
SUMARIO

- 1.- Algunas reflexiones previas
 - 2.- El acceso a la jurisdicción
 - 2.1.- Las coordenadas temporales del acceso
 - 2.2.- Las personas legitimadas para ejercitar la acción de tutela
 - 3.- La carga probatoria en la discriminación por sexo
 - 3.1.- La inversión de la carga de la prueba
 - 3.2.- El auxilio a los organismos públicos pertinentes para la demostración de las conductas discriminatorias
 - 4.- Modificaciones en el procedimiento de tutela art. 175 y ss. LPL
 - 4.1.- La compatibilidad de indemnizaciones
 - 4.2.- Nuevos requerimientos a la intervención del juez en los procedimientos de tutela
 - 5.- Modificaciones en el procedimiento de despido
 - 5.1.- El silencio del legislador sobre el despido de la trabajadora embarazada
 - 5.2.- La extensión de la protección más allá del tiempo de conciliación de la vida familiar y laboral en las suspensiones previstas en el art. 45.1.d) ET
 - 6.- Modificaciones en el procedimiento de oficio
 - 6.1.- La modificación formal del art. 149.2 LPL
 - 6.2.- Una nueva submodalidad procesal a instancias de la inspección de trabajo
 - 7.- La modalidad procesal del art. 138 bis LPL: su dimensión expansiva
-



Derivaciones procesales de la Ley de Igualdad (LO 3/2007). BIB 2007\813

Pablo Aramendi Sánchez. Magistrado. Juzgado Social 33 de Madrid

Publicación: Aranzadi Social num. 5/2007 (Estudio).
Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2007.

1- Algunas reflexiones previas

El objeto de este trabajo trata sobre las consecuencias directas o indirectas que la [LO 3/2007 \(RCL 2007, 586\)](#) provocará en su aplicación práctica forense. Sin embargo, antes de entrar en materia, considero necesario realizar algunas reflexiones genéricas acerca del alcance y contenido global de tan importante norma, reflexiones que pueden ser útiles para su correcta utilización en la jurisdicción social.

La LO 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, LOI, es una ley con voluntad de incidir en todo el ordenamiento jurídico para hacer efectivo el derecho de igualdad de trato y oportunidades entre hombres y mujeres y conseguir eliminar la discriminación de la mujer.

Su Título Preliminar, arts. 1 y 2 fija con nitidez la voluntad universalista de la Ley cuando extiende sus efectos:

- a todos los ámbitos de la vida y singularmente a las esferas política, civil, laboral, económica, social y cultural
- a los poderes públicos, pero también a todas las personas y sectores, públicos y privados
- a todas las personas físicas o jurídicas que se encuentren o actúen en el territorio español, con independencia de su nacionalidad ¹, domicilio o residencia.

¹ Excede del ámbito de este trabajo, pero no dejará de suscitar controversias la voluntad aplicativa de esta ley a los inmigrantes irregulares que no pueden acceder al empleo y a la Seguridad Social.

Para alcanzar estos propósitos el legislador da cuerpo, de una parte a la propia LOI, introduciendo en el ordenamiento todo un elenco de disposiciones de aplicación general, y de otra a toda una serie de reformas que afectan específicamente a un conjunto de leyes ya vigentes que se ven modificadas parcialmente con el mismo propósito.

De este modo, las relaciones jurídicas de las que conoce el orden social, se verán afectadas no sólo por las modificaciones legislativas que de otras leyes específicamente laborales se realizan en sus Disposiciones Adicionales, sino también por su propio articulado y en lo que a cada concreta relación jurídica pudiera afectar.

No obstante debe tenerse en cuenta que en la LOI, en ocasiones, el legislador no legisla sino que adopta un papel similar al de un pedagogo - pretendiendo educar a los destinatarios de la norma para conseguir que adopten determinadas conductas-, o al de un prescriptor moral -fijando los comportamientos que considera adecuados o «políticamente correctos» y aquellos que se apartan de ese código de conducta que proclama-.

Y no actúa como legislador pues se trata de normas que no van acompañadas de una sanción institucionalizada que garantice su aplicación y cumplimiento conforme las reglas del ordenamiento jurídico. No estaríamos entonces en presencia de auténticas normas jurídicas, sino de normas a lo sumo morales cuya transgresión podría dar lugar a un reproche social, pero que no generarían derechos en favor de quienes eventualmente pudieran verse perjudicados por comportamientos contrarios a lo que el legislador prescribe ².

² Una nota que diferencia las normas jurídicas de las normas morales es que sólo aquéllas, frente a su incumplimiento, establecen una sanción externa e institucionalizada, suficiente y necesaria para lograr su eficacia o alternatively la reparación del daño causado con su incumplimiento. Ver en este sentido MANUEL ATIENZA en «El sentido del derecho», Edit. Ariel 2001, pg. 67 y ss.

Un supuesto paradigmático de lo que digo se encuentra en el, por otra parte criticado por «excesivo», art. 75 de la LOI sobre participación de las mujeres en los consejos de administración de las sociedades mercantiles. Nos dice el legislador que estas sociedades procurarán incluir en su consejo de administración un número de mujeres que permita alcanzar una presencia equilibrada en dicho órgano.

Así la norma es evidente que el objetivo que en ella se propone, sólo se procurará alcanzar. Más que un mandato de observancia exigible y que pueda ser invocado por aquellas mujeres en cuyo interés se supone adquirió rango normativo, es una recomendación moral que no va acompañada de la correspondiente sanción, que no sería otra que legitimar causalmente a quien pudiera verse perjudicado por ello para obtener la reparación debida.

Igual ocurre con el art. 73, más cercano a nuestra jurisdicción, en el que se establece que las empresas podrán asumir la realización voluntaria de acciones de responsabilidad social y podrán concertarla con los representantes de los trabajadores.

Así la norma, de nuevo se evidencia que ni genera un derecho exigible por nadie a favor de acciones de responsabilidad social destinadas a promover la igualdad, ni que tampoco, habilite a empresarios y trabajadores a emprender este tipo de acciones de responsabilidad, que perfectamente antes de la LOI podían haber adoptado sin precisar de la caución del legislador y porque ninguna cortapisa legal se lo impedía.

Un rápido rastreo de la LOI evidencia que en otros muchos capítulos aparecen este tipo de normas morales o imperfectamente jurídicas. Así en el Capítulo I Título II sobre políticas públicas para la igualdad arts. 14 a 35, en el Título III sobre igualdad y medios de comunicación, arts. 36 a 41, y en los Capítulos IV y V del Título V sobre políticas de igualdad en las fuerzas armadas y en los cuerpos de seguridad, arts. 65 a 68, etcétera.

El afán pedagógico del legislador alcanza una de sus mayores cimas en su voluntad de

erradicar lo que denomina el lenguaje sexista. Así el art. 14.11 LOI fija como criterio general de actuación de los poderes públicos «la implantación de un lenguaje no sexista en el ámbito administrativo y su fomento en la totalidad de las relaciones sociales, culturales y artísticas», criterio que luego la ley de nuevo impulsa en el art. 28.4 para la llamada sociedad de la información y en los arts. 37.1.b) y 38.1.b) para los medios públicos de comunicación.

Y no parece que con ello se esté refiriendo a comportamientos que, empleando el lenguaje, estén orientados a crear un entorno degradante u ofensivo, adecuadamente reprobados en el art. 7 LOI, sino que su intención es educarnos a todos para que no empleemos el género masculino cuando verbal o por escrito nos referimos a un colectivo integrado por personas de ambos sexos ³.

³ En mi opinión esta prescripción del legislador es un auténtico sinsentido. Como indica el profesor y académico Ignacio BOSQUE en respuesta a la conspicua parlamentaria Sra. Amparo Rubiales las lenguas no son el resultado de un conjunto de actos conscientes de los individuos, por lo que difícil resulta calificar de machista un lenguaje porque emplee el masculino para denominar a un colectivo integrado por personas de ambos sexos. La polémica a la que remito al lector apareció en El País. El artículo de la Sra. Rubiales «La RAE y el lenguaje» el 28-11-06 y la respuesta del Sr. Bosque «La RAE, las palabras y las personas» en la edición de 11-4-07.

Sin embargo el propio legislador cae en los «vicios» de los que nos pretende librar. Y así invito a la lectura del art. 73 LOI en la que se indica que «La realización de estas acciones podrá ser concertada con la representación de los trabajadores y trabajadoras, las organizaciones de consumidores y consumidoras y usuarios y usuarias...».

Tan cansado quedó después de esta retahíla que en el siguiente párrafo opta por lo más razonable y así dice «Se informará a los representantes de los trabajadores de las acciones...».

La siguiente reflexión previa que considero es preciso realizar hace referencia a las vinculaciones de la LOI con las Directivas comunitarias de las que se nutre.

En la Exposición de Motivos y en la Disp. Final 4ª se identifican como tales a:

- la [Directiva 76/207 \(LCEur 1976, 44\)](#) relativa a la aplicación del principio de igualdad entre hombres y mujeres en el empleo, modificada por la [Directiva 2002/73 \(LCEur 2002, 2562\)](#).

- la [Directiva 2004/113 \(LCEur 2004, 3568\)](#) sobre aplicación del principio de igualdad de trato entre sexos en el acceso a bienes y servicios

- la [Directiva 97/80 \(LCEur 1998, 123\)](#) relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por sexo (con relación a las jurisdicciones civil y contenciosa).

No se invoca en cambio como fuente comunitaria la más reciente [Directiva 2006/54 \(LCEur 2006, 1696\)](#), si bien es verdad que esta última es una refundición de otras cuatro anteriores que, por incorporarlas las deroga: las [Directivas 75/117 \(LCEur 1975, 39\)](#), [76/207, 86/378 \(LCEur 1986, 2880\)](#) y [97/80](#).

Indicar además que el legislador, que en este aspecto sigue la estela del legislador comunitario, manifiesta con esta ley una voluntad más acendrada de luchar contra la discriminación por razón de sexo que de hacerlo frente a las discriminaciones que traen causa en otra señal identitaria: edad, origen racial o étnico, orientación sexual, religión o convicciones y discapacidad, protegidas por las [Directivas 2000/43 \(LCEur 2000, 1850\)](#) y [2000/78 \(LCEur 2000, 3383\)](#) traspuestas al ordenamiento en su día por la Ley 63/2002.

Tal voluntad queda expresada desde el momento en que la voluntad proteccionista que dispensa a la mujer alcanza mayores cotas que las que proporciona al resto de subcolectivos de trabajadores identificados por las demás señales identitarias.

No obstante es cierto que, aun evidenciada esta diferencia, en alguna medida las modificaciones que introduce el legislador en la LOI van a poderse aprovechar frente a

conductas discriminatorias que traigan causa distinta del sexo de las personas. Desde esta perspectiva la lucha contra la discriminación por razón de sexo se convierte en un ariete que abre una mayor, aunque diferenciado nivel de protección para otros subcolectivos de trabajadores.

Finalmente señalar que la LOI responde también a la dialéctica que se suscita entre el legislador y el juez, cada uno desde su distinta posición en la actividad de creación y aplicación del ordenamiento jurídico.

Desde esta óptica, la LOI responde también a las resoluciones judiciales de tribunales nacionales o comunitarios en materia de discriminación por sexo. En unos casos para corregir interpretaciones de leyes precedentes no compartidas. En otros para incorporar con valor legislativo pronunciamientos judiciales que el legislador así asume como propios.

2- El acceso a la jurisdicción

El art. 12 [LOI \(RCL 2007, 586\)](#) contiene dos apartados.

El primero nos informa de que cualquier persona podrá recabar de los tribunales la tutela del derecho a la igualdad entre hombres y mujeres, de acuerdo con lo establecido en el art. 53.2 [CE \(RCL 1978, 2836\)](#) , incluso tras la terminación de la relación en la que supuestamente se haya producido la discriminación .

Al vincularse esta posibilidad de acceso a la jurisdicción para obtener tutela reivindicando la igualdad y no discriminación entre hombres y mujeres con el art. 53.2 CE lo hace con referencia al procedimiento específico de tutela y protección que para los derechos fundamentales diseña el legislador constitucional y cuya traducción al seno de la jurisdicción social nos deriva a la modalidad procesal del art. 175 y ss. [LPL \(RCL 1995, 1144, 1563\)](#) .

Hasta este punto el art. 12 LOI no introduce ninguna novedad significativa pues en el orden social las acciones en demanda de tutela de derechos fundamentales ya se canalizaban por esta modalidad procesal sin perjuicio de las excepciones previstas en el art. 182 LPL que en todo caso se han de considerar vigentes.

2.1- Las coordenadas temporales del acceso

Lo que sí es más novedoso, desde la posición del legislador, es la coetilla relativa a que la tutela podrá incluso recabarse tras la terminación de la relación en la que supuestamente se haya producido la discriminación.

Tal cuestión: necesidad de que estuviera vigente la relación contractual sobre la que presuntivamente se ha vulnerado el derecho fundamental, fue ya tratada por la [STS de 20-6-00 \(RJ 2000, 5960\)](#) .

Y ya entonces se decía que el ejercicio de la acción no se limitaba a que la relación contractual estuviera viva ni a que la lesión fuera actual, pudiéndose por tanto acceder a la tutela judicial en otro momento distinto, sin perjuicio obviamente de:

- que la pretensión pudiera no comprender en algunos casos todo el elenco declarativo, condenatorio y resarcitorio que se prevé en el art. 180.1 LPL

- que el ejercicio de la acción se encontraría en todo caso condicionado a que la demanda se interpusiera -conforme al mandato del art. 177.2 LPL- dentro del plazo general de prescripción o caducidad previsto para las conductas o actos sobre los que se concrete la lesión del derecho fundamental.

Pero hay que tener presente que conforme las [SSTC 7/1983 \(RTC 1983, 7\)](#) y [13/1989 \(RTC 1989, 13\)](#) , los derechos fundamentales son imprescriptibles, si bien ello «no es óbice para que, tanto en aras de la seguridad jurídica como para asegurar la protección de los

derechos ajenos, el legislador establezca plazos de prescripción determinados para las acciones utilizables frente a la vulneración concreta de uno de estos derechos».

Las reglas generales sobre prescripción de acciones derivadas del contrato de trabajo son las establecidas en el art. 59.1 y 2 [ET \(RCL 1995, 997 \)](#) y a ellas habrá que atenerse, si bien del art. 12.1 LOI podría deducirse que, por la imprescriptibilidad de los derechos fundamentales siempre cabría ejercitar una acción meramente declarativa de la vulneración causada, aun más allá de las reglas generales en materia de prescripción referidas.

El debate en términos procesales puede verse entonces desplazado de la posibilidad temporal del ejercicio de la acción a la existencia de un interés real precisado de tutela judicial de recabar tutela tras la terminación de la relación en la que se produjo la conducta discriminatoria. Y así parece que, sin perjuicio del respeto de los plazos de caducidad y prescripción, el legislador entiende que en este tipo de controversias, este interés sigue siendo real y actual para quien padeció discriminación y no estaría sometido al término del vínculo o de la relación en la que el daño se produjo. La discriminación afectaría directamente a un interés personal que por sí mismo es susceptible de excitar la tutela judicial.

2.2- Las personas legitimadas para ejercitar la acción de tutela

El segundo apartado del art. 12 LOI, hace referencia a las personas en las que reside la capacidad y legitimación para intervenir en los procesos judiciales que versen sobre el derecho a la igualdad de trato y no discriminación por razón de sexo.

Con carácter general la norma identifica como tales a las personas físicas o jurídicas con interés legítimo. Hasta aquí no hace sino reiterar lo ya establecido para todas las jurisdicciones por el art. 10 [LECiv \(RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892 \)](#) cuando califica como parte procesal legítima a todo aquel que resulte titular de la relación jurídica o del objeto litigioso.

Pero de modo más específico se remite en cada caso al procedimiento de aplicación que será en definitiva el que determine quienes han de ser las personas que presenten esa cualidad.

Ningún problema procesal se suscitará y las distintas leyes, y en concreto la LPL, resolverán todas las cuestiones relativas a la capacidad para ser parte, a las reglas para completar esa capacidad para las personas que carecen de ella, y a su representación y defensa en juicio.

Pero donde sí pueden presentarse problemas es al momento de determinar el tipo de asociaciones que se encontrarían legitimadas para defender los derechos personales de sus asociados.

El art. 12.2 LOI debe ponerse y para los litigios de los que conozca el orden civil en relación con el nuevo art. 11 bis LECiv que, por la Disp. Adic. 5ª LOI se crea.

Esta norma en su apartado 1 legitima a sindicatos y a asociaciones constituidas para la defensa de la igualdad de trato entre hombres y mujeres, para con autorización de sus personales afiliados o asociados, defender sus individuales derechos e intereses al respecto.

Y en su apartado 2, cuando los afectados sean una pluralidad de personas indeterminadas, legitima para demandar esos intereses difusos a estos mismos sindicatos, asociaciones y además a los organismos públicos, sin perjuicio de la propia legitimación procesal de los posibles afectados que pudieran determinarse.

A su vez y con relación a la jurisdicción contencioso-administrativa, el art. 12.2 LOI se debe relacionar con su Disp. Adic. 6ª que añade una letra i) al art. 19 de la [LRJCA \(RCL 1992, 2512, 2775; RCL 1993, 246 y RCL 1998, 1741 \)](#), estableciendo para esta jurisdicción los mismos criterios que se acaban de describir para el orden civil.

Con relación a la jurisdicción social el art. 12.2 LOI debe relacionarse:

-respecto de la defensa de intereses individuales con el actual y no modificado art. 20 LPL que sólo confiere esa capacidad al sindicato respecto de sus afiliados, mediando autorización.

- respecto de la defensa de intereses colectivos, que no cabría asimilar miméticamente a intereses difusos, con la capacidad que se confiere a sindicatos y comités de empresa en el ejercicio de la modalidad procesal de conflicto colectivo, arts. 151 y 152 LPL

- y también con la modalidad procesal de oficio a la que, como más adelante se verá se añade un nuevo supuesto d) al art. 146 en virtud del cual las comunicaciones de la Inspección de trabajo de las que se deduzcan actos discriminatorios por razón de sexo podrán constituir el punto de partida para el inicio de esta modalidad procesal.

Pero así como para los órdenes civil y contencioso, se amplía el ámbito de los agentes sociales legitimados para defender en esas jurisdicciones a sus asociados, el orden social no presenta variaciones y mantiene al sindicato como único agente capaz de intervenir en el proceso en defensa de los intereses personales de sus afiliados.

Este monopolio para litigar que al sindicato confiere el legislador no parece muy comprensible.

En primer lugar porque pueden existir muchos trabajadores no afiliados a un sindicato pero que sí lo sean a otro tipo de asociaciones defensoras de la no discriminación por razón de sexo. La libertad sindical en su vertiente negativa, precisamente justificaría que estas personas contaran con los mismos medios de protección que los que optaron por afiliarse a un sindicato.

En segundo lugar porque si el legislador encuentra justificado que sindicatos y asociaciones de este tipo puedan defender los intereses de sus asociados en los órdenes civil y contencioso, no existen razones de peso, salvo que se quiera dispensar un trato de favor a los sindicatos, y por este motivo no abrir esta potestad a otro tipo de organizaciones de la vida civil cada vez con mayor peso y calificación, para la defensa de unos intereses y situaciones que no siempre se corresponden con los genéricos de la llamada «clase obrera» sobre los que basan los sindicatos su legitimidad social.

En tercer lugar porque la postura del legislador nacional no se compadece con la legislación comunitaria y en concreto con el art. 6.3 de la [Directiva 76/207 \(LCEur 1976, 44\)](#) reformado por la [Directiva 2002/73 \(LCEur 2002, 2562\)](#) , ambas que se dicen trasponer al derecho interno por la LOI que se comenta.

En este artículo se indica 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».

No obstante considero que esta cerrazón del legislador, que ya se demostró también en la [Ley 62/2003 \(RCL 2003, 3093 y RCL 2004, 5, 892\)](#) que traspuso las [Directivas 2000/43 \(LCEur 2000, 1850\)](#) y [2000/78 \(LCEur 2000, 3383\)](#) , a favor del monopolio sindical en la jurisdicción social para defender intereses de asociados individuales, puede solventarse tras la [STC 52/2007 \(RTC 2007, 52\)](#) ⁴ que admite la capacidad de intervenir en el proceso social a entidades no sindicales en defensa de los intereses de sus asociados, siempre que concurra ese interés legítimo, interés que viene determinado por el objeto mismo que justifica la constitución del ente asociativo, de modo que si éste es para defender la no discriminación por razón de sexo, no existirían conforme la STC citada, razones que justificaran la negación de legitimación para tal defensa.

4 La [STC 52/2007 \(RTC 2007, 52\)](#) reconoció a una asociación profesional no sindical el derecho a instar acciones en la jurisdicción social en defensa de los intereses de sus asociados interpretando el art. 17 [LPL \(RCL 1995, 1144, 1563\)](#) a la luz de los arts. 24.1 [CE \(RCL 1978, 2836\)](#) y 7 [LOPJ \(RCL 1985, 1578, 2635\)](#).

Esta sentencia, unida a los argumentos que se acaban de exponer justificarían a mi entender el derecho de las asociaciones no sindicales cuya finalidad fuera luchar por la igualdad efectiva entre sexos, a contar con legitimación para intervenir en la defensa de los intereses personales propios de sus asociados en los mismos términos que los sindicatos y conforme el art. 20 [LPL \(RCL 1995, 1144, 1563\)](#).

Más discutible resultaría admitir que este tipo de asociaciones de la vida civil y en principio ajenas al más concreto ámbito del mundo del trabajo, pudieran para la defensa de intereses colectivos, acudir al cauce del procedimiento de conflicto colectivo. El art. 152 LPL legitima únicamente a sindicatos, asociaciones empresariales, empresarios y órganos de representación de los trabajadores en la empresa: comités y delegados de personal. No parece así que estas asociaciones encontraran cobijo en estos parámetros normativos y por cuanto su objetivo no es la defensa de los intereses de trabajadores o empresarios.

Excepción a lo que se acaba de decir la constituiría la legitimación para impugnar, por la modalidad procesal del conflicto, un convenio colectivo por resultar lesivo, art. 163.2.LPL, para los intereses de terceros no signatarios representados por una asociación promotora de la igualdad efectiva entre sexos.

Y además considero que este tipo de asociaciones estarían legitimadas para por el procedimiento ordinario y en sede laboral interponer acciones cuyos destinatarios constituyeran un grupo indeterminado de personas, que pese a su imposible individualización, se les pudiera considerar perjudicadas por decisiones contrarias a la igualdad efectiva entre sexos.

Y así nada impediría que estas asociaciones y por supuesto los sindicatos de trabajadores, pudieran incoar acciones frente a ofertas de empleo lanzadas a los medios por un empresario, injustificadamente selectivas por razón de sexo o que presentaran una imagen estereotipada de la mujer etc., con apoyo en las nuevas previsiones del art. 22 bis añadido a la [Ley 56/2003 \(RCL 2003, 2935\)](#) de Empleo por la Disp. Adic. 17ª LOI.

3- La carga probatoria en la discriminación por sexo

3.1- La inversión de la carga de la prueba

La Disp. Final 4ª de la [LOI \(RCL 2007, 586\)](#) ilustra sobre las Directivas comunitarias que se trasponen al ordenamiento jurídico nacional expresándose entre ellas la [Directiva 97/80 \(LCEur 1998, 123\)](#) sobre la carga de la prueba en los casos de discriminación por sexo, incorporándose ésta a las leyes procesales civil y contenciosa.

La citada Directiva, establecía en su art. 4 que corresponde a la parte demandada demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato cuando el demandante presente en el proceso, hechos, que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta.

Esta Directiva fue la fuente inspiradora del art. 97 [LPL \(RCL 1995, 1144, 1563\)](#), tanto en su inicial redacción dada desde el [RDLeg 1/95 \(RCL 1995, 997\)](#) como en la posterior hoy vigente desde el art. 40 de la [Ley 62/2003 \(RCL 2003, 3093 y RCL 2004, 5, 892\)](#), y que dispone que la inversión de la carga de la prueba procedería cuando de las alegaciones de la parte actora se dedujera la existencia de indicios fundados de discriminación.

En el ámbito de las relaciones laborales, y en el ejercicio de acciones donde se alegan actuaciones discriminatorias, el TC ha venido elaborando unas reglas para que opere el desplazamiento de la carga probatoria del demandante (a quien por directa aplicación del art. 217.2 [LECiv \[RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892\]](#), le correspondería demostrar la

existencia de este tipo de conductas), al demandado, reglas que, conforme entre otras muchas, la [STC 111/03 \(RTC 2003, 111\)](#) , se conocen como el «doble elemento de la prueba indiciaria»:

-la necesidad por parte del trabajador de aportar 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.

- para ello no basta una mera alegación o la afirmación del actor tildando de discriminatorio el proceder empresarial, sino que ha de acreditar la existencia de algún elemento que, sin servir para formar de una manera plena la convicción del Juez sobre la existencia de hechos atentatorios contra el derecho fundamental, le induzca a una creencia racional sobre su posibilidad.

Ello ha derivado en la consideración de que v. gr., [STC 342/06 \(RTC 2006, 342\)](#) , embarazo y despido como únicos datos indiciarios no bastan para que el desplazamiento de la carga tenga lugar, como tampoco, [STC 168/06 \(RTC 2006, 168\)](#) , el cese de un trabajador y su condición de representante sindical.

Y ello porque como indica la citada STC 342/06: «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 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 \(RTC 2003, 111\)](#) y [79/2004 \(RTC 2004, 79\)](#) «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».

De este modo se tiene que llegar a la conclusión de 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.

Se puede concluir en definitiva en el sentido de que TC y legislador laboral exigen que el desplazamiento de la carga probatoria opere cuando el demandante aporta al proceso esos indicios fundados de que el demandado pudo discriminar.

En el contexto que se acaba de reseñar surge ahora el art. 13 LOI, incluido en su Título I, y por tanto con vocación aplicativa para todo el ordenamiento jurídico. En él se dispone 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».

Esta norma debe ponerse inmediatamente en relación con la Disp. Adic. 5ª de la LOI que, para cumplir con las previsiones traspositivas de la Disp. Final 4ª añade un nuevo apartado 5 al art. 217 LECiv cuya actual redacción vierte directamente el párrafo que del art. 13 LOI se acaba de transcribir.

Sin embargo, el art. 13 LOI no respeta la redacción que sobre la inversión de la carga probatoria estableció la citada Directiva y se ha mantenido para la jurisdicción social, sino que ahora se indica que se desplaza al demandado la carga probatoria, «...en aquellos procedimientos en los que las alegaciones de la parte actora se fundamenten en actuaciones discriminatorias por razón de sexo...».

No es preciso por lo tanto que la inversión probatoria se condicione a una aportación por parte del demandante de indicios de los que inferir ese actuar discriminatorio del demandado, sino que le bastaría alegar de éste un comportamiento discriminatorio por razón de sexo para que la inversión operase. Parece por tanto, que al menos en materia de discriminación por sexo, el desplazamiento de la carga probatoria tiene lugar cuando el demandante aporta al proceso un presupuesto fáctico demostrativo de la posibilidad misma de la lesión y no es en cambio preciso aportar, medios probatorios adicionales, los indicios antes referidos. Bastaría, entiendo y conforme los arts. 13 LOI y 217.5 LECiv, la acreditación del hecho mismo del embarazo para que se produjera el desplazamiento de la carga probatoria.

Y esta novedosa propuesta del legislador, aun cuando encuentra respaldo en el apartado 2 del art. 4 de la Directiva 97/80 que autoriza a los Estados miembros a imponer un régimen probatorio más favorable a la parte demandante, no cabe duda de que suscite dudas y discrepancias.

Eludir para los otros órdenes jurisdiccionales, civil y contencioso, la necesidad demostrativa de indicios para que el desplazamiento de la carga probatoria tenga lugar puede llevar a situaciones procesales absurdas ¿bastaría alegar y obviamente demostrar pertenecer al sexo infrarrepresentado en un determinado contexto, para sólo con ello obligar al demandado a demostrar la razonabilidad de su proceder?

Y si eso es así ¿qué razones puede haber para que ese trato no se dispense en el ámbito de las relaciones laborales y sí en cambio en otras relaciones civiles o en las que intervienen las Administraciones Públicas?

Y finalmente, ¿si la carga probatoria exigida a quien demanda se limita a alegar actuaciones discriminatorias por razón de sexo, qué sentido tiene el poder asistirse en esta tarea de informe o dictamen evacuado por los organismos pertinentes?

Si el texto de los citados arts. 13 LOI y 217.5 LECiv no comenzase con el inciso «De acuerdo con las leyes procesales...», se podría llegar a la evidente conclusión de que se produce por voluntad del legislador y para el orden social una nueva vuelta de tuerca acerca de la inversión probatoria en la línea de lo que se acaba de comentar.

Sin embargo, la presencia de ese inciso tanto en la LOI como en el art. 217.5 LECiv, que actúa como supletoria de la LPL, estaría salvando para el orden social el específico mecanismo de inversión probatoria que se infiere de aplicar sus propias normas procesales, en concreto los arts. 96 y 179.2 LPL.

Estas normas y en la aplicación dada por el TC antes referida, conducirían a estimar que en nuestra jurisdicción, y con relación al mecanismo de inversión de la carga probatoria, la situación permanece invariable: deberán aportarse indicios fundados de los que inferir razonablemente la sospecha de un proceder discriminatorio para que se desplace la carga de la prueba del demandante al demandado en este tipo de procesos.

No obstante, y a ello volveré al tratar de las modificaciones operadas en el procedimiento de despido, en el orden social, la exigencia de aportar indicios fundados para tachar de discriminatoria la conducta del empresario, se dulcifica en materia de despido al menos,

desde el momento en que el legislador declara la nulidad, de forma subsidiaria para cuando no resultan procedentes, de los despidos de los trabajadores que ejerzan sus derechos de conciliación de la vida familiar y laboral y/o de las trabajadoras embarazadas.

3.2- El auxilio a los organismos públicos pertinentes para la demostración de las conductas discriminatorias

El 2º párrafo del art. 13.1 [LOI \(RCL 2007, 586\)](#) , reproducido en su integridad por el art. 217.5 [LECiv \(RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892\)](#) en su 2º párrafo indica que «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».

Esta norma debe ponerse en relación con el art. 95.3 [LPL \(RCL 1995, 1144, 1563\)](#) que ya preveía la posibilidad de que el juez social se dirigiera a los organismos públicos competentes, solicitándoles su dictamen, cuando se suscitara una cuestión de discriminación por razón de sexo.

Por lo tanto, lo novedoso en la LOI es la aplicación de este recurso a los órdenes civil y contencioso, no así por lo dicho, al orden social que ya contemplaba esa posibilidad en manos del juez, que podía, y entiendo que puede recabarlo, no sólo a instancia de parte sino de oficio, si lo estima oportuno.

Lo que sí constituye novedad es la posibilidad, que ahora se contempla con la LOI añadiendo un nuevo apartado 6 al art. 90 [ET \(RCL 1995, 997\)](#) , de que también la autoridad laboral pueda obtener este informe cuando se plantee la sospecha de que un convenio colectivo contuviera discriminaciones directas o indirectas por razón de sexo. En tal caso, indica esta norma, podrá recabar el asesoramiento del Instituto de la Mujer o de los Organismos de Igualdad de las CC AA, según proceda por su ámbito territorial.

Pero además prevé que en los casos en los que la autoridad laboral se hubiese dirigido al juez tachando un convenio colectivo de discriminatorio por razón de sexo, lo pondrá en conocimiento de esos organismos, sin perjuicio de las previsiones del art. 95.3 LPL. Lo que debe interpretarse en el sentido de que la autoridad laboral pone de manifiesto la existencia de un litigio de estas características para prevenir al Instituto de la Mujer o al correspondiente Organismo de Igualdad de la Comunidad Autónoma de la eventual colaboración que podría serle requerida por el juez que debe pronunciarse sobre la invocada discriminación por razón de sexo, en aplicación de las previsiones del citado art. 95.3 LPL. Medida poco reforzada desde una óptica procesal, cuando el legislador bien podía haber establecido que en estos supuestos el juez se viera obligado a interesar un informe con cargo a estos organismos, no por ello vinculante y sustitutorio de su decisión, pero que sí le podría servir para una adecuada contextualización de la cuestión litigiosa, lo que puede resultar muy útil sobre todo en aquellos litigios donde lo que se invocan son discriminaciones por sexo de tipo indirecto.

Tanto si el dictamen del Instituto de la Mujer o de los Organismos de Igualdad eventualmente existentes en las CC AA es requerido de oficio por el juez o a instancia de parte, estaríamos frente a una prueba pericial de las específicas referidas en el art. 340.2 LECiv, pues no en vano, tanto su Ley 16/83, creadora, como el [RD 774/97 \(RCL 1997, 1467\)](#) que la desarrolla, disponen que las funciones de este Instituto consisten entre otras en estudiar acerca de la situación de la mujer, realizar informes al respecto, realizar seguimientos sobre la normativa vigente y su aplicación, así como, conforme la previsión contenida en la Disp. Adic. 27ª de la LOI, realizar estudios sobre la discriminación.

Similares fines en el ámbito de sus competencias territoriales se atribuyen a los organismos sobre igualdad creadas por las distintas CC AA.

Tratándose por tanto de organismos públicos que conocen de la situación de la mujer y de la discriminación por razón de sexo, sus pericias encajarían en las previsiones del citado art.

340.2 LECiv y ésta y no otra es la razón por la que el legislador prevé de su asistencia en el proceso judicial y en los términos establecidos en las distintas leyes procesales.

En el orden social como se ha visto conforme las previsiones del art. 95.3 LPL para todo tipo de procesos y de forma específica el art. 90.6 ET para la acción de nulidad convencional es plausible obtener este tipo de dictámenes.

4- Modificaciones en el procedimiento de tutela art. 175 y ss. LPL

Dos modificaciones esenciales por mor de la [LOI \(RCL 2007, 586\)](#) se introducen en esta modalidad procesal:

- de una parte la posibilidad de hacer compatible la indemnización reparadora de las consecuencias causadas por la vulneración de algún derecho fundamental con otras a las que el trabajador tuviera derecho por su contrato
- de otra el establecimiento de una obligación de pronunciamiento judicial acerca de dicha cuantía cuando hubiera discrepancia entre las partes.

Pero ambas modificaciones se adoptan sin variar el diseño normativo de esta modalidad procesal, necesitada, por razón de las diversas alteraciones y añadidos desde su inicial redacción en el [RDLeg 521/90 \(RCL 1990, 922, 1049\)](#) , de una reforma de mayor calado, que como otras muchas precisa actualmente la [LPL \(RCL 1995, 1144, 1563\)](#) .

Y así ocurre que una modalidad procesal inicialmente prevista para la tutela de un derecho fundamental específico, la libertad sindical y a la que se refieren los arts. 175 a 180, se aplica por virtud del art. 181 para la tutela de los demás derechos fundamentales, incluida la prohibición de discriminación y acoso ⁵.

⁵ Y así hoy día se da la paradoja de que más carga de trabajo aportan a la jurisdicción social litigios en los que se ven comprometidos derechos fundamentales de los llamados inespecíficos, mientras que los derechos fundamentales específicamente laborales; huelga y sindicación, generan menor litigiosidad, pese a lo que su tutela se sigue canalizando por un procedimiento inicialmente pensado y aún hoy titulado en defensa de la libertad sindical.

4.1- La compatibilidad de indemnizaciones

Por esta razón la primera de las novedades que introduce la LOI: la posibilidad de hacer compatible la indemnización reparadora de las consecuencias causadas por la vulneración de algún derecho fundamental, se contempla por el legislador en el art. 180.1 y para la tutela del derecho de libertad sindical y de nuevo en el art. 181 para las demandas de tutela de los demás derechos fundamentales, incluida la prohibición de tratamiento discriminatorio y de acoso.

Pero a su vez, y como quiera que el art. 182 LPL, deriva hacia otras modalidades procesales (los litigios en materia de despido y demás causas de extinción del contrato, de vacaciones, materia electoral, impugnación de estatutos de sindicatos y su modificación e impugnación de convenios, en los que se invoquen vulnerados derechos fundamentales), la voluntad de legislador orientada ahora a asegurar la posibilidad de interesar siempre el percibo de la indemnización reparadora por la transgresión de esos derechos fundamentales, obliga a modificar a su vez el art. 27.2 LPL en materia de acumulación de acciones para, introduciendo un nuevo segundo párrafo, permitir que en las acciones contempladas en el art. 27.2 1º párrafo (es decir, las de despido y extinción de contrato de los arts. 50 y 52 [ET \[RCL 1995, 997\]](#) , las de materia electoral, las de impugnación de convenios, las de impugnación de estatutos de sindicatos y las propias de tutela de derechos fundamentales), se pueda en todo caso reclamar, la indemnización prevista en los arts. 180 y 181 LPL, sin que ello suponga una indebida acumulación de acciones.

De lo dicho hasta ahora la primera conclusión que puede sacarse es que la LOI presenta unos efectos expansivos que afectan al tratamiento procesal de toda demanda de tutela sea

cual sea el derecho fundamental vulnerado. Al modificarse la LPL en los arts. 180.1 y 181, el cambio operado no afectará sólo a los litigios por discriminación por sexo, sino a todos aquellos en los que se consideren comprometidos derechos fundamentales y libertades públicas, incluidas las conductas discriminatorias y de acoso.

Y la segunda conclusión es que a partir de ahora queda en desuso el debate suscitado en sede judicial ⁶ relativo a la oportunidad de instar acciones en demanda de indemnizaciones reparatorias por la vulneración de algún derecho fundamental cuando el trabajador hubiera a su vez percibido la indemnización legal que le pudiera corresponder por despido o extinción del contrato.

⁶ Es de interés recordar al respecto la [STS de 11-3-04 \(RJ 2004, 3401\)](#) Rec. 3994/02 y la posterior de [17-5-06 \(RJ 2006, 7176\)](#) Rec. 4372/04 y de mayor interés aún la lectura de sus votos particulares con los que muestro mi conformidad y de los que se infiere con claridad que pueden concurrir dos daños (conductas pluriofensivas): la pérdida del empleo y los causados por atentar contra otro derecho, en este caso fundamental, que merece una reparación adicional, específica y diferenciada.

Y en línea con lo que se acaba de indicar, resulta que con estas modificaciones, se armoniza la jurisdicción social con las previsiones del art. 6.2 de la [Directiva 76/207 \(LCEur 1976, 44\)](#), modificada por la [2002/73 \(LCEur 2002, 2562\)](#), que ordena a los Estados miembros para introducir en sus ordenamientos las medidas necesarias para garantizar la indemnización o la reparación real y efectiva del perjuicio sufrido por una persona discriminada por razón de sexo, pero también con los arts. 15 de la [Directiva 2000/43 \(LCEur 2000, 1850\)](#) y 17 de la [Directiva 2000/78 \(LCEur 2000, 3383\)](#) que mandatan para establecer un régimen de sanciones que podía incluir indemnizaciones efectivas, proporcionadas y disuasorias para las víctimas de discriminación por el resto de señas identitarias protegidas por esas normas.

Con carácter general y transversal, estas previsiones del ordenamiento comunitario y para las conductas discriminatorias por razón de sexo se reiteran en el art. 10 LOI, donde se diferencia un sistema de reparaciones o indemnizaciones reales, efectivas y proporcionadas al perjuicio sufrido, de adicionales mecanismos sancionadores administrativos y todo ello como antes se indicó tiene su traducción específica en el ordenamiento laboral a través de las modificaciones operadas en los arts. 180.1 y 181 LPL.

4.2- Nuevos requerimientos a la intervención del juez en los procedimientos de tutela

Pero, por todo lo dicho, muy limitada sería la interpretación de las modificaciones legislativas operadas si se entendiera que con ello el legislador sólo ha pretendido compatibilizar las indemnizaciones por vulneración de derechos fundamentales, incluida la discriminación y el acoso, con las otras previstas por incumplimientos en materia de legalidad ordinaria.

El art. 10 [LOI \(RCL 2007, 586\)](#) de forma clara expresa que los actos y cláusulas contractuales discriminatorios por razón de sexo se considerarán nulos y darán lugar a un sistema de reparaciones e indemnizaciones reales, efectivas y proporcionadas.

Esta previsión en el orden social se traduce en el mandato dirigido al juez en el art. 181 [LPL \(RCL 1995, 1144, 1563\)](#), en una redacción escasamente afortunada, en el que se dispone que éste deberá pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización que en su caso correspondiera al trabajador por haber sufrido discriminación, si hubiere discrepancia entre las partes.

La duda que suscita ⁷ es hasta qué punto con ello también se pretende resolver otro debate presente en sede judicial y es el relativo a la automaticidad de las indemnizaciones, una vez evidenciada en el proceso la vulneración de un derecho fundamental.

⁷ En este sentido DE LA PUEBLA PINILLA, Ana en «Dimensión laboral de la [Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo \(RCL 2007, 586\)](#) para la igualdad efectiva de mujeres y hombres», en Relaciones Laborales núm. 8/2007, pg. 71.

Lo que no resulta a mí entender cuestionable es que vulnerado un derecho fundamental y más concretamente, cuando para ello se adoptan conductas discriminatorias o de acoso, la reparación de las consecuencias no es plena si no conlleva el abono de una indemnización. Desde esta perspectiva sí podría hablarse de automaticidad.

Ahora bien, no puede olvidarse que la justicia es rogada y que por tanto a la parte le corresponderá pedir ser indemnizada en su demanda, siendo ésta una premisa imprescindible para que el juez pueda reconocer tal derecho.

La otra premisa para obligar a la intervención del juez, corolario imprescindible de la anterior y por ello de gratuita presencia en la norma, es que la solicitud de indemnización para que el juez se pronuncie ha de tener lugar en el proceso y con la oposición del demandado, siendo así la discrepancia entre las partes la que excita la existencia misma del litigio y la necesidad de que el juez se pronuncie resolviendo la controversia, tal como creo que debe deducirse del último inciso de este art. 181 LPL reformado cuando dice «...si hubiera discrepancia entre las partes».

El mandato que promueve el necesario pronunciamiento del juez acerca de la indemnización en este tipo de procesos, a lo que le obligaría, cuando recibe una demanda en la que la indemnización se interesa, es a que ésta se articule conforme las exigencias fácticas precisas para colmar lo dicho por el TS en sentencias como las de [28-2-00 \(RJ 2000, 2242\)](#), [20-1-97 \(RJ 1997, 620\)](#) y [22-7-96 \(RJ 1996, 6381\)](#) entre otras, y que se apartaron de la precedente de [9-6-93 \(RJ 1993, 4553\)](#) que había sentado un inicial criterio a favor de la automaticidad indemnizatoria.

El criterio sostenido por el TS, avalado también por la [STC 247/06 \(RTC 2006, 247\)](#), consiste en que en los supuestos en los que se pretende una indemnización, no basta con que se demuestre la vulneración de un derecho fundamental para que con ello se produzca la automática condena reparadora.

Requiere el Tribunal Supremo como hecho constitutivo de esta clase de pretensión, lo que arrastra una exigencia en el comportamiento procesal del demandante, que éste alegue en su demanda adecuadamente las bases y elementos clave de la indemnización que reclama que justifiquen suficientemente su aplicación al caso concreto aportando las razones que lo avalen.

Precisamente si el demandante no aporta con su demanda las bases y elementos clave de la indemnización que reclama, es cuando debe intervenir el juez, ahora movido por la obligación que le impone el art. 181 [LPL \(RCL 1995, 1144, 1563\)](#), para haciendo uso de las previsiones del art. 81.1 LPL advertirle de las imprecisiones y defectos de su demanda para que en 4 días las corrija, permitiéndose con ello el adecuado enjuiciamiento de la pretensión indemnizatoria.

No obstante debe tenerse en consideración la dificultad manifiesta que recae en el demandante en este tipo de procesos por la incertidumbre que suscita la imposibilidad de, con claridad, establecer qué debe entenderse por las bases y elementos clave de la indemnización.

La dificultad no se presenta cuando lo que se reclaman son daños materiales. En tal caso su identificación y cuantificación, sin perjuicio de su probanza, son relativamente sencillos.

El problema surge cuando se reclaman daños morales. En tal caso fijar las bases y elementos clave de la indemnización que se solicita puede llegar a ser un arcano que se abandone a la «arbitrariedad judicial», lo que crea un problema de inseguridad jurídica que tampoco resuelve la LOI.

En estos supuestos, en mi opinión, la justificación de la cuantía indemnizatoria no puede establecerse conforme criterios de valoración empíricamente verificables (daño emergente y lucro cesante), sino conforme criterios de razonabilidad social.

Cuando de daños morales se trata, la intensidad de la lesión infligida al derecho fundamental vulnerado y la eficacia reparadora de la cuantía indemnizatoria solicitada sólo pueden precisarse a través de parámetros valorativos difusos al momento de su concreción cuantitativa, pero no por ello irrazonables. Deberá atenderse en suma a criterios de razonabilidad tales como:

- el repudio social que merece la trasgresión del derecho fundamental violentado, atendiendo para ello a las peculiaridades personales del agresor y la víctima,
- la intensidad y duración del dolor padecido por la víctima
- la eficiencia precisa de la medida indemnizatoria adoptada para satisfacer adecuadamente a la víctima en el daño causado
- y el carácter ejemplarizante de la medida para comportamientos futuros del agresor y en general de toda la sociedad que espera del poder judicial la adopción de decisiones adecuadas de protección y salvaguarda para el libre ejercicio de los derechos fundamentales.

Más allá, creo, cuando de daños morales se trata, no puede irse, y pienso que también así opina el TC tras la lectura de la STC 247/06, antes citada, que revocó lo dicho por el TS el [21-7-03 \(RJ 2003, 6941\)](#) .

Requiere también el TS que el juicio ofrezca un determinado resultado probatorio: que queden acreditados indicios o puntos de apoyo de los que se pueda sentar una condena de tal clase.

El requerimiento hace referencia, no ya a la exigencia probatoria de si se vulneró o no el derecho fundamental, cuestión que ha tenido que ser resuelta previamente y de modo positivo en la sentencia misma para dar paso a la reparación indemnizatoria, sino a la necesidad de aportar también en el acto del juicio:

-bien pruebas, al menos de tipo indiciario, sobre esas bases o elementos clave en que se apoya la indemnización solicitada, v. gr. sobre la intensidad y duración del dolor padecido

- bien puntos de apoyo, que no serían por tanto pruebas, sino criterios argumentativos, en apoyo de la indemnización, v. gr. para hacer ver el repudio social de la vulneración causada, la extensión de la medida para que sea efectivamente reparadora para la víctima etcétera.

Sobre esta segunda cuestión, requerida por el TS, la lectura de la LOI, no ofrece novedad alguna.

5- Modificaciones en el procedimiento de despido

Las modificaciones operadas en el procedimiento de despido afectan a la redacción del art. 108.2 [LPL \(RCL 1995, 1144, 1563\)](#) y no hacen más que trasladar a esta norma los cambios de carácter sustantivo que afectan a los arts. 53.4 [ET \(RCL 1995, 997\)](#) para los despidos objetivos y 55.5 ET para los despidos disciplinarios.

En definitiva, novedades procesales estrictas en materia de despido, la [LOI \(RCL 2007, 586\)](#) no introduce.

5.1- El silencio del legislador sobre el despido de la trabajadora embarazada

Y estas ausencias se echan de menos al no terciar el legislador en el debate abierto por la [STS de 19-7-06. \(RJ 2006, 6653\)](#) que interpreta el art. 55.5 apartado b) ET en el sentido de que, en los supuestos de despidos de trabajadoras embarazadas, el móvil discriminatorio del despido sólo se presume si el empresario conocía el hecho del embarazo y que por tanto este apartado de la citada disposición no contempla una declaración legal de nulidad del despido de toda mujer embarazada, por razón de su estado, sino que este nivel de protección sólo resultaría de aplicación para los casos en que se acreditara que el empresario conocía la

situación de la trabajadora, presupuesto éste necesario para que pueda hablarse de discriminación ⁸.

⁸ Una más amplia información sobre el tema puede consultarse en ARAMENDI SÁNCHEZ, Pablo «El despido de la trabajadora embarazada.- Un análisis de la [Sentencia de 19 de julio de 2006 \(RJ 2006. 6653\)](#) (Rec. 387/2005) del Pleno de la Sala IV Tribunal Supremo» ([BIB 2006. 1359](#)) en Revista Aranzadi Social núm. 13/2006.

No obstante, el hecho de añadir nuevos supuestos de nulidad orientados a la protección de las personas que hubieran hecho uso de sus derechos de conciliar su vida familiar y laboral o de los recursos que la ley ofrece para la protección de las trabajadoras embarazadas en todas las vicisitudes derivadas de su estado de gravidez, reafirma la idea, por otra parte sostenida en el numeroso voto particular de la STS citada, de que los arts. 53.4 y 55.5 ET recogen supuestos en los que la nulidad deriva directamente de la voluntad del legislador, sin encontrarse condicionada a que el empresario desplegara o no conductas discriminatorias. Dicho de otro modo, la declaración de nulidad de los despidos de estas personas no exigiría un previo pronunciamiento en positivo apreciando discriminación, sino que los despidos, objetivos o disciplinarios, serían nulos por no ser procedentes y afectar a estas personas en momentos concretos de disfrute de sus derechos de conciliación de la vida familiar y laboral o por el hecho mismo de encontrarse la trabajadora embarazada.

5.2- La extensión de la protección más allá del tiempo de conciliación de la vida familiar y laboral en las suspensiones previstas en el art. 45.1.d) ET

Además de recoger nuevos supuestos protegidos con la tacha subsidiaria de nulidad (riesgo durante la lactancia natural, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia natural, paternidad, violencia de género), el legislador añade un nuevo supuesto que amplía considerablemente el límite temporal de la protección y que se contempla en un nuevo apartado c) a los arts. 53.4 y 55.5 ET y al art. 108.2.LPL.

En él se precisa, reafirmando con ello que la nulidad es por voluntad legal y no está vinculada al hecho discriminatorio, que será nulo el despido de los trabajadores después de haberse reintegrado al trabajo al finalizar los periodos de suspensión del contrato por maternidad, adopción o acogimiento o paternidad, siempre que no hubieran transcurrido más de nueve meses desde la fecha de nacimiento, adopción o acogimiento del hijo.

Debe tenerse en cuenta antes de nada, que no todo posible derecho a conciliar la vida familiar está amparado en esta norma: sólo las suspensiones previstas en el art. 45.1.d) ET, por tanto las debidas a maternidad y adopción o acogimiento cuya duración prevé el art. 48.4 ET y la suspensión por paternidad cuya duración fija el art. 48 bis ET.

La medida que introduce el legislador para reforzar la protección de los trabajadores que disfruten de estos derechos se lleva a cabo estableciendo una suerte de presunción legal iuris tantum a favor de la nulidad del despido producido en este espacio temporal, destruible por el empresario si acredita la existencia de causas legítimas para la extinción conforme las previsiones del art. 49 ET.

Y tal presunción operaría a mi entender de forma automática de modo que el juez deberá declarar la nulidad de estos despidos en todos aquellos casos en que acreditada la concurrencia de los requisitos del art. 108.2.c) que el despido afectara a trabajadores después de haberse reintegrado al trabajo al finalizar los periodos de suspensión del contrato por maternidad, adopción o acogimiento o paternidad, siempre que no hubieran transcurrido más de nueve meses desde la fecha de nacimiento, adopción o acogimiento del hijo.

Finalmente, y para una adecuada aplicación de esta previsión legal, debe tenerse en cuenta que el tiempo protegido se computa no desde que el trabajador se haya incorporado a la empresa tras el disfrute del permiso o del periodo de suspensión del contrato, sino que la fecha inicio de cómputo es la del nacimiento, adopción o acogimiento del hijo, por lo que el plazo de esos nueve meses se verá en alguna medida consumido por el periodo de disfrute efectivo del permiso.

6- Modificaciones en el procedimiento de oficio

Con relación al llamado procedimiento de oficio regulado en los arts. 146 a 150 [LPL \(RCL 1995, 1144, 1563\)](#) , dos modificaciones se introducen de importancia dispar.

6.1- La modificación formal del art. 149.2 LPL

La primera hace referencia al art. 149.2 LPL por el que el legislador diseñó en su día una submodalidad procesal cuyo objeto era que la jurisdicción social realizase un pronunciamiento prejudicial en materias cuyo conocimiento objetivo le es propio y que sirviera de base para la resolución que se dictase en el procedimiento administrativo en el que un acta de infracción levantada por la Inspección de trabajo, relativa a las materias contempladas en la norma, hubiera sido impugnada por el sujeto responsable.

En este caso la reforma es de simple reacomodación del art. 149.2 LPL al ordenamiento jurídico, pues en su redacción hasta la [LOI \(RCL 2007, 586\)](#) se hacía referencia al art. 96 [ET \(RCL 1995, 997\)](#) y esta norma estaba derogada y su contenido se había trasladado al art. 8 de la LISOS, [RDLeg 5/2000 \(RCL 2000, 1804, 2136\)](#) . La reforma lo que hace es simplemente vincular ahora el art. 149.2 LPL al art. 8 de la LISOS si bien habrá que tener en cuenta que este último ha sufrido como consecuencia de la misma LOI alteraciones de importancia en lo relativo a su apartado 12 que recoge las posibles conductas empresariales discriminatorias.

6.2- Una nueva submodalidad procesal a instancias de la inspección de trabajo

La segunda reforma es de mayor calado y consiste en la adición de un nuevo apartado d) al art. 146 LPL.

De este modo la norma prevé ahora una nueva vía para el inicio del procedimiento de oficio, exclusivo para las discriminaciones que tengan al sexo como causa y que se distingue procedimentalmente por el hecho de que su impulsor no es la autoridad laboral sino directamente el Inspector de Trabajo actuante.

De la norma se infiere que cuando dicho Inspector aprecie conductas discriminatorias por razón de sexo deberá levantar acta que así lo refleje (por tanto fijando con claridad los hechos por su actuación inspectora evidenciados con referencia a las fuentes de los que tales apreciaciones fácticas han sido obtenidas) y en la que además debe fijar las bases de los perjuicios estimados para el trabajador y que deriven de tal conducta discriminatoria (por lo que se le requiere un proceder equiparable al demandante en los procedimientos de tutela, de lo que se ha tratado con anterioridad, y con relación a la determinación de las bases y elementos clave de la indemnización que pudiera corresponder al perjudicado).

Busca así el legislador con esta medida que quien se haya visto discriminado por razón de sexo encuentre, para obtener una auténtica reparación en su derecho, un impulso positivo y real de los poderes públicos, en este caso de la Inspección de trabajo a la que se faculta para poner en marcha un procedimiento judicial en el que, prejudicialmente dentro del mismo, tendrá el juez que determinar que ha existido un actuar discriminatorio con causa en el sexo del perjudicado y de ser así procederá a fijar las indemnizaciones resarcitorias en su favor, siendo éste el objeto mismo del proceso.

Junto a esta previsión del legislador, la norma contiene un segundo párrafo que mandata al Inspector para que además de impulsar por sí mismo el procedimiento de oficio ante el juez, deberá comunicarlo a la autoridad laboral para que, en el supuesto de que se iniciara otro procedimiento de oficio bajo la cobertura de las previsiones del art. 146 c) en relación con el art. 149.2 LPL, dicha autoridad lo hiciera saber al órgano jurisdiccional competente a efectos de la acumulación de acciones.

Esta previsión no va acompañada de ninguna modificación del mecanismo que para la

acumulación de acciones y autos se establece con carácter general en los arts. 27 y ss. LPL.

El supuesto previsto en el art. 146 d) LPL, aun definido como acumulación de acciones, sería más bien acumulación de autos, pues se trataría de dos procedimientos abiertos, uno por la Inspección de trabajo al amparo de las previsiones del art. 146 d) y otro por la autoridad laboral al amparo del art. 146 c), siendo la voluntad de la ley su acumulación en uno solo, por lo que debe concluirse en el sentido de que tal acumulación deberá adoptarse por el juez necesariamente siempre que tenga conocimiento de la pendencia de ambos procesos, correspondiendo su acumulación al juzgado que primero conociera de uno de ellos, previsiblemente el que habrá instado la Inspección de trabajo.

7- La modalidad procesal del art. 138 bis LPL: su dimensión expansiva

En mi opinión aquí se contiene la reforma de mayor calado procesal introducida por la [LOI \(RCL 2007, 586\)](#) .

Para su adecuada comprensión hay que tener en cuenta:

- que el art. 44.1 LOI establece que «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»

- que se reforma el art. 34 [ET \(RCL 1995, 997\)](#) introduciendo un nuevo apartado 8 que dice: El trabajador tendrá derecho a adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en los términos que se establezcan en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario respetando, en su caso, lo previsto en aquella.

- Que el art. 138 bis [LPL \(RCL 1995, 1144, 1563\)](#) , en su redacción no alterada, 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

- Que tampoco se modifica el art. 37.5 ET 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 de dicho art. 37, si bien el contenido sustantivo de estos permisos ha sufrido con la LOI ciertas variaciones.

En este contexto la LOI añade una nueva Disp. Adic. 17ª 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 convencionalmente se resolverán por la jurisdicción competente a través del procedimiento establecido en el artículo 138 bis de la Ley de Procedimiento Laboral».

De lo dicho interesa destacar un elemento novedoso que apunta esta reforma y que consiste en que los derechos que del trabajador se contraponen a los del empresario, no son sólo ya los que justificarían las obligaciones propias de su vida familiar, sino los intereses del trabajador generados por su propia vida personal.

Resulta evidente que por medio de esta Disp. Adic. 17ª 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 procedimental 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.

Por este alambicado mecanismo normativo ⁹, 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 convencionalmente.

9 Extraño resulta el comportamiento del legislador, cuya técnica en este caso deja mucho que desear. En lugar de modificar directamente el art. 138 bis [LPL \(RCL 1995, 1144, 1563 \)](#), introduce una nueva Disp. Adic. 7ª en una ley sustantiva, el [ET \(RCL 1995, 997 \)](#), y a su través remite al art. 138 bis para solventar todas las controversias en relación con el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, al tiempo que mantiene formalmente inmodificado el art. 138 bis LPL, que por la Disp. Adic. 7ª necesariamente se altera.

Surge entonces la duda de dónde se fijarían las fronteras de esta modalidad procesal y cuáles podrían ser las controversias que el art. 138 bis araña al procedimiento ordinario.

En mi opinión, parece que es voluntad de legislador que por este cauce procedimental se resuelvan los litigios acerca de:

- 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 ttas 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 esta 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.

Pero junto a todo este elenco de posibles controversias que un rastreo de la ley permite identificar, no cabe duda de que pueden existir muchas otras que se originen en la aplicación de derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, que traigan causa de los acuerdos alcanzados en la negociación colectiva.

Y parece también que cuando el legislador remite el art. 138 bis LPL para resolver las discrepancias en el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida familiar y laboral, no sólo estaría refiriéndose a la obtención de una resolución judicial condenando al cumplimiento

de una determinada obligación de hacer por parte del empresario, sino también a las consecuencias reparadoras e indemnizatorias en caso de incumplimiento.