
CONOCIMIENTO Y EJERCICIO DE LOS DERECHOS: GUÍA DE DERECHOS LABORALES EN MATERIA DE IGUALDAD DE GÉNERO

OLGA FOTINOPOULOU BASURKO

Prof. T.U. de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

E.U. Estudios Empresariales de Vitoria-Gasteiz. UPV-EHU.

Olga.fotinopoulos@ehu.es

Sumario

1.- Introducción. 2.- Reglas de legitimación. 2.1.- Titularidad del derecho a la tutela judicial efectiva. 2.2.- Los organismos públicos de defensa de la igualdad entre mujeres y hombres: la DIHM. 3.- La prueba en los procesos por discriminación por razón de sexo y la garantía de indemnidad. 3.1.- Reglas probatorias en procesos por discriminación por razón de sexo. En especial la regla sobre inversión de la carga de la prueba. 3.2.- La garantía de indemnidad. 4. Las responsabilidades indemnizatorias derivadas de comportamientos discriminatorios. 5.- La LOI y las reformas operadas sobre distintas modalidades procesales. 5.1.- Modificaciones operadas por la LOI sobre el procedimiento de oficio. 5.2.- La modalidad procesal en materia de permisos por lactancia y reducción de jornada por motivos familiares, así como la resolución sobre discrepancias en relación con la conciliación de la vida laboral y familiar: el art. 138 bis LPL.

1.- Introducción

“*Conocimiento y ejercicio de derechos: Guía de Derechos laborales en materia de igualdad de género*” es el título o la denominación dada a la ponencia que debo desarrollar en el marco del curso de verano “*Crisis económica, género y retribución*” organizado por la Defensoría para la Igualdad de mujeres y hombres del Gobierno Vasco. Como es visible, por el título seleccionado, el objeto de mi intervención no es otro que analizar el contenido de la reciente Guía de Derechos laborales en materia de igualdad de Género publicada por la DIHM desde una doble vertiente. Por

un lado, parece necesario referirse a los aspectos que pudieran denominarse sustantivos o materiales –que constituyen la mayor parte del grueso de la Guía laboral y que se estudian en el primer bloque de ese trabajo-, esto es, todos aquellos relativos a una descripción de los derechos laborales en materia de igualdad de género y no discriminación por razón de sexo; y por otra parte, sería oportuno analizar los aspectos procesales o de tutela del ejercicio de esos derechos que de manera concisa se abordan en la segunda parte del texto al que nos estamos refiriendo. Desde esta doble perspectiva y de acuerdo al título seleccionado, los primeros –aspectos sustantivos o materiales- harían referencia o se conectarían con la noción de “*conocimiento*” empleada en el encabezamiento de esta ponencia; mientras que el segundo nivel –aspectos procesales- se correspondería con el concepto de “*ejercicio*” de esos derechos desde la perspectiva de su tutela. Pues bien, como quiera que un análisis pormenorizado de esa doble vertiente que aborda la Guía es un objetivo desmesurado, se hace necesario acotar esta intervención a aquellos aspectos que entiendo pueden suscitar un mayor interés.

Así, considero que es preferible [-dado que los aspectos sustantivos han sido largamente estudiados y analizados por la doctrina laboralista española a lo largo del tiempo, pero sobre todo a propósito de la reforma efectuada sobre distintas normas laborales (particularmente el Estatuto de los Trabajadores) por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOI¹)-], centrarse en los aspectos relativos al ejercicio de los derechos allí

¹ Inter alia, CASTRO ARGÜELLES, Mº A: *La igualdad efectiva de mujeres y hombres a partir de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo*, Civitas, Madrid, 2008. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I y MERCADER UGUINA, J.R (Coord.): *La ley de igualdad: consecuencias prácticas en las relaciones laborales y en la empresa*, 2007. FABREGAT MONFORT, G: *Los planes de igualdad como obligación empresarial*, Bomarzo editorial, Albacete, 2007. REGUERO CELADA, J y GARCÍA TRASCASAS, A: *Hacia la igualdad efectiva entre hombres y mujeres. Estudios*, Comares editorial, Granada, 2007. RIVAS VALLEJO, P.: *La prevención de los riesgos laborales de carácter psicosocial*, Comares editorial, Granada, 2008. MESTRE I MESTRE, R: *Mujeres, derechos y ciudadanías*, Tirant lo blanch, Valencia, 2008. GARCÍA TESTAL, E: *La protección de la lactancia en el ordenamiento español*, Tirant lo blanch, Valencia, 2008. FABREGAT MONFORT, G: *Las medidas de acción positiva. La posibilidad de una nueva tutela antidiscriminatoria*, Tirant lo blanch, Valencia, 2009. De la misma autora: *La discriminación de género en el acceso al mercado de trabajo*, Tirant lo blanch, Valencia, 2008. PEDRAJAS MORENO, A: *La protección de la maternidad, la paternidad y la adopción y acogimiento*, Tirant lo blanch, Valencia, 2008. SÁNCHEZ RODAS NAVARRO, C: *La excedencia por cuidado de familiares*, Tirant lo blanch, Valencia, 2008. Por lo que se refiere a artículos doctrinales, para muestra un botón de la diversidad, variedad y multitud de trabajos publicados, CERDÁ MARTÍNEZ-PUJALTE: “Notas sobre la Ley orgánica 3/2007, para la igualdad de mujeres y hombres”, *Persona y derecho: revista de fundamentación de las instituciones jurídicas y de Derechos humanos* nº 56, 2007, pp. 357-392. GARCÍA RUBIO, MºP: “La igualdad de trato entre hombres y mujeres y su repercusión en el derecho de contratos: análisis del proyecto de Ley Orgánica para la igualdad de mujeres y hombres a la luz de la Directiva 2004/113/CE; *Diario La Ley* nº 6602, 2006, pp. 1-5. MONERO ATIENZA, C: “Reflexiones críticas sobre la igualdad de género a raíz del proyecto de Ley orgánica para la igualdad entre mujeres y hombres aprobada el 21 de diciembre de 2006”, *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho* nº 15, 2007. PIÑEYROA DE LA FUENTE, A.J: “Maternidad, paternidad y riesgos durante el embarazo y la lactancia natural como contingencias de seguridad social reguladas por la Ley orgánica de igualdad”, *Información laboral* nº 12, 2007, pp. 2-33. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I: “La Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres: una guía de síntesis para su aplicación en la empresa en materias laborales y de seguridad social”, *Información laboral* nº 15, 2007, pp. 2-24. PÉREZ DEL RÍO, T: “Aproximación general a la Ley orgánica de Igualdad efectiva entre mujeres y hombres”, Artículo 14, una perspectiva de género: *boletín de información y análisis jurídico* nº 24, 2007, pp. 4-20. TUSET DEL PINO, P: “El nuevo régimen de las prestaciones económicas por maternidad y paternidad tras la aprobación de la Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres”, *Información laboral* nº 21, 2007, pp. 2-

-
13. LOUSADA AROCHENA, J.F: "La prevención del acoso sexista en la ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres", *Revista técnico laboral* nº 112, vol. 29, 2007, pp. 225-232. MANTECA VALDELANDE, V: "La ley orgánica de igualdad entre mujeres y hombres", *Diario La ley* nº 6778, 2007. GALA DURÁN, C: "El anteproyecto de Ley orgánica de Igualdad entre hombres y mujeres: las novedades incorporadas en el cambio de la maternidad, la paternidad y los riesgos durante el embarazo y la lactancia natural", *Iuslabor* nº 2, 2006. ROJAS RIVERO, G. P: "La igualdad entre hombres y mujeres: comentarios al anteproyecto de ley orgánica de igualdad", *Revista General de Derecho del trabajo y de la seguridad social –lustel* nº 11, 2006. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I y MERCADER IGUINA, J.R: "Afinidades entre la ley y la jurisprudencia: el ejemplo de la Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres", *Justicia laboral* nº 30, 2007, pp. 5-10. NUÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P y GARRIGUES GIMÉNEZ, A: "(Des)igualdad en las condiciones de trabajo, incluida la retribución, de los trabajadores con responsabilidades familiares: realidad actual y soluciones –parciales- planteadas en el proyecto de Ley orgánica para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres (y I)", *Tribuna Social* nº 192, 2006, pp. 23-36. NUÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P y GARRIGUES GIMÉNEZ, A: "(Des)igualdad en las condiciones de trabajo, incluida la retribución, de los trabajadores con responsabilidades familiares: realidad actual y soluciones –parciales- planteadas en el proyecto de Ley orgánica para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres (y II)", *Tribuna social* nº 193, 2007, pp. 13-27. VALPUESTA FERNÁNDEZ, M.R: "La ley orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres", *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico* nº 1, 2007, pp. 264-289. VICENTE PALACIO, M.A: "Modificaciones operadas por la Ley orgánica de igualdad en materia de seguridad social: la protección de la maternidad, la gestación y la lactancia y situaciones conexas", *Tribuna social* nº 200-201, 2007, pp. 9-23. CHACARTEGUI JÁVEGA, C: "El largo recorrido hacia la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en el ámbito laboral: un avance significativo con las medidas previstas en la Ley orgánica de Igualdad", *Revista Jurídica de Catalunya* nº 1, vol. 106, 2007, pp. 75-104. MOSQUERA MONELOS, S: "Derecho a la igualdad y medidas de garantía en el proyecto de ley orgánica de igualdad", *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña* nº 10, 2006, pp. 769-786. NUÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P y GARRIGUES GIMÉNEZ, A: "Notas sobre maternidad y paternidad en la nueva Ley orgánica de igualdad", *Actualidad Laboral* nº 15, 2007, pp. 1784-1792. BARBERO BAJO, J: "Ley orgánica 3/2007: con paso firme hacia la igualdad efectiva", *Lex nova: la revista* nº 48, 2007, pp. 28-29. ALGAR JIMÉNEZ, C: "Ley orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres: ¿cómo afecta a las empresas?", *Economist & Jurist* nº 111, 2007, pp. 34-39. AGUILERA RULL, A: "Discriminación directa e indirecta. Comparación y crítica del concepto de discriminación en el allgemeines Gleichbehandlungsgesetz y en el proyecto español de ley orgánica para la igualdad efectiva de hombres y mujeres", *Indret: revista para el análisis del Derecho* nº 1, 2007. MARTÍNEZ LUCAS, J.A: "Modificaciones en materia de seguridad social introducidas por la ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres", *Actualidad Laboral* nº 10, 2007, pp. 1172-1189. PÉREZ DEL RIO, M.T: "La ley orgánica de igualdad efectiva entre mujeres y hombres: aproximación para el debate", *Revista de Derecho social* nº 37, 2007, pp. 223-250. MORENO, S: "Cambios en las normas de seguridad social en la ley orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres", *Tribuna Social* nº 200-201, 2007, pp. 58-61. SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y: "Despido y "móvil discriminatorio": garantías, sustantiva y procesal, tras la Ley orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres", *Actualidad laboral* nº 14, 2007, pp. 1662-1681. RODRÍGUEZ IZQUIERDO, R: "Modificaciones del texto refundido del Estatuto de los trabajadores por la Ley orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres" *Tribuna Social* nº 200-201, 2007, pp. 44-52. GARCÍA NINET, J.I: "Acerca de las razones y el contenido de la Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres", *Tribuna Social* nº 200-201, 2007, pp. 5-8. DE LA PUEBLA PINILLA, A: "Dimensión laboral de la ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres", *Relaciones Laborales* nº 1, 2007, pp. 907-941. RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M: "La igualdad efectiva de mujeres y hombres y la Ley Orgánica 3/2007", *Relaciones Laborales* nº 1, 2007, pp. 97-112. ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.J: "Planes de igualdad en la Ley orgánica 3/2007, de igualdad efectiva entre mujeres y hombres", *Relaciones Laborales* nº 1, 2007, pp. 1011-1043. DE LOS MOZOS IGLESIAS, M.M: "Implicaciones laborales de la Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres", *Relaciones Laborales* nº 1, 2007, pp. 1359-1374. GALA DURÁN, C: "Los aspectos de seguridad social de la Ley orgánica para la igualdad", *Iuslabor* nº 2, 2007 (revista electrónica: www.iuslabor.es). SEVILLA MERINO, J: "La participación política en la Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres", *Repertorio Aranzadi del tribunal constitucional* nº 11, 2007, pp. 13-39. PATRICIO JIMÉNEZ, D: "Ley orgánica para la igualdad efectiva de hombres y mujeres (I)", *Actualidad del Derecho sanitario* nº 141, 2007, pp. 689-694. PÉREZ DEL RIO, M.T: "La función de los interlocutores sociales y de la negociación colectiva en la Ley orgánica de igualdad efectiva entre mujeres y hombres 3/2007. Los planes de igualdad en las empresas", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* nº 2, 2007 (ejemplar dedicado a igualdad efectiva de mujeres y hombres, pp. 261-278. PANIZO ROBLES, J.A: "Conciliación personal, familiar y laboral y Seguridad social (modificaciones incorporadas por la Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* nº 2, 2007 (ejemplar dedicado a igualdad efectiva de mujeres y hombres, pp. 121-185. Del mismo autor, Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres" *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* nº 2, 2007 (ejemplar dedicado a igualdad efectiva de mujeres y hombres, pp. 289-350. TORTUERO PLAZA, J.L: "El desempleo y la maternidad-paternidad en la Ley orgánica de igualdad", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* nº 2, 2007 (ejemplar dedicado a igualdad efectiva de mujeres y hombres, pp. 241-259. SEVILLA MERINO, J y VENTURA FRANCH, A: "Fundamento constitucional de la Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Especial referencia a la participación política", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* nº 2, 2007 (ejemplar dedicado a igualdad efectiva de mujeres y hombres, pp. 15-51. AGUILERA IZQUIERDO, R: "Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral en la ley orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres", *Revista del*

contenidos, ya que desde aquí se defiende que el conocimiento de los derechos que como ciudadanos y ciudadanas ostentamos “ pierde su valor” si no se acompaña de un verdadero ejercicio de aquéllos. Dicho de otra manera, desde aquí se va a realizar un análisis sobre la protección y garantías que nuestro sistema jurídico establece respecto de cualquier conducta que lesione o vulnere el derecho fundamental a la igualdad y no discriminación por razón de sexo. Y ello por dos razones. La primera se debe a que los aspectos tutelares son -por su complejidad técnica- los menos analizados en la Guía, mientras que el segundo motivo tendría que ver - insistimos- con el hecho fáctico de que para la consecución y realización de la igualdad real y efectiva que propugna nuestro ordenamiento jurídico es necesario ejercitar los derechos que tenemos atribuidos.

Por su parte, se ha de hacer constar que dentro de las fórmulas de tutela que existen en nuestro ordenamiento jurídico, nos vamos a centrar fundamentalmente en las garantías jurisdiccionales del derecho a la no discriminación por razón de sexo en la relación de trabajo; dejando de lado las de carácter administrativo-sancionador o el papel que desde esta perspectiva se atribuye a la autonomía colectiva; y ello por una razón muy precisa: Y es que la experiencia demuestra que se ha tendido más a decantarse por la vía judicial para la protección de estos derechos, amén de que la LOI –por esa misma razón- ha mostrado un mayor interés en modificar e introducir reglas procesales en ese mismo sentido en la Ley de procedimiento laboral².

Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales nº 2, 2007 (*ejemplar dedicado a igualdad efectiva de mujeres y hombres*, pp. 69-119). PANIZO ROBLES, J.A: “Igualdad de género, conciliación familiar y laboral y seguridad social (a propósito de la Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres”, *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social*, nº 290, 2007, pp. 3-98. PÉREZ ALONSO, Mª A: “La excedencia laboral. Aspectos laborales y de seguridad social: a propósito de la Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres”, *Aranzadi social*, nº 10, 2007. PÉREZ ALONSO, Mª A: “las novedades en el Régimen general de la seguridad social tras la Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres”, *Aranzadi social* nº 3, 2007. ELOSEGUI ITXASO,M: “La ley orgánica de igualdad efectiva entre mujeres y hombres: las acciones positivas para la igualdad laboral entre mujeres y hombres”, *Aequalitas: revista jurídica de oportunidades entre mujeres y hombres* nº 20, 2007, pp. 7-21. MARTÍNEZ BARROSO, MªR: “La seguridad social como instrumento de conciliación de la vida familiar y laboral: últimas tendencias, *Tribunal social* nº 205, 2007,pp. 22-38. ALVAREZ CUESTA, H: “Un “nuevo” contenido en los convenios colectivos: los planes de igualdad entre mujeres y hombres”, *Actualidad laboral* nº 2, 2008, pp. 148-159. GONZÁLEZ DÍAZ, F.A: “Mujer y salud laboral en el Reino Unido”, *Civitas-REDT* nº 136, 2007, pp. 813-860. MARÍN ALONSO, I: “La ley orgánica de igualdad y el estatuto básico del empleado público ante el trabajo femenino en la función pública”, *Civitas-REDT* nº 136, 2007, pp. 861-896. MARTÍNEZ BOTELLO, P: “El riesgo durante el embarazo y el riesgo durante la lactancia natural: de contingencia común a profesional”, *Información laboral* nº 34, 2007, pp. 2-14. TAPIA HERMIDA, A: “Discriminación por maternidad”, *Estudios financieros – revista de derecho del trabajo y de la seguridad social* nº 299, 2008, pp. 157-184. MARTÍNEZ BARROSO, Mª de los R: “La nueva prestación económica de pago único por nacimiento o adopción de hijo”, *Actualidad jurídica Aranzadi* nº 744, 2008, pp. 1-2.

² FERNÁNDEZ LÓPEZ, MªF: *La tutela laboral frente a la discriminación por razón de sexo*, La ley editorial, Madrid, 2008, p. 105. CASTILLEJO MANZANARES, R: *Aspectos procesales de la ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*. La Ley-Actualidad editorial, Madrid, 2008.

Acotado y justificado el ámbito de esta intervención, se ha de señalar que nuestro objeto de análisis va a circular entorno a cuatro cuestiones principalmente. La primera de ellas relativa al acceso a la jurisdicción de lo social, esto es, el análisis de las reglas de legitimación o, dicho de otro modo, a la determinación de los titulares del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva cuando hay lesión o vulneración del derecho a la no discriminación por razón de sexo. En segundo lugar, se prevé analizar con cierto detenimiento una de las contribuciones de la LOI en el marco del procedimiento judicial concreto, esto es, el de la carga de la prueba, como uno de los mecanismos procesales más importantes en el contexto de los litigios por discriminación por razón de sexo, así como la cuestión de la garantía de indemnidad. En tercer lugar, se prevé analizar el tema de la reposición del derecho lesionado y particularmente el de la compatibilidad de indemnizaciones derivadas de la vulneración de derechos fundamentales y las derivadas del incumplimiento contractual. Para finalizar, se acometerá un breve comentario sobre las novedades introducidas por la LOI tanto en el procedimiento de oficio, como en el procedimiento específico estipulado en el art. 138 bis LPL.

2.- Reglas de legitimación

Es evidente que uno de los aspectos fundamentales que toda norma que pretenda proteger a las víctimas de discriminación por razón de sexo debe abordar es el de la titularidad del derecho a acceder a la jurisdicción en defensa de la igualdad y no discriminación respecto de cualquier persona; y en el marco de las relaciones laborales, el de los trabajadores. La preocupación por esta cuestión concreta ha sido vasta en el ordenamiento comunitario, de tal manera que las distintas directivas que proclaman el principio de igualdad de trato han estimado oportuno a lo largo del tiempo que los Estados miembros introdujeran en su derecho interno las medidas que consideraran oportunas al objeto de que los trabajadores afectados o personas que se consideraran perjudicadas por la inaplicación de este principio pudieran acceder a la vía jurisdiccional. En nuestro derecho interno, ya sea originariamente o por mor de la normativa comunitaria se prevé –obviamente- que la víctima-trabajador/a concreto/a de discriminación pueda acceder a la vía de la tutela judicial, así como –y a excepción de los supuestos de acoso sexual o por razón de sexo-, que los sindicatos puedan ser titulares para ejercitar acciones ante la jurisdicción social en estos supuestos cuando tengan un interés legítimo o difuso; cuestión ésta última sobre la que volveremos más adelante.

La más reciente Directiva 2006/54/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición³), ha dado un paso cualitativo importante, en la medida que prevé expresamente que “se debe facultar a las asociaciones, organizaciones u otras personas jurídicas para que puedan iniciar procedimientos, con arreglo a lo que dispongan los Estados miembros, en nombre o apoyo de un demandante, sin perjuicio de la normativa procesal nacional en materia de representación y defensa⁴”. Esta aspiración programática se concreta posteriormente en el articulado de la Directiva mencionada -artículo 17.2- donde se señala que “Los Estados miembros velarán por que las asociaciones, organizaciones u otras personas jurídicas que, de conformidad con los criterios establecidos en el Derecho nacional, tengan un interés legítimo en velar por el cumplimiento de lo dispuesto en la presente Directiva, puedan iniciar, en nombre o en apoyo del demandante, y con su autorización, cualquier procedimiento judicial y/o administrativo establecido para exigir el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la presente Directiva”.

Pues bien, de acuerdo a lo dispuesto en la disposición apuntada, los Estados miembros deben configurar mecanismos que permitan que, ante supuestos de discriminación, además de la legitimación individual que toda víctima ostenta, se puedan articular otros de carácter colectivo, en función de lo dispuesto en las normas procesales internas establecidas en cada Estado. Desde esta perspectiva, la transposición realizada en España -a partir de la LOI- ofrece un panorama relativamente complejo desde el punto de vista de la legitimación activa que en el marco de los procesos laborales pudieran ostentar las distintas organizaciones que tengan un interés legítimo en la defensa de los derechos de la mujer. Y ello así, porque si bien es cierto que nadie discute que la presencia de los sindicatos en este tipo de procedimientos es una realidad asentada –de acuerdo a los parámetros establecidos en la LPL-, no ocurre lo mismo respecto de los organismos públicos y asociaciones de defensa de la igualdad entre mujeres y hombres. Pero vayamos por partes.

2.1.- Titularidad del derecho a la tutela judicial efectiva

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 12.1 de la LOI, “cualquier persona podrá recabar de los tribunales la tutela del derecho a la igualdad entre mujeres y hombres, de acuerdo a lo establecido en el art. 53.2 de la Constitución, incluso tras la terminación de la relación en la que

³ DOUE L204, de 26 de julio del 2006.

⁴ Considerando 31 de la Directiva 2006/54/CE.

supuestamente se ha producido la discriminación". Por su parte, los apartados siguientes de la misma disposición establecen que "*La capacidad y legitimación para intervenir en los procesos civiles, sociales y contencioso-administrativos que versen sobre la defensa de este derecho corresponden a las personas físicas y jurídicas con interés legítimo, determinadas en las leyes reguladoras de estos procesos*". Finalmente, el apartado tercero concluye que "*La persona acosada será la única legitimada en los litigios sobre acoso sexual y acoso por razón de sexo*". De acuerdo a estos párrafos la legitimación activa para accionar ante los órganos jurisdiccionales antes mencionados para la defensa del derecho a la igualdad entre mujeres y hombres, corresponde a las personas físicas y jurídicas que tengan un interés legítimo en este tipo de procesos, de acuerdo a lo que dispongan las normas procesales internas que sean de aplicación; a excepción hecha –como se ha advertido líneas más arriba- de los supuestos de acoso sexual o acoso por razón de sexo, donde la legitimación para accionar queda reservada exclusivamente a quien haya sido víctima de discriminación en esos supuestos⁵.

Pues bien, estas consideraciones generales que la LOI establece no vuelven a aparecer hasta las disposiciones adicionales del mismo texto. El problema se presenta por cuanto que mientras que la D.A 5^a LOI aborda el tema de la legitimación activa individual y colectiva para intervenir en este tipo de procesos modificando la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC); o la D.A 6^a de la LOI modifica en el mismo sentido la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (LJCA); no sucede lo mismo con la norma ritual laboral (LPL) que silencia la cuestión de la legitimación de las organizaciones y asociaciones de defensa de la igualdad entre mujeres y hombres en los procesos de tutela discriminatoria. Esta situación genera ciertas dificultades interpretativas cuando abordamos el problema de la legitimación procesal en el marco de las discriminaciones por razón de sexo acaecidas en el seno de la relación laboral. Y ello así porque si bien tanto la víctima de discriminación por razón de sexo ostenta la titularidad individual para accionar -en todo caso- ante la jurisdicción social, como los sindicatos que estarían legitimados para accionar en materia de discriminación en el ámbito laboral de acuerdo a las posibilidades que ofrece la LPL; no es tan evidente que los organismos públicos o las organizaciones y asociaciones en defensa de la

⁵ En este trabajo, la legitimación procesal se considera como "*la consideración especial en que tiene la ley, dentro de cada proceso, a las personas que se hallan en una determinada relación con el objeto del litigio, y, en virtud del cual, exige, para que la pretensión procesal sea examinada en cuanto al fondo, que sean dichas personas las que figuren como partes en tal proceso*", de acuerdo a lo señalado en MONEREO PÉREZ, J.L y otros: *Manual de Derecho procesal del trabajo*, Tecnos editorial, Madrid, 2008, p. 87. Dicho de otro modo, la legitimación es la cualidad de un sujeto, consistente en encontrarse dentro de la relación jurídica material deducida en el juicio, tanto en la situación activa como en la pasiva. En este sentido, la nueva LECiv, en su art. 10, considera como partes legítimas a las que comparecen y actúan en juicio «*como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso*» (art. 10 LECiv). Viene dada por la existencia de un derecho subjetivo o interés legítimo que permite ejercitarse acciones judiciales (art. 17 LPL). El «*interés legítimo*» debe ser un «*interés actual*», es decir, un interés que tiene por objeto una utilidad o efecto práctico de la pretensión de carácter «*inmediato*», sin que sea suficiente un mero interés preventivo o cautelar (STS 3-3-2000 [RJ 2000, 2595]).

igualdad entre mujeres y hombres ostenten dicha titularidad colectiva para accionar ante los tribunales de lo social, dado el silencio de la LOI sobre esta cuestión.

Esta realidad tiene consecuencias muy relevantes en relación con los sujetos que ostentan legitimación activa en el orden social, ya que –se insiste– a diferencia de las modificaciones introducidas en la LEC (art. 11 bis LEC) o en la LJCA [(art. 19.1.i)] a partir de la LOI; la LPL se ha visto inalterada en lo que a este punto concreto se refiere. Y es que la LPL sólo reconoce legitimación para la defensa de los intereses individuales de los trabajadores a los sindicatos, pero guarda absoluto silencio por lo que se refiere a los organismos públicos o asociaciones que defiendan la igualdad entre mujeres y hombres⁶. Desde esta perspectiva, parece difícil resistirse a realizar algunas consideraciones cuando, como ocurre, en la Comunidad Autónoma Vasca contamos con un organismo público específico de Defensa de la igualdad entre mujeres y hombres: “*la Defensoría para la Igualdad entre mujeres y hombres*”. El silencio que la LPL guarda sobre esta cuestión, ¿significa que la Defensoría no ostenta legitimación activa para personarse en los procesos laborales en los que se dirima una vulneración de derechos fundamentales y, particularmente, en los de vulneración del principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo?.

2.2.- Los organismos públicos de defensa de la igualdad entre mujeres y hombres: la DIMH

El sistema normativo actualmente vigente no depara una respuesta rápida y sencilla a este problema, pero a continuación vamos a tratar de responder a esta interrogante de la manera más clara posible. Como se ha avanzado, la LOI introduce en las disposiciones adicionales 5^a y 6^a dos modificaciones en la LEC⁷ y en la LJCA⁸ en lo relativo a la legitimación de estos entes para la

⁶ A diferencia, por ejemplo, de lo dispuesto en La Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, aplicable en el ámbito del empleo y la ocupación. (art. 3), establece una regla de representación especial -a favor de organizaciones representativas del interés colectivo de los trabajadores minusválidos- cuando se trate de reclamaciones laborales relacionadas con la vulneración de principio de igualdad y no discriminación de tales trabajadores. Tal regla aparece contenida en el art. 19 de la citada ley, según el cual, sin perjuicio de la legitimación individual de las personas afectadas, las personas jurídicas legalmente habilitadas para la defensa de los derechos e intereses legítimos colectivos podrán actuar en un proceso en nombre e interés de las personas que así lo autoricen, con la finalidad de hacer efectivo el derecho de igualdad de oportunidades, defendiendo sus derechos individuales y recayendo en dichas personas los efectos de aquella actuación. (art. 19).

⁷ Disposición adicional quinta. Modificaciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
Uno. Se introduce un nuevo artículo 11 bis a la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en los siguientes términos: «Artículo 11 bis. Legitimación para la defensa del derecho a la igualdad de trato entre mujeres y hombres. 1. Para la defensa del derecho de igualdad de trato entre mujeres y hombres, además de los afectados y siempre con su autorización, estarán también legitimados los sindicatos y las asociaciones legalmente constituidas cuyo fin primordial sea la defensa de la igualdad de trato entre mujeres y hombres, respecto de sus afiliados y asociados, respectivamente. 2. Cuando los afectados sean una pluralidad de personas indeterminada o de difícil determinación, la legitimación para demandar en juicio la defensa de estos intereses difusos corresponderá exclusivamente a los organismos públicos con

defensa de los denominados “intereses difusos”, en igualdad de condiciones con los sindicatos más representativos y a las asociaciones de ámbito estatal cuyo fin sea primordial sea la igualdad entre mujeres y hombres.

Pues bien, en el orden jurisdiccional social, las personas jurídicas que se encuentran legalmente habilitadas para la defensa de los derechos e intereses legítimos colectivos podrán actuar en un proceso en nombre e interés de las personas que así lo autoricen son los sindicatos. En este sentido, son varias las disposiciones de la LPL que señalan la posibilidad del sindicato para accionar en procesos de tutela ante conductas discriminatorias⁹. Así, el artículo 17.2 LPL posibilita al sindicato a actuar en nombre e interés propio para la defensa de sus intereses legítimos que, de acuerdo a lo establecido en la constitución quedan configurado entorno a los intereses sociales y económicos que les son propios (art. 7 CE), queda integrada la defensa de la igualdad y no discriminación por razón de sexo. Por su parte, los artículos 18.1, 19 y 20 LPL establecen la intervención procesal del sindicato a través de la representación voluntaria¹⁰, ya sea representación voluntaria general (art. 18.1 LPL¹¹), sea la representación voluntaria plural a iniciativa de los trabajadores (art. 19 LPL¹²) y la representación voluntaria de sus afiliados a iniciativa del propio sindicato (art. 20 LPL). En este último caso, la LPL dispone una modalidad de representación voluntaria del sindicato en defensa de los derechos e intereses de los trabajadores afiliados a ellos¹³. En todo caso, además de las modalidades de representación voluntaria apenas

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. 3. La persona acosada será la única legitimada en los litigios sobre acoso sexual y acoso por razón de sexo.»

⁸ Disposición adicional sexta. Modificaciones de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Se modifica la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en los siguientes términos: Uno. Se añade una letra i) al apartado 1 del artículo 19, con la siguiente redacción: «i) Para la defensa del derecho de igualdad de trato entre mujeres y hombres, además de los afectados y siempre con su autorización, estarán también legitimados los sindicatos y las asociaciones legalmente constituidas cuyo fin primordial sea la defensa de la igualdad de trato entre mujeres y hombres, respecto de sus afiliados y asociados, respectivamente. Cuando los afectados sean una pluralidad de personas indeterminada o de difícil determinación, la legitimación para demandar en juicio 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. La persona acosada será la única legitimada en los litigios sobre acoso sexual y acoso por razón de sexo.»

⁹ En general sobre el sindicato y el proceso laboral, ORTIZ LALLANA, C: *La intervención del sindicato en el proceso laboral*, CES editorial, Madrid, 1994. CRUZ VILLALÓN, J: “La actuación del sindicato en los procesos individuales de trabajo”, *Relaciones Laborales*, 1992-II, pp. 313 y ss.

¹⁰ Sobre esta cuestión, véase MURCIA CLAVERIA, M: *La representación voluntaria en el proceso laboral*, Marcial Pons editorial, Madrid, 1994.

¹¹ La actuación del sindicato, de acuerdo a la disposición supra anotada permite a éste que represente a los trabajadores afectados a través del apoderamiento individual ordinario.

¹² El sindicato puede actuar, de acuerdo al art. 19 LPL, como representante en conflictos plurales que afecten a más de 10 trabajadores, afiliados o no a la organización que les represente.

¹³ La LPL dispone en el art. 20 LPL una modalidad de representación voluntaria del sindicato en defensa de los derechos e intereses de los trabajadores afiliados a ellos (art. 20 LPL). El sindicato no actúa en este caso como parte principal, ni en nombre propio (defensa de los intereses generales de los trabajadores). Tampoco como coadyuvante, ya que no existe una doble personación de trabajador y sindicato (como sucede en el proceso de tutela de libertad sindical), sino como

mencionadas, el sindicato también puede actuar como coadyuvante en el proceso de la parte principal –la víctima de la discriminación–.

Desde esta perspectiva, el artículo 17.2 de la LPL no menciona expresamente a las asociaciones profesionales, ni a los organismos públicos en defensa de los intereses de la mujer para atribuirles legitimación en defensa de los intereses que le son propios. Esto es, a diferencia de otros órdenes jurisdiccionales, la Ley de procedimiento laboral no señala nada –como ya se ha señalado anteriormente– sobre esta posibilidad. Ahora bien, el TC ha tenido la ocasión de pronunciarse acerca de la interpretación que haya de darse a este precepto, abordando la cuestión de la legitimación procesal de una asociación profesional. En este sentido, el Tribunal constitucional en la STC 52/2007, de 12 de marzo, realizó una interpretación extensiva de dicho precepto, de modo y manera que admitió la legitimación de la asociación implicada siempre y cuando concurra un interés profesional de sus asociados, del que no sólo es titular cada asociado individualmente considerado, sino también la asociación o entidad que asume estatutariamente los mismos fines¹⁴. Esto es, la sentencia admite la capacidad de intervenir en el proceso judicial a entidades no sindicales en defensa de los intereses de sus asociados, siempre que concurra un interés legítimo, que vendrá determinado por el objeto mismo que justifica la constitución del ente asociativo¹⁵. En efecto, también fue el alto tribunal en el que en STC 252/2000, de 3 de octubre, apreció la existencia de un interés legítimo que justificaría la presencia de una asociación en el proceso, en

representante del trabajador. Es el motivo de que sobre el trabajador recaigan los efectos procesales y materiales de la actuación del sindicato. Se exigen determinados requisitos, acreditables a través de la documental pertinente. Son los siguientes: –Que se acredite ante el Juzgado la condición de afiliado del trabajador en cuyo nombre se ejerce la acción y la comunicación al trabajador de la voluntad de iniciar el proceso (art. 20.2 LPL). –Que se demuestre que el sindicato está autorizado por el trabajador para intervenir en el proceso. No se exige que la autorización se realice a través de un apoderamiento expreso, sino que se presume la representación por el mero hecho de que el sindicato notifique al actor su intención de plantear la acción y éste no se oponga a ello («salvo declaración en contrario del trabajador afiliado»). –La autorización puede ser revocada en cualquier momento previo a la sentencia, sin perjuicio de los efectos procesales causados hasta entonces (efectos *ex tunc*). –No puede asimilarse la baja en la afiliación con esta revocación posterior de la representación otorgada, ya que el trabajador puede mantenerla, pese a todo. En tal caso parece que sería necesario el desistimiento, porque las actuaciones pueden continuar con el propio trabajador o con la persona que éste designe. –Si en cualquier fase del proceso el trabajador expresa a presencia judicial que no había recibido la inicial comunicación del sindicato o, que habiéndola recibido, hubiera negado la actuación en su nombre, el Juez o Tribunal, previa audiencia del sindicato, acordará el archivo de las actuaciones. –Cuando no se hubiera otorgado la representación, bien porque el trabajador no tuviera conocimiento de la actuación sindical o bien porque comunicada, se hubiera opuesto a ella, podrá después en proceso independiente exigir responsabilidad al sindicato (una indemnización de daños y perjuicios).

¹⁴ Según el FºJº 3º de la STC 52/2007, de 12 de marzo de 2007, “el interés legítimo se caracteriza como una relación material unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión (acto o disposición impugnados) de tal forma que su anulación produzca automáticamente un efecto positivo (beneficio) o negativo (perjuicio) actual o futuro pero cierto, debiendo entenderse tal relación referida a un interés en sentido propio, cualificado y específico, actual y real (no potencial o hipotético). Se trata de la titularidad potencial de una ventaja o de una utilidad jurídica, no necesariamente de contenido patrimonial, por parte de quien ejerce la pretensión, que se materializaría de prosperar ésta”.

¹⁵ En este sentido continúa el FºJº 3º STC 52/2007 afirmando que “en el concepto de interés legítimo hay que entender incluido el interés profesional de promoción y defensa de una categoría de trabajadores, del que puede ser titular no sólo cada uno de ellos, individualmente considerados, sino también cualquier asociación o entidad que haya asumido estatutariamente esos mismos fines. Por ello en la medida en que dicho interés legítimo puede verse también afectado directamente por un acto o disposición... por haber infringido un derecho fundamental o libertad pública, debe reconocerse a las personas naturales o jurídicas que invoquen aquel interés legítimo como propio la legitimación...”.

función de los datos que proporcionan los estatutos de aquélla; de tal manera que si a través de los fines estatutarios se puede apreciar la conexión o el vínculo entre las asociaciones recurrentes y el objeto del pleito, nada obsta a que las asociaciones estuvieran legitimadas para actuar en el proceso.

Obviamente, sin embargo, una cosa es que las asociaciones de defensa de la igualdad hayan sido reconocidas para poder ser actuantes en el proceso y que, en consecuencia, pudieran tener legitimación potencial siempre y cuando hubiese un interés legítimo concurrente, [que se produciría cuando entre los objetivos o fines estatutarios se encuentre –en lo que aquí interesa- la defensa de la igualdad entre hombres y mujeres y existiera conexión con el objeto del pleito] y otra cosa distinta es que los organismos públicos en defensa de la igualdad entre mujeres y hombres estén legitimados en el proceso para la defensa de sus intereses legítimos o difusos, ya que obviamente no son asociaciones, ni se crean en el ejercicio del derecho contemplado en el art. 22 CE.

Desde esta perspectiva, cabe entender en primer lugar que, en el caso de que la DIHM, tuviera atribuida –entre sus competencias la posibilidad de actuar en justicia para los intereses que le han sido encomendados, podrá estar legitimada activamente para presentar una demanda ante los tribunales. En este sentido, se ha de señalar que los artículos 70 y ss de la Ley 4/2005, Ley de igualdad de mujeres y hombres del País Vasco regulan las funciones encomendadas a este organismo público. Y entre las funciones que tiene encomendadas se encuentra la posibilidad de que la Defensoría facilite “*a la persona afectada asistencia técnica de cara a tramitar sus reclamaciones por discriminación ante otras instancias administrativas o judiciales*”. Esta atribución no parece que comporte una implicación del organismo administrativo en el proceso, ya que parece estar refiriéndose simplemente a la función de prestar asesoramiento a la víctima con la finalidad de que pueda acudir a otras instancias, ya sean administrativas o judiciales.

Descartada esta vía, la posible interpretación que cabría dar a fin de que la DIHM tuviera un papel procesal activo ante la jurisdicción social en defensa de la no discriminación por razón de sexo podría ser la de tratar de extrapolar lo ya señalado por el TC para las asociaciones a este u otros organismos públicos en defensa de la igualdad y no discriminación entre mujeres y hombres. Desde esta perspectiva, parece evidente que la DIHM cuenta con competencias perfectamente perfiladas de tutela de la igualdad entre mujeres y hombres, de modo y manera que cabría –desde luego- entender que ostenta legitimación directa para iniciar procedimientos judiciales contra actos,

normas o comportamientos discriminatorios, como legítimo ejercicio de competencias y objetivos reconocidos en su legislación reguladora¹⁶.

3.- La prueba en los procesos por discriminación por razón de sexo y la garantía de indemnidad

3.1.- Reglas probatorias en procesos por discriminación por razón de sexo. En especial la regla sobre inversión de la carga de la prueba

Con la finalidad de asegurar una mayor y mejor protección del derecho a la igualdad de trato y no discriminación se incorpora a nuestra normativa interna la regla de inversión de la carga de la prueba, procedente del derecho comunitario. En efecto, el art. 19 Directiva 54/2006, de 5 de julio, sobre aplicación del principio de **igualdad** de oportunidades e **igualdad** de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, que refunde Directivas anteriores en materia de **igualdad**, establece en su art. 19.1 que “*los Estados miembros adoptarán con arreglo a sus sistemas judiciales nacionales las medidas necesarias para que, cuando una persona que se considere perjudicada por la no aplicación, en lo que a ella se refiere, del principio de igualdad de trato presente, ante un órgano jurisdiccional u otro órgano competente, hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta, corresponda a la parte demandada demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato*”. Del mismo tenor es el art. 13 LOI, que establece que “*de acuerdo con las leyes procesales, en aquellos procedimientos en los que las alegaciones de la parte actora se fundamenten en actuaciones discriminatorias, por razón de sexo, corresponderá a la persona demandada probar la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y su proporcionalidad*”. “*A los efectos de lo dispuesto en el apartado anterior, el órgano judicial, a instancia de parte, podrá recabar, si lo estimase útil y pertinente, informe o dictamen de los organismos públicos competentes*».

Como es visible, el precepto de la LOI citado encierra dos reglas especiales en materia de prueba aplicables a los procesos que versen sobre discriminación por razón de sexo. La primera haría referencia a la denominada comúnmente como “*inversión de la carga de la prueba*”; mientras que el segundo párrafo estaría mencionando un supuesto especial de prueba pericial, referida a la *prueba de asesores*. De acuerdo al artículo 13 de la LOI, ambas reglas son de aplicación a los

¹⁶ En este sentido, FERNÁNDEZ LÓPEZ, MºF: La tutela laboral frente..., op. cit. p. 194. Es de la misma opinión, MARTÍNEZ GAYOSO, N: “El interés legítimo de la Defensoría en la tutela antidiscriminatoria”, ejemplar multicopiado.

procedimientos que por estos motivos puedan sustanciarse ante los órganos jurisdiccionales civiles, contencioso-administrativo y social; pero al igual que ya ocurriera con las reglas relativas a la legitimación anteriormente vistas, el legislador de la LOI no ha venido a modificar lo dispuesto en la LPL sobre estas materias, que ya existían con anterioridad¹⁷. En efecto, y por lo que se refiere a la inversión de la carga de la prueba, que resulta de especial utilidad para combatir decisiones empresariales, distintas al despido, basadas en motivos discriminatorios, está recogida en los arts. 96 y 179.2 LPL; si bien en términos sensiblemente distintos a los recogidos en la disposición específica de la LOI. Por su parte, y ya en relación con la prueba de asesores acaecen circunstancias similares, ya que el artículo 95 LPL recoge la citada regla probatoria, si bien de manera no coincidente con los términos en los que se expresa el artículo 13 LOI.

La primera duda que en consecuencia surge de este “olvido” o silencio por parte del legislador de la LOI que no reforma el contenido de la LPL en lo referido a este extremo, no es otra que la de determinar si el contenido de la LOI ha alterado –siquiera tácitamente- el contenido de los preceptos de la Ley rutuaria laboral española. En este sentido, puede afirmarse que, tal y como está redactado el artículo 13 de la LOI –que contiene una regulación precisa sobre la carga de la prueba y la prueba pericial para los procesos en los que se suscite violación de un derecho fundamental y, en concreto, discriminación por razón de sexo-, habrá de entenderse que se trata de un precepto plenamente aplicable a todos los procesos, también al laboral¹⁸.

Claro está que como los artículos 96 y 179.2 LPL establecen la carga de la prueba en los procesos laborales ordinario y los demás especiales –incluido el de tutela de derechos fundamentales- en los que la discriminación no sólo se produce por razón de sexo, sino por cualquier otra causa – orientación sexual, discapacidad, etc.-; habrá que entender que la regla contenida en el art. 13 de la LOI sólo va a afectar al supuesto concreto de discriminación por razón de sexo; mientras que para el resto de supuestos seguirá siendo aplicable la regla formulada en el art. 96 LPL que dispone cuanto sigue: *“En aquellos procesos en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por razón de..., origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, corresponderá al demandando la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad».*

¹⁷ A diferencia de los procesos civiles y contencioso-administrativos, donde el legislador a través de las disposiciones adicionales específicas modifica la LJCA (art. 60.7) y la LEC (art. 217.5).

¹⁸ En este sentido se pronuncia DE LA PUEBLA PINILLA, A: “Dimensión laboral de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres”, Relaciones Laborales nº 8, 2007. Versión electrónica.

Por su parte, y por lo que se refiere al supuesto de la prueba pericial prevista en el segundo apartado del art. 13 LOI, parece indudable también su afectación sobre lo señalado a estos mismos efectos en el art. 95 LPL. De esta perspectiva, la prueba de asesores no es sino una modalidad de prueba pericial, conforme a la cual el órgano judicial ante el cual se sustente un proceso donde se ventila un supuesto de discriminación por razón de sexo, podrá recabar el dictamen de los órganos públicos competentes con la finalidad de asesorarse (art. 95.3 LPL). Téngase en cuenta que a diferencia de lo dispuesto en el art. 95.3 LPL, el artículo 13 LOI exige que sean las partes las que soliciten al juez o tribunal que se proponga dicha prueba y que será practicada sólo en el supuesto en el que aquéllos lo estimen oportuno, es decir, que entiendan que el recurso a la prueba de asesores sea útil y pertinente a los efectos del pleito que se esté ventilando.

Desde el punto de vista de la utilidad y del empleo de esta regla probatoria, se ha de señalar en la práctica no es nada habitual que el juez o el tribunal que conozca de un asunto de estas características solicite un dictamen a organismos especializados. No obstante, y a pesar de ello, la LOI viene a reafirmar la posibilidad que ya se establece en el art. 95.3 LPL, aunque sin precisar qué organismos públicos serían los competentes para asesorar a los tribunales de acuerdo a lo dispuesto en las distintas normas que acabamos de señalar. En cualquier caso, y por lo que atiene a nuestro entorno más cercano, y de acuerdo a lo dispuesto en el art. 75 de la Ley 5/2005, sobre igualdad de mujeres y hombres del País Vasco, la Defensoría para la igualdad entre mujeres y hombres tiene atribuida la responsabilidad a la que se refieren los artículos 95.3 LPL y art. 13 LOI. Ahora bien, se ha de tener en cuenta desde este punto de vista, el dictamen de los organismos públicos competentes nunca podrá ser de carácter jurídico, de tal manera que el contenido del citado dictamen o informe se orientará –por ejemplo- a verificar la existencia de un impacto adverso en los supuestos de discriminación por razón de sexo, o por ejemplo para justificar una medida de acción positiva, a través de aportar fundamentalmente datos estadísticos.

Una vez explorados aquellos aspectos relativos a la prueba de asesores, es el momento de volver sobre la cuestión de la inversión de la carga de la prueba¹⁹. Desde esta perspectiva y con carácter

¹⁹ Sobre esta regla a la que hemos denominado inversión de la carga de la prueba, la terminología empleada sobre aquélla, distintos supuestos y comentarios a la misma en función de la doctrina del TC, vid. Inter alia, CRUZ VILLALÓN, J: "Igualdad y no discriminación", en RODRÍGUEZ SAÑUDO, F. y ELORZA GUERRERO (Coords.): *Veinte años de jurisprudencia laboral y social del Tribunal Constitucional*, Tecnos editorial, Madrid, 2001. RODRIGUEZ-PINERO, M y FERNÁNDEZ LÓPEZ, MªF: "Discriminación, carga de la prueba y presunciones" en VVAA: *II Jornadas Hispano-Luso-Brasileñas de Derecho del Trabajo*, MTSS, Madrid, 1985, pp. 918-920. RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M: "Proceso de trabajo y justicia constitucional", en VVAA: *El proceso laboral. Estudios en homenaje al prof. de la Villa*; Edit. Lex Nova, Valladolid, 2001, p. 745. CAVAS MARTÍNEZ, F: *El proceso laboral de tutela de la Libertad sindical y demás Derechos Fundamentales*,

general se ha de señalar que en esta materia rige el principio dispositivo, lo que conlleva el de libre aportación –alegación y prueba- de los hechos por las partes. Debe probar la obligación quien reclama su cumplimiento y su extinción a quién se opone. Como regla general será el demandante quien deberá probar las afirmaciones que contenga la demanda, esto es, normalmente incumbe al actor la prueba de los hechos constitutivos de la acción, mientras que normalmente incumbe al demandado la de los hechos impeditivos obstaculistas o extintivos de aquélla. Ahora bien, se ha de tener en cuenta que frente a esta regla general que acabamos de describir muy brevemente, el artículo 96 LPL establece una regla de facilitación de la carga de la prueba. En efecto, de acuerdo a esta disposición, en aquellos procesos en que de las alegaciones de la parte actora o demandante se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por razón de sexo, origen racial o étnico, etc.. corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable suficientemente probada de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad²⁰.

Para que esta regla tenga operatividad –y que viene a ser subrayada por el art. 13 de la LOI-, es necesario que la parte demandante –el trabajador o trabajadora generalmente- que alegue discriminación por razón de sexo, debe aportar indicios o hechos que permitan que el juez, a través de los diferentes mecanismos de certeza pueda valorar la concurrencia de una actuación discriminatoria por razón de sexo del demandado (empresario generalmente) o que, al menos, sobre esos hechos se inicie el debate valorativo sobre si se puede calificar como discriminatoria la actuación del demandado.

En consecuencia, en el ámbito de las relaciones laborales, y en el ejercicio de acciones donde se alegan actuaciones discriminatorias, es necesario que el trabajador aporte un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental, un principio de prueba dirigido a poner de manifiesto, en su caso, el motivo oculto de aquél. De este modo, no basta una mera alegación o la afirmación del demandante de que la actuación empresarial es o ha sido discriminatoria, sino que es necesario acreditar la existencia de algún elemento que, sin servir para formar de una manera plena la convicción del Juez sobre la existencia de hechos atentatorios contra el derecho fundamental, le induzca a una creencia racional sobre su posibilidad²¹. La conclusión a la que

²⁰ Aranzadi editorial, Pamplona, 2005, pp. 215 y ss. MONEREO PÉREZ, J.L: *La carga de la prueba en los despidos lesivos de derechos fundamentales*; Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 47. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I: *La prueba en el proceso de trabajo*; Civitas, Madrid, 1994.

²¹ CASTRO ARGÜELLES, M.A y ÁLVAREZ ALONSO, D: *La igualdad efectiva de mujeres y hombres a partir de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo*, Civitas, Pamplona, 2007, p. 209.

²¹ En este sentido, se ha pronunciado el TC en la sentencia 342/06 en un supuesto de embarazo y despido, donde señala que: "el indicio no consiste en la mera alegación de la vulneración constitucional, sino que debe permitir deducir la posibilidad de que ha podido producirse. Sólo una vez cumplido este primer e inexcusable deber, recaerá sobre la parte

debemos llegar es que, en el orden social, al demandante en este tipo de litigios, si bien no se le exige prueba demostrativa de que se actuó con voluntad discriminatoria, si se le pide probar determinadas circunstancias fácticas de las que razonablemente poder deducir que así pudo comportarse el demandado. La carga de la prueba no ha desaparecido sino que se ha trasladado de la necesidad de probar un proceder discriminatorio a demostrar indicios que hagan razonable sospechar que así ha sido. Esta afirmación conclusiva de lo que ha sido tradicionalmente la denominada inversión de la carga de la prueba en el orden jurisdiccional social no parece que se haya alterado a través de lo dispuesto en el art. 13 de la LOI, puesto que si bien siembra la duda sobre una mayor relajación de la aportación de indicios discriminatorios por quien es demandante; lo cierto es que se sigue señalando la necesidad de aportar un presupuesto fáctico demostrativo de la posibilidad misma de la lesión del derecho fundamental²².

3.2.- La garantía de indemnidad

El artículo 9 de la LOI dispone que «*también se considerará discriminación por razón de sexo cualquier trato adverso o efecto negativo que se produzca en una persona como consecuencia de la presentación por su parte de queja, reclamación, denuncia, demanda o recurso, de cualquier tipo, destinados a impedir su discriminación y a exigir el cumplimiento efectivo del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres*».

demandada la carga de probar que su actuación tuvo causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración, así como que tenían entidad suficiente para justificar la decisión adoptada. Dicho de otro modo, para que opere este desplazamiento de la carga probatoria no basta que el trabajador tache de discriminatoria la decisión empresarial, sino que ha de acreditar la existencia de indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción a favor de semejante alegato». Y para ello como indican las SSTC 111/2003 y 79/2004 “tendrán aptitud probatoria tanto los hechos que sean claramente indicativos de la probabilidad de la lesión del derecho sustantivo, como aquellos que, pese a no generar una conexión tan patente y resultar, por tanto, más fácilmente neutralizables, sean sin embargo de entidad suficiente para abrir razonablemente la hipótesis de la vulneración del derecho fundamental. Esto es, son admisibles diversos resultados de intensidad en la aportación de la prueba que concierne a la parte actora, pero deberá superarse inexcusablemente el umbral mínimo de aquella conexión necesaria, pues de otro modo, si se funda la demanda en alegaciones meramente retóricas o falta la acreditación de elementos cardinales para que la conexión misma pueda distinguirse, haciendo verosímil la inferencia, no se podrá pretender el desplazamiento del onus probandi al demandado”.

²² En consonancia con la doctrina del TC sobre esta cuestión en particular. Véase a tal efecto, las sentencias del TC: SSTC 87/1998, de 21 de abril; 41/1999, de 22 de marzo; 3/2006, de 16 de enero; 41/2006, de 13 de febrero, o la STC 3/2006. En este sentido, GIL SUÁREZ, L.: “Principio de igualdad y tutela judicial efectiva», en VVAA: La igualdad ante la ley y la no discriminación....., op. cit., p. 1064. Cualquier otra consideración llevaría a situar al empresario ante la **prueba diabólica de un hecho negativo** (la no discriminación o la no lesión de cualquier otro derecho fundamental), pero sí de entender que el despido, tachado de haber incurrido en aquella discriminación o en esta lesión, obedece a motivos razonables, extraños a todo propósito atentatorio contra el derecho fundamental en cuestión. En este sentido, SSTC 21/1992; 266/1993; 85/1995; 82/1997; 74/1998; 140/1999; 29/2000; 142/2001; 84/2002; 97/2002 y 114/2002.

Pues bien, lo que el legislador está estableciendo y positivizando a través de la disposición apenas señalada es la denominada garantía de indemnidad²³. Esto es, se trata de un mecanismo de garantía que, en su origen, se articulaba frente a todo despido que constituyera una reacción del empresario a una queja formulada a nivel de empresa o a una acción judicial entablada por los trabajadores en defensa de sus derechos y vinculada al derecho a la tutela judicial efectiva²⁴. Si bien, como se ha señalado, en su origen se circunscribió a este tipo de supuestos; pronto la protección se fue extendiendo a “*cualquier trato adverso o consecuencia negativa*” que pudiera adoptar el empresario frente a reclamaciones de los trabajadores. Por su parte, la disposición apenas mencionada queda vinculada al principio de igualdad de trato y no discriminación por razón de sexo, de modo y manera que la protección que se está articulando en este precepto no es otra que la de determinar la indemnidad de los trabajadores afectados cuando la reclamación, denuncia o acción judicial entablada por aquéllos se destine a exigir el cumplimiento del derecho a la igualdad y no discriminación.

En efecto, desde el punto de vista de la evolución seguida por esta institución, se ha de insistir que si bien en su origen se trataba de un mecanismo de garantía de derechos fundamentales, con posterioridad se ha convertido en una garantía frente a cualquier represalia por el ejercicio de cualquier derecho y, en particular, por el ejercicio de los derechos vinculados, directa o indirectamente a la igualdad y no discriminación²⁵, como por ejemplo los derivados de la conciliación de la vida familiar y laboral. En consecuencia, hoy día nos encontramos con que lo que la garantía de indemnidad protege es no sólo la represalia empresarial frente al ejercicio de los derechos fundamentales –entre los que destaca el derecho a la igualdad de trato y no discriminación– ; sino también la mera represalia empresarial no vinculada al ejercicio de un derecho fundamental constitucionalmente tutelado.

²³ ALVAREZ ALONSO, D: *La garantía de indemnidad del trabajador frente a represalias empresariales*, Bomarzo editorial, Albacete, 2005.

²⁴ En efecto, como tal institución la garantía de indemnidad fue creada por la doctrina del TC a partir de las Sentencias 7/1993 y 14/1993; reiterada en múltiples ocasiones con posterioridad –SSTC 54/1995, 197/1998, 140/1999, 199/2000, 5/2003, 87/2004, 38/2005 o la 16/2006. Este mecanismo estuvo vinculado en su origen al derecho a la tutela judicial efectiva –art. 24 CE–, de tal manera que la garantía de indemnidad no era sino considerada como consecuencia del ejercicio de la acción judicial en defensa de los derechos o intereses personales y particulares del trabajador afectado; puesto que como ha señalado el TC, la tutela judicial efectiva “no sólo se satisface mediante la actuación de los jueces y tribunales, sino también a través de la garantía de indemnidad. Esto significa que del ejercicio de la acción judicial o de los actos preparatorios o previos al mismo no pueden seguirse consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas para la persona que los protagoniza. En el ámbito de las relaciones laborales la garantía de indemnidad se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas del ejercicio por el trabajador de la tutela de sus derechos”.

²⁵ Sobre la garantía de indemnidad, entre otros, RODRÍGUEZ-PINERO y BRAVO-FERRER, M: “Tutela judicial efectiva, garantía de indemnidad y represalias empresariales”, en AAVV: *Derecho vivo del Trabajo y Constitución*, La Ley y MTAS editorial, 2003, pp. 635 y ss.; GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I: “La garantía de indemnidad por el ejercicio de acciones judiciales en la jurisprudencia constitucional”, en AAVV: *El proceso laboral*, Lex Nova editorial, Valladolid, 2001, pp. 245 y ss.; CASAS BAAMONDE, MºE: “La garantía de indemnidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en AAVV: *Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución Española*, La Ley editorial, 2006, pp. 697 y ss.

Este cambio de orientación o ampliación jurisprudencial de la garantía de indemnidad, hoy recogida en la disposición de la LOI transcrita líneas más arriba, y aplicable al ámbito de la relación jurídico laboral trae causa en la transposición de las Directivas comunitarias sobre igualdad y no discriminación a través de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, que modificó lo dispuesto en el art. 17 ET cuando señala que “*serán igualmente nulas las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación*”. Lo dispuesto en esta disposición estatutaria favoreció una interpretación amplia de la garantía de indemnidad, de tal manera que en todos los supuestos de represalias o perjuicios empresariales del tipo que sea frente a cualquier reclamación o acción de los trabajadores en defensa de sus derechos, con independencia de que sea o no una acción judicial (por ejemplo, queja, reclamación, denuncia, demanda o recurso) estarán sujetos a la citada garantía. Asimismo, esa garantía queda vinculada, de acuerdo a la disposición de la LOI, a cualquier reacción empresarial frente a las quejas presentadas por los trabajadores que estuvieren conectadas con actos considerados discriminatorios; reacción que –además- será considerada nula por discriminatoria. En consecuencia, y a la luz de la regulación actual, la garantía de indemnidad se eleva a derecho fundamental conectado con la prohibición de discriminación por razón de sexo, el ser víctima de una represalia por quejas discriminatorias²⁶.

4. Las responsabilidades indemnizatorias derivadas de comportamientos discriminatorios

Como se ha avanzado al comienzo de este trabajo, la última de las cuestiones que se pretendía abordar en este trabajo, no es otra que la de la reposición del derecho lesionado a través del contenido de la sentencia que ponga a fin a un procedimiento por vulneración del derecho a la discriminación por razón de sexo en el marco de las relaciones laborales. Como es sabido, el contenido de la sentencia tendrá el contenido general que proclama el art. 180 LPL. Así, la sentencia declarará, en primer lugar, que la discriminación se ha producido; en segundo lugar, declarará la nulidad radical del comportamiento y el cese inmediato del comportamiento discriminatorio. En tercer lugar, se señalará la reposición de las cosas al estado en que se

²⁶ En este sentido se pronuncia DE LA PUEBLA PINILLA, A: “Dimensión laboral de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres”, *Relaciones Laborales* nº 8, 2007. Versión electrónica, quien además distingue entre la garantía de indemnidad clásica y anudada al derecho a la tutela judicial efectiva, y la garantía de indemnidad por represalias, anudada a la prohibición de discriminación por razón de sexo.

encontraban antes de la discriminación, y –en cuarto lugar- el establecimiento de la indemnización que proceda²⁷.

Precisamente, uno de los aspectos sobre los que la LOI ha incidido ha sido el de la cuestión indemnizatoria; no en vano el art. 10 LOI, bajo el título de *Consecuencias jurídicas de las conductas discriminatorias*, dispone que “*los actos y las cláusulas de los negocios jurídicos que constituyan o causen discriminación por razón de sexo se considerarán nulos y sin efecto, y darán lugar a responsabilidad a través de un sistema de reparaciones o indemnizaciones que sean reales, efectivas y proporcionadas al perjuicio sufrido, así como, en su caso, a través de un sistema eficaz y disuasorio de sanciones que prevenga la realización de conductas discriminatorias*²⁸”. Esta disposición, junto con la D.A. 13^a de la LOI, que dispone el conjunto de modificaciones de la LPL, han venido a modificar los artículos 27.2²⁹ y 181 LPL. Concretamente el art. 181 LPL dispone que “*cuando la sentencia declare la existencia de vulneración, el Juez deberá pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización que, en su caso, le correspondiera al trabajador por haber sufrido discriminación, si hubiera discrepancia entre las partes. Esta indemnización será compatible, en su caso, con la que pudiera corresponder al trabajador por la modificación o extinción del contrato de trabajo de acuerdo con lo establecido en el Estatuto de los Trabajadores*”. Esto es, lo que la norma está admitiendo es la compatibilidad entre las indemnizaciones que le correspondieran al trabajador o trabajadora previstas en la normativa laboral con otras indemnizaciones que procedan por conductas discriminatorias.

²⁷ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^aF: La tutela laboral frente..., op. cit. pp. 224-225.

²⁸ Tal y como expone LOUSADA AROCHENA, J.: “Principio de igualdad y derecho a no ser discriminado en las relaciones de trabajo”, *Actualidad Laboral* nº 7, 2008, edición electrónica, la norma estaría indicando los siguientes efectos: 1.^º La consideración de «nulos y sin efecto» de «los actos y las cláusulas de los negocios jurídicos que constituyan o causen discriminación por razón de sexo». Una consecuencia jurídica impecable si consideramos que la nulidad es el efecto jurídico más radical derivado de una infracción de las leyes. Ahora bien, es una consecuencia jurídica de difícil aplicación en determinados supuestos fácticos, como cuando se trata de actos omisivos —por ejemplo, la no contratación—, salvo si interpretamos nulidad como efecto constructivo de lo omitido —una contratación forzosa—. 2.^º La exigencia de «responsabilidad a través de un sistema de reparaciones ... que sean reales, efectivas y proporcionadas al perjuicio sufrido». Dentro de las reparaciones se puede considerar la restitutio in integrum o reposición en la situación anterior a la conducta discriminatoria. 3.^º La exigencia de «responsabilidad a través de un sistema de ... (o) indemnizaciones que sean reales, efectivas y proporcionadas al perjuicio sufrido». Obsérvese que la indemnización se incluye dentro de un sistema de «reparaciones o indemnizaciones», lo cual nos conduce a pensar que la indemnización es la alternativa de la reparación si ésta no fuese factible, aunque en materia de igualdad de性os —como, en general, en materia de derechos fundamentales y libertades públicas— es difícil concebir la reparación íntegra, de donde siempre quedará un campo para la indemnización —y muy señaladamente en el ámbito de los daños morales—. 4.^º La exigencia de responsabilidad «así como (y) en su caso» —cuando se den las exigencias de tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad y punibilidad— «a través de un sistema eficaz y disuasorio de sanciones que prevenga la realización de conductas discriminatorias». Las sanciones, como garantía más imperfecta de cumplimiento de la norma jurídica, entran dentro de las consecuencias jurídicas de las conductas discriminatorias no en relación de alternatividad como «reparaciones o indemnizaciones», sino de eventual adición, al afirmar que se producen «así como (y) en su caso».

²⁹ Art. 27.2 LPL dispone que “*Lo anterior se entiende sin perjuicio de la posibilidad de reclamar, en los anteriores juicios, la indemnización derivada de discriminación o lesión de derechos fundamentales conforme a los artículos 180 y 181 de esta Ley*”.

En realidad, esta cuestión no es nueva, ni pacífica³⁰, por cuanto que desde hace tiempo se venía debatiendo acerca de la coordinación o compatibilidad de las indemnizaciones por lesión de derechos fundamentales y las previstas en la normativa laboral³¹. A pesar de lo anterior, la actual redacción del art. 181 LPL da por buena la interpretación que admite la compatibilidad de la indemnización que proceda por extinción del contrato y por lesión del derecho fundamental. En este sentido, se señala expresamente que «cuando la sentencia declare la existencia de vulneración, el Juez deberá pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización que, en su caso, le correspondiera al trabajador por haber sufrido discriminación, si hubiera discrepancia entre las partes. Esta indemnización será compatible, en su caso, con la que pudiera corresponder al trabajador por la modificación o extinción del contrato de trabajo de acuerdo con lo establecido en el Estatuto de los Trabajadores». La novedad se completa con la expresa referencia, en el nuevo art. 27.2 LPL, a la posibilidad de acumular a las acciones por despido o extinción del contrato la reclamación de daños³².

³⁰ Tal y como expone en un pequeño repaso de la jurisprudencia emitida, DE LA PUEBLA PINILLA, A: "Dimensión laboral de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres", *Relaciones Laborales* nº 8, 2007. Versión electrónica. La posibilidad de acumular a la demanda de nulidad del despido la reclamación de indemnización por los daños derivados de la discriminación o vulneración de un derecho fundamental ha sido admitida por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo que, en su sentencia de 12 de junio de 2001 (R.^º 3827/2000), señala que «tampoco es admisible afirmar que la única consecuencia legal del despido discriminatorio haya de ser la readmisión y abono de los salarios de tramitación, pues pueden existir daños morales e incluso materiales, cuya reparación ha de ser compatible con la obligación legal de readmisión y el abono de los salarios de trámite». El problema de la prohibición de acumular acciones a la de despido (art. 27.2 LPL) se resuelve considerando que «el proceso por despido es el idóneo para decidir sobre estos extremos debiendo entenderse desplazado el mandato del art. 27.2 de la ley procesal por el art. 182». La solución ha resultado más controvertida, sin embargo, cuando lo que se plantea es, tras haber obtenido la resolución judicial indemnizada del contrato por la vía del art. 50 ET, una reclamación indemnizatoria por los daños derivados de la lesión del derecho fundamental con fundamento en el derecho de daños. La Sala 4.^a del Tribunal Supremo había rechazado esta posibilidad considerando que «la causa o motivo de la resolución contractual es única, y habiéndose producido ésta en la esfera laboral, regida por el Estatuto de los Trabajadores, a esta norma habrá que estarse en virtud del principio de aplicación preferente de las disposiciones especiales, sin que quepa (...) acudir de nuevo al Código Civil (...) para, con base en el mismo incumplimiento contractual ya agotado en sus consecuencias indemnizatorias, obtener un nuevo resarcimiento de daños y perjuicios» (SSTS 3 de abril de 1997, R.^º 3455/1996 y 11 de marzo de 2004, R.^º 3994/2002). Pero la Sala I del mismo Tribunal ofreció una solución contraria en la STS 10 de abril de 1999 (R.^º 2934/1994) y reconoció una indemnización a favor de una trabajadora que había resuelto su contrato de trabajo por un incumplimiento empresarial vinculado a una discriminación por razón de sexo. Al margen de la crítica que merece el hecho de que la Sala de lo Civil conozca de una reclamación derivada del contrato de trabajo, lo cierto es que la solución no puede dejar de compartirse. La compatibilidad de las indemnizaciones depende de si hay sólo un daño o varios y está claro que unos mismos hechos pueden determinar daños distintos como pueden ser la extinción del contrato y el que genera la lesión del derecho fundamental. La indemnización del art. 50 ET sólo cubre el primero, de modo que es posible declarar una responsabilidad suplementaria. Hacia esta solución parece inclinarse finalmente también la Sala 4.^a del Tribunal Supremo que, en su sentencia de 17 de mayo de 2006 (R.^º 4372/2004), admite, aunque insistiendo en no separarse de su propia doctrina, la posibilidad de acumular a la demanda de resolución judicial del contrato la petición de una indemnización por daños y perjuicios derivados de la lesión de derecho fundamental.

³¹ Sobre la cuestión, DESDENTADO BONETE, A. y DE LA PUEBLA PINILLA, A: *Despido y jurisprudencia: La extinción del contrato de trabajo en la unificación de doctrina*, Lex Nova, 2002. Asimismo, en relación con la evolución jurisprudencial seguida, véase FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.^aF: "Indemnizaciones tasadas por daños con ocasión de la extinción del contrato de trabajo", *Revista de Derecho social* nº 29, 2005, pp. 47 y ss.

³² DE LA PUEBLA PINILLA, A: "Dimensión laboral de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres", *Relaciones Laborales* nº 8, 2007. Versión electrónica

Ahora bien, se han de hacer dos consideraciones sobre esta materia. La primera de ellas es quizás la más visible, y es que tal y como se ha regulado esta cuestión parece que cualquier otro tipo de comportamientos contrarios a los derechos fundamentales en el seno de la empresa fuera de los supuestos mencionados –modificación o extinción del contrato de trabajo- no obtendrían el mismo tratamiento. Esto es, ¿existe compatibilidad indemnizatoria cuando la empresa se niegue por ejemplo a permitir el acceso a cursos de formación de trabajadoras, o también cuando haya una falta sistemática de promoción profesional de trabajadores?. De acuerdo a la letra del precepto, parecería que la respuesta debería ser negativa, pero por otra parte, sin embargo, tampoco existe norma alguna que prohíba la compatibilidad de indemnizaciones. De ahí que, en principio, la respuesta que entiendo más favorable es la de entender que es posible la compatibilidad indemnizatoria. Si bien ello es así, tampoco hay que descartar que en la aplicación de la normativa y dado el silencio en el que se ha movido el legislador sobre esta cuestión concreta, pueda suceder que –respecto de estas conductas menores- se produzca una aglutinación de pretensiones que conduzca inevitablemente a la absorción de la indemnización derivada del incumplimiento contractual por la tuteladora del derecho fundamental; dando lugar a otros problemas como el de la determinación de la cuantía indemnizatoria o la estructura de la misma³³.

Por su parte, y ya en segundo lugar, se ha de mencionar que de la misma manera que parece que el debate anterior se zanja –compatibilidad de indemnizaciones-, parece abrirse de nueva otra que parecía ya resuelta. Y es que el actual art. 181 LPL cuando se refiere al deber del juez de pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización cuando se declare la existencia de vulneración de un derecho fundamental podría interpretarse como una invitación a considerar que tal indemnización es automática. Esta vinculación entre lesión del derecho fundamental y condena al resarcimiento de daños fue ya hace tiempo superada por el Tribunal Supremo y, aunque algún pronunciamiento reciente del Tribunal Constitucional no contribuye a clarificar la cuestión³⁴, no

³³ FERNÁNDEZ LÓPEZ, MªF: La tutela laboral frente..., op. cit. p. 240.

³⁴ Se trata de la STC 247/2006, de 24 de julio. Un trabajador había interpuesto demanda de tutela de la libertad sindical contra su empleadora por las conductas antisindicales de las que, a su juicio, estaba siendo objeto, consistentes básicamente en la prohibición por parte de la Consejería empleadora de su asistencia a las reuniones del comité de empresa al que pertenecía, su traslado sin causa a un nuevo puesto de trabajo, la reducción injustificada de su jornada de trabajo y la consiguiente reducción de su salario. En primera instancia y en suplicación se condenó a una indemnización pero el Tribunal Supremo advirtió "que no bastaba con que quedara acreditada la vulneración de la libertad sindical para que el Juzgador tuviera que condenar automáticamente a la persona o entidad conculcadora al pago de una indemnización, sino que para ello era de todo punto necesario, primero, que el demandante alegara adecuadamente en su demanda las bases y elementos clave de la indemnización reclamada, que justificara suficientemente que la misma correspondía ser aplicada al supuesto concreto de que se tratara, y diera las pertinentes razones que avalaran y respaldaran dicha decisión; y, en segundo lugar, que quedaran acreditados, cuando menos, indicios o puntos de apoyo suficientes en los que se pudiera asentar una condena de tal clase". El Tribunal Constitucional corrige la decisión del Tribunal Supremo por entender "que resulta patente que un trabajador que, como el recurrente, es sometido a un trato discriminatorio, derivado del ejercicio de funciones sindicales en defensa de sus compañeros de trabajo, de la intensidad y duración en el tiempo del que ha quedado acreditado en el relato de hechos probados, sufre un maltrato o daño psicológico que, con independencia de otras

parece que sea una necesaria consecuencia de la reforma legal. No en vano el precepto matiza que la declaración judicial sobre la cuantía de indemnización deberá hacerse cuando «*en su caso, le correspondiera al trabajador*», expresión que remite a la aportación de prueba sobre la existencia del daño y sobre su cuantía³⁵.

5.- La LOI y las reformas operadas sobre distintas modalidades procesales

5.1.- Modificaciones operadas por la LOI sobre el procedimiento de oficio

En relación con las modificaciones operadas sobre los distintos procesos laborales a partir de la LOI, debemos destacar la reforma realizada sobre el procedimiento regulado en los artículos 146 a 150 de la LPL –procedimiento de oficio³⁶-. Desde esta perspectiva, la gran reforma operada tiene que ver con el establecimiento de una nueva vía del procedimiento de oficio añadiendo un apartado d) al art. 146 LPL, que vendría a ser exclusiva para las discriminaciones por razón de sexo. Desde esta perspectiva, la modificación trae causa en la posibilidad de que este procedimiento pueda ser iniciado por la Inspección de Trabajo.

En efecto, de acuerdo a la regulación vigente, cuando la inspección de trabajo aprecie la existencia de conductas vulneradoras del derecho a la igualdad y no discriminación por razón de sexo, deberá levantar acta de infracción que así lo refleje o constate la eventual existencia de una discriminación por razón de sexo. Asimismo, deberá recoger las bases de los perjuicios estimados para el trabajador a los efectos de la determinación de la cuantía correspondiente. El legislador ha querido, a través de la modificación operada en el art. 146 LPL, que quien se haya visto discriminado por razón de sexo encuentre un impulso positivo y real de los poderes públicos y particularmente, en este caso, de la inspección de trabajo; a quien corresponderá iniciar un

consecuencias que puedan depender de las condiciones personales del sujeto afectado, se da en todo caso, sin que sea factible a veces aportar prueba concreta del perjuicio sufrido y de su cuantificación monetaria, dada su índole”.

³⁵ DE LA PUEBLA PINILLA, A: “Dimensión laboral de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres”, *Relaciones Laborales* nº 8, 2007. Versión electrónica

³⁶ Para quienes lo desconozcan, el procedimiento de oficio regulado en las disposiciones supra señaladas tiene como característica principal la de ser una excepción al principio dispositivo, en la medida en que sólo puede iniciarse a instancia de la Autoridad laboral competente. El procedimiento de oficio, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 146 LPL se divide en tres subtipos. La primera modalidad se produce como consecuencia de las certificaciones de las resoluciones firmes que dicte la autoridad laboral derivadas de las actas de infracción de la Inspección de trabajo y de Seguridad Social en la que se aprecien perjuicios económicos para los trabajadores afectados. La segunda modalidad se podrá iniciar como consecuencia de los acuerdos de la autoridad laboral competente, cuando ésta apreciará la existencia de dolo, coacción o abuso de derecho en la conclusión de los acuerdos de suspensión o extinción a que se refieren los artículos 47 y 51.5 del ET. La tercera modalidad, donde se inserta la modificación que estamos comentando, estaría vinculada –en, a su vez, sus tres subapartados a las resoluciones sancionadoras con estimación de perjuicios. Para mayor abundamiento, MONEREO PÉREZ, J.L y otros: Manual de Derecho procesal...op. cit. pp. 305-310.

procedimiento judicial en el que, prejudicialmente, el juez tendrá que determinar si ha existido una conducta discriminatoria por razón de sexo y en caso de respuesta afirmativa, procederá a fijar las indemnizaciones que correspondan a favor del trabajador.

5.2.- La modalidad procesal en materia de permisos por lactancia y reducción de jornada por motivos familiares, así como la resolución sobre discrepancias en relación con la conciliación de la vida laboral y familiar: el art. 138 bis LPL

Una de las mayores reformas procesales introducidas por la LOI tiene que ver con la modalidad procesal contenida en el actual artículo 138 bis LPL³⁷. Conviene tener en cuenta en relación con esta materia lo dispuesto en el art. 44.1 LOI que señala lo siguiente “*los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, se reconocerán a los trabajadores y trabajadoras (sic...) en forma que fomenten la asunción equilibrada de las responsabilidades familiares, evitando toda discriminación basada en su ejercicio*”. Por su parte, asimismo –como es sabido– la LOI reformó el art. 34 ET, introduciendo un nuevo apartado 8 que establece que “*El trabajador tendrá derecho a adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en los términos que se establezcan en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario respetando, en su caso, lo previsto en aquélla*”.

Que, sin perjuicio de lo anterior, el artículo 138 bis LPL concreta su objeto litigioso a las controversias en materia de concreción horaria y determinación del período de disfrute en los permisos por lactancia y por reducción de jornada por motivos familiares. En este sentido, el artículo 37.5 ET no se ha visto modificado –disposición que remite al art. 138 bis LPL para resolver las discrepancias en materia de concreción horaria y períodos de disfrute previstos en los apartados 4 y 5 del art. 37 ET; si bien el contenido sustantivo de estos permisos ha sufrido con la LOI ciertas variaciones.

En este contexto la LOI añade una nueva D.A. 17^a al ET por la que se establece que: “*Las discrepancias que surjan entre empresarios y trabajadores en relación con el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral reconocidos legal o*

³⁷ Fue la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, introdujo el artículo 138 bis LPL (de acuerdo con lo previsto en el artículo 37.6 ET), esto es, una modalidad procesal para solucionar las discrepancias que surjan entre trabajadores y empresario en torno a la concreción horaria y a la determinación del período de disfrute del permiso de lactancia y de la reducción de jornada por motivos familiares.

convencionalmente se resolverán por la jurisdicción competente a través del procedimiento establecido en el artículo 138 bis de la Ley de Procedimiento Laboral". Resulta evidente que a través de la D.A. 17^a al ET se altera el ámbito aplicativo del art. 138 bis LPL que pasa de solventar litigios acerca de controversias en materia de concreción horaria y determinación del período de disfrute en los permisos por lactancia y por reducción de jornada por motivos familiares a servir de cauce procedural para resolver ahora las discrepancias que surjan entre empresarios y trabajadores en relación con el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral reconocidos legal o convencionalmente. En consecuencia, el ámbito aplicativo del art. 138 bis LPL se ha expandido notablemente, abarcando ahora muchos más posibles litigios que los antes reducidos a controversias en materia de concreción horaria y determinación del período de disfrute en los permisos por lactancia y por reducción de jornada por motivos familiares. Ahora es la modalidad procesal en la que se ubicarán todas las controversias en relación con el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral reconocidos legal o convencionalmente³⁸.

³⁸ En este sentido, este sería el cauce procedural para solventar cualquier controversia relativa a los siguientes derechos, así como a cualesquiera otros relativos a la conciliación de la vida familiar y laboral: los derechos del trabajador a adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo, art. 34.8 ET; el derecho a licencia por matrimonio, art. 37.3.a) ET; licencias por nacimientos, fallecimientos, enfermedad etc. del art. 37.3.b) ET; licencia por traslado de domicilio, art. 37.3.c) ET; permisos para exámenes prenatales y preparación para el parto del art. 37.3.f) ET; permisos por lactancia del art. 37.4 ET; ausencias por hijos prematuros u hospitalizados tras el parto del art. 37.4.bis ET; permisos por guarda legal de hijos o familiares del art. 37.5 ET; derechos de la mujer víctima de violencia a reordenar y/o reducir su jornada, art. 37.7 ET; derecho a vacaciones excepto las concretas controversias relativas a la determinación de la fecha de disfrute que seguirán solventándose por el cauce del art. 125 LPL como modalidad procesal más específica que está ahora diseñada por el legislador; suspensiones del contrato con causa en maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural de un menor de nueve meses y adopción o acogimiento, tanto preadoptivo como permanente o simple, del art. 45.1.d) ET en relación con la extensión que para estos derechos se establece en los arts. 48.4, 48.5 y 48 bis ET.; suspensión del contrato con causa en violencia de género sufrida por la mujer del art. 45.1.n) en relación con el art. 48.6 ET; excedencias por cuidado de hijo y/o familiar así como las controversias causadas solicitando el reingreso (sin perjuicio entiendo de la acción de despido que pudiera suscitarse en su caso), del art. 46.3 ET.