participadas por dicha Administración. El *Capítulo III* se dedica a las *medidas de igualdad para los empleados de la AGE, en sentido análogo a lo previsto para las relaciones de trabajo en el sector privado*.

En prueba de la universalidad de esta regulación, los Capítulos IV y V de este Título V extienden, si bien con particularidades, el respeto del principio de igualdad de trato en ámbitos tan singulares, pero profesionales al fin y al cabo, como son el de las *Fuerzas Armadas, incluyendo la Guardia Civil, y Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado*. Por eso, varias Disposiciones Adicionales se encargarán de introducir las correspondientes modificaciones legales en sus leyes respectivas de ordenación.

El **Título Sexto** (arts. 69-72) se dedica a la igualdad de trato fuera del mercado laboral, en concreto en el *acceso a bienes y servicios*, para lo que transpone la referida Directiva 2004/113. Una especial referencia se hace al sector de seguros, tratando de evitar las prácticas empresariales en este sector de distribuir a las mujeres y hombres en grupos distintos para el cálculo de las primas. La vigencia de buena parte de las previsiones en este ámbito queda aplazada (disps. finales 8.<sup>a</sup> y 3.<sup>a</sup>).

El papel de la «responsabilidad social» de las empresas en el desarrollo del principio de igualdad de trato tiene su ubicación en el **Título Séptimo** (arts. 73-75). Precisamente, en este ámbito es donde tiene acogida la medida relativa a la participación equilibrada de las mujeres en los Consejos de Administración de las sociedades mercantiles. La fórmula debilitada elegida para esta medida –«se procurará»– y el plazo amplio –8 años– no parecen justificar la polémica creada en torno a ella y que, en apariencia, explica la abstención del PP. Además, el Título prevé la posibilidad de que estas acciones de responsabilidad social se acuerden con la representación de los trabajadores, pero también con organizaciones de consumidores, asociaciones de defensa de la igualdad o los organismos públicos de igualdad. Asimismo, se regula el uso de estas acciones con fines publicitarios.

El **Título Octavo** (arts. 76-78) establece diversas disposiciones de carácter organizativo, relativas al gobierno y gestión de estas políticas. Así, se crea una *Comisión Interministerial de Igualdad entre sexos y las Unidades de Igualdad* en cada Ministerio. También el *Consejo de Participación de la mujer*, órgano colegiado que ha de servir de cauce para su participación institucional.

Pero como ya hemos advertido, paradójicamente, los contenidos más relevantes de la LOIS, tanto por su extensión como intensidad reguladora, no están en el cuerpo articulado sino en las denominadas «Cláusulas de Cierre», o también «extravagantes». La dimensión transversal de la LOIS y la necesidad de dar efectividad a su parte «declarativa» mediante reformas coherentes del resto del Ordenamiento, obligarían a desmesurar las disposiciones adicionales. Esta regulación de cierre y coherencia se ordena en cuatro bloques. Así, junto a la Disposición Derogatoria, se incorporan:

a) 29 disposiciones adicionales (DDAA).

- Se define el principio de composición o presencia equilibrada (DA 1.<sup>a</sup>).
- Modificaciones de las leyes de todo tipo vigentes a fin de adecuarlas a las exigencias de la LOIS <sup>2</sup>.

<sup>2</sup> Se modifican las Leyes de Administración de Justicia –LOPJ, Estatuto Orgánico del MF–; Leyes Procesales –LEC, LJCA, LPL–; Sanitarias –LGS, LCCSNS–; Leyes Laborales –LET, TRLGSS, LPRL, Ley de Empleo, RDL 11/1998, Ley 12/2001, TRLISOS–; Leyes de Función Pública, Civil –LMRFP, LFCE, Estatuto Marco del Personal de los Servicios de Salud–, y Militar –Ley reguladora de las Fuerzas Armadas, de la Guardia Civil–.

- Creación de un fondo en materia de sociedad de la información (DA 10.<sup>a</sup>).
- Designar al Instituto de la Mujer como organismo promotor de la igualdad a efectos de las Directivas objeto de incorporación (DA 28.<sup>a</sup>).

b) Disposiciones Transitorias –DDTT–.

- Régimen aplicable temporalmente a aspectos como los relativos a nombramientos en el empleo público.
- Medidas preventivas de acoso sexual y por razón de género en la AGE.
- El distintivo empresarial en materia de igualdad.
- Las tablas de mortalidad y supervivencia en relación a los seguros.
- Régimen transitorio de los nuevos derechos de maternidad y paternidad, especialmente en relación a su protección de Seguridad Social.
- La composición equilibrada de las listas electorales.
- aplazamiento de la vigencia de las reformas en materia de negociación de nuevos convenios colectivos hasta la celebración del nuevo.

c) Disposiciones Finales –DDFF–.

- *Fundamento constitucional* –DF 1.<sup>a</sup>– y relación con el ordenamiento comunitario –DF 4.<sup>a</sup>–. En el primer caso se ponen en juego una multiplicidad de Títulos, que aquí solo se enuncian, por cuanto la materia laboral no plantea problemas al ubicarse en el artículo 149.1.7.<sup>a</sup> CE.
  - Condiciones básicas –art. 149.1.1.<sup>a</sup> CE–.
  - Legislación básica –art. 149.1.30.<sup>a</sup>, 16.<sup>a</sup>, 27.<sup>a</sup>, 18.<sup>a</sup>, 17.<sup>a</sup>.
  - Competencia exclusiva: 7.<sup>a</sup> y 6.<sup>a</sup> (materia procesal).
  - Legislación de aplicación directa: AGE.
- *Naturaleza de la Ley* –DF 2.<sup>a</sup>–. Pese a su denominación, solo las normas contenidas en las DDAA 1.<sup>a</sup> y 3.<sup>a</sup> tienen tal carácter, mientras que los demás no lo tendrían.
- *Habilitación para el desarrollo reglamentario*. Además de la habilitación general contiene algunas previsiones específicas. Así, en el plazo de 6 meses, debe haberse desarrollado:

- La regulación del distintivo empresarial en materia de igualdad.
- Se integrará el contenido de los Anexos de la Directiva 92/85, del Consejo Europeo, 19 de octubre, 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 debe elaborar, en el plazo de 6 meses desde la publicación del Real Decreto, unas directrices sobre evaluación del riesgo.
- *Fecha de entrada en vigor* –DF 7.<sup>a</sup>–. Inmediata salvo lo relativo al cambio de criterios actuariales para los seguros, que será el 31 de diciembre de 2008. No obstante, la implantación de las medidas preventivas del acoso sexual y del acoso por razón de sexo en la AGE tendrá lugar 6 meses después de la entrada en vigor del Real Decreto que lo apruebe.
- *Mandato de evaluación de los resultados de la negociación colectiva* en materia de igualdad –DF 5.<sup>a</sup>–.

### 3.2. Panorama de las novedades en materia de empleo y trabajo.

Repasado a modo de sumario el extenso y heterogéneo contenido de la LOIS no es ocioso ofrecer, a modo de panorama global, el mapa o *catálogo de modificaciones legales en el ámbito del empleo y de las relaciones de trabajo*, especialmente en el sector privado, sin descartar el empleo público. De este modo, y sin perjuicio de remitir al comentario detenido que realizaré de inmediato, podrá calibrarse más fácilmente y en una primera lectura, el impacto que está llamada a tener la LOIS en el mundo del trabajo. A tal fin, la LOIS, en *las DDAA 11.<sup>a</sup> a 18.<sup>a</sup>*, introduce reformas, de diferente calado, en la casi totalidad de las leyes laborales (LET, LPL, LPRL, LE, TRLISOS, LGSS), con el objetivo de dar efectividad a los nuevos derechos y garantías previstos en su cuerpo articulado –Título IV para el empleo privado, Título V para el público–.

A mi juicio 6 son básicamente las líneas reguladoras afrontadas en los 4 Capítulos y 9 artículos que integran el Título IV de la LOIS, así como en las múltiples disposiciones de la misma que tratan de darle coherencia. A saber:

1. Mejora de la «**empleabilidad**» de las mujeres, como grupo prioritario de las Políticas de Empleo (art. 42), incluido el ámbito rural (art. 30).
2. Impulso de la **intervención de la negociación colectiva** en la promoción y garantía del principio de igualdad, a través de:
  - a) *Cláusulas de corrección* de las discriminaciones (art. 45.1).
  - b) «*Acciones positivas*» –art. 43–.

- c) «*Planes de Igualdad*» –arts. 45 a 47 y art. 49–.
  - d) *Códigos de Conducta* para prevenir los acosos por razón de sexo –art. 48–.
3. Ampliación de **derechos de conciliación** de la vida personal, familiar y laboral –en adelante VPFL– (art. 44).
  4. **Promoción de la igualdad desde las técnicas de gestión de calidad** –«distintivos de calidad» (art. 50), responsabilidad social (art. 73)–.
  5. **Fomento de la perspectiva de género en las políticas de salud laboral y prevención de riesgos laborales** –DDAA 8.<sup>a</sup> y 12.<sup>a</sup> LOIS–.
  6. **Reforzamiento de las garantías de tutela administrativa y judicial** a favor de la igualdad entre sexos –«**Hard Law**»–.

Para la primera línea de actuación, además de reforzar **el reconocimiento del principio de igualdad de trato y oportunidades en el empleo**, la regulación de la LOIS conllevará la modificación de diferentes leyes y desde enfoques también distintos, aunque por lo general este vital aspecto de la igualdad entre sexos ha merecido muy escasa atención del legislador, quizás por entender que es en el marco de las reformas específicas del mercado de trabajo al servicio de la mejora del empleo y de su calidad, como la operada por la Ley 43/2006, donde tiene su principal centro de acción. Así se reforma:

- *La Ley de Empleo*. La DA 17.<sup>a</sup> le añade un artículo 22 bis, para reforzar la prohibición de discriminación por razón de sexo en el acceso al empleo.
- *El Real Decreto-Ley 11/1998*, de 4 de septiembre (DA 15.<sup>a</sup>) y la Ley 12/2001 (DA 16.<sup>a</sup>), al objeto de ampliar los supuestos de «coste social 0» para los empresarios que sustituyan a personas que ejerzan derechos de conciliación –bonificaciones del 100%–.
- Asimismo, aparecen medidas específicas para los procesos de selección y para la provisión de puestos de trabajo en la AGE.

No cabe duda de que el eje de acción que ha merecido una mayor atención para el legislador es el relativo a la **implicación de la autonomía colectiva**, y en especial de su dimensión normativa, en la promoción y garantía de la igualdad efectiva entre sexos. A este respecto, superadas ya las sospechas que desde antiguo habían merecido a la Comisión Europea los convenios por ser portadores de discriminación y no fuentes de mejora, los acuerdos entre sujetos sociales se convierten en la principal vía para avanzar, se pretende que mejor y más rápido, por la senda de la igualdad. De ahí, que las reformas de la regulación estatutaria de la negociación tengan un mayor calado, al menos en extensión. Cosa distinta es que resulten eficaces para alcanzar el objetivo, pues quedan confiadas a la pura «libertad y responsabilidad» de las partes.

En este plano, las principales novedades son:

- El *reforzamiento de los derechos de información*, y de *sus deberes de colaboración*, de los representantes legales en materia de igualdad –reformas del art. 64.1 LET por DA 11.<sup>a</sup> Quince y Dieciséis–.
- Se califica el *deber de negociar medidas dirigidas a fomentar promover la igualdad de trato como contenido mínimo obligatorio* de los convenios –nueva redacción del art. 85.1 LET, por DD 11.<sup>a</sup>, Diecisiete–.
- *Obligatoriedad de que este deber asuma, para las empresas de más de 250 trabajadores, la forma de «Plan de Igualdad»*, debiéndose articular su negociación conforme a las previsiones del nuevo párrafo 2.º del artículo 85.2 LET, introducido por la DA 11.<sup>a</sup> Dieciocho. No cabe duda de que es una de las «estrellas» de la reforma y que más polémica ha suscitado, pero el elevado umbral numérico convierte en excepción lo que se presentaba como regla. Para las PYMES –la inmensa mayoría– se fía al mandato a las AAPP de fomentar su implantación voluntaria –art. 49 LOIS–. La obligación solo tendrá vigencia a partir del primer convenio colectivo que se negocie entrada en vigor la LOIS –DT 4.<sup>a</sup>– y sus resultados se evaluarán a los 4 años –DF 5.<sup>a</sup>–.
- Una suerte, aunque a mi juicio falsa, «*habilitación*» *legal a la negociación colectiva para establecer medidas de acción positiva* para hacer efectivo, en el ámbito del empleo, el principio de presencia equilibrada, a través de la adopción de medidas que faciliten su acceso a toda profesión, así como para favorecer su promoción profesional –nuevo apartado 4 del art. 17 LET, según la DA 11.<sup>a</sup> Dos en relación al art. 43 LOIS–.
- En cambio, y a diferencia de la AGE –art. 62 y DF 6.<sup>a</sup>–, la llamada de la LOIS a la negociación de Códigos y Protocolos de Prevención de la Violencia de Género en el Trabajo, en especial del acoso sexual y del acoso por razón de sexo –art. 48–, ha quedado huérfana de referencia estatutaria específica. El legislador ni lo ha incluido como lo que es, un riesgo profesional a prevenir en el marco de la LPRL, ni tampoco cual contenido obligatorio, como debería ser, de la negociación. Por lo tanto, tendremos que confiar en la previsión del deber genérico de negociar medidas de igualdad para ver la prevención del acoso por razón de sexo en los convenios. En todo caso, queda clara la obligación empresarial de prevención ex artículo 4.2 e) LET.

**La tercera gran línea de reformas** en el ámbito laboral, y quizás las de mayor relieve, pese a su notable insuficiencia como se apreciará de inmediato, se vincula al reforzamiento de los **derechos de conciliación de la VPFL**. A tal fin, 3 son básicamente los tipos de modificaciones realizados en los preceptos estatutarios que vienen regulando, en la redacción dada por la Ley 39/1999 y sucesivas reformas, esta materia, determinante para hacer creíble el propósito igualador entre sexos de cualquier norma legal, política pública o práctica. Así:

- *De mejora de la protección que presta los derechos*, ciertamente de limitado alcance, hasta ahora reconocidos a tales fines.

- *De flexibilización del régimen jurídico* de los mismos para facilitar su gestión por los titulares.
- *De corresponsabilización* de ambos «progenitores», «mujeres y hombres», en la realización del «trabajo familiar», conforme al principio de asunción equilibrada del mismo previsto en el artículo 44 LOIS.

En esta última orientación encontraremos la mayor novedad, pero también la prueba de la escasa ambición del cambio social a medio plazo que tiene el legislador: el pírrico permiso de paternidad de 13 días –15 si se es Juez–. Pero domina la segunda orientación, esto es, más que mejorar la protección se quiere flexibilizar la gestión de los derechos, mediante la introducción de mayor margen de disposición para los titulares, por lo que se remite a la autonomía privada, sea individual –acuerdo entre trabajador/a titular y empresario– sea colectiva. En este marco, el cuadro de reformas es el siguiente:

- a) Derechos para la *gestión novadora o modificativa del tiempo de trabajo* por razones de conciliación.
  - Se reconoce el derecho, de titularidad individual –para mujeres y hombres–, a la adaptación de la duración y la distribución de la jornada laboral para hacer efectivo su derecho a la CVPFL (nuevo art. 37.8 LET, según D 11.ª, Tres LOIS). Su ejercicio se remite a acuerdos de autonomía privada, lo que no deja de ser, como veremos, problemático para su ajuste constitucional.
  - Se reconoce el derecho de la mujer a sustituir su licencia de una hora para la lactancia por el derecho a un permiso retribuido, de duración igual a la que correspondería de acumular las horas que le corresponderían de disfrutarlo conforme al modo originario. Pero una vez más, y con exceso a mi juicio, se remite su ejercicio a los términos fijados en el acuerdo, colectivo o individual –nuevo art. 37.4, párrafo segundo, según la DA 11.ª Cinco LOIS–.
  - Respecto a la reducción de jornada por guarda legal se amplía, por una parte, la edad máxima del menor que da derecho a la reducción –pasa de 6 a 8 años–, y se reduce, por otro, a 1/8 de la jornada el límite mínimo de reducción. Lo que, como se advertía, abre una mayor flexibilidad de gestión del derecho para su titular.
- b) El derecho del trabajador a *interrumpir la prestación de servicios mediante permiso retribuido* previsto ex artículo 37.3 letra b) LET: se amplía el permiso de dos días –4 si implica desplazamiento– al supuesto de «intervención quirúrgica sin hospitalización», pero que precise «reposo domiciliario» –redacción DA 11.ª Cuatro LOIS–.
- c) El derecho a *acumular el período de vacaciones anuales* con el de Incapacidad Temporal –IT– derivado del embarazo, el parto o la lactancia natural, así como con el período de suspensión por maternidad o paternidad conforme al artículo 48.4 LET –según la DA 11.ª Seis, que añade un párrafo segundo al apartado 3 del art. 38 LET–.

d) Derechos a la *suspensión del contrato de trabajo, así como a situaciones de excedencia* en relación al artículo 45.1 d) LET.

- Se reconocen 3 nuevos supuestos de suspensión del contrato: por paternidad, por riesgo durante la lactancia natural de un menor de 9 meses y por adopción o acogimiento de menores de más de 6 años con discapacidad o con dificultades de inserción. A tal fin se modifica el artículo 45.1 d) LET.
- Se reduce de 2 años a 4 meses la duración mínima de la excedencia voluntaria –modificación del art. 46.2 LET–. Es la única manifestación de la apuesta por incluir, junto a la vida familiar, la conciliación de la vida «personal», del trabajador.
- En la *excedencia por cuidado de hijos y otros familiares* se lleva a cabo (1) una precisión técnica respecto de la primera, para admitir el disfrute del derecho en todos los supuestos de acogimiento, «aunque sean provisionales», característica que es propia del acogimiento a diferencia de la adopción –reforma técnica–, (2) pasa de 1 a 2 años la duración máxima legal prevista para la excedencia dispuesta para el cuidado de familiares –reforma de mejora–, al tiempo que (3) se reconoce su disfrute de modo fraccionado en todos los casos –más flexibilidad de gestión– (modificaciones del art. 46.3 LET).
- Aunque la reforma «estelar» en este ámbito es el permiso de paternidad, la reforma aprovecha para introducir *cambios en el permiso de maternidad*. En términos de síntesis y sin perjuicio del comentario que luego realizaremos, esta reforma aspira a facilitar el acceso al permiso, en determinados supuestos, al «otro progenitor» que no es titular directo del permiso, para hacer efectivo el principio de corresponsabilidad, por un lado, y aumentar los períodos del mismo en determinados casos, de otro (modificación de los apartados 4 y 5 ex art. 48 LET).
- Se dota de un *régimen jurídico básico a la paternidad como un nuevo supuesto de suspensión del contrato* de trabajo. Para ello se acude a esa pésima técnica legislativa que es incluir un artículo bis: el artículo 48 bis LET (DA 11.<sup>a</sup>, Once LOIS).

e) *Garantía de indemnidad* por el ejercicio de los «nuevos» derechos de conciliación, especialmente frente a las decisiones extintivas (modificaciones de los arts. 53.4 y 55.5 LET).

Si un derecho vale lo que sus garantías debemos valorar de modo especial la *cuarta línea de reformas*, por lo demás habitual en este ámbito, que va dirigida a *reforzar los instrumentos de garantía pública de la efectividad del derecho* a la igualdad de trato por razón de sexo. De este modo, el énfasis puesto por el moderno Derecho Social Comunitario Antidiscriminatorio en la inclusión de un sistema de garantías, reparadoras y sancionadoras, adecuado y que tiene su plasmación general, con mayor o menor fortuna, en los artículos 9 a 13 de la LOIS, encuentra también una proyección específica en el ámbito de las relaciones de empleo y de trabajo. A este respecto, podemos hallar algunas novedades de cierto calado sea en el ámbito de la tutela administrativa sea en el de la tutela judicial del derecho a la igualdad de trato. Por lo tanto, 2 son el grupo de cambios legislativos que hay que atender en este espacio:

- a) *En la legislación social sancionadora* –TRLISOS–. Se busca adaptar los mecanismos de control de los incumplimientos, con el consiguiente reforzamiento, al menos en el plano teórico y por enésima vez, tanto de la autoridad como de su «policía laboral», la ITSS. Así:
- Se revitaliza *el papel de control por parte de la autoridad laboral* en orden al respeto, por los convenios colectivos, del principio de igualdad –nuevo apartado 6 del art. 90 LET, conforme DA 11.<sup>a</sup> Diecinueve–.
  - Se califica como *infracciones administrativas graves o muy graves* los incumplimientos de las nuevas obligaciones en materia de igualdad, especialmente en relación a las contenidas en los Planes de Igualdad y en relación a la prevención del acoso sexual y por razón de sexo. A tal fin se modifican los artículos 7 y 18 TRLISOS, conforme a la DA 14.<sup>a</sup>, Uno y Dos LOIS.
  - La DA 14.<sup>a</sup> LOIS Cuatro, contiene una nueva Subsección 3.<sup>a</sup> bis en la Sección 2.<sup>a</sup> del Capítulo VI, que incluye el nuevo artículo 46 bis (Responsabilidades empresariales específicas). En este caso se permite una *novedosa conmutación de la eventual sanción accesoria de pérdida de los beneficios de empleo* por la obligación de hacer un Plan de Igualdad.
- b) *En la legislación procesal laboral* para mejorar la tutela judicial, en el plano de las medidas reparadoras. Los cambios en este plano son:
- Se lleva a cabo la modificación de los artículos 27, 180 y 181 LPL para *intensificar la tutela indemnizatoria* de la igualdad de trato, al declarar compatible la indemnización judicial con la legalmente tasada, prevista en las normas vigentes –DA 13.<sup>a</sup>, Uno, Seis y Siete LOIS–.
  - Se realiza una *reforma de la legislación procesal para dar coherencia a los cambios de la legislación sustantiva* en orden a la calificación de nulidad de los despidos, objetivos y disciplinarios, realizados en situaciones de ejercicio de los derechos de conciliación –modificación de los arts. 108.2 y 122.2 LPL–.
  - Se *generaliza el procedimiento preferente y sumario para resolver las discrepancias o conflictos derivados del ejercicio de los derechos de conciliación* previsto en el artículo 138 bis LPL –nueva DA 17.<sup>a</sup> LET, conforme a la DA 11.<sup>a</sup>, Veinte–.
  - Se revitaliza el llamado *procedimiento de oficio* para facilitar la tutela indemnizatoria, a partir de la actuación de la ITSS –nueva letra d) del art. 146 LPL, según DA 13.<sup>a</sup>, Cuatro–. La LOIS aprovecha esta reforma para hacer una mejora técnica de la redacción del artículo 149.2 LPL, con vista a actualizar su redacción al TRLISOS –DA 13.<sup>a</sup>, Cinco–.

Pero a pesar de esta importancia otorgada a la intensificación de la tutela coercitiva respecto del derecho a la igualdad de trato, lo que se denomina hoy algo pedantemente como «*Hard Law*» –derecho fuerte, coercitivo–, la LOIS no descuida tampoco la dimensión o vertiente más flexible

de las garantías, esto es, las técnicas de fomento de cumplimientos voluntarios de las normas. Por eso, creo perfectamente registrable una *quinta línea* reguladora, que denomino *promoción de las técnicas de gestión de calidad*, de modo que el cumplimiento del principio de igualdad cuente con un compromiso activo por parte de los empleadores y otros sujetos sociales implicados.

En mi opinión, este eje regulador, típico del denominado «*Soft Law*», puede apreciarse básicamente en tres tipos de medidas diferentes. Unas incidirían de modo directo y otras de modo indirecto en ese objetivo de estimular el compromiso empresarial con el respeto y, sobre todo, el desarrollo de la igualdad efectiva entre sexos en el mundo del trabajo. A saber:

- La regulación del distintivo para las empresas que destaquen en materia de igualdad de trato entre sexos (art. 50). La LOIS remite a un Real Decreto a fin de regular este *distintivo de calidad en el trato igual* a los hombres y a las mujeres, fijando el plazo para tal desarrollo en 6 meses desde la entrada en vigor –DF 3.<sup>a</sup>, 2 LOIS–.
- Promoción de actuaciones en materia de igualdad de trato a través de la vía de la célebre, aunque equívoca, «*responsabilidad social*», conforme se prevé en el Título VII, en especial en el artículo 73 LOIS.
- Las exigencias de «*cláusulas sociales de igualdad de género*» en fase de ejecución de contratos públicos, así como en las políticas de incentivos económicos o potestad «subvencional» de las AAPP –arts. 33 a 35, Capítulo II del Título II–.

Mucho más diluida y dispersa, pero apreciable a mi juicio, resulta la que he considerado *sexta línea de política jurídico-socio-laboral en la LOIS*, que no es otra que la *inclusión del enfoque de género en las políticas de salud laboral y prevención de riesgos laborales*. Las principales manifestaciones normativas de este eje regulador, más promocional que coercitivo, son:

- a) La inclusión del *enfoque de género en las políticas de salud laboral*, a cargo del Sistema Nacional de Salud –nuevos arts. 21.1 LGS y letra g) art. 11.2 LCCSNS, conforme a las DDAA 8.<sup>a</sup> y 9.<sup>a</sup> LOIS–.
- b) Incorporación del principio de igualdad de sexos *en las políticas públicas de recogida y tratamiento de datos en materia de riesgos laborales*, así como en la de investigación sobre ellos, para identificar y prevenir los daños vinculados con el sexo –nuevo art. 5.4 LPRL–.
- c) Mejora de la *protección frente a situaciones concretas de riesgo: salud reproductora* de la mujer (cambios del art. 26 LPRL) y prevención de la *violencia laboral de género*, en especial del acoso por este motivo.

Finalmente, y como séptimo eje reformador, ha de recordarse el amplio catálogo de reformas en el TRLGSS a que obliga la nueva regulación laboral, tal y como se refleja en la DA 18.<sup>a</sup> LOIS. Algunas me parecen puramente testimoniales, como el permiso de paternidad, al menos en tanto en cuanto no tenga una duración mínimamente útil para el objetivo perseguido, la promoción de la

corresponsabilidad en las cargas familiares. Pero otras, sí que tienen un mayor alcance protector. No obstante, ya hemos advertido que esta materia no será objeto de análisis aquí, y merece un estudio detenido y específico, como el que se realiza en esta misma Revista.

Veamos, pues, las que sí interesan en este estudio, las vinculadas más estrechamente a las materias de empleo y de trabajo. Previamente, entiendo oportuno hacer algunas observaciones, siquiera sucintas, sobre aspectos más generales de la LOIS que tienen implicación en el ámbito ocupacional y en el laboral, como son los relativos a los conceptos jurídicos que introduce la LOIS y que sirven también de referencia a las normas de empleo y laborales, por una parte. O a los principios jurídicos que informan la nueva regulación, de gran utilidad para la interpretación de las normas concretas, algunas especialmente ambiguas y exigidas de una interpretación correctora, como se verá de inmediato. También de interés será aludir a cómo quedan conformados los ámbitos aplicativos de la LOIS, para comprobar la coherencia entre estos y los típicos de las normas de empleo y de las laborales en sentido estricto.

#### 4. El plano de los conceptos jurídicos: escasa novedad reguladora respecto del derecho antidiscriminatorio general.

Es una técnica típica de las normas comunitarias incluir la definición de los conceptos jurídicos que sirven como presupuestos para la construcción del régimen jurídico de que se trate, en nuestro caso la tutela a favor de la igualdad de trato entre sexos y la lucha contra la discriminación por este motivo. De ahí, que las normas de transposición procedan a hacer lo propio, transcribiendo, de un modo más o menos literal, tales conceptos jurídico-comunitarios a nuestra legislación interna.

Estos conceptos no son definidos de modo especial en el ámbito laboral, por lo que ha de integrarse el sentido de las normas laborales con las previstas con carácter general. Pero en este importante ámbito las novedades resultan escasas. Primero porque buena parte de las definiciones ya contaban con larga tradición jurisprudencial, recibidas por influencia tanto del TJCE como del TCO, en el TS y en los TTSSJ. Segundo, y sobre todo, porque coinciden en gran medida con conceptos ya definidos por otras leyes antidiscriminatorias, si bien referidas u operativas sobre motivos de desfavor diferentes, como la edad, o la discapacidad, o la orientación sexual...<sup>3</sup>.

Desde esta perspectiva, conocida es la definición de la **discriminación directa** por razón de sexo, que incluye especialmente la derivada de embarazo o maternidad (art. 8 LOIS). Por tal se tiene *«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»* –art. 6 LOIS–, que incluye *«toda orden de discriminar... por razón de sexo»*. Mientras que nada nuevo aporta entender por **discriminación indirecta**, hoy las más relevantes porque son las que persisten con mayor obstinación y más dificultades de remoción, la situación *«en que una disposición, criterio o práctica apa-*

<sup>3</sup> Como por ejemplo la Ley 51/2003, respecto de la igualdad de trato para las personas con discapacidad, o el artículo 35 de la Ley 62/2003, con carácter general.

*rentemente neutros pone a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro, salvo que... puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados».*

Como tampoco representa mayor novedad hoy la inclusión del concepto de **acciones positivas**, definidas en el artículo 11, como «medidas específicas en favor de las mujeres para corregir situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto de los hombres». Lo más favorable de esta previsión es que evite, con buen criterio, el erróneo y, en todo caso inconstitucional, concepto de «discriminación positiva» –o «discriminación inversa»–, por cuanto ni Constitución ni el Derecho Comunitario parecen tolerar tal concepto. A partir de aquí, la regulación no es nada fértil.

Y digo que no lo es porque, como ya advertí, hay muy pocas huellas en la LOIS de lo que sería un auténtico «Derecho Desigual» a favor de las mujeres. La primera razón es porque la Ley no las introduce por sí mismas, luego no es fuente de garantías de efectividad, pese a lo que sugiere su EM, sino que remite a otras fuentes para su introducción: bien a los poderes públicos, con carácter obligatorio, pero sin concreción ninguna en el ámbito del empleo y laboral –más allá de algunas imprecisas referencias a la presencia equilibrada–, bien a los sujetos privados, pero de modo potestativo (art. 11.2 LOIS), como veremos sucede igualmente con la negociación colectiva. Por lo tanto, habrá que esperar al desarrollo de la LOIS por estos sujetos para ver qué alcance tiene la referencia legal.

La segunda razón de esta crítica es porque el contenido más preciso de la referencia legal está en la visión excesivamente «cautelar» que adopta, pues pone mayor énfasis en los «condicionamientos para asegurar su licitud constitucional», y comunitaria habría que añadir, que no son otros que los derivados del principio de proporcionalidad. Con ello se recoge la posición que viene manteniendo la jurisprudencia del TJCE que, como es sabido, siempre ha partido de una consideración de las «acciones positivas» como una «excepción» al principio de igualdad de trato y no como lo que realmente son, un imperativo de igualdad efectiva, no solo formal o normativo, sino fáctica, real –SSTCO 229/1992 y 3/1993–. La diferencia de entendimiento es práctica, no solo teórica.

En efecto, en el primer caso –la acción positiva como excepción a la igualdad (art. 141.4 TCE)–, exigirá interpretación restrictiva, como límite al de derecho a la igualdad –art. 14 CE–, en cambio, en el segundo, sería una garantía de efectividad del mismo –art. 9.2 CE–. En este sentido, debe recordarse que el imperativo de las acciones positivas no tiene como referente la prohibición de discriminar en sentido estricto sino la más amplia *de restringir u obstaculizar* la igualdad real que supone la desigualdad fáctica, para lo que se precisan conductas positivas que den ventajas al colectivo desfavorecido para compensar los obstáculos generados por años de discriminación. No basta, pues, con eliminar la discriminación, es necesario compensar sus efectos negativos arraigados y acumulados socialmente en el tiempo.

En el plano conceptual, más novedad presenta la delimitación de una forma particular de discriminación, el «acoso por razón de sexo», que la norma atiende desde una doble modalidad –art. 7 LOIS–. La específica y más conocida, relativa al «acoso sexual», y la genérica, delimitada de modo un tanto ambiguo como «acoso por razón de sexo». Por el primero, acoso sexual, se entiende todo «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». Por el segundo, acoso por razón de sexo, se entiende todo «comportamiento» del mismo tipo pero «realizado en función del sexo de una persona».

En definitiva, en ambos casos se construye el concepto jurídico de acoso sobre la dimensión «ambiental» del mismo, diferenciándose en atención a la causa que lo genera, de índole sexual en un caso –conseguir favores de tipo sexual–, de índole «sexista» o ligados a los estereotipos sociales desfavorables para las mujeres en el otro, que podría llamarse acoso sexista o de género. En los dos casos llama la atención que desaparezca, respecto de la noción comunitaria, la referencia a un elemento subjetivo, que se trate de un comportamiento «no deseado» por la víctima. Aunque a mi juicio tal eliminación es correcta, por cuanto el carácter degradante de una conducta evidencia el rechazo de toda persona, no deja de plantear el problema de cuál puede ser el efecto de un eventual consentimiento por parte del trabajador víctima de tales tratos degradantes, por motivo sexual o por motivo sexista.

En principio, podría pensarse que la desaparición de este elemento implica la prohibición del trato degradante aun mediando un eventual consentimiento. De este modo, si una conducta es objetivamente reprobable su ilicitud, y por tanto su prevención, y erradicación debe prevalecer. Sin embargo, incluso en el ámbito penal, se ha considerado que la libertad debe estar por encima de los estándares sociales de conducta, de modo que solo puede ser sancionado en el plano jurídico, otra cosa será en el moral, las situaciones que creen humillación o intimidación en las personas de modo individual <sup>4</sup>.

Sin poder entrar ahora en esta interesante cuestión, sí quiero evidenciar cómo, en todo caso, este elemento subjetivo no está ausente en realidad. La razón está en que el referido efecto ofensivo, degradante o intimidatorio de una conducta acosadora exigido para incurrir en la prohibición legal, junto a tales elementos objetivos, deberá determinarse en función de la percepción que cada persona tenga de la situación. La posición del TCO es clara en orden a la exigencia de ambas vertientes, la objetiva y la subjetiva –STCO 224/1999–.

Asimismo, pese a la referida dimensión ambiental, queda claro que eso no supone excluir la otra modalidad de acoso sexual que tradicionalmente se ha venido entendiendo integrada, como es la del «chantaje sexual», esto es, cuando el acosador amenaza con la pérdida de un derecho o beneficio a la víctima si esta no cede a los propósitos sexuales de aquel. La LOIS ha buscado un concepto suficientemente amplio para que quepa toda conducta de la que pueda predicarse el efecto de trato degradante vinculado al sexo, ya por su cualidad sexual ya por su estereotipo social. De ahí que, a mi juicio, no haya ninguna dificultad para encuadrar otra modalidad ya recogida en leyes de igualdad de carácter autonómico –ejemplo arts. 53 y 54 ley gallega–, como el denominado «acoso moral laboral por razón de género», que incluso cuenta ya con algunos reconocimientos judiciales <sup>5</sup>.

<sup>4</sup> Cfr. Observatorio Vasco sobre Acoso Moral. *La tutela frente al acoso moral...* Aranzadi. 2006, págs. 143 y ss.

<sup>5</sup> Me refiero a la Sentencia del Juzgado de lo Penal número 8 de Valencia, 21 de abril de 2005. Un comentario de la misma, y un detenido análisis del concepto, puede verse en la *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, número 277, abril 2006.

Finalmente, es oportuno llamar la atención sobre la inclusión de un concepto sociológico más que jurídico, que presupone pero no define la LOIS, y que hoy adquiere una gran importancia para las políticas de igualdad. Ahora me refiero al concepto de «*discriminación múltiple*». Por tal se entendería la que afecta a determinadas personas por concurrir en ellas dos o más factores de discriminación. Así, por ejemplo, el ser mujeres e inmigrantes al mismo tiempo, o el ser mujeres y personas con discapacidad... Se trata, pues, de mujeres con especiales dificultades, por lo que ese «plus de desfavor» social exigiría, para que la igualdad fuera efectiva, un «plus de tutela». Sin embargo, la LOIS no mantiene una atención continuada y coherente a esta mayor vulnerabilidad. De nuevo la LOIS se propone más reconocer el problema que resolverlo.

Desde esta perspectiva, es cierto que la discriminación múltiple aparece entre los criterios de actuación de las AAPP para definir y poner en práctica políticas de igualdad –art. 14.6 LOIS–, y se le otorga algún efecto favorable concreto, como es el reconocimiento del derecho de asilo a las mujeres extranjeras que sufran violencia de persecución por razón de género –obsérvese que el legislador no tiene nada claro, y usa «promiscuamente» ambos conceptos, sexo y género–, conforme a la nueva DA 3.<sup>a</sup> añadida a la Ley 5/1984, reguladora del derecho de asilo –DA 26.<sup>a</sup> LOIS–. Pero no menos cierto es que para estos casos el compromiso de los poderes públicos es puramente potestativo –«los poderes públicos podrán adoptar, igualmente, medidas de acción positiva», art. 14.6–, cuando para los poderes públicos tales medidas son, al menos en el plano normativo, obligatorias –art. 11.1 LOIS–.

## 5. El plano del valor: los principios jurídicos inspiradores de la igualdad de sexos.

La LOIS no ambiciona solo ser un catálogo general de reglas sino que busca, más bien «sueña», si se me permite la licencia, con ser un genuino «Código» de Igualdad entre Sexos. De ahí que, como recuerda la EM, nazca con la vocación de ser más que una Ley para aspirar a ser «Código», esto es, un «sistema jurídico integral y coherente» sobre una materia, en este caso, la igualdad entre mujeres y hombres en cualquier esfera de vida. Y para ello precisa que los mandatos legales y las políticas necesarias para actuarlos estén informados y conformados por «*principios jurídicos*» que le den un sentido armonioso y permitan la integración permanente de sus lagunas y la corrección de las contradicciones entre normas, políticas y prácticas. No por casualidad los momentos histórico-jurídicos clave para la evolución que ha llevado hasta el actual entendimiento de los llamados principios jurídicos –aquí del Derecho Antidiscriminatorio–, se localizan en la «codificación» decimonónica, de un lado, y en el «constitucionalismo social», de otro.

Naturalmente no tengo intención de traer el tan vasto como sugerente tema de los «principios jurídicos», que ha enredado, sigue y seguirá haciéndolo, a generaciones de juristas. Mi propósito es más modesto, pero más práctico.

En este sentido, primero conviene evidenciar la deficiente aproximación que hace, en un plano técnico, el legislador a esta materia, mezclando lo que son auténticos «principios jurídicos»,

con «criterios generales de actuación pública» e incluso genuinas obligaciones. Un claro ejemplo está en el artículo 14 LOIS, sobre «criterios generales de actuación de los poderes públicos» –compromiso de efectividad del principio de igualdad, transversalidad, cooperación entre AAPP, implantación de lenguaje no sexista, erradicación de la violencia laboral de género, conciliación de la VPFL...–, que se enmarca en el Título II, Capítulo I, que reza, precisamente, como «principios generales». Este Capítulo, junto al Título I, está salpicado de preceptos que pretenden enunciar principios. Pero como suele suceder su lectura y, por tanto, comprensión resulta a menudo insufrible, por su carácter circular y reiterativo, al hacer referencia tantas veces a una misma idea que se expresa de diversos modos y con calificaciones distintas, sin llegar a comprender su alcance real.

Pero superado este recurrente vicio de técnica legislativa lo que aquí me interesa destacar, en segundo lugar, es la importancia práctica que otorga el Legislador al plano de los fundamentos o principios inspiradores del Derecho Antidiscriminatorio, al reclamar la función interpretativa de la igualdad –art. 4 LOIS–. En puridad técnica es un artículo, otro más de la LOIS, superfluo, porque todo jurista sabe que un principio jurídico, en cuanto «idea fundamental e informadora de la organización jurídica» de una Sociedad –de la «Nación» apostillaba Federico DE CASTRO, pero queda claro que la igualdad hoy desborda fronteras, como prueba su fundamento comunitario–, tiene tres funciones: fundamentadora o justificadora de procesos reguladores, interpretativa de las normas existentes e integradora de lagunas, creando nuevas reglas.

Pero esta obviedad no puede llevar a infravalorar su significado. A mi juicio, lo que el legislador hace más bien es recordarnos que la igualdad, en cuanto pauta orientadora de la ordenación jurídica, debe servir, por su propia fuerza reguladora, para justificar decisiones jurídicas, no solo del Legislador o de los sujetos sociales –negociación colectiva–, sino de los intérpretes de las normas. Como veremos, esta idea es útil tanto para la integración de las lagunas como también para la corrección de contradicciones de la LOIS.

Desde este plano del valor o fundamento jurídicos, considero que cinco son básicamente las pautas que orientan la vida de la igualdad como Principio:

- a) Su carácter de principio *general* del Derecho, lo que significa que se presenta como uno de los más claros y fuertes vínculos de conexión entre diferentes ramas jurídicas –arts. 3 y 4–.
- b) Su aplicación *transversal*, lo que significa, en coherencia con la vertiente de principio general, que ha de informar todo ámbito social, tanto público como privado –arts. 14.2 y 15 LOIS–.
- c) La preferencia por su *desarrollo consensuado o acordado*, esto es, con la participación o implicación de los sujetos sociales (principio de autonomía colectiva, tanto en sede civil como socio-laboral) –arts. 11.2 y 14.2, 73 LOIS–.
- d) El imperativo de *presencia equilibrada* de hombres y mujeres en la vida social –arts. 14.4 LOIS–.

Con él se trata de asegurar una representación significativa de ambos sexos no solo en órganos y cargos de responsabilidad, sean públicos –art. 16– sean privados –art. 75–. Ciertamente sobre ellos se ha centrado la LOIS y han sido los más polémicos –cargos electorales (DDAA 1.ª y 2.ª); consejos de administración de sociedades mercantiles (art. 75, DA 26.ª)–, hasta motivar, aparentemente, la abstención del Grupo Parlamentario del PP, pese a tratarse de cambios más tímidos –DT 1.ª LOIS– de lo que se ha evidenciado en su «venta política». Pero entiendo que su alcance es mayor, hasta abarcar, y no en términos de porcentajes abstractos (40/60%, según DA 1.ª) sino de equilibrio pleno, cualquier esfera de la realidad política, social, económica, laboral...

- e) La *transparencia* de las situaciones desde la perspectiva de sexo y de la gestión de las actuaciones a favor de la igualdad –arts. 18 a 20 y 47, entre otros, LOIS–.

Como el propio legislador reconoce, aunque pocas veces del modo más adecuado, estas cuatro pautas básicas tienen una especial proyección en el ámbito del empleo y de las relaciones de trabajo, que es el que aquí interesa. En este sentido, considero que no solo el que la LOIS denomina «**Principio de 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» –art. 5–, asume la forma jurídica de principio jurídico-laboral, sino también las otras cuatro pautas orientadoras indicadas. A saber:

1. *El principio de igualdad de trato y oportunidades incluye las políticas, públicas y privadas, de PRL* como reflejo del criterio de transversalidad, que significa que todo subsector normativo y política socio-laborales están inspirados por el enfoque de igualdad de sexos y/o géneros.
2. La *conciliación* de la VPLF ha de tenerse como principio jurídico y es un reflejo del principio de presencia equilibrada de mujeres y hombres, no solo en el trabajo productivo sino también en el «reproductivo», de ahí que no pueda entenderse aquel sin la exigencia de «corresponsabilidad» –*Resolución del Consejo Europeo de MTAS, 29 de junio de 2000*–.
3. *El principio de gestión participada* de las políticas de igualdad en la empresa es un reflejo del principio de preferencia por la dimensión acordada de estas acciones y del referido principio de transparencia.

Aunque de la plena vigencia de todos ellos depende la efectividad y la coherencia del «Derecho Antidiscriminatorio» –e incluso del «Derecho Desigual Igualador»–, no cabe duda que sus interacciones no siempre son pacíficas. Así, como evidenciaremos de inmediato, el principio de participación colectiva tanto puede ser una vía de aceleración y mejora de los estándares de igualdad como de cronificación, e incluso reforzamiento, de la desigualdad, por lo que es muy importante armonizar bien las diferentes exigencias. Veremos cómo no solo en la práctica la situación es a veces muy contradictoria, además de pobre, sino cómo la propia LOIS no ha sabido, o querido, ajustar convenientemente estos diferentes imperativos de principio.

## 6. El plano de la tutela: consecuencias de los incumplimientos o garantías de efectividad.

### 6.1. Del reconocimiento a las garantías: la cruda sinceridad de la LOIS.

Si algo no le falta a la igualdad de trato entre sexos es reconocimiento normativo, pues se trata de un derecho-principio reconocido universalmente. Pero la realidad se muestra infinitamente más tozuda que las normas, de modo que esta extensa e intensa atención legislativa sigue siendo, como recuerda con doloroso realismo la EM «una tarea pendiente...». De ahí que, como ya se ha evidenciado, el plano que ha querido primar la LOIS haya sido, al menos en sus intenciones otra cosa será en su corrección técnica y en sus resultados, el de las «garantías de efectividad», esto es, el de los instrumentos jurídicos para transformar en realidad lo que dicen las normas y nuestros valores básicos.

A tal fin, las Directivas Comunitarias han venido poniendo de relieve la necesidad de que los Estados miembros cuenten con un sistema de sanciones efectivas y disuasorias, sin perjuicio del respeto debido al principio de proporcionalidad, frente a los incumplimientos de las obligaciones en esta materia. Pero también insiste en que se defina e incentive un conjunto paralelo de medidas que además de facilitar que se identifiquen –prueba– y se anticipen –prevención– estos incumplimientos mejore los estándares de igualdad, para lo que debe fomentarse tanto la implicación de los sujetos civiles y sociales como la adopción, o el mantenimiento, de medidas de ventaja –acciones positivas– para los colectivos más desfavorecidos. En todo caso, las personas que han sido víctimas de discriminación por razón de sexo –como las que lo sean por cualquier otro motivo– han de disponer de medios adecuados de tutela jurídica.

Pues bien, asumiendo estos imperativos, aunque su concreción y, sobre todo, grado de efectividad y eficacia deje bastante que desear, la LOIS incluye un amplio catálogo de instrumentos jurídicos, conocidos la mayoría, otros más innovadores, para avanzar en esa exigencia de tutela efectiva. En mi opinión, todos ellos pueden encuadrarse en los siguientes cuatro grupos. A saber:

1. Garantías *sustantivas* o de carácter directamente coercitivo.
2. Garantías *procedimentales* o de derecho reflexivo.
3. Garantías *procesales*.
4. Medidas *promocionales de la igualdad de trato y oportunidades*.

### 6.2. Las garantías sustantivas frente a las conductas discriminatorias.

Con carácter general se enuncian en el artículo 10 de la LOIS, si bien otros preceptos están concernidos, remitiendo su régimen jurídico a las normas que resultan competentes por razón de la materia, como veremos en relación al empleo y al trabajo. En este plano, básicamente son cuatro las garantías previstas:

1. *Sanción de nulidad* radical de los actos discriminatorios. En línea con esta previsión, en el ámbito laboral, se modificará el artículo 17.1, párrafo segundo LET, para declarar igualmente nulas «las órdenes de discriminar...»
2. *Garantía de inmunidad* –prohibición de represalias (art. 9)– y de indemnidad –prohibición de sufrir perjuicios por el ejercicio del derecho–. El artículo 9 establece un auténtico derecho de indemnidad, más amplio que la mera prohibición de represalia. No está en juego solo la efectividad de la tutela judicial, que es el ámbito originario –STCO 198/2001, entre muchas–, incluyendo las reclamaciones extrajudiciales –STCO 55/2003–, sino el derecho sustantivo de igualdad de trato por razón de sexo, como refleja el artículo 17.1 LET, ya en la redacción dada por la Ley 62/2003.
3. *Garantía de una tutela reparadora adecuada*, tanto restitutoria del derecho como indemnizatoria de todos los daños generados –reparación íntegra–. Precisamente, esta exigencia llevará a las mencionadas reformas de los cauces procesales para ejercer esta acción en el ámbito laboral –arts. 27, y 180 y 181 LPL–, aunque no recoja de modo pleno los imperativos comunitarios.
4. *Garantía sancionadora*, a través de «un sistema eficaz y disuasorio de sanciones que prevenga las conductas discriminatorias». Un imperativo general que también tiene sus consecuencias en el ámbito laboral con la también referida modificación del TRLISOS.

En mi opinión, en este cuadro deberían entrar igualmente las acciones positivas (art. 11), que, como ya comenté, no se dirigen tanto a eliminar las discriminaciones, cuanto más bien a remover los obstáculos existentes a la igualdad real, compensando los efectos de las discriminaciones sociales que han padecido históricamente las mujeres. Por tanto, no se trata ya de «no hacer algo» –no discriminar–, sino que implica una obligación «de hacer algo» a favor de reestablecer una igualdad plena, un equilibrio de situación entre los sexos. El problema está, como también dije, en que la LOIS se ha limitado a fijar este mandato de protección activa solo a los poderes públicos, mientras que para los «poderes privados» asume solo un carácter potestativo, «en los términos establecidos en la presente ley»<sup>6</sup>.

Pero esos términos vuelven a ser puramente remisorios a la autonomía de sujetos y grupos para su creación, en especial, como veremos, a través de la negociación colectiva –art. 43 LOIS, nuevo art. 17.4 LET–. Lo que sí cuida la LOIS, en cambio, como también se anticipó críticamente, es de fijar los límites a su introducción: su provisionalidad –en tanto dure la situación–, su razonabilidad y proporcionalidad.

<sup>6</sup> Como también se dijo, no es el único precepto donde aparece este concepto. Así: «Para garantizar en la práctica la plena igualdad por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad y orientación sexual, el principio de igualdad de trato no impedirá que se mantengan o se adopten medidas específicas a favor de determinados colectivos destinadas a prevenir o compensar las desventajas que les afecten relativas a las materias incluidas en el ámbito de aplicación de la presente sección» (art. 35 Ley 62/2003). De interés la *Recomendación del Consejo Europeo 84/365, 13 diciembre, relativa a la promoción de acciones positivas a favor de la mujer*.

### 6.3. Las medidas organizativas: las garantías de derecho reflexivo.

La extraordinaria complejidad de los objetivos socio-económicos del Derecho de nuestros días, como sin duda es la igualdad entre sexos, obliga a prever una amplia gama de «*dispositivos organizativos*» y de tipo procedimental para controlar la aplicación de las normas y avanzar en su desarrollo. Estos instrumentos son muy heterogéneos y suelen implicar compromisos de acción y organización públicos, con la consiguiente dotación presupuestaria.

Así, encontraremos las técnicas de planificación pública, tan habituales en esta materia –Planes Estratégicos ex art. 17–. O las técnicas de transparencia –Informes periódicos sobre su aplicación y Evaluaciones ex art. 18; Informes de impacto de género ex art. 19 LOIS <sup>7</sup>–, pasando por la creación de órganos de coordinación, actuación, control y consultivos en materia de igualdad, entre los que destaca el Instituto de la Mujer –el estatal y sus homólogos autonómicos, pero que no es el único <sup>8</sup>.

Tampoco la ordenación del principio de igualdad de trato en el empleo y en las relaciones de trabajo es ajena a este tipo de dispositivos organizativos, donde, al contrario, encuentra una especial implantación. Al margen del ya referido reforzamiento de los instrumentos de control público del respeto a las obligaciones en materia de igualdad de trato, incluido el control de oficio de la legitimidad de las cláusulas convencionales, no cabe duda que la principal medida de este tipo es el también anunciado «*Plan de Igualdad*», a negociar con los representantes legales de los trabajadores, que se configura a modo de programa de *acción concertada y sistemáticamente ordenada* para alcanzar la igualdad efectiva entre sexos en una empresa. Como ya se ha apuntado y aún se insistirá más abajo, estos instrumentos evidencian el claro desplazamiento de la tradicional forma de racionalidad vertical del Estado Social por formas de racionalidad reflexiva, que debilita las medidas de regulación directa a favor de las medidas negociadas, remitiendo a los destinatarios de las obligaciones la solución de los problemas y, en cierta medida de los niveles, de cumplimiento. Al Estado le bastaría con intentar crear las condiciones que faciliten la acción autónoma del sistema de negociación colectiva. De ahí, que su papel básico se limite a prever la figura y a promover medidas de incentivo económico para su implantación en las PYMES, la inmensa mayoría de empresas.

### 6.4. Las garantías procesales de tutela efectiva de la igualdad de trato: las reglas de legitimación y de distribución de la carga de la prueba.

La tutela reparadora frente a las conductas discriminatorias se centra en gran medida en la protección judicial. Pero la acreditación de comportamientos de este tipo, en especial cuando se tra-

<sup>7</sup> Buena prueba de la insoportable lentitud de estos cambios es que la DT 10.<sup>a</sup> obligue al Gobierno, a lo largo del 2007, a desarrollar reglamentariamente la Ley de Impacto de Género –Ley 30/2003, 13 de octubre– «con la precisión de los indicadores que deben tenerse en cuenta para la elaboración de dicho Informe». Extrañamente la Ley 30/2003 no contiene mandato alguno para el desarrollo reglamentario.

<sup>8</sup> Comisión Interministerial de Igualdad como órgano colegiado de la AGE responsable de la coordinación de las políticas y medidas adoptadas, artículo 76; las Unidades de Igualdad, que no supone nueva estructura sino asignación de funciones a un órgano directivo de cada Ministerio, artículo 77; Consejo de Participación de la Mujer, como órgano colegiado de consulta y asesoramiento, con el fin esencial de servir de cauce de participación de las mujeres en la consecución efectiva del principio de igualdad de trato.

ta de discriminaciones indirectas, no es nada fácil. De ahí, que el Derecho Social Comunitario haya puesto el acento en medidas orientadas a facilitar aquella protección. A este respecto, básicamente son dos las líneas de actuación: A saber:

- a) Potenciar el ejercicio colectivo de las acciones de tutela, a través de la ampliación de las reglas de legitimación procesal –art. 12.1–.
- b) Facilitar la prueba de los hechos de los que deducir la existencia de discriminaciones, a través de la técnica de «inversión de la carga de la prueba» (art. 13.1 LOIS).

Dejamos a un lado las cláusulas declarativas del artículo 12.1 LOIS, que reconoce legitimación procesal *ad causam* a toda persona para solicitar tutela frente a cualquier lesión del derecho a la igualdad de trato entre sexos, incluso tras la terminación de la relación contractual eventualmente existente –se transcribe lo dispuesto en la Directiva, que a su vez recoge la jurisprudencia del TJCE–, así como la remisoría del artículo 13.2 LOIS a las leyes procesales, porque no tienen novedad alguna para nuestro ordenamiento. En cambio, sí que aporta una relevante novedad, pero de signo negativo o restrictivo, la previsión del apartado 3 del artículo 13, según el cual la persona acosada es la única legitimada en los litigios para pedir amparo frente al acoso –también el nuevo art. 11 bis, apartado 3, de la LEC, introducido por la DA 5.<sup>a</sup> LOIS–.

No entiendo la razón de esta medida restrictiva en el caso de las personas víctimas de acoso sexual y sexista, a diferencia de lo que se prevé para otras formas de discriminación. Yo no lo encuentro ningún sentido, máxime dado las formas diluidas previstas en la norma para estos casos –requiere siempre la autorización, salvo que se trate de la defensa de un interés colectivo o difuso. Se impediría, así, el acceso de las asociaciones creadas al efecto.

En mi opinión, si la norma no quería ampliar en estos casos la legitimación debía haberse limitado a remitir a lo previsto en las diferentes leyes procesales, y no establecer una prohibición tan contundente. Por eso, y pese a su tenor literal, entiendo necesaria una interpretación correctora, de modo que, en el ámbito laboral, seguirá siendo de aplicación las reglas específicas, de modo que la persona víctima de acoso por razón de sexo no se vea privada de las medidas recogidas para otro tipo de comportamientos discriminatorios. La LOIS ha ignorado la dimensión colectiva que tiene, en todo caso, el acoso sexual y el de género, cuando la indicación de la directiva es, precisamente, la contraria.

Una orientación expansiva que sí aparece en otras reglas, que ha obligado a algunas reformas de las Leyes procesales. Así, la DA 5.<sup>a</sup>, relativa a las modificaciones de la LEC, introduce un nuevo artículo 11 bis –legitimación para la defensa del derecho a la igualdad de trato entre mujeres y hombres–<sup>9</sup>. El apartado 1 reconoce una regla adicional de legitimación procesal para la tutela del derecho de igualdad de trato, de modo que se reconoce a:

<sup>9</sup> Exactamente el mismo tenor tiene la nueva letra i) del apartado 1 del artículo 19 LRJCA, introducida por la DA 6.<sup>a</sup> LOIS.

*«Los sindicatos y las 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.»*

Su ejercicio exige, en todo caso, «autorización» de los afectados. Ahora bien, cuando estos sean «una pluralidad de personas indeterminada o de difícil determinación», la legitimación procesal para la defensa de estos «intereses difusos» corresponderá:

*«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, sin perjuicio, si los afectados estuvieran determinados, de su propia legitimación procesal.»*

No hay, en cambio, reformas en la LPL a estos efectos. Pero la regulación es análoga a la que ahora se introduce en otros ámbitos judiciales. La razón está en la identidad de contenidos con los artículos 20.1 y 175.2 LPL.

En cambio, mucho más novedosa es la regla de inversión de la carga de la prueba en sentido estricto técnico-jurídico que parece reconocer el artículo 13 LOIS, a tenor del cual:

*«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» (art. 13.1).*

Para actualizar esta regla en las leyes procesales se modifican la LEC y la LJCA. En efecto, la DA 5.<sup>a</sup> Tres, añade un nuevo apartado 5 al artículo 217 de la LEC, con la misma redacción. El mismo tenor tiene el nuevo apartado 7 del artículo 60 de la Ley 29/1998, 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LRJCA), en la redacción dada por la DA 6.<sup>a</sup> LOIS.

En cambio no se modifica la LPL. Lo que, en principio, tiene sentido puesto que ya se reconoce una regla análoga, tanto en el artículo 97 LPL como en el artículo 179 LPL (procedimiento especial de tutela). Pero análoga no es idéntica. El artículo 217.5 LEC, norma procesal común, recoge una regla que invierte la carga de la prueba en sentido estricto, pues basta la alegación solo de la discriminación para trasladar al demandado la carga de probar que es lícito su comportamiento. Mientras que los artículos procesales laborales solo reflejan la técnica de la prueba indiciaria, conforme a la doctrina constitucional.

Entonces se abre una opción interpretativa: o se entiende que en todo caso es prueba indiciaria, proponiendo una lectura integrada y correctora de la nueva regulación, conforme a la doctrina constitucional y a la jurisprudencia del TJCE, y la reforma tiene un efecto más simbólico que sustancial, o se entiende, en cambio, que estamos ante una auténtica inversión de la carga de la prueba, y entonces el artículo 217.5 LEC debería desplazar al artículo 97 LPL. La tesis más correcta es la primera, solución coherente con la norma comunitaria.

El segundo apartado fija la prueba pericial y la *prueba estadística*... Esta última goza ya de un gran predicamento en la doctrina constitucional –STCO 3/2007–. La complejidad de estas situaciones hace especialmente necesaria pruebas de esta índole. No obstante, la norma legal deja al arbitrio judicial la petición del informe público, aunque es obvio que podrá también solicitarla, o aportarla la parte actora, correspondiendo siempre al juez, como es obvio, determinar su pertinencia.

Nos recuerda, finalmente, la LOIS que la inversión de la carga de la prueba es inaplicable para los procesos penales –art. 13.2 LOIS–. Y también para los contencioso-administrativos relativo a los sancionadores, aunque no lo diga expresamente... Sí aparece en cambio en otras leyes relativas a la protección contra la discriminación por otros motivos o causas. La razón es conocida, rige la presunción de inocencia...

#### 6.5. *Las medidas promocionales: las garantías de tutela del «soft law» o de cumplimiento voluntario.*

Ya hemos tenido la oportunidad de recordar la significativa presencia en la LOIS, de otras técnicas de tutela de la igualdad de trato, basadas más que en la fijación de deberes y responsabilidades en la creación de las condiciones para una cultura de la igualdad. En buena medida se fundamentan en medidas típicas del referido «soft law», caracterizadas no por sanciones públicas de los incumplimientos sino por la fijación de compromisos con la efectividad de los objetivos buscados por las normas. En este sentido, hay que mencionar las medidas públicas de fomento a través de la política premial o de incentivos económicos si se adoptan determinadas pautas, la diferenciación cualitativa en el mercado y en la sociedad mediante «distintivos de calidad», los códigos de conducta y protocolos, los deberes de cooperación entre la dirección de la empresa y sujetos sociales, la extensión de la llamada Responsabilidad Social Corporativa...

### 7. **Ámbitos objetivo y subjetivos de la «LOIS»: universalidad y horizontalidad.**

Para finalizar esta primera parte del comentario de la LOIS, relativa a los aspectos más generales de la misma pero con proyección en el ámbito laboral, es oportuno hacer alguna consideración respecto a sus ámbitos o campos aplicativos, tanto objetivo –extensión material de la igualdad– como subjetivos –titularidad activa (beneficiarios) y pasiva (obligados)–. A este respecto, la gran ambición en su ámbito de titulares activos, dada la vocación de universalidad que tras-

luce, contrasta con la escasa, o cuando menos limitada, ambición en orden al alcance de la LOIS, tanto en relación al contenido de los derechos cuanto a los sujetos obligados en relación a los instrumentos más efectivos.

En efecto, la evidenciada transversalidad de la LOIS, que significa hacer realidad el derecho a la igualdad entre sexos «en cualesquiera de los ámbitos de la vida y, singularmente, en las esferas política, civil, laboral, económica, social y cultural...» (art. 1.1 LOIS), no puede ocultar que este derecho se identifica básicamente con «la eliminación de la discriminación de la mujer». Es decir, «el principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres supone la ausencia de toda discriminación» –art. 3–. Ahora bien, si esta identificación recoge el entendimiento dominante en el Derecho Comunitario, no debemos ignorar que en nuestra práctica judicial el derecho a la igualdad va más allá que la prohibición de discriminación –STCO 3/2007–.

A este respecto, ya hemos evidenciado cómo la igualdad efectiva no requiere solo eliminar la discriminación, sino compensar los efectos negativos generado socialmente por la vigencia arraigada de tales discriminaciones. Pero esta segunda línea de actuación, que no desconoce la LOIS, queda remitida a múltiples actuaciones posteriores de los poderes públicos y, voluntariamente, de los poderes y sujetos privados, a través de garantías como las referidas acciones positivas o los anunciados Planes de Igualdad. El objetivo corrector de la desigualdad se centrará, pues, en las discriminaciones pero no tanto en la eliminación o remoción de los obstáculos para la igualdad efectiva.

La falta de ambición que expresa el ámbito objetivo, a mi juicio, contrasta con la marcada universalidad del ámbito de sujetos a los que pretende brindar protección, pues entiende que *«todas las personas gozarán de los derechos derivados del principio de igualdad de trato y de la prohibición de discriminación por razón de sexo»* (art. 5.1). La igualdad es, pues, un derecho humano o de la persona y, por tanto, no limitado a determinadas cualidades sociales y profesionales. De ahí que, incluso por lo que hace a los derechos de carácter ocupacional, laboral y profesional, las previsiones legales desbordan el ámbito del empleo por cuenta ajena para afectar a todas las relaciones profesionales, privadas y públicas, civiles y militares. Precisamente, a través de diferentes Disposiciones se formalizan los compromisos para ampliar derechos acotados para determinadas relaciones, como puede ser la protección en partos prematuros –DA 29 LOIS– y para los cargos electos en relación a los permisos de maternidad y paternidad –DF Sexta bis–...

En cambio, no puede decirse exactamente lo mismo en orden a la eficacia *erga omnes* de las obligaciones que fija, de modo que la evidente vigencia vertical contrasta con una eficacia horizontal más limitada. Ciertamente que el artículo 2.2 LOIS señala que las «obligaciones establecidas en esta Ley serán de aplicación a toda persona, física o jurídica, que se encuentre o actúe en territorio español, cualquier que fuese su nacionalidad, domicilio o residencia» (art. 2.2). Lo que significa que vincula a todos, sin que quepa esgrimir razones culturales o convicciones diferenciales para «justificar» la falta de respeto a las exigencias de la igualdad entre sexos, pero no del mismo modo, pues solo los poderes públicos estarían obligados a realizar conductas positivas a favor de la igualdad plena, mientras que los particulares deberían limitarse a respetar las prohibiciones de discriminación pero sin vincularse por conductas activas.

De ahí, que el fomento de la máxima efectividad en las relaciones entre particulares del principio sea un mandato a los poderes públicos y no una exigencia inmediata o directa –art. 14.10 LOIS–. El principio de igualdad exigiría, pues, «*no solo del **compromiso** de los sujetos públicos, sino también de su **promoción** decidida en la órbita de las relaciones entre particulares*».

### III. LOS ASPECTOS OCUPACIONALES Y LABORALES DE LA LEY DE IGUALDAD: ANÁLISIS DE LAS PRINCIPALES NOVEDADES

#### 1. La igualdad de sexos en las políticas de empleo y formación profesional.

##### *1.1. Medidas previstas por la LOIS para la participación equilibrada de las mujeres en el empleo.*

A día de hoy nadie puede negar los sustanciales avances producidos en la participación de la mujer en el mercado de trabajo. Ahora bien, los resultados que se han alcanzado hasta ahora no son satisfactorios, ni en lo cuantitativo ni menos aún en lo cualitativo. Bastará evidenciar para confirmar esta idea el que España, después de Grecia, sigue siendo el país que presenta una tasa de paro femenino más elevada, mientras que la tasa de actividad de las mujeres es mucho más reducida. Por tanto, no es de extrañar que este apartado de la igualdad de trato deba seguir siendo una prioridad pública y social.

Por eso, la prohibición de discriminación en el acceso al empleo, salvo que exista un criterio profesional, obviamente no ligado al sexo, que justifique excepcionalmente la diferencia –art. 5 LOIS–, se acompaña con la previsión de medidas de fomento, a fin de «aumentar la participación de las mujeres en el mercado de trabajo y avanzar en la igualdad efectiva entre mujeres y hombres» –art. 42.1 LOIS–. Para ello se proponen básicamente tres instrumentos:

##### *a) Programas de mejora de su empleabilidad –art. 42–.*

Conforme a lo dispuesto en la Estrategia Comunitaria de Empleo, una clave para la ampliación de la presencia de la mujer en el mercado de trabajo está no solo en ampliar su «nivel formativo» sino también en la potenciación de su «adaptabilidad a los requerimientos del mercado de trabajo», esto es, su flexibilidad. A día de hoy, la probabilidad de que la mujer abandone el mercado de trabajo es muy superior a la del hombre, por eso la LOIS llame la atención sobre la necesidad de reforzar la permanencia en el empleo de aquella.

Sin embargo, la LOIS no impone sino que solo posibilita la fijación de preferencias y cuotas de mujeres desempleadas, ya con carácter general, ya para colectivos con características especiales, en los llamados Programas de Inserción Laboral Activa –PILA– (art. 42.2). Lo que ya sucede en la práctica, aunque hubiera sido una buena oportunidad para darle mayor solidez jurídica y ampliar su alcance.

El problema es mayor en las zonas rurales, donde el trabajo de la mujer aparece aún más invisible. De ahí, que las políticas de desarrollo rural también se vean afectadas por estos objetivos –art. 30 LOIS–. De ahí que, entre las medidas propuestas para el desarrollo rural equitativo se prioricen las «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».

*b) Promoción de acciones positivas en la negociación –art. 43–.*

La facilitación del acceso al mercado de trabajo por parte de las mujeres puede producirse igualmente a través del fomento de acciones positivas en la negociación colectiva. Así lo recuerda, con carácter puramente declarativo y por tanto meramente simbólico, el artículo 43 LOIS. Conviene advertir que no se trata de ninguna «habilitación legal» a la negociación, pues la autonomía, por su propio poder, puede establecerlas. Por eso, a la Ley correspondía, pero no lo ha hecho, promover o incentivar el que se establezcan. La reforma llevada a cabo en el artículo 17.4 LET no tiene tal significado, sino que vuelve a reiterar una posibilidad que queda completamente a voluntad de los negociadores.

*c) Cláusulas de igualdad entre sexos en las políticas de contratación y subvención públicas (arts. 33 a 35).*

Intentando salvar las limitaciones que derivan del Derecho Comunitario de la Competencia, la LOIS impulsa una instrumentación de la legislación de contratos públicos y subvenciones, al servicio de una política de fomento de la igualdad de sexos en las empresas. A tal fin, además de exigir cláusulas de igualdad ocupacional en *ejecución* de aquellos contratos, prevé la posibilidad de otorgar preferencias en la *adjudicación*, si bien en condiciones estrictas.

En todo caso, la LOIS no supone ninguna alteración significativa de la actual situación, por cuanto sigue remitiendo a la prelación establecida en el apartado primero de la DA 8.<sup>a</sup> de la Ley Contratos de las AAPP –RDLeg. 2/2000, 16 de junio–. Como tampoco supone un cambio de relieve el que prevea también la posibilidad de incluir, en el marco de un Plan Estratégico de Subvenciones, bases reguladoras que valoren de modo preferente actuaciones orientadas a la consecución efectiva de la igualdad, como pueden ser «medidas de conciliación de la vida personal, laboral y familiar, de responsabilidad social de las empresas, o la obtención del distintivo empresarial...» –art. 35–.

*1.2. Las reformas en la «legislación de empleo» para hacer efectivas las medidas previstas en la LOIS.*

Para afianzar estas propuestas se introducen algunos cambios, por lo general, de muy escaso significado, en la legislación de empleo. Así:

a) La ya referida inclusión de un nuevo apartado 4 al artículo 17 LET.

Con ella simplemente se recuerda la potestad de los convenios para introducir reservas y preferencias en orden a facilitar tanto el acceso al empleo de las mujeres como de mejorar su promoción profesional

- b) Nuevo artículo 22 bis de la Ley 56/2003, LE, relativo a la prohibición de discriminar en el acceso al empleo (DA 17.<sup>a</sup> LOIS).

A tal fin, formula de modo concreto el deber de velar específicamente para evitar la discriminación en el acceso al empleo de los agentes de intermediación, públicos y privados, así como su deber de comunicar una eventual discriminación a los oferentes de la colocación, al tiempo que establece una presunción *iusuris et de iure* de discriminatoria para toda oferta referidas a uno de los sexos, salvo que se trate de un requisito profesional esencial y determinante de la actividad a desarrollar, que en ningún caso puede ser una «relacionada con el esfuerzo físico».

- c) Reformas de «leyes coyunturales» de fomento de empleo, como son el Real Decreto-Ley 11/1998 –DA 15.<sup>a</sup> LOIS– y la Ley 12/2001 –DA 16.<sup>a</sup>–.

La primera supone una modificación del 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. En él se contemplan bonificaciones del 100% de las cuotas empresariales de la Seguridad Social, incluidas las contingencias profesionales, y en las aportaciones empresariales de las cuotas de recaudación conjunta. El objetivo de la reforma es ampliar el número de contratos que pueden beneficiarse de este «coste 0» para las empresas:

- Contratos de interinidad para sustituir trabajadores en situaciones del artículo 48.4 LET, incluyendo ahora la paternidad.
- En situaciones de suspensión de contrato por riesgo durante el embarazo o durante la lactancia natural.
- Con personas desempleadas para sustituir a trabajadores autónomos, socios trabajadores o socios de trabajo de las sociedades cooperativas que se encuentren en las mismas situaciones.

En los mismos términos se modifica, por DA 16.<sup>a</sup> LOIS, la DA 2.<sup>a</sup> Ley 12/2001, de Medidas Urgentes de Reforma del Mercado de Trabajo para el incremento del empleo y mejora de su calidad.

### 1.3. La valoración del impacto de esta línea de reforma.

A la vista de la sucinta, pero completa, exposición de las propuestas de la LOIS y cambios de la legislación de empleo, es evidente la conclusión que cabe alcanzar respecto del eventual impacto transformador de la situación. A este respecto, ni hay propuesta original alguna ni los cambios que se proponen supondrán cambio alguno de la situación, lo que dependerá de las concretas políticas de fomento del

empleo femenino que se realice, pero que aquí se ha renunciado a rediseñar. Quizás esto se deba a que no es el ámbito más adecuado de regulación, por cuanto ha de afrontarse desde las legislaciones de fomento de empleo y desde las políticas públicas –y convencionales-, estatales y sobre todo autonómicas.

Pero, a mi juicio, hubiera sido una buena oportunidad de promover este cambio. Máxime si se tiene en cuenta que la Ley 43/2006 ha «olvidado» incluir a las mujeres como colectivo en su propuesta de evaluación y renovación de políticas activas de empleo –de «los jóvenes», de personas con discapacidad-. Puede pensarse que en este caso el relativo éxito de las existentes no requiere una renovación. Pero las recordadas deficiencias, como son mayor desempleo y menor tasa de actividad, con un importante diferencial todavía con el resto de la UE –al menos a 15, otra cosa es en relación a 27-, evidencian que algo debe cambiar para optimizar las muchas medidas y programas concebidos a tal fin.

## 2. Igualdad y derechos conciliación de la vida «personal», familiar y laboral –VPFL–.

### 2.1. El «nuevo enfoque» del conflicto de conciliación.

La Resolución del Consejo Europeo de Ministros de Trabajo y Asuntos Sociales de 29 de junio de 2000 consideró que la participación equilibrada de mujeres y hombres en la actividad profesional y en la vida familiar, junto con la participación equilibrada en los procesos de toma de decisión, era una de las claves más relevantes para hacer de la igualdad entre sexos un derecho efectivo. Ante el fuerte desequilibrio que existe al respecto, al seguir siendo la mujer la que realiza el «trabajo familiar», en un porcentaje superior al 80%, no solo las políticas activas de empleo, sino también las llamadas políticas de conciliación de la vida laboral y familiar se entienden como cruciales para alcanzar los objetivos de igualdad, en ese sentido de reequilibrio de presencias, para lo que habrá de aumentarse la participación de la mujer en el trabajo mercantil y del hombre en el trabajo no remunerado –familiar–.

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 ante políticas de mujer, que favorezcan que ellas hagan lo que vienen haciendo toda la vida, conciliar, aún a costes personales muy elevados, trabajo productivo y reproductivo, sino ante políticas de reparto equitativo de trabajos. Este enfoque es la mayor novedad del artículo 44 LOIS.

Conforme a este precepto, «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» (apartado 1). La referencia a la «vida personal» está en gran medida vaciada de sentido propio, pues, como veremos, no tiene más reconocimiento que la conocida excedencia voluntaria, por lo que sigue ausente, identificándose, indebidamente a mi juicio, con la «carga familiar». Por otro lado, la llamada, de nuevo, a la evitación de toda discriminación, directa o indirecta, evidencia la estrechez de miras de la LOIS, pues es aquí aún más evidente todavía que el equilibrio se alcanzará si, además de la eliminación de las discriminaciones, se conceden ventajas para quienes asumen tales cargas, y no solo, es más ni tan siquiera principalmente, a las mujeres, sino al «otro progenitor», a los padres, que son los ausentes.

De ahí, la importancia cualitativa, minimizada en lo cuantitativo, lo que ahoga su eficacia social, del tan cacareado «permiso de paternidad» reconocido en el artículo 44.3 LOIS y regulado en el nuevo artículo 48 bis LET.

## 2.2. Las reformas de la legislación laboral en materia de derechos de conciliación de la VPFL.

Puesto que estos derechos de conciliación afectan a la ordenación de la prestación de servicios su marco regulador básico es, como se sabe, la LET. De ahí, que haya experimentado un amplio número de reformas, contenidas en la DA 11.<sup>a</sup> LOIS y que pasamos a exponer.

a) El nuevo derecho del trabajador a la auto-adaptación razonable del tiempo de trabajo por motivo de conciliación.

La DA 11.<sup>a</sup>, Dos, introduce un nuevo apartado 8 en el artículo 34 LET. Por su tenor el «trabajador tendrá derecho a adaptar la duración y distribución de la jornada... para hacer efectivo su derecho a la conciliación... 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».

El nuevo artículo 34.8 LET parece reconocer un derecho de autodeterminación de la jornada de trabajo para quienes ejercen sus derechos de conciliación... Sin embargo, una vez más, se introduce una remisión que resulta confusa y, sobre todo, restrictiva, al condicionar su ejercicio a lo que fije la negociación colectiva o en el acuerdo que llegue con el empresario. Está en línea con lo previsto para la violencia de género... Sin embargo, este enunciado plantea algunos problemas interpretativos, tanto de coherencia con otros preceptos como de validez constitucional del mismo. Por lo que entiende obligada una interpretación correctora so pena no solo de estar ante un cambio regresivo, lo que sería inconcebible, sino por la dudosa constitucionalidad de la regla a la luz de la doctrina de la STCO 3/2007, 15 de enero, que reconoce un derecho a la adaptación de la jornada ya ex artículo 37.5 LET, sin que quede condicionado al acuerdo colectivo o individual con el empresario, y siempre que sea razonable, esto es, proporcionado en relación al interés empresarial.

En todo caso, podría ser de aplicación lo previsto en el inciso final del artículo 37.7 LET, para las trabajadoras víctimas de violencia de género, cuyos derechos de «conciliación» no quedan sujetos a los términos pactados si no hay norma convencional o contractual, remitiendo en todo caso al procedimiento del artículo 138 bis LPL para la solución de discrepancias. Así se desprende de la nueva DA 17.<sup>a</sup> de la LET, añadida por la DA 11.<sup>a</sup> Veinte de la LOIS.

b) El novedoso pero pírrico derecho a un permiso de paternidad.

La más relevante, aunque no única, expresión de ese pretendido nuevo enfoque re-equilibrador de la asunción de las cargas o «responsabilidades» familiares es el referido derecho a un permiso de paternidad, cuya regulación está en el nuevo artículo, el 48 bis LET, relativo a la «suspensión del contrato de trabajo por paternidad» –aparece también referido en el modificado artículo 45.1 d) LET–.

Por supuesto, nos ocupamos aquí solo de la vertiente laboral –nuevo supuesto de suspensión del contrato de trabajo–, y no de la social –situación de baja cubierta por una prestación de seguridad social (DA 18.<sup>a</sup>)–. Los principales aspectos regulados por este nuevo precepto son:

- *Supuestos causantes del derecho.* Son los mismos que en el permiso de maternidad: «nacimiento de hijo, adopción o acogimiento».
- *Duración del derecho a la suspensión del contrato:* «13 días... ampliables en el supuesto de parto, adopción o acogimiento múltiples en 2 días más por cada hijo a partir del segundo». La DT 9.<sup>a</sup> LOIS fija un mandato al Gobierno para que amplíe, «de forma gradual», la duración, hasta que se alcance «el objetivo de 4 semanas», para lo que se da ¡6 años!
- El modo de disfrute:
  - Podrá ejercerse desde la finalización del permiso por nacimiento de hijo, legal o convencionalmente reconocido conforme al artículo 37.3 b LET o desde la resolución judicial o administrativa por la que se constituye la adopción o el acogimiento, hasta que finalice el permiso de maternidad, o inmediatamente después de este.
  - Ha de ejercitarse de modo ininterrumpido.
  - Puede ser también a tiempo completo o a tiempo parcial –mínimo 50%–, previo acuerdo entre el empresario y el trabajador, y conforme se determine reglamentariamente.
  - Es independiente del disfrute compartido del permiso de maternidad.
  - Debe comunicarse al empresario, con la debida antelación, el ejercicio de este derecho en los términos establecidos en convenio.
- Titularidad del derecho. El precepto distingue entre:
  - Parto o relación filial biológica. Solo al otro progenitor. Aunque no lo dice expresamente la referencia a la exclusividad quiere decir que es un derecho no transferible entre progenitores.
  - Relación filial jurídica: adopción o acogimiento. En este caso se fija la posibilidad de que elijan los componentes de la unidad familiar quién lo disfrutará de modo exclusivo. Salvo que el permiso de maternidad haya sido «disfrutado en su totalidad por uno de los progenitores», en cuyo caso el derecho a la suspensión por paternidad «únicamente podrá ser ejercido por el otro».

La pesada hipoteca del lenguaje políticamente correcto, y también la complejidad de situaciones en los tiempos actuales, donde el contrato matrimonial y el derecho a la filiación jurídica se reconocen a parejas del mismo sexo, dificultan la comprensión, al hablar de «progenitores». La

razón está en la posibilidad reconocida en nuestro ordenamiento –Ley 13/2005– de que el matrimonio pueda contraerse también por personas del mismo sexo. Pero en el caso de filiación biológica, se trata de un derecho sexuado, específico para el hombre, aunque sea atribuido eufemísticamente al «otro progenitor», queda claro que, de momento, solo puede ser el hombre. En el supuesto de la filiación jurídica, la cuestión difiere, porque puede ejercerla parejas homosexuales <sup>10</sup>.

c) Las reformas del permiso de maternidad ex artículo 48.4 LET.

La LOIS también ha afectado a la regulación del permiso de maternidad, a través de su DA 11.<sup>a</sup>, Diez, que da nueva redacción al artículo 48.4 LET. Las modificaciones responden a diferentes objetivos de política jurídica, incluyendo la referida pauta de fomentar la corresponsabilidad en asuntos familiares de la madre y el padre, esto es, en el lenguaje actual, de ambos «progenitores». En este sentido ha de entenderse el nuevo tratamiento que se da a situaciones en las que se producen hechos luctuosos: el fallecimiento de la madre o del hijo.

En caso de fallecimiento de la madre, con la nueva regulación el uso por el padre –ahora «progenitor»– del permiso, en su totalidad o en la parte que restara, es independiente de que la madre «realizara o no algún trabajo» –la LOIS no ha sido «políticamente correcta», porque la madre siempre «trabaja», aunque sea asumiendo la carga de la reproducción, por tanto debió decir «trabajo remunerado»–. Asimismo, este uso del permiso será por un período total o parcial, pero sin que se «descuente... la parte que la madre hubiera podido disfrutar con anterioridad al parto». Tampoco se verá reducido el período de suspensión en caso de fallecimiento del hijo, salvo que, finalizado el período de descanso obligatorio –seis semanas–, la madre solicitara su reincorporación.

Este mismo objetivo de *potenciar el reparto de cargas familiares está presente en otros dos cambios del precepto legal*. Así, por un lado, en relación al uso compartido mediante la transferencia por la madre al otro progenitor del permiso de paternidad, en caso de que ambos trabajen para el mercado, la principal novedad está en que se permite la continuidad en el disfrute de este período cedido «aunque en el momento previsto para la reincorporación de la madre al trabajo esta se encuentre en situación de IT». La norma anterior condicionaba tal continuidad del derecho inicialmente cedido a que supusiera la incorporación «un riesgo para su salud». Por otro, procede el derecho a suspender el contrato por el período que hubiese correspondido a la madre, incluso aunque esta «no tuviese derecho a suspender su actividad profesional con el derecho a prestaciones de acuerdo con las normas que regulan dicha actividad...». Este derecho es compatible con el permiso de paternidad.

En una línea de política jurídica diferente, dirigida a *mejorar la cobertura que da el derecho de conciliación*, ha de darse cuenta de otros cambios en este mismo precepto y que suponen

<sup>10</sup> En todo caso, recuérdese que tanto el permiso de maternidad como el de paternidad son causa suficiente para la suspensión del juicio, en el caso en que sea abogada o abogado, en los términos previstos por el artículo 188.1.5.º LEC, en la redacción dada por la DA 5.<sup>a</sup>, Dos LOIS.

una ampliación de la duración del permiso de maternidad. Esta ampliación se produce en dos supuestos. El primero, para la *situación de partos prematuros* por «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». En estos casos el período de suspensión se ampliará tantos días como dure la hospitalización de neonato, con un máximo de 13 semanas adicionales. No obstante, la concreción queda remitida al desarrollo reglamentario. La vocación de universalidad de la LOIS se refleja en la referida DA 29.<sup>a</sup>, que contiene un mandato, cierto que diluido porque ni se identifica al obligado ni se establece un plazo, siquiera orientador, para extender «lo dispuesto... en lo relativo a partos prematuros, a los colectivos no incluidos en el ámbito de aplicación de LET».

El segundo supuesto de ampliación del permiso es para los hijos con discapacidad o del menor adoptado o acogido. La ampliación es de dos semanas. Si ambos progenitores trabajan para el mercado este período adicional se distribuirá a libre opción de los interesados. Su disfrute puede ser de forma simultánea o sucesiva, pero siempre ininterrumpida.

Finalmente, a modo de garantía de cierre para evitar toda discriminación, se recoge una cláusula de indemnidad, esto es, de no privación de ninguna mejora de las condiciones de trabajo durante el ejercicio de esos derechos. Lo que es una doctrina judicial cada vez más presente en la práctica negociadora.

Precisamente, en esta dirección de tratar de evitar que el uso de tales derechos de conciliación suponga agravios para sus titulares se dirigen buen número de las mejoras de la protección social. Ese es el sentido de la DA 18.<sup>a</sup>.

d) Las reformas de otros derechos de conciliación VPFL: permisos no periódicos, vacaciones y excedencias.

El régimen regulador de otros derechos incluidos en este amplio, en lo numérico pero cualitativamente deficiente e ineficaz, catálogo que permite dar alguna cabida a los intereses familiares de los trabajadores también ha tenido cambios, sin duda de alcance aún menor, más bien orientados a flexibilizar su régimen de disfrute que a mejorar significativamente su ámbito de cobertura. Cuatro son los derechos afectados. A saber:

En primer lugar, **los permisos regulados ex artículo 37 LET**. En particular, por un lado, la letra b) del artículo 37.3 LET, redactada por el artículo 1 de la Ley 39/1999, de CVLF, relativo a los días de permiso retribuido por razones familiares. La reforma ha incluido un nuevo supuesto, la «intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario» de parientes –dos días, como regla general, o cuatro si implica desplazamiento–.

Por otro, el artículo 37.4 LET (permiso por lactancia de un hijo menor de 9 meses) experimenta dos modificaciones. La primera para incrementar este permiso de 1 hora de ausencia «proporcionalmente en los casos de parto múltiple». La segunda para convertir en regla legal lo que era

doctrina judicial: la mujer puede acumular todas las horas y disfrutarlas conjuntamente en jornadas completas. Pero su ejercicio queda condicionado al acuerdo colectivo o al acuerdo empresarial. Mi crítica es a análoga a la expresada respecto del nuevo artículo 38.4 LET.

A mi juicio, una lectura constitucional del precepto debería llevar a su corrección. Así, el derecho de acumulación es individual de la trabajadora y se concreta en el número de horas que correspondan, salvo mejora por parte de la negociación colectiva o acuerdo con el empresario.

Finalmente, también se modifica el derecho a la reducción de jornada por guarda legal (art. 37.5 LET). También en este caso son dos los cambios realizados. El primero, de mejora, amplía algo el ámbito de aplicación subjetiva, al aumentar la edad del sujeto beneficiario de los cuidados –de menor de 6 años a menor de 8–. La segunda, de flexibilización de su régimen, tiene que ver con la reducción del límite mínimo de reducción de jornada, que pasa de 1/3 a 1/8.

Estos cambios no solo tienen una escasa eficacia para alcanzar el objetivo perseguido por el precepto, utilizado poco –implica reducción salarial– y muy sesgadamente –la inmensa mayoría son mujeres–, sino que no afronta el tema más importante y, por tanto, más conflictivo: la referencia del apartado 6 al derecho de la trabajadora a concretar, por su sola decisión y sin acuerdo previo, el «horario» dentro de su «jornada ordinaria» ¿permite cambios de esa jornada? Hasta el momento la doctrina judicial y la jurisprudencia se muestran poco resolutivas, pues podemos encontrar decisiones de diferente signo.

Tras la referida STCO 3/2007, 15 de enero, y pese a reconocer que el precepto legal abre una «duda interpretativa», la respuesta parece ser positiva, avalando la doctrina judicial favorable a ampliar el margen de decisión de la trabajadora como exigencia del derecho-principio constitucional a conciliar la vida laboral y familiar, y desacreditando la doctrina contraria –STSJ Baleares, 8 de junio de 2006–. La única condición es que no resulten gravemente lesionados los intereses empresariales, correspondiendo al empleador probarlo. Sin embargo, a la luz del artículo 38.4 LET, parecería, aún en la incertidumbre que genera la falta de coordinación entre ambos preceptos, que el ejercicio del derecho del artículo 37.5 LET –regla especial– habría de entenderse en los términos del derecho del artículo 38.4 LET –regla general–. Pero una lectura sistemática de este tipo resulta, a mi juicio, incorrecta técnicamente, y tendría un efecto regresivo, haciendo de peor condición el derecho tras la reforma.

Por tanto, de nuevo se hace necesario una lectura correctora. De lo contrario, podría alcanzarse un resultado seguro que no querido, como es retroceder en el avance de los derechos de conciliación, lo que sería intolerable socialmente, inasumible políticamente e inválido en el plano jurídico. Por lo tanto, la trabajadora tiene un derecho de adaptación en términos razonables.

En segundo lugar, en relación al *derecho al disfrute de las vacaciones* anuales, se añade un párrafo segundo al apartado 3 del artículo 38 LET. La novedad reside en permitir que se disfrute el período vacacional fuera del año natural, cuando coincidan vacaciones y baja maternal o IT derivada del embarazo, parto o lactancia natural, o con el período de suspensión ex artículo 48.4 LET. Como

es sabido, esta reforma tampoco añade novedad jurídica alguna, porque se limita, como otras ya indicadas, a convertir en letra legal lo que ya es Derecho aplicable, por ser jurisprudencia reiterada, tanto del TJCE –Sentencia 18 de marzo de 2004, asunto Merino Gómez–, del TCO como del TS –Sentencia 10 de noviembre de 2005; no en el caso de que la IT tenga un origen diferente, STS de 1 de julio de 2006–.

En tercer lugar, y respecto a las *causas de suspensión del contrato*, se modifica la letra d) del apartado 1 del artículo 45 LET, con el fin de añadir, como causas de suspensión, 3 nuevas. Así, junto a la ya vista del permiso de paternidad, se contempla:

- El *riesgo durante la lactancia natural de un menor de 9 meses*. Se da mejor cumplimiento a la Directiva 92/85. En coherencia, se modifica también el artículo 48.5 LET –y también el artículo 26 LPRL–, para añadir la lactancia natural a la protección por situaciones de riesgo biológico.
- Así como la adopción o acogimiento, preadoptivo como permanente, aunque sean provisionales, de menores de edad, mayores de 6 años, cuando se trate de personas «con discapacidad 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».

Finalmente, es objeto de modificaciones puntuales *el régimen jurídico de las excedencias*, en particular las voluntarias y por cuidado de familiares. En lo que concierne a las *excedencias voluntarias*, se introduce un cambio en el apartado 2 del artículo 46 LET. Se trata de una reforma cuyo alcance es el de flexibilizar el régimen jurídico de la excedencia voluntaria, única vía para dar acogida a la «conciliación de la vida personal» y la laboral. Así, se reduce el límite mínimo de dos años a «cuatro meses».

Algo de más sustantividad tiene los cambios realizados en la *excedencia por cuidado de hijos y otros familiares* –art. 46.3 LET–, en especial respecto de este último caso. Son tres reformas. La primera tiene que ver con una precisión para el supuesto de acogimiento, permanente o preadopativo, matizando que se producirá aunque se trate de situaciones «provisionales». La segunda no es de mejora técnica, sino de mejora de protección. De modo que se amplía el período máximo legal de la excedencia para el cuidado de familiares de 1 año a 2 años –recuérdese que, sorprendentemente, en la judicatura es de 3 años–, sin perjuicio de la ampliación por negociación, lo que no constituye una práctica convencional, pues son aislados los casos en los que así ha sucedido.

La tercera reforma busca, una vez más, la flexibilización de la gestión del derecho por parte de su titular, de modo que se permite ahora que el período de duración pueda «disfrutarse de forma fraccionada». Lo que suscita el problema de cómo gestionar, desde el punto de vista empresarial, esta situación. Recuérdese que no hay precedentes, pues el permiso de maternidad es de uso ininterrumpido, y lo que se permite es que pueda ser a jornada completa o parcial,

remitiendo a un previo acuerdo entre el empleador y los trabajadores afectados –art. 48.4 LET–. Aquí sí habrá que acudir al acuerdo colectivo o, en su defecto, individual.

e) Garantías de protección frente a decisiones extintivas.

La efectividad del disfrute de estos derechos exige blindarlos frente al despido. A tal fin se introducen diferentes modificaciones en la LET y en la LPL.

La reforma del apartado 4 del artículo 53 LET, y 5 del artículo 55 LET (DA 11.<sup>a</sup>, Catorce) así como los artículos 108.2 y 122.2 LPL (DA 13.<sup>a</sup>, Dos y Tres, LOIS), añade nuevos supuestos en que es en todo caso nula la decisión extintiva por causas objetivas, así como del despido disciplinario, para abarcar los nuevos derechos de conciliación previstos: lactancia natural y paternidad. También amplía la protección para «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 9 meses desde la fecha de nacimiento, adopción o acogimiento del hijo».

Se amplía, de este modo, la garantía de protección de la estabilidad frente a estas situaciones. No obstante, el límite de tiempo solo será efectivo a efectos de prueba, pues está claro que cualquier extinción relacionada con el ejercicio de los derechos, se produzca cuando se produzca, es merecedora de la sanción de nulidad. Solo que si se produce dentro del período de 9 meses estaremos ante una presunción *iuris tantum* de que el despido es nulo <sup>11</sup>, por lo que se invierte en sentido pleno la carga de la prueba, mientras que en el segundo caso será de aplicación la regla de la prueba puramente indiciaria.

f) Gestión de las discrepancias en materia de conciliación.

La conciliación representa más que una situación pacífica y de interés común una inagotable fuente de conflictos socio-laborales, cuya ordenación precisa de reglas claras, que den preferencia al derecho fundamental, pero sin descuidar el interés del empresario a un uso razonable del mismo. Pues bien, a estos efectos, la DA 11.<sup>a</sup>, Veinte, añade una nueva DA 17.<sup>a</sup> a LET, relativa al modo de afrontar la solución de las «discrepancias en materia de conciliación». Paradójicamente, en un momento en el que debería haberse apostado por las vías extrajudiciales, de origen convencional, como parecería auspiciar el favor –casi fervor– de la LOIS por la negociación colectiva, esta orientación quiebra.

La LOIS ha preferido, erróneamente a mi juicio, acudir a la vía judicial del artículo 138 bis LPL. Esta previsión legal extiende a todos los derechos de conciliación lo previsto para el artículo

<sup>11</sup> La STS, 4.<sup>a</sup>, 19 de julio de 2006 entiende que se trata de una presunción *iuris et de iure*. Sin embargo, tal entendimiento es, a mi juicio, erróneo, por cuanto la legislación vigente permite al empleador acreditar que el despido está desconectado del ejercicio de los derechos de conciliación, por lo que se descarta la improcedencia, no la calificación de procedencia, si logra justificar la decisión por razones lícitas. Para una crítica más extensa remito a mi trabajo en *El Diario La Ley*, 12 de diciembre de 2006.

lo 37.6 LET –discrepancias surgidas en el ejercicio del derecho a la reducción de jornada por lactancia o cuidado de hijo–, o el apartado 7 –conflictos surgidos del ejercicio, por la trabajadora víctima de violencia de género, de los derechos reconocidos en la norma laboral–. Ahora bien, son evidentes las limitaciones de esta vía, pese a ser un procedimiento urgente, pues, entre otras, no admite recurso –art. 189.1 LPL–. Por lo que habría que ir directamente al amparo constitucional –es el caso de la STCO 3/2007, 15 de enero–. En consecuencia, entiendo que este sí es un campo abonado especialmente para sistemas extrajudiciales de solución de conflictos laborales, tanto colectivos como, cada vez más, individuales.

g) La regulación convergente para los funcionarios públicos.

En el marco del continuado y creciente proceso de convergencia entre los regímenes contractuales de trabajo asalariado y los estatutarios, pese a la continuidad de la separación en cuerpos legislativos distintos, los derechos de conciliación son un espacio regulador propicio para reformas paralelas. De ahí, que junto a las leyes laborales se reformen igualmente las leyes de función pública, al objeto de introducir esos derechos para los trabajadores vinculados por una relación estatutaria y no contractual a su empleador. No es posible entrar aquí a analizar con mínimo detalle esas reformas. Solo haré referencia a aspectos genéricos y a las diferencias que subsisten. En este sentido, en lo sustancial coinciden y son análogas a las privadas. Están recogidas en la DA 19.<sup>a</sup> LOIS, que modifica la LMRFP –Ley 30/1984, 2 de agosto–.

Entre algunos aspectos llamativos está el que, conforme a la DT 6.<sup>a</sup>, las modificaciones introducidas tendrán efectos retroactivos para los hechos causantes originados y vigentes a 1 de enero de 2006 en el ámbito de la AGE, mientras que no sucede así en el ámbito laboral. Lo que significa que en este ámbito solo serán de aplicación para nacimientos, adopciones o acogimientos que se produzcan o constituyan a partir de su entrada en vigor, como la nueva regulación de situaciones de riesgo para el embarazo –DT 7.<sup>a</sup> LOIS–.

Otros aspectos a destacar son:

- Se modifica el párrafo 2.º del artículo 29.4 LMRFP –situaciones administrativas–, relativo a las excedencias por el cuidado de un familiar, generalizando todos los supuestos a tres años.
- Se amplían los días de permisos –en vez de 2 y cuatro, 3 y 5, con la modificación del art. 30 dedicado a permisos–.
- La funcionaria podrá solicitar la sustitución del tiempo de lactancia por un permiso retribuido que acumule en jornadas completas el tiempo correspondiente. Además se trata de un niño menor de 12 meses –no 9 como en el empleo privado–.
- El funcionario tendrá un derecho a reducir su jornada por guarda legal de un menor de 12 años, persona mayor que requiera especial dedicación –dependiente, no está en la norma laboral–, o una persona con discapacidad.

Por su parte, la DA 20.<sup>a</sup>, introduce modificaciones de la Ley de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas, Ley 17/1999, de 18 de mayo, en orden a hacer posible el principio de composición equilibrada –nuevo art. 108.2, si bien se remite al desarrollo reglamentario–, o se formula el mandato –art. 112.4– de dar a la mujer «... *especial protección en situaciones de embarazo, parto y posparto para cumplir las condiciones para el ascenso a todos los empleos de militar profesional*» –idéntico DA 21.<sup>a</sup> LOIS que introduce diversas modificaciones en la Ley 42/1999, 25 de noviembre, de Régimen del Personal del Cuerpo de la Guardia Civil–. Para este ámbito, por lo general, es más ambigua y menos protectora... Así, por ejemplo, para el cuidado de familiares solo será un año. Si es hijo entonces el año es solo un mínimo –nuevo art. 141.1 e)–.

También se modifica –DA 21.<sup>a</sup> ter, Dos–, el artículo 61.2 de la Ley 55/2003, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud. El objetivo es hacer extensivos al personal estatutario los regímenes de permisos y licencias establecidos para los funcionarios en esta materia. Sin embargo, la práctica convencional se ha encargado de establecer regímenes claramente privilegiados en esta materia para los empleados públicos, sea en el ámbito estatal –ejemplo Plan Concilia–, sea sobre todo en el autonómico.

La DA 27.<sup>a</sup> LOIS, modifica el artículo 1, y modifica la DT 1.<sup>a</sup>, de la Ley 36/1977, 23 de mayo, de Ordenación de los Cuerpos Especiales Penitenciarios y de Creación del Cuerpo de Ayudantes de Instituciones Penitenciarias, para garantizar el acceso en términos de igualdad de trato por razón del sexo, para lo que extingue las actuales escalas masculina y femenina del Cuerpo de Ayudantes, integrándose sus funcionarios en el nuevo Cuerpo.

Finalmente, una nueva prueba de la vocación expansiva o universal de la regulación la encontramos en la DF 6.<sup>a</sup> bis –mandato al Gobierno para que promueva la extensión de los permisos de maternidad y paternidad a los cargos electos–. De este modo se avanzaría en la configuración de un mayor estatuto profesional de estos cargos –un ejemplo discutido lo encontraremos en la Ley 37/2006, 7 de diciembre, relativa a la inclusión en el RGSS y a la extensión de la protección por desempleo a determinados cargos públicos y sindicales–.

### *2.3. La valoración del impacto social de las reformas.*

A la vista de la exposición aquí realizada queda claro que se trata del núcleo de reformas más relevante en lo cuantitativo, especialmente si se añade el complemento que supone la ampliación de la protección social, a cargo de fondos públicos como es natural, para el ejercicio de estos derechos. Incluso en lo cualitativo, no solo por impulsar un nuevo enfoque de la conciliación sino por dar vida a nuevos derechos, como el permiso de paternidad.

Ahora bien, no menos cierto es que se trata de un conjunto de reformas insuficiente para que pueda aspirar a provocar un cambio social relevante en el desequilibrio tan extremo que hoy existe entre hombres y mujeres a la hora de asumir las cargas familiares. La reducidísima duración del per-

miso de paternidad neutraliza en el plano social las expectativas creadas en el plano normativo –y político–. Asimismo, es manifiesto que *dominan las reformas de flexibilización del régimen regulador* sobre las de mejora de la protección, así como de las que persiguen la evidenciada corresponsabilidad, faltando incentivos eficaces para que los hombres acudan al ejercicio de tales derechos de un modo relevante y no puramente anecdótico o episódico.

Cierto que las reformas que flexibilizan el modo de gestión no son desdeñables. Pero no puede ocultarse que, en un plano normativo, no suponen novedad, pues por lo general solo llevan a la letra de la Ley lo que es criterio jurisprudencial. El condicionamiento de su ejercicio a lo que pueda disponer la negociación colectiva choca, sin embargo, con la escasa difusión que estos derechos tienen a día de hoy en la práctica convencional. En consecuencia, el efecto transformador queda en gran medida diferido a la negociación colectiva, a sus estrategias y prácticas, a día de hoy bastante deficientes en esta materia.

### 3. La igualdad de trato y la autonomía colectiva: una transformación diferida.

#### 3.1. La vigencia del derecho a la igualdad no se negocia, su modo de garantía sí: la doble vía para actualizar el deber de negociar.

Llevando, quizás hasta el extremo, el mandato comunitario de fomentar la intervención de los interlocutores sociales en la lucha contra la discriminación y a favor de la igualdad de trato, la LOIS ha depositado en la autonomía colectiva gran parte de las esperanzas de llevar las normas sobre igualdad de sexos a la vida cotidiana de las empresas. Lo acabamos de ver en relación al ejercicio de los derechos de conciliación, y apareció en relación a las «acciones positivas», pero la LOIS multiplica las remisiones a la negociación colectiva en la práctica totalidad de las líneas reguladoras. Pero, sin duda, la referencia más general la encontraremos en el artículo 45 LOIS, que formaliza un auténtico *deber empresarial de negociar* las medidas de prevención y, en su caso, erradicación de todo tipo de discriminación. Para su articulación práctica lleva a cabo diversas reformas de la LET, en especial del artículo 85, configurando como contenido obligatorio la negociación de aquellas medidas de igualdad.

Ahora bien, hay que precisar el sentido de esta regulación al objeto de evitar la confusión que se ha generado por la inadecuada difusión mediática de este conflictivo aspecto de la LOIS. En este sentido, TODAS las empresas, cualquiera que sea su tamaño, están obligadas a adoptar medidas para hacer efectivo el derecho a la igualdad y a negociarlas. La vigencia del derecho no se negocia, sí cómo se garantiza, admitiendo diversos modos o procedimientos.

El tenor del artículo 45.1 LOIS es inequívoco. Las empresas deben respetar la igualdad de trato y de oportunidades en el ámbito laboral, y con esta finalidad están obligadas a «adoptar medidas dirigidas a evitar cualquier tipo de discriminación laboral entre mujeres y hombres, medidas que,

sigue diciendo, «*deberán negociar y, en su caso, acordar*, con los representantes legales de los trabajadores en la forma que se determine en la legislación laboral». Reafirma esta dimensión general otros preceptos legales, que hacen referencia al deber de negociar materias concretas vinculadas al imperativo de igualdad, como por ejemplo el artículo 48.1 LOIS en relación a las políticas antiviolencia de género.

El enfoque es, pues, preventivo, no solo reparador, y convencional, no unilateral. Este planteamiento es confirmado con el nuevo tenor del artículo 85.1 LET, que exige «... **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 LOIS**».

Ahora bien, sí diferencia el modo en que se llevará a cabo tal deber negociador. Así, si en unos casos, la mayoría, se cumpliría el mismo con la negociación de concretas medidas, incluso de modo aislado, salvo que se acojan a las eventuales medidas de incentivo público para su implantación en las PYMES, referidas en el artículo 49 LOIS. En cambio, para las empresas de más de 250 trabajadores, a penas un 5%, habrá de hacerse de un *modo sistemático*, esto es, de un modo completo o integral y planificado, a través de los llamados «*Planes de Igualdad*». Solo en estas empresas serán exigibles y adquieren un valor análogo al de los «Planes de Prevención de RL» –art. 16 LPRL–, por citar un ejemplo más conocido y próximo –esperemos que aquellos tengan más fortuna que estos–.

A este respecto, el nuevo 17.5 LET –DA 11.<sup>a</sup>, Dos LOIS–, prevé que la implantación de estos *planes de igualdad* se ajuste a lo dispuesto en la LET y en la LOIS. Al margen de la permanente circularidad de las reglas de remisión –la LOIS remite a la LET y esta aquella– queda claro que para las empresas de más de 250 trabajadores las medidas deben adoptar la «forma Plan».

### 3.2. La articulación del deber de negociar los «planes de igualdad».

Aunque el presupuesto básico de este deber de implantar «Planes de Igualdad» es la concurrencia del referido umbral ocupacional –más de 250 trabajadores–, no es la única posibilidad contemplada por la LOIS. Junto a ella, estos Planes serán igualmente obligatorios:

- a) Cuando así se establezca en el convenio colectivo.

Estamos ante una norma perfectamente inútil. No dudo de la buena voluntad del legislador, pero sí de su capacidad técnica. El lector habrá entendido que el legislador lo que quiere decir es que la negociación colectiva podrá rebajar esos umbrales, de modo que haga obligatorios los Planes en empresas de menores dimensiones. Se trata del carácter de norma de derecho necesario relativo. Pero para eso no tiene que «reinventar la pólvora», recordándonos la eficacia jurídica vinculante de los convenios. Es evidente que el convenio colectivo tiene poder normativo suficiente para hacerlo, lo

diga o no el legislador, y que si lo hace, será aplicable, obviamente, en sus términos. Pero con tan penoso enunciado se genera, por enésima vez, confusión y se desprestigia la técnica jurídica, al tiempo que debilita la eficacia del convenio, porque parece que necesite del auxilio o recordatorio continuos del legislador...

b) *Cuando la autoridad laboral así lo acuerde* en un procedimiento sancionador. A tal fin, se sustituirán las sanciones accesorias por la elaboración y aplicación de dicho plan, en los términos que se fijen en el indicado acuerdo (art. 45.4).

La *definición* –conjunto ordenado de medidas, adoptadas después de realizar un diagnóstico de situación y tendentes no solo a eliminar la discriminación por razón de sexo sino a alcanzar igualmente en la empresa la igualdad de trato entre sexos–, *contenidos* –fines u objetivos–, estrategias, buenas prácticas y sistemas de seguimiento y evaluación eficaces y *materias*, del «Plan de Igualdad» están en el artículo 46 de la LOIS. Las materias se enuncian de modo no exhaustivo, haciendo hincapié en la igualdad en el empleo, la conciliación y la prevención de los acosos relacionados con el sexo.

Conforme al artículo 46.3, el ámbito de aplicación del Plan debe ser toda la «empresa», sin perjuicio de la posibilidad de «acciones especiales adecuadas respecto a determinados centros de trabajo». Ningún inconveniente habría, a mi juicio, para que se tratara de un «Plan de Grupo», sin perjuicio de que en cada empresa del Grupo empresarial pudiera haber particularidades, o «Sub-planes».

*Para su formalización*, el artículo 85.2 LET, en la redacción dada por la DA 11.<sup>a</sup>, Dieciocho LOIS, prevé el modo de articular ese deber de negociación –que será de aplicación en la negociación subsiguiente a la primera denuncia del convenio que se produzca una vez entrada en vigor la Ley; DT 4.<sup>a</sup>–. Así, sin perjuicio de la libertad de contratación, a través de la negociación colectiva se articulará el deber de negociar planes de igualdad de la siguiente forma:

- En los convenios de ámbito empresarial, el deber de negociar se formalizará en el marco de la negociación de dichos convenios.
- En los convenios de ámbito superior, el deber de negociar se formalizará a través de la negociación a desarrollar en la empresa en los términos y condiciones que se hubieran establecido en los indicados convenios, a través de las reglas de complementariedad.

Se trata, pues, de unas reglas de reparto de competencia en esta materia que otorga una clara preferencia a la negociación de empresa, si bien los convenios de ámbito superior, que no se delimitan –por tanto no reiteran la preferencia en el convenio estatal habitual desde las reformas de 1997–, podrán fijar un marco de referencia común. La referencia genérica a la negociación lleva a admitir su formalización a través de acuerdos colectivos de empresa <sup>12</sup>, pese a ser materia típica del convenio –contenido obligatorio–.

<sup>12</sup> Vid. M. GARCÍA JIMÉNEZ. *Los acuerdos colectivos de empresa*. Comares. 2006.

### 3.3. El control colectivo de las políticas de igualdad de sexos: el régimen de transparencia de medidas y planes de igualdad.

La implicación de los representantes de los trabajadores en la gestión de la igualdad en la empresa no se agota en la negociación. Tiene otras facetas.

Así, en el marco de los ya referidos principios de transparencia de las situaciones, y de participación en la gestión de la acción empresarial tendente a la efectividad de la igualdad de trato entre sexos, la LOIS reforzará tanto los *derechos de información* como los *deberes de implicación* en la gestión... A tal fin, se llevan a cabo varias reformas del artículo 64 LET (competencias de las representaciones unitarias de los trabajadores). A saber:

- a) Se añade un nuevo párrafo segundo al número 1 del apartado 1 del artículo 64 LET –información anual sobre la situación y medidas adoptadas para corregir eventuales desigualdades–.
- b) Se añade una nueva letra c) en el número 9 del apartado 1 del artículo 64 LET, para atribuir la competencia de vigilancia del respeto y aplicación del principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres.
- c) Se añade un nuevo número 13 en el artículo 64.1 LET, exigiendo el deber de colaborar con la dirección de la empresa en el establecimiento y puesta en marcha de medidas de conciliación, lo que pone de manifiesto, quizás ingenuamente, como sucede en la gestión de la PRL, que se está ante una materia de «interés común», para primar la lógica cooperativa sobre la conflictiva.

Esta exigencia de transparencia tiene una manifestación concreta, como no podía ser de otra manera, en relación a los «Planes de Igualdad». En este caso, se garantiza el acceso de la representación legal de los trabajadores y trabajadoras o, en su defecto, de los propios trabajadores y trabajadoras –el «lenguaje no sexista» llevaría pretendidamente a esta «mortificación» del lector/a de textos legales–, a la información los Planes de igualdad y la consecución de sus objetivos» –art. 47, párrafo primero–. La LOIS matiza que este derecho ha de entenderse «... *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 estos atribuyan estas competencias*». Lo que no dejará de plantear algunos problemas de coordinación, y en todo caso parece ya predeterminedar la opción de cada ámbito negociador, al presuponer que este tema sea competencia de las «Comisiones Paritarias», cuando puede ser objeto de seguimiento por parte de Comisiones *ad hoc* sobre «Igualdad de Sexos».

### 3.4. La revitalización del control por la autoridad laboral.

La mayor implicación del poder colectivo no sustituye, más bien precisa, de una revitalización de la presencia de la autoridad laboral, si bien en vertiente más moderna, de colaboración, sin

perjuicio de la potestad sancionadora como luego veremos, de la autoridad laboral. A este respecto, se modifica el artículo 90.6 LET que trata de plasmar esta labor de asesoramiento y apoyo por parte de la autoridad laboral –nuevo apartado introducido por la DA 11.<sup>a</sup>, Diecinueve–. En esta dirección, a la autoridad laboral, sin perjuicio de lo establecido para el procedimiento de oficio en orden al control judicial de la legalidad de los convenios colectivos, corresponde velar por el respeto al principio de igualdad en los convenios que pudieran contener discriminaciones, directas o indirectas.

A tal fin, se le habilita para que recabe el asesoramiento del Instituto de la Mujer –que es el organismo competente a los efectos de las Directivas Comunitarias; DA 25.<sup>a</sup> LOIS– o de los Organismos de Igualdad de las CCAA, según proceda por su ámbito territorial. Asimismo, y en adecuada reciprocidad, la autoridad laboral está obligada a poner en conocimiento de tales Organismos los procedimientos de oficio que eventualmente haya podido abrir para depurar la adecuación de los convenios al principio de igualdad de trato y sin perjuicio de lo establecido en el artículo 95.3 LPL –facultad judicial de recabar de los Organismos públicos competentes Dictamen sobre la existencia o no de discriminación por razón de sexo–.

### *3.5. Valoración de las normas de remisión de la garantía efectiva de la igualdad de trato en la empresa a la negociación colectiva.*

El pobre balance que hasta este momento y con carácter general, sin perjuicio de algunos interesantes, pero escasos, ejemplos de buenas prácticas, arroja la negociación colectiva en materia de políticas de igualdad de trato entre sexos, auspiciaba una más incisiva regulación legal orientada a incentivar la negociación del modo de garantizar este derecho en las empresas. Por tanto, en principio es de saludar positivamente el interés mostrado por la LOIS para potenciar esta dimensión convencional de la acción a favor de la igualdad.

Ahora bien, lo que ya es mucho más discutible es el modo elegido por el legislador para afrontar esta política de fomento de la negociación colectiva en esta materia, superando los recelos en otro tiempo existentes por ser los convenios más fuente de discriminaciones que la solución a las mismas. La crítica ha de hacerse tanto por exceso, al remitir rígidamente el ejercicio de derechos de autodeterminación individual a lo dispuesto en la negociación, o a no imponer la adopción de acciones positivas por los empresarios al margen de lo que disponga el convenio, como, sobre todo, por defecto, por cuanto no contempla medidas eficaces que permitan confiar en una rápida y generalizada presencia de estas materias en los convenios colectivos.

Asimismo, ciertos planteamientos resultan engañosos, como el apostar por un instrumento, los «Planes de Igualdad», que se presenta normativa y políticamente como la vía eficaz para alcanzar el objetivo perseguido, cuando socio-económicamente solo los encontraremos en un puñado de empresas, dados los elevados umbrales numéricos exigidos. La situación no solo recuerda lo sucedido con los «Planes de PRL», obligatorio en todas las empresas, sino más bien a los «servicios de preven-

ción», clave de bóveda de un edificio preventivo que solo es aplicable a un número muy limitado de empresas. ¿Tiene sentido hacer una Ley cuya mayor novedad instrumental en esta materia solo es operativa para una minoría empresarial, fiando su eficacia en la inmensa mayoría a eventuales programas de incentivo económico?

Mis dudas siguen pese al carácter experimental de esta medida. La exigencia de evaluación transcurridos 4 años desde la entrada en vigor de la Ley –DF 5.<sup>a</sup>–, no resolverá mucho. Pues sabido es que, pese a entenderse como contenido obligatorio, para que una materia llegue a la negociación como práctica relevante es preciso más tiempo... La actual deficiencia de medidas de conciliación desde la Ley 39/1999 es un ejemplo emblemático. Como lo es la inclusión de políticas preventivas del acoso sexual pese a tener ya una larga tradición su reconocimiento en la legislación laboral.

#### 4. Igualdad de sexo y salud laboral: enfoque de género de las políticas de PRL.

##### 4.1. Los fundamentos normativos en la LOIS del enfoque de género en las políticas de salud laboral y PRL.

Precisamente, esa ausencia de la prevención del acoso sexual y por razón de sexo de las políticas preventivas, unilaterales o negociadas, debería tener los días contados con la nueva legislación. Como ya se indiqué, las múltiples referencias a la prevención de estas singulares formas de discriminación no aparecen solas, sino que ilustran una línea reguladora más general de la LOIS: la incorporación del enfoque de género en las políticas de salud laboral, tanto en el ámbito sanitario como propiamente laboral, pero también en las de PRL.

Por lo que refiere a las políticas públicas de salud laboral es evidente esta inclusión del enfoque de género. A tal fin, para ello, se llevan a cabo diferentes modificaciones legislativas, tanto de la LGS cuanto de la LCCSNS. La DA 8.<sup>a</sup> realiza diversas modificaciones de la LGS, entre las que aquí destacamos la nueva redacción al inciso inicial del apartado 1 del artículo 21 Ley 14/1986, 25 abril, General de Sanidad: «1. La actuación sanitaria en el ámbito de la salud laboral... **integrará en todo caso la perspectiva de género...**». En la misma dirección se modifica *la letra g) del apartado 2 del artículo 11* de la Ley 16/2003, CCSNS, que exige a la política de salud laboral *una «especial consideración a los riesgos y necesidades específicos de las trabajadoras»*. El artículo 27.3 c) LOIS incluye *dentro de la protección, promoción y mejora de la salud laboral el «acoso sexual y el acoso por razón de sexo»*.

El marco regulador de las políticas públicas de mejora y promoción de la PRL, en coherencia con el principio de transversalidad, también incluirán este enfoque. La reforma del artículo 5 LPLR, que cuenta ahora con un nuevo apartado 4 refleja este deber de fomentar de la dimensión de género en PRL:

«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 PRL, 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.»

La referencia directa y expresa solo a la actividad de análisis estadístico y de investigación de daños profesionales pudiera hacer pensar que solo los poderes públicos, y en estos instrumentales pero limitados ámbitos de acción, están obligados a proyectar este enfoque de género. Sin embargo, tal lectura sería errónea, a mi juicio. Ciertamente el legislador ha sido, otra vez, ambiguo en exceso, al no incluir el enfoque de género de modo expreso en las normas relativas a la elaboración de los Planes de Prevención de Riesgos Laborales, que debería haber sido también modificadas. Ahora bien, de esta carencia no puede deducirse, a mi juicio, la falta de normatividad de este enfoque.

Primero porque la igualdad y su enfoque transversal es un principio a tener en cuenta en la interpretación de todas las normas, incluido el deber de protección eficaz en materia de PRL ex artículo 14 LPRL –art. 3 LOIS–. Segundo, porque la propia LOIS aspira a conformar un marco de actuación también para los sujetos privados, como se indicó. Tercero, porque diversas materias concretas, incluidas dentro de una política de PRL con perspectiva de género, sí son objeto de regulación específica, como la ampliación de la tutela por riesgo biológico de la madre a los períodos de lactancia natural, que es un elemento fundamental de la «salud reproductora» ex artículo 26 LPRL, que se reforma, así como la referida obligatoriedad de prevenir la violencia laboral de género, tal cual se deduce de una lectura sistemática y teleológica de los artículos 46 y 48 LOIS –y art. 62 para la AGE–.

#### *4.2. La ampliación directa y programada de la tutela frente a los riesgos de la salud reproductora de la mujer.*

Una exigencia del principio de igualdad de trato, y no una excepción, es la protección de la condición biológica de la mujer, no solo durante, sino también tras el embarazo. Por eso la Directiva 92/85/CEE, 10.<sup>a</sup> Directiva específica con arreglo al artículo 16.1 de la Directiva Marco 89/391, en materia de seguridad y salud, proporciona un conjunto de medidas protectoras de la salud de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia. El reflejo en la legislación nacional de la misma, en un plano preventivo, está básicamente en el artículo 26 LPRL.

Para avanzar en el proceso de transposición adecuada de esta Directiva, se ha modificado este artículo 26 LPRL, tanto en sus apartados 2 como 4. El cambio más relevante es la ampliación de la tutela al período de lactancia natural, incluido el período de suspensión ya indicado –art. 26.4 inciso

final LPRL en relación al artículo 45.1 d) LET-. Asimismo, se ha aprovechado para ampliar la intervención de las polémicas MATEPS en la gestión de estas situaciones, de modo que se reconoce también el que puedan certificarlas los Servicios Médicos de las Mutuas y no solo los del INSS, si es que tienen concertada, lo que será habitual, los riesgos profesionales con ellas. Sin perjuicio del Informe del Médico del SNS que asista a la trabajadora. La reforma es aplicable también a los funcionarios civiles, e incluso militares <sup>13</sup>.

Pero también ha de tenerse en cuenta la previsión de la DF 3<sup>a</sup>, apartado 2, conforme al cual se remite al desarrollo reglamentario, en el plazo de 6 meses, de la integración del contenido de los Anexos de la Directiva 92/85. Una vez aprobado ese RD al MTAS incumbe, como se indicó, elaborar una Guía sobre Evaluación del Riesgo específico de exposición de la trabajadora en esas situaciones a algunos de los agentes, procedimientos o condiciones de trabajo cuyo listado, no exhaustivo, se contiene en el Anexo –art. 4.1 Directiva–.

#### 4.3. Obligatoriedad de una política empresarial acordada de prevención de la violencia laboral de género

Otro reflejo de la dimensión de género de las políticas de PRL es la relativa a la promoción, a cargo de las empresas, de condiciones laborales que eviten el acoso sexual y el acoso por razón de sexo. Que se incluya en la política de lucha antidiscriminatoria no dificulta su vertiente de riesgo profesional.

A estos efectos, el artículo 48 LOIS implica la recepción, en el plano estrictamente normativo coercitivo, de las políticas preventivas diseñadas en la manifestación del *Soft Law* comunitario. En particular obliga a promover en las empresas el contenido de la influyente Resolución del Consejo Europeo de 29 de mayo 1990, relativa a la protección de la dignidad de la mujer y el hombre en el trabajo, que incorpora un Código de *Conducta y Buenas Prácticas* para combatir el acoso sexual en el trabajo, y en general la violencia laboral de sexo. Por eso, no se limita solo a establecer el **deber empresarial de promover** las condiciones de trabajo que «eviten el acoso sexual y el acoso por razón de sexo» –art. 48.1 LOIS en relación al nuevo artículo 4.2 LET, modificado por la DA 11.<sup>a</sup> Uno LOIS–, a través del diseño y puesta en práctica de «procedimientos específicos para su prevención y para dar cauce a las denuncias» presentadas al respecto, sino que ofrece un catálogo, no exhaustivo, de **instrumentos de gestión** a través de los cuáles formalizar una genuina política empresarial antiviolencia laboral de género.

<sup>13</sup> Para los primeros la DA 20.<sup>a</sup> bis modifica el artículo 69.3 del TALFCE –TALFCE, aprobado por Decreto 315/1964, en vigor hasta que no sea desplazado por el Estatuto del Empleado Público y nuevas Leyes de Función Pública–. Como se modifica –DA 20.<sup>a</sup> quáter LOIS– la Ley sobre Seguridad Social de los FCE –RDLeg. 4/2000–, artículo 22, para considerar como IT la situación de la funcionaria que haya obtenido licencia por riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural de hijos menores de nueve meses. También se modifica –DA 20.<sup>a</sup> ter LOIS–, la Ley 55/2003, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud. Así, ahora le toca el turno ahora al artículo 59.3. Es de aplicación tanto a las Fuerzas Armadas como a la Guardia Civil –DA 21.<sup>a</sup>, Tres– las medidas previstas en el artículo 26 LPRL –nuevo art. 75–, pudiendo obtener un nuevo puesto orgánico o cometido distinto.

Estos instrumentos son los siguientes:

- a) La *negociación con los representantes* de los trabajadores de medidas dirigidas a tal prevención eficaz.

Aunque el enunciado del texto de la norma es confuso, pues parece dar a entender que es potestativo —«se podrán establecer medidas»— y al mismo tiempo obligatorio —«que deberán negociar...»—, la regla es clara. Las medidas de prevención del acoso, que pueden tener la forma de un «Código de buenas prácticas» en sentido estricto, y/o de «campañas informativas», o «acciones de formación», o cualquier otra modalidad, *son contenido obligatorio del convenio, en aplicación del artículo 85.1 LET para todos los ámbitos de negociación colectiva*, si bien se incluirán en los «Planes de Igualdad» cuando se trate de empresas obligadas a elaborarlo y negociarlo —art. 46.2 LOIS en relación al artículo 85.1 y 2 LET—. En aquellos casos en los que no existiera convenio de aplicación deberá arbitrarse cauces más informales de negociación.

- b) La *implicación de los representantes en la gestión preventiva* de la violencia laboral de género —art. 48.2 LOIS—, a los que se impone un deber de cooperación específico en esta materia.

- c) El *recurso al poder disciplinario* como técnica de prevención de este riesgo, como evidencia la nueva modificación de la letra g) del artículo 54 LET, que admite el despido del acosador. De este modo, se avala legalmente la doctrina judicial que acepta el uso preventivo del poder disciplinario, debilitando aquella otra doctrina judicial que aún mantiene sus reuelos al respecto.

Este régimen es de aplicación también en el ámbito del trabajo público, como reconoce el artículo 62 LOIS para la AGE, pese a su vigencia aplazada a la aprobación del Protocolo Preventivo en una norma reglamentaria, tras el correspondiente proceso negociador —DF 6.<sup>a</sup> LOIS—. De este modo, se completa la previsión del Nuevo Estatuto del Empleado Público, que recoge el derecho de los empleados públicos, de todos, estatales y autonómicos, a la protección frente al acoso laboral, en todas sus modalidades —discriminatorio, moral...—, pero solo lo contempla como falta disciplinaria muy grave —art. 95—.

#### 4.4. Valoración de la reforma.

Aunque ha de valorarse positivamente el que el enfoque de género tenga cabida expresa en el marco de las políticas de salud laboral y de PRL, entiendo 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. A tal fin, lo correcto hubiese sido introducir otras reformas en la LPLR, de modo que quedara claro la inclusión del enfoque de género en los Planes de PRL —art. 16 LPRL— en general, y el carácter de riesgo profesional que asume la violencia laboral de género en nuestros días —STSJ Galicia, 20 de enero de 2000—, por lo que no puede urtarse su imbricación en el edificio preventivo de la LPRL.

Una vez más, el legislador abre una senda correcta pero se muestra demasiado timorato e impreciso en su formulación. Deberá ser la práctica –convencional y judicial– la que lleve a cabo el desarrollo más correcto. El Acuerdo Comunitario para la gestión de la violencia en el trabajo, firmado el 26 de abril de 2007, será una nueva oportunidad para avanzar por este camino de la prevención de la violencia laboral como riesgo profesional.

## **5. Las cláusulas de efectividad de carácter público: el papel de la autoridad laboral y de los tribunales.**

### *5.1. Novedades de la tutela administrativa sancionadora.*

La LOIS hace referencia a la necesidad de disponer de un sistema de sanciones eficaces y disuasorias frente a los incumplimientos en esta materia. En el ámbito laboral esto significa, como también se anticipó, el reforzar todo el entramado administrativo social sancionador. A tal fin, la DA 14.<sup>a</sup> LOIS introduce modificaciones en el TRLISOS, que sufre cambios por enésima vez. Así:

#### a) Infracciones graves.

Se añade un nuevo apartado, con el ordinal 12, al artículo 7 TRLISOS, de modo que se considera infracción grave el no cumplir con las obligaciones establecidas en materia de Planes de Igualdad, tanto en lo previsto en la norma estatutaria como en los convenios que lo regulen.

#### b) Infracciones muy graves.

La modificación del apartado 12 es apenas perceptible, por cuanto ahora alude a la «empresa» como sujeto de las decisiones cuando antes era el «empresario». No entiendo la razón del cambio. Tampoco relevante es la reforma del artículo 13 bis, que se limita a incorporar el acoso por razón de sexo al resto, ya introducidos por la reforma con la Ley 62/2003. Recuérdese que el acoso sexual ya es considerado infracción muy grave (apartado 13). En cambio, sí es relevante el nuevo apartado 17, que considera infracción muy grave no elaborar o no aplicar el Plan de Igualdad, cuando su origen sea la conmutación de una sanción accesoria (nuevo art. 46 bis.2 TRLISOS).

#### c) Sanciones accesorias para infracciones muy graves.

Aquí reside la mayor novedad. Además, de modificar el artículo 46, en su primer párrafo, para crear una excepción a las sanciones accesorias por infracciones muy graves en materia de empleo. Se añade una nueva Subsección 3.<sup>a</sup> bis en la Sección 2.<sup>a</sup> del Capítulo VI, que comprende un nuevo artículo 46 bis –DA 14.<sup>a</sup>, Cuatro LOIS–. Los aspectos más destacados son:

- Se prevén sanciones accesorias de pérdida automática de ayudas y bonificaciones, y de cualquier beneficio derivada de programas de empleo, y exclusión automática de los mismos durante 6 meses, en caso de infracciones muy graves tipificadas en los apartados 12, 13 y 13 bis del artículo 8 en el apartado 2 del artículo 16, sin perjuicio de las económicas.
- Pero también la posibilidad de ser sustituidas por un plan de igualdad en la empresa, salvo que se trate de acoso, en cualquiera de sus modalidades... Necesita solicitud de la empresa e informe preceptivo de la ITSS. Se remite a un desarrollo reglamentario, suspende el plazo de prescripción de dichas sanciones.

### 5.2. El reforzamiento de la tutela judicial reparadora.

La centralidad que este ámbito regulador da a las garantías procesales ya evidencia que el papel de la protección judicial sigue siendo central, sin perjuicio del reforzamiento tanto de la intervención colectiva como de la autoridad laboral. En este último caso incluso como cooperador del juez en el control de legalidad, a través de *la revitalización del «procedimiento de oficio»*, que supone la intervención de un sujeto ajeno a la relación laboral e incluso al margen de la acción del afectado, indirectamente con la reforma del artículo 90.6 LET, ya referida, y más directamente, con la nueva letra d) del artículo 146 LPL, relativo al inicio del procedimiento de oficio, añadiéndose –DA 13.<sup>a</sup>, Cuatro LOIS– como una vía de apertura las «*comunicaciones de la ITSS 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 determinación de la indemnización correspondiente*»<sup>14</sup>.

Ahora bien, como la referencia a esta modificación ya evidencia, el tema más relevante en este ámbito, auténtica asignatura pendiente de los Jueces del Orden Social, es dar una tutela reparadora realmente eficaz frente a conductas discriminatorias, y en particular, en relación a la tutela indemnizatoria. El arraigo en nuestro Derecho de las indemnizaciones tasadas y la escasa o nula «generosidad» de los Jueces de lo Social a la hora de «valorar» los daños a los derechos de la persona habían llevado a un retraso intolerable al Derecho del Trabajo en relación al moderno Derecho de Daños –STCO 181/2000–. Por eso, es de saludar muy positivamente que, además del artículo 27 LPL, se modifique los el artículo 180 LPL y 181 –DA 13.<sup>a</sup>, Seis LOIS–, para permitir una indemnización complementaria, a fijar judicialmente atendiendo a los daños que se produzcan derivados de la situación discriminatoria.

<sup>14</sup> En este caso «... la Jefatura de la 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 artículo 149.2 de esta Ley» –esto es, con base en Actas relativas a diferentes infracciones administrativas, incluidas las que atengan contra la dignidad del trabajador, que también se modifica para actualizarlo, por cuanto refería a los preceptos del ET sobre infracciones, cuando, como se sabe, ahora está en el TRLISOS–.

Ahora bien, siendo saludable esta reforma también sabemos que no aporta ninguna novedad jurídica, por cuanto esta tesis de la compatibilidad ya había terminado imponiéndose en la jurisprudencia –SSTS 17 de mayo de 2006, 7 de febrero de 2007–, sin que la regla legal vaya ni un centímetro más allá de ella. Por eso, entiendo que más interesante es que con la reforma legal sí parece *acogerse la tesis de la automaticidad del deber de reparar* los daños a la persona en todo caso, otra cosa será el quantum concreto en cada situación, que dependerá de las circunstancias concurrentes. Así, establece en el segundo párrafo del artículo 181 LPL –DA 13.<sup>a</sup>, Siete LOIS–:

«Cuando la sentencia declara 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».

El mayor interés de esta previsión está en que, como es sabido, sí sigue siendo discutido este tema. La regla legal asume, e incluso profundiza, la doctrina de la STCO 247/2006, 24 julio, que corrige la actual jurisprudencia del TS, por lo que esta materia está llamada igualmente a provocar otro giro en el Alto Tribunal, más próximo a la línea que fijara en la STS 9 de junio de 1993.

## 6. El principio de igualdad en el empleo público: algunas acotaciones.

No solo los derechos de conciliación sino toda la materia relativa a la igualdad de trato entre sexos deben formar parte de un Estatuto Profesional y Personal Común de todo trabajador, sea asalariado o no, sea privado o público. De ahí, que la LOIS esté plagada de referencias al empleo público. Las AAPP no solo son sujetos promotores de la igualdad en el ámbito privado, sino que han de ser sujetos obligados en relación a sus empleados.

El artículo 51 –Capítulo I– refiere a los criterios de actuación de las AAPP, pero ahora como «empleadoras»... Existe una coincidencia sustancial entre lo que debe promover para los demás y para sí misma, como es evidente. De ahí, referencias a la remoción de obstáculos, facilitación de la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, sin menoscabo de la promoción profesional, la promoción de la «presencia equilibrada» en los órganos de selección y valoración; medidas efectivas de protección frente al acoso por razón de sexo... Pero dedica especial atención a algunos de ellos... Así sucede en relación:

- Al principio de presencia equilibrada –Capítulo II– en la Administración General del Estado y en los organismos públicos vinculados o dependientes de ella –en el nombramiento de titulares de órganos directivos (art. 52); órganos de selección y Comisiones de Valoración (art. 53), aunque en los primeros permite excepciones debidamente motivadas; designación de representantes de la AGE en órganos colegiados, «salvo por razones fundadas y objetivas, debidamente motivadas» (art. 54).

- A las medidas de Igualdad en el empleo para la AGE y organismos vinculados <sup>15</sup>.
- Una especial referencia se hace al Plan de Igualdad en la AGE (art. 64 LOIS).

Pero quizás, como también se anticipó, lo más significativo sea el proceso de expansión del régimen de igualdad hacia ámbitos profesionales relegados tradicionalmente, como son las Fuerzas Armadas –Capítulo IV–, incluyendo la Guardia Civil, y a las Fuera y Cuerpos de Seguridad del Estado–Capítulo V–... En ambos casos tiene la misma estructura dual y literal, con algún pequeño matiz diferencial que no afecta a la identidad sustancial. Así:

- Se proclama el deber de respetar las leyes la vigencia del principio, en especial en el régimen de acceso, formación, ascensos, destinos y situaciones administrativas.
- Las normas referidas al personal del empleo público, incluida la prevención de la violencia de género y el fomento de la conciliación, serán de aplicación, «con las adaptaciones que resulten necesarias, en relación a las peculiaridades de las funciones que tienen encomendadas, y en los términos establecidos en su normativa específica».

También reseñable es la extensión al ámbito judicial –DA 3.<sup>a</sup>–. De ahí, que sean de aplicación cuestiones como el Informe sobre Impacto de género –nuevo art. 109.1 LOPJ–, o la aplicación transversal de las medidas de igualdad, incluyendo la violencia de género –art. 310–.

A este respecto, la norma legal parece más realista que la jurisprudencia cuando excluye que en la Administración de Justicia puedan darse comportamientos de este tipo –STS 10 de febrero de 2005, en relación al acoso moral a un Magistrado–. En esta dirección, el nuevo artículo 360 bis, prevé que:

<sup>15</sup> Informe de impacto de género en las pruebas de acceso al empleo público, salvo en casos de urgencia (art. 55); obligatoriedad de la regulación de un régimen de tiempo de trabajo adecuado para los objetivos de la conciliación, sin perjuicio de las mejoras derivadas de los acuerdos con los representantes del personal al servicio de la Administración Pública (art. 56); obligación de computar, en las bases de los concursos para la provisión de puestos de trabajo, el tiempo que las personas candidatas hayan permanecido en situación de baja por razones de conciliación, a los efectos de valoración del trabajo desarrollado y de los correspondientes méritos (art. 57); derecho a la licencia por riesgo durante el embarazo y lactancia natural, para las funcionarias incluidas en el ámbito del mutualismo administrativo, garantizando la plenitud de los derechos económicos durante toda la licencia (art. 58); derecho a disfrutar del periodo de vacaciones en momento diferente del año, si coincide con la IT derivada de embarazo, parto o lactancia natural, o con el permiso de maternidad, y paternidad (art. 59), también sin perjuicio de la mejora por acuerdo; acciones positivas en las actividades de formación, de un año de preferencia en la adjudicación de plazas para cursos de formación a quienes se incorporen procedentes de los permisos de conciliación (art. 60.1); reserva de una cuota de al menos el 50% de las plazas en cursos para la promoción profesional a empleadas públicas, siempre que reúnan los requisitos fijados (art. 60.2); Protocolo de Actuación frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo, negociado con los representantes legales de los trabajadores/as, con un contenido mínimo, análogo...; Evaluación sobre la igualdad en el empleo público y en todos los Departamentos y Organismos, mediante información, al menos anual, al MTAS, y AAPP (art. 63).

«Las juezas y magistrados víctimas de violencia de género tendrán derecho a solicitar la situación de excedencia por razón de violencia sobre la mujer sin necesidad de haber prestado un tiempo mínimo de servicios previos. En esta situación administrativa se podrá permanecer un plazo máximo de tres años.»

La regulación es especialmente beneficiosa o favorable en algunos puntos, por cuanto supone mantener, durante los dos primeros meses, las retribuciones íntegras y, en su caso, las prestaciones familiares por hijo a cargo. Como lo es el prever un permiso de paternidad de 15 días –nuevo apartado 6 del art. 373–. En cualquier caso, el nuevo apartado 7 del artículo 373, establece que tendrán derechos a permisos y licencias para la conciliación de la vida personal, familiar y laboral y por razón de violencia de género... Se manda al CGPJ, mediante reglamento, adaptar a las particularidades de la carrera judicial la normativa de la AGE vigente en materia... Una regulación que es, pues, unilateral y no convencional, como expresión de su no disfrute de la libertad sindical.

#### IV. REFLEXIÓN FINAL: AVANZAMOS LENTAMENTE PERO ¿LO HACEMOS SEGURO?

Conviene finalizar lo que se comienza, pues como en las obras clásicas, hemos de aspirar no solo a plantear cuestiones y a desenvolver los «nudos» que suscita –en este caso desmarañar el entramado de las «nuevas» reglas y los problemas aplicativos que genera–, sino a formular «desenlaces», esto es, valorar el impacto real que una norma tiene para provocar urgentes cambios sociales, como la igualdad efectiva. Esos tres niveles –planteamiento, nudo y desenlace– han pretendido ser abordados en esta primera aproximación a una Ley tan extensa y heterogénea, sobre la que se han creado o fundado muchas, quizás demasiadas, expectativas de renovación y cambio, casi «histórico».

Por eso, para formular mi reflexión final no cometeré el error de volver a expresar lo que ya se ha ido afirmando en los diferentes apartados del estudio. El paciente y atento lector/a habrá sacado las debidas consecuencias, así lo espero al menos. Ahora utilizaré otra vía para expresar de forma sintética tanto mi valoración como mi inquietud. Y para eso qué mejor que recordar una fábula que le oí a un colega y sin embargo amigo <sup>16</sup>, la «de las dos tortugas»:

- Un soleado día de primavera dos tortugas deciden salir a caminar.
- Tras un largo y lento caminar, de varios y azarosos días, una de las tortugas se frena, mira con profundidad a la otra y le dice,
- ¿No crees «hermana» que vamos muy lentas?
- La otra tortuga se para, la mira profundamente, y sigue con el mismo caminar parsimonioso.

<sup>16</sup> Me refiero al profesor Juan GARCÍA BLASCO, Catedrático de Derecho del Trabajo, Universidad de Zaragoza.

- Pasado otro tiempo, la tortuga requerida se frena, mira con seriedad a su compañera de viaje y le dice.
- ¡Total, qué mas da, si vamos por el camino equivocado!

Pues bien, que recorremos con demasiada lentitud el camino hacia la obligada o debida igualdad efectiva entre sexos, en general, pero, por lo que aquí interesa, en el mundo del «trabajo» —el productivo y el reproductivo— es más que evidente. Lo era con la anterior regulación, cuyo origen se remonta en lo básico a la Ley 39/1999. Pero lo es también con la LOIS, como hemos tenido oportunidad de mostrar en nuestro análisis. Siguen siendo escasos y débiles los instrumentos jurídicos realmente efectivos para provocar cambios de relieve en tiempos razonables y no insoportablemente lentos. Pero ¿vamos bien?

Con la anterior regulación no tenía ninguna duda que a la insuficiencia reguladora había que añadir el desenfoque, de modo que las normas más han servido para perpetuar la desigualdad laboral que para corregirla. Los datos son suficientemente expresivos. Es el «modelo añada mujeres y revuelva» —se tiene en cuenta la presencia creciente de las mujeres como «factor productivo», pero no se cambia el modelo dominante que las considera también como principal «factor reproductivo»—.

En mi opinión, no se le puede regatear a la LOIS el haber evidenciado la necesidad de provocar un cambio en el enfoque regulador y en el modelo de referencia, como ilustra tanto el fomento de la corresponsabilidad en las cargas familiares como la mayor flexibilización del ejercicio o uso de los derechos de conciliación. De ahí, pues, que promueva un importante proceso de cambio.

Pero el problema está, a mi juicio, que confía demasiado ese cambio al actuar de otros, de los sujetos públicos y de los sujetos privados, pero sin generar por sí misma un sistema de garantías efectivas de conversión de las normas en prácticas, además de en valores sociales. La continua remisión de las acciones positivas a la potestad de los sujetos privados, la no concreción de aquellas en el sector público, la limitación de buena parte de los cambios a recibir reglas ya aceptadas judicialmente, la casi hilarante duración del permiso de paternidad, la configuración de un instrumento novedoso como los Planes de Igualdad solo como voluntarios en la inmensa mayoría de las empresas... son todos ellos ejemplos, y otros que han ido saliendo a lo largo de este estudio, que hace dudar de la «ambición», y de la efectividad, de los propósitos del legislador, que no dudo loables. Por eso, pese a la imponente labor de «marketing» político que se ha hecho con la LOIS, 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.

Pero sin tener que ser un «optimista histórico», sí quiero recordar que, como toda Ley, estamos ante textos o enunciados, que las verdaderas «reglas jurídicas» solo serán el resultado de un proceso interpretativo. De él, guste más o menos a algunos, abonados a las exclusividades y monopolios,

somos todos partícipes, no solo los jueces y los interlocutores sociales, principales llamados a escena jurídico-práctica cierto. Y ese proceso no ha hecho más que comenzar. Yo no he hecho sino aportar mi primera, y no de urgencia sino reflexiva pero inicial, aportación. Ahora corresponde al lector especializado dar la suya. Y seguro que nos volveremos a encontrar en múltiples ocasiones para optimizar la LOIS. En fin, esperemos que ahora sí, aun siendo insuficiente y de lento transitar hacia la igualdad, no esté desorientada, como las dos tortugas.