

LEY ORGÁNICA

3/2007 de 22 de marzo

PARA LA IGUALDAD EFECTIVA DE MUJERES Y HOMBRES

GUÍA
SINDICAL



secretaría confederal
de la mujer

CCOO

Madrid, 2ª Edición noviembre 2009

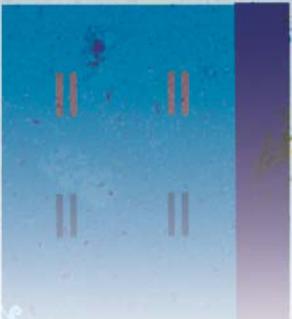
Edita: Secretaría Confederal de la Mujer de CCOO

Elabora: Secretaría Confederal de la Mujer de CCOO y Gabinete Jurídico Confederal de CCOO

Ilustración: Laura Lucas

Maquetación: Carmen de Hijes

Depósito legal: M-51661-2009



PRESENTACIÓN

En la promoción para la consecución de la igualdad entre mujeres y hombres ha sido fundamental el papel desempeñado por instituciones internacionales como Naciones Unidas o la Organización Internacional del Trabajo. Estos organismos han aprobado documentos tan relevantes como la *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*, (CEDAW), aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en 1979 o la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo de 1998, relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo. Igualmente significativos han sido los avances conseguidos por conferencias mundiales sobre la mujer, como la de Nairobi de 1985 y Beijing de 1995.

La igualdad también ha sido un principio fundamental en la Unión Europea. Desde la firma del Tratado de Ámsterdam en 1999, la igualdad entre mujeres y hombres y la eliminación de las desigualdades entre unas y otros han sido objetivos a integrar en las políticas y acciones de la Unión, en su conjunto, y de cada uno de sus miembros individualmente considerados. En este sentido, la *Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres (LOIEMH)*, responde en cierta medida a la obligación de

transponer al ordenamiento español dos directivas en materia de igualdad: la 2002/73/CE, de reforma de la Directiva 76/207/CEE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo; y la Directiva 2004/113/CE, sobre aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios y su suministro, actualmente refundidas en la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de diciembre de 2006.

La primera de las directivas mencionadas introduce el principio de transversalidad, al emplazar a los estados miembros de la UE a tener en cuenta de manera activa el objetivo de la igualdad entre hombres y mujeres en la elaboración de todo tipo de normas y en la aplicación de las distintas políticas y actividades. Incorpora, además, una serie de definiciones como la de “igualdad de trato”, “discriminación directa”, “acoso” y “acoso sexual” y refuerza el papel del diálogo social y la negociación colectiva como instrumento para buscar la igualdad entre mujeres y hombres en el mundo del trabajo.

En la exposición de motivos de la mencionada Ley de Igualdad, se alude a la necesidad de “una acción normativa dirigida a combatir todas las manifestaciones aún subsistentes de discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo y a promover la igualdad real entre mujeres y hombres”. El objetivo es, por tanto, avanzar hacia una igualdad “efectiva” que trascienda el derecho a la igualdad y a la no discriminación por razón de sexo, ya proclamado por el artículo 14 de la Constitución española. Para lograr este objetivo, la ley de la igualdad impri-

me un cambio importante al enfoque con el que, hasta la fecha, había sido tratada la igualdad entre mujeres y hombres en nuestra legislación nacional, incorporando a la persecución y sanción de las infracciones por discriminación, un nuevo carácter preventivo de esas conductas discriminatorias y una previsión de políticas activas para hacer efectivo el principio de igualdad pretendido.

La Ley, en su “vocación de erigirse en la ley-código de la igualdad entre mujeres y hombres”, no sólo define en el Título II el principio de transversalidad y los instrumentos para su integración en la elaboración, ejecución y aplicación de las normas, sino que busca la realización de este precepto proyectando el principio de igualdad sobre los diversos ámbitos del ordenamiento de la realidad social, cultural y artística en que pueda generarse o perpetuarse la desigualdad, efectuando para ello las correspondientes modificaciones normativas en un amplio abanico de leyes.

La Ley de Igualdad es también la respuesta a buena parte de las reivindicaciones sindicales y sociales de un marco normativo que garantizase efectivamente los derechos constitucionales de igualdad y no discriminación por razón de sexo. No es extraño, por tanto, la especial atención que el texto legal presta a la corrección de la desigualdad en el ámbito específico de las relaciones laborales, promoviendo en el marco de la negociación colectiva, la adopción de medidas concretas en favor de la igualdad en las empresas.

El Título IV se ocupa del derecho al trabajo en igualdad de oportunidades, incorporando medidas para garantizar la

igualdad entre mujeres y hombres en el acceso al empleo, en la formación y en la promoción profesionales, así como en las condiciones de trabajo. Se incluye además, entre los derechos laborales de los trabajadores y las trabajadoras, la protección frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo. Y al deber general de las empresas de respetar el principio de igualdad en el ámbito laboral, se añade, específicamente, el deber de negociar planes de igualdad en las empresas de más de doscientos cincuenta trabajadores y trabajadoras, así mismo se impulsa la promoción de la igualdad en el marco de la negociación colectiva mediante la adopción de medidas de acción positiva.

El nuevo permiso de paternidad es la medida más innovadora para favorecer la conciliación de la vida personal, familiar y laboral. Pero a la misma hay que sumar mejoras en el permiso de maternidad; en la reducción de jornada por guarda legal; en la excedencia voluntaria; así como en la excedencia tanto por cuidado de hijo o hija como por cuidado de familiares.

Las modificaciones en materia laboral comportan la introducción de las necesarias modificaciones de preceptos legales vigentes, para su acomodación a las nuevas exigencias y previsiones en relación a la igualdad entre mujeres y hombres. Las Disposiciones adicionales de la Ley recogen los cambios introducidos en normas laborales de tanta importancia como el Estatuto de los Trabajadores, la Ley General de la Seguridad Social, la Ley de Medidas Urgentes de Reforma del Mercado de Trabajo, la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, la Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública, o la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

El presente manual realiza un exhaustivo análisis jurídico del contenido laboral de la Ley de Igualdad, recogiendo de forma clara y sintética los diferentes derechos y prestaciones en materia laboral y de seguridad social.

La Secretaría confederal de la Mujer y el Gabinete Jurídico confederal de CCOO actualizan la edición realizada en 2007, que tan magnífica acogida ha tenido como documento de apoyo y asesoramiento en el trabajo sindical, incorporando las normas de desarrollo reglamentario, relacionadas con las materias tratadas, que en este tiempo se han producido.

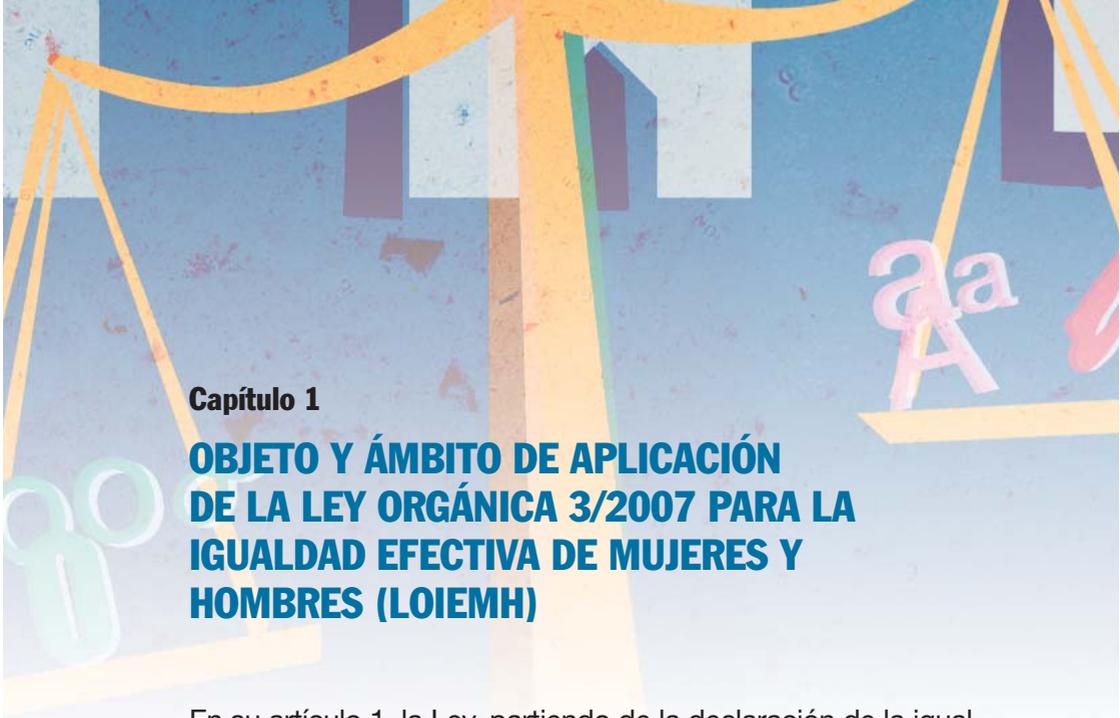
Presentamos esta publicación con el objetivo de favorecer la incorporación de los contenidos de la Ley de Igualdad a la práctica sindical de delegados y delegadas y facilitar su conocimiento a la población trabajadora en su conjunto para mejorar su comprensión y difusión y alcanzar una adecuada aplicación de la ley que permita avanzar en la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

Consideramos que la acción sindical y la negociación colectiva deben jugar un papel fundamental, en la difusión de las medidas recogidas en la Ley, garantizando y mejorando en su caso, los derechos relativos a las condiciones laborales que regula.

Carmen Bravo Sueskun

Secretaria Confederal de la Mujer de CCOO

<p>Capítulo 1. Objeto y ámbito de aplicación de la Ley orgánica 3/2007</p>		<p>13</p>
<p>Capítulo 2. Definiciones y conceptos que afectan a la igualdad de trato y oportunidades</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1. PRINCIPIO DE IGUALDAD DE TRATO ENTRE MUJERES Y HOMBRES 2. DISCRIMINACIÓN DIRECTA E INDIRECTA 3. ACOSO SEXUAL Y ACOSO POR RAZÓN DE SEXO 4. ACCIONES POSITIVAS 	<p>15</p>
<p>Capítulo 3. Los planes de igualdad y otras medidas de promoción de la igualdad. Negociación colectiva y derechos de la representación de los trabajadores y las trabajadoras</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1. PLANES DE IGUALDAD 2. NEGOCIACIÓN COLECTIVA 3. DERECHO DE LA REPRESENTACIÓN LEGAL DE LOS TRABAJADORES Y LAS TRABAJADORAS 	<p>23</p>
<p>Capítulo 4. Maternidad, adopción y acogimiento</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1. SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO Y PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL 2. FUNCIONARIADO PÚBLICO Y PERSONAL ESTATUTARIO DE LOS SERVICIOS DE SALUD 	<p>31</p>
<p>Capítulo 5. Paternidad</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1. SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO Y PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL POR PATERNIDAD 2. FUNCIONARIADO PÚBLICO Y PERSONAL ESTATUTARIO DE LOS SERVICIOS DE SALUD 	<p>49</p>
<p>Capítulo 6. Otros derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1. JORNADA DE TRABAJO 2. PERMISOS RETRIBUIDOS 3. PERMISO POR LACTANCIA 4. REDUCCIÓN DE JORNADA POR MOTIVOS DE CONCILIACIÓN DE LA VIDA FAMILIAR Y LABORAL 5. EXCEDENCIAS POR MOTIVOS DE CONCILIACIÓN DE LA VIDA PERSONAL, FAMILIAR Y LABORAL 	<p>67</p>
<p>Capítulo 7. Riesgo durante el embarazo y la lactancia natural</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1. RIESGO DURANTE EL EMBARAZO 2. RIESGO DURANTE LA LACTANCIA NATURAL DE MENORES DE NUEVE MESES 	<p>85</p>
<p>Capítulo 8. Vacaciones</p>		<p>97</p>
<p>Capítulo 9. Otros derechos en materia de seguridad social</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1. PERÍODOS DE COTIZACIÓN ASIMILADOS AL PARTO 2. PROTECCIÓN POR DESEMPLEO 	<p>99</p>
<p>Capítulo 10. Tutela contra la discriminación</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LAS CONDUCTAS DISCRIMINATORIAS 2. TUTELA JUDICIAL 3. TUTELA ADMINISTRATIVA 	<p>103</p>



Capítulo 1

OBJETO Y ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY ORGÁNICA 3/2007 PARA LA IGUALDAD EFECTIVA DE MUJERES Y HOMBRES (LOIEMH)

En su artículo 1, la Ley, partiendo de la declaración de la igualdad en dignidad humana y en derechos y deberes de mujeres y hombres, dispone que su objeto es hacer efectivo el derecho de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, en particular mediante la eliminación de la discriminación de la mujer, sea cual fuere su circunstancia o condición, en cualesquiera de los ámbitos de la vida y, singularmente, en las esferas política, civil, laboral, económica, social y cultural para, en el desarrollo de los artículos de la Constitución, 9.2 que *ordena a los poderes públicos promover las condiciones para que la igualdad de los ciudadanos sea real y efectiva*, y 14, que *prohíbe la discriminación, entre otros supuestos, por razón del sexo, alcanzar una sociedad más democrática, más justa y más solidaria*.

Se añade en el apartado 2 del mismo artículo que, a efecto de conseguir dicho objeto, la Ley establece:

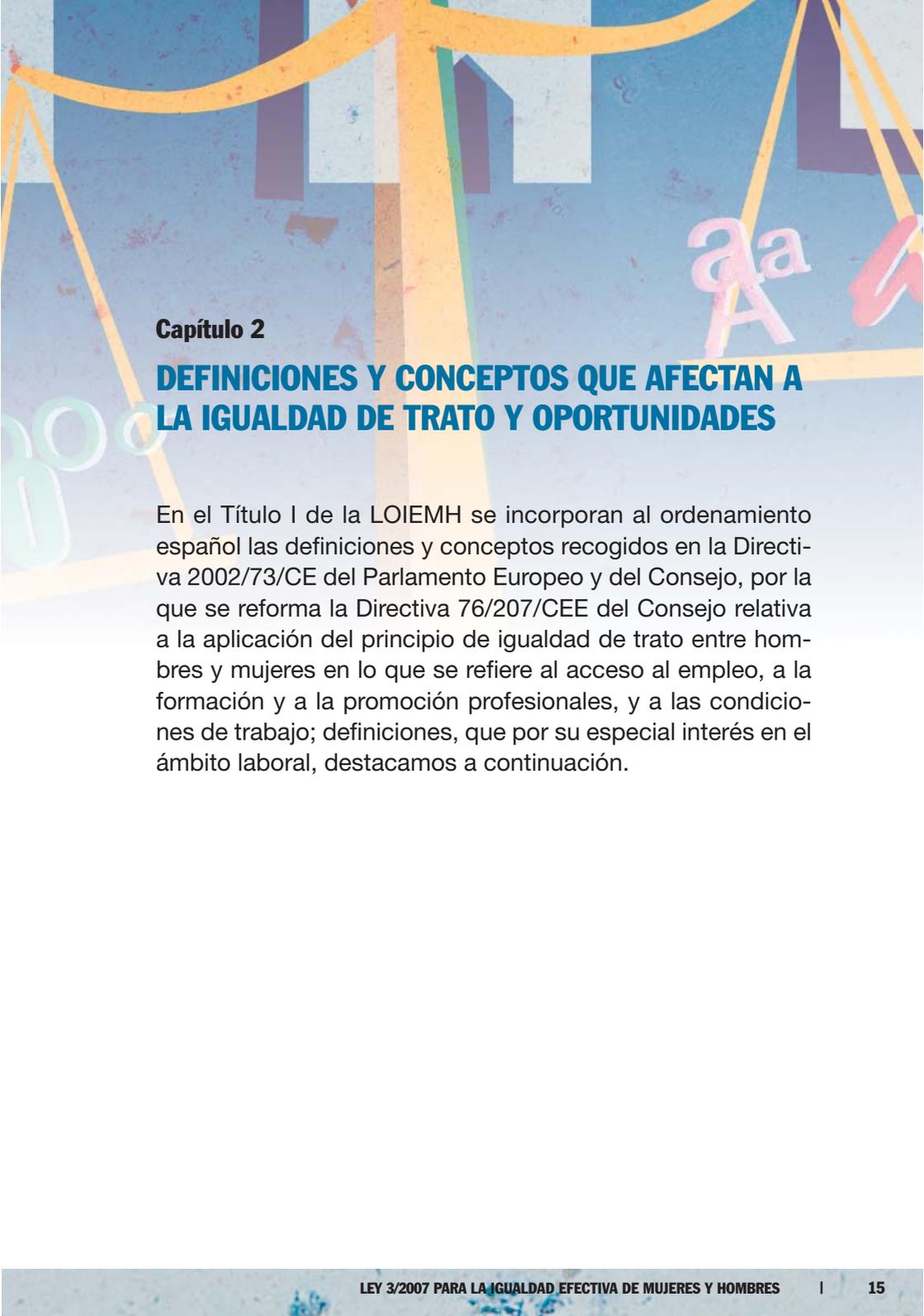
- 1 Principios de actuación de los Poderes Públicos.
- 2 Regula derechos y deberes de las personas físicas y jurídicas, tanto públicas como privadas.



- 3** Prevé medidas destinadas a eliminar y corregir, en los sectores públicos y privados, toda forma de discriminación por razón de sexo.

Sin cuestionar que la Ley tiene un carácter transversal, y por tanto, como se señala en el artículo 1, trata de actuar en los distintos ámbitos de la vida, lo cierto es que tiene una especial incidencia en el ámbito laboral, que es donde se materializan más los derechos y obligaciones de personas públicas y privadas, mientras que en los otros ámbitos en los que la Ley quiere incidir, encontramos más principios de actuación que derechos y obligaciones.

En el artículo 2 se determina el ámbito de aplicación de la Ley, disponiéndose que todas las personas gozarán de los derechos derivados del principio de igualdad de trato y de la prohibición de discriminación por razón de sexo y que las obligaciones establecidas son de aplicación a toda persona, física o jurídica, que se encuentre o actúe en territorio español, cualquiera que fuese su nacionalidad, domicilio o residencia.



Capítulo 2

DEFINICIONES Y CONCEPTOS QUE AFECTAN A LA IGUALDAD DE TRATO Y OPORTUNIDADES

En el Título I de la LOIEMH se incorporan al ordenamiento español las definiciones y conceptos recogidos en la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se reforma la Directiva 76/207/CEE del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo; definiciones, que por su especial interés en el ámbito laboral, destacamos a continuación.



1. PRINCIPIO DE IGUALDAD DE TRATO ENTRE MUJERES Y HOMBRES

Está definido en el artículo 3 y *“supone la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo, y, especialmente, las derivadas de la maternidad, la asunción de obligaciones familiares y el estado civil”*.

En el artículo 5 nos encontramos ante una declaración genérica de que en el ámbito del empleo privado y en el del empleo público, se garantizará el principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, en el acceso al empleo, incluso al trabajo por cuenta propia, en la formación profesional, en la promoción profesional, en las condiciones de trabajo, incluidas las retributivas y las de despido, y en la afiliación y participación en las organizaciones sindicales y empresariales, o en cualquier organización cuyos miembros ejerzan una profesión concreta, incluidas las prestaciones concedidas por las mismas.

Asimismo se añade que no constituirá discriminación en el acceso al empleo, incluida la formación necesaria, una diferencia de trato basada en una característica relacionada con el sexo cuando, debido a la naturaleza de las actividades profesionales concretas o al contexto en el que se lleven a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado.



2. DISCRIMINACIÓN DIRECTA E INDIRECTA

Su definición está recogida en el artículo 6, en los siguientes términos:

“1. Se considera discriminación directa por razón de sexo la situación en que se encuentra una persona que sea, haya sido o pudiera ser tratada, en atención a su sexo, de manera menos favorable que otra en situación comparable.

2. Se considera discriminación indirecta por razón de sexo la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pone a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro, salvo que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados.

3. En cualquier caso, se considera discriminatoria toda orden de discriminar, directa o indirectamente, por razón de sexo.”

En el artículo 8 se califica como discriminación directa por razón de sexo todo trato desfavorable a las mujeres relacionados con el embarazo o la maternidad.

El artículo 9 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.

3. ACOSO SEXUAL Y ACOSO POR RAZÓN DE SEXO

El artículo 7, apartado 1, dispone que *“constituye acoso sexual cualquier comportamiento, verbal o físico, de naturaleza sexual que tenga el propósito o produzca el efecto de attentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo”*, aclarando asimismo que a efectos penales, es decir, a efectos de determinar en qué supuestos el acoso sexual constituye delito, hay que tener en cuenta lo dispuesto en el Código Penal, en concreto en su artículo 184.

De conformidad con el apartado 2 *“constituye acoso por razón de sexo cualquier comportamiento realizado en función del sexo de una persona, con el propósito o el efecto de attentar contra su dignidad y de crear un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo”*.

El acoso sexual y el acoso por razón de sexo son actos discriminatorios (apartado 3), como también lo es el condicionamiento de un derecho o de una expectativa de derecho a la aceptación de una situación constitutiva de acoso sexual o de acoso por razón de sexo (apartado 4).

En el ámbito de las relaciones laborales la LOIEMH da una especial importancia a la actuación frente al acoso sexual y el acoso por razón de sexo. El artículo 4.2.e) del Estatuto de los Trabajadores (ET), modificado por la disposición adicional décimo primera, reconoce el derecho de los trabajadores y las trabajadoras al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo; el artículo



lo 54.g) del ET, también modificado por la disposición adicional décimo primera, incluye el acoso sexual y el acoso por razón del sexo como causa de despido.

Y así mismo, la LOIEMH hace de la lucha contra el acoso sexual y el acoso por razón del sexo uno de los ejes fundamentales de los planes de igualdad y de las medidas de igualdad a adoptar por las empresas no obligadas a aplicar dichos planes.

Así, entre las materias a contemplar en los planes de igualdad, el art. 46.2 de la Ley, se incluye la prevención de acoso sexual y el acoso por razón del sexo y el art. 48, cuyo contenido es específico sobre las medidas de igualdad, dispone:

“1. Las empresas deberán promover condiciones de trabajo que eviten el acoso sexual y el acoso por razón de sexo y arbitrar procedimientos específicos para su prevención y para dar cauce a las denuncias o reclamaciones que puedan formular quienes hayan sido objeto del mismo.

Con esta finalidad se podrán establecer medidas que deberán negociarse con los representantes de los trabajadores, tales como la elaboración y difusión de códigos de buenas prácticas, la realización de campañas informativas o acciones de formación.

2. Los representantes de los trabajadores deberán contribuir a prevenir el acoso sexual y el acoso por razón de sexo en el trabajo mediante la sensibilización de los trabajadores y trabajadoras frente al mismo y la información a la dirección de la empresa de las conductas o comportamientos de que tuvieran conocimiento y que pudieran propiciarlo”



En el empleo público, el artículo 51 e) incluye entre los criterios de actuación de las Administraciones públicas, establecer medidas efectivas de protección frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo. El artículo 62, de aplicación en la Administración General del Estado y los organismos públicos vinculados o dependientes de ella, dispone que *“para la prevención del acoso sexual y del acoso por razón de sexo, las Administraciones públicas negociarán con la representación legal de las trabajadoras y trabajadores, un protocolo de actuación que comprenderá, al menos, los siguientes principios:*

- a) El compromiso de la Administración General del Estado y de los organismos públicos vinculados o dependientes de ella de prevenir y no tolerar el acoso sexual y el acoso por razón de sexo.*
- b) La instrucción a todo el personal de su deber de respetar la dignidad de las personas y su derecho a la intimidad, así como la igualdad de trato entre mujeres y hombres.*
- c) El tratamiento reservado de las denuncias de hechos que pudieran ser constitutivos de acoso sexual o de acoso por razón de sexo, sin perjuicio de lo establecido en la normativa de régimen disciplinario.*
- d) La identificación de las personas responsables de atender a quienes formulen una queja o denuncia”.*

La disposición final sexta señala que la aplicación de dicho protocolo de actuación tendrá lugar en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor del Real Decreto que lo apruebe.



4. ACCIONES POSITIVAS

Como se señala en su exposición de motivos, son consideradas por la LOIEMH como instrumentos para alcanzar la igualdad real efectiva entre mujeres y hombres, para superar situaciones de constatable desigualdad fáctica, que no han podido ser corregibles por la sola formulación del principio de igualdad jurídica o formal. Tales medidas, por su carácter excepcional, sólo pueden ser aplicables en tanto subsistan dichas situaciones y, para respetar el derecho a la igualdad y no discriminación reconocido en el artículo 14 de la Constitución, habrán de ser razonables y proporcionadas en relación con el objetivo perseguido en cada caso, que no puede ser otro que el de superar las situaciones de desigualdad de las mujeres en relación con los hombres en cada uno de los supuestos que se pretenda corregir con la aplicación de una acción positiva.

El artículo 11 contempla las acciones positivas en relación con los Poderes Públicos en los siguientes términos:

“Con el fin de hacer efectivo el derecho constitucional de la igualdad, los Poderes Públicos adoptarán medidas específicas en favor de las mujeres para corregir situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto de los hombres. Tales medidas, que serán aplicables en tanto subsistan dichas situaciones, habrán de ser razonables y proporcionadas en relación con el objetivo perseguido en cada caso”.

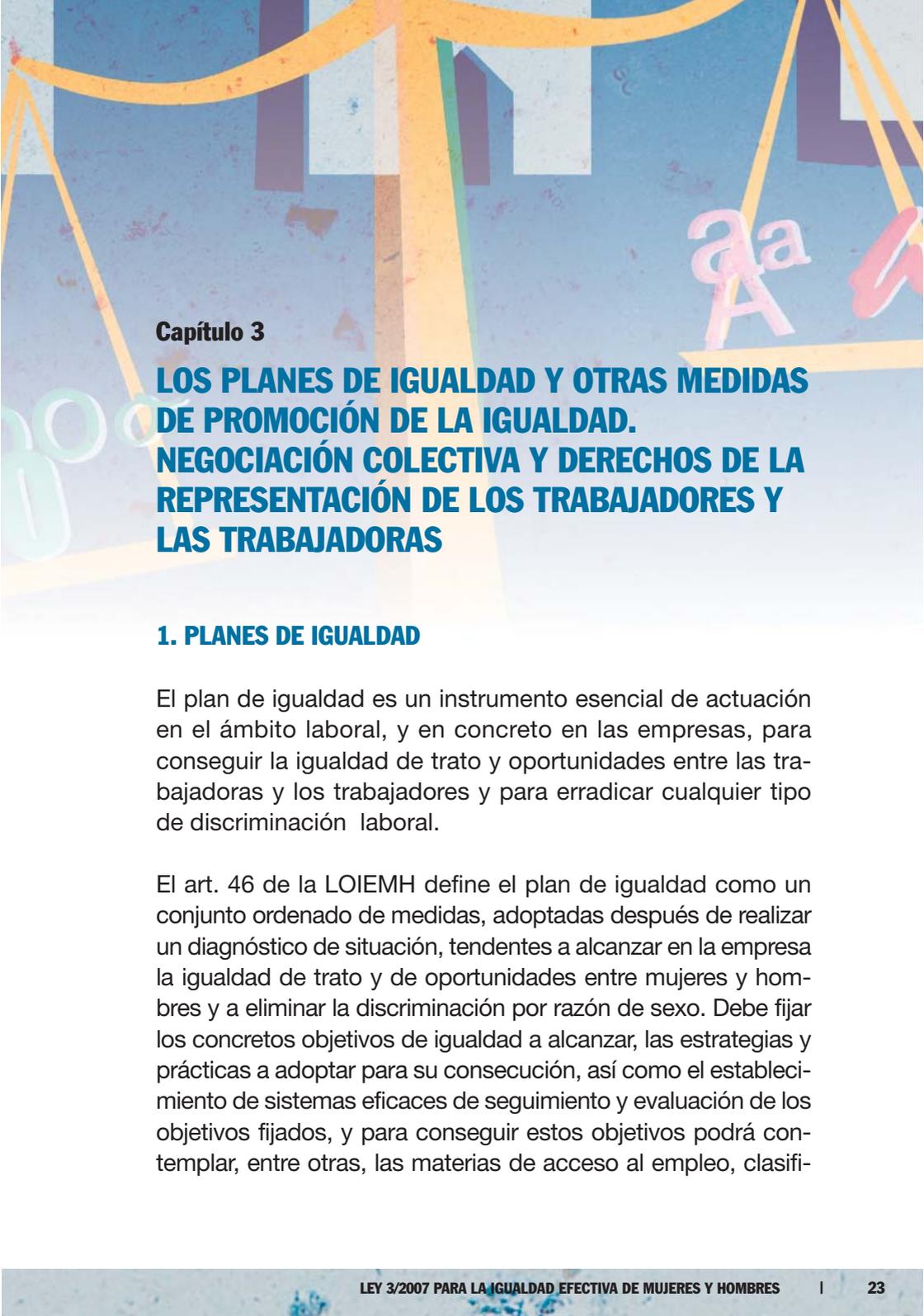
En el ámbito de las relaciones laborales el artículo 43 hace un llamamiento a la negociación colectiva para establecer medidas de acción positiva. En el nuevo apartado 4 del artículo 17 del ET, incorporado por la disposición adicional décimo primera, se dispone que:



“... la negociación colectiva podrá establecer medidas de acción positiva para favorecer el acceso de las mujeres a todas las profesiones. A tal efecto podrá establecer reservas y preferencias en las condiciones de contratación de modo que, en igualdad de condiciones de idoneidad, tengan preferencia para ser contratadas las personas del sexo menos representado en el grupo o categoría profesional de que se trate. Asimismo, la negociación colectiva podrá establecer este tipo de medidas en las condiciones de clasificación profesional, promoción y formación, de modo que, en igualdad de condiciones de idoneidad, tengan preferencia las personas del sexo menos representado para favorecer su acceso en el grupo, categoría profesional o puesto de trabajo de que se trate”.

En el empleo público, el artículo 60, de aplicación en la Administración General del Estado y los organismos públicos vinculados o dependientes de ella, establece acciones positivas en la formación, y a tal fin:

“con el objeto de actualizar los conocimientos de los empleados y empleadas públicas, se otorgará preferencia, durante un año, en la adjudicación de plazas para participar en los cursos de formación a quienes se hayan incorporado al servicio activo procedentes del permiso de maternidad o paternidad, o hayan reingresado desde la situación de excedencia por razones de guarda legal y atención a personas mayores dependientes o personas con discapacidad. Con el fin de facilitar la promoción profesional de las empleadas públicas y su acceso a puestos directivos en la Administración General del Estado y en los organismos públicos vinculados o dependientes de ella, en las convocatorias de los correspondientes cursos de formación se reservará al menos un 40% de las plazas para su adjudicación a aquellas que reúnan los requisitos establecidos”.



Capítulo 3

LOS PLANES DE IGUALDAD Y OTRAS MEDIDAS DE PROMOCIÓN DE LA IGUALDAD. NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y DERECHOS DE LA REPRESENTACIÓN DE LOS TRABAJADORES Y LAS TRABAJADORAS

1. PLANES DE IGUALDAD

El plan de igualdad es un instrumento esencial de actuación en el ámbito laboral, y en concreto en las empresas, para conseguir la igualdad de trato y oportunidades entre las trabajadoras y los trabajadores y para erradicar cualquier tipo de discriminación laboral.

El art. 46 de la LOIEMH define el plan de igualdad como un conjunto ordenado de medidas, adoptadas después de realizar un diagnóstico de situación, tendentes a alcanzar en la empresa la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres y a eliminar la discriminación por razón de sexo. Debe fijar los concretos objetivos de igualdad a alcanzar, las estrategias y prácticas a adoptar para su consecución, así como el establecimiento de sistemas eficaces de seguimiento y evaluación de los objetivos fijados, y para conseguir estos objetivos podrá contemplar, entre otras, las materias de acceso al empleo, clasifi-



cación profesional, promoción y formación, retribuciones, ordenación del tiempo de trabajo para favorecer, en términos de igualdad entre mujeres y hombres, la conciliación laboral, personal y familiar, y prevención del acoso sexual y del acoso por razón de sexo.

Respecto al ámbito de de aplicación del plan de igualdad, el apartado 3 del art. 46 dispone que será la totalidad de la empresa, sin perjuicio de que se puedan establecer acciones específicas adecuadas respecto a determinados centros de trabajo.

Las empresas de más de 250 trabajadores están obligadas a elaborar y aplicar un plan de igualdad, que previamente deben negociar con la representación legal de los trabajadores.

Las empresas de menos de 250 trabajadores también están obligadas a elaborar y aplicar un plan de igualdad cuando se haya establecido por los convenios colectivos que les sean de aplicación, y cuando así lo acuerde la Autoridad Laboral en un procedimiento sancionador por discriminación sexual, en el que se sustituya las sanciones accesorias por la elaboración y aplicación de dicho plan, que previamente debe ser negociado o consultado con la representación de los trabajadores en los términos que se fijen en el indicado acuerdo.

La representación legal de los trabajadores en todo caso, aunque no haya negociación el plan o pese a haberlo negociado no ha sido posible el acuerdo, tiene derecho la información sobre el contenido de los planes de igualdad y la consecución de sus objetivos. Así mismo, las comisiones



paritarias de los convenios colectivos a las que éstos atribuyan estas competencias, tienen derecho al seguimiento de la evolución de los acuerdos sobre planes de igualdad (art. 47 de la Ley).

Para impulsar la adopción voluntaria de planes de igualdad, el art. 49 de la Ley dispone que el Gobierno establecerá medidas de fomento, especialmente dirigidas a las pequeñas y las medianas empresas, que incluirán el apoyo técnico necesario. En su desarrollo, en el BOE de 30 de junio de 2009 se ha publicado la **Orden IGD/1738/2009, de 19 de junio**, convocando ayudas a la pequeña y mediana empresa y otras entidades para la implantación de planes de igualdad.

Aquellas empresas que no tienen obligación de elaborar y aplicar un plan de igualdad, están obligadas a adoptar medidas dirigidas a evitar cualquier tipo de discriminación laboral entre mujeres y hombres, medidas que deberán negociar, y en su caso acordar, con los representantes legales de los trabajadores (art. 45 de la Ley).

1.1. PLANES Y MEDIDAS DE IGUALDAD EN EL EMPLEO PÚBLICO

En el ámbito de la función pública, el art. 64 de la LOIEMH establece que

“el Gobierno aprobará, al inicio de cada legislatura, un Plan para la Igualdad entre mujeres y hombres en la Administración General del Estado y en los organismos públicos vinculados o depen-



dientes de ella. El Plan establecerá los objetivos a alcanzar en materia de promoción de la igualdad de trato y oportunidades en el empleo público, así como las estrategias o medidas a adoptar para su consecución. El Plan será objeto de negociación, y en su caso acuerdo, con la representación legal de los empleados públicos en la forma que se determine en la legislación sobre negociación colectiva en la Administración Pública y su cumplimiento será evaluado anualmente por el Consejo de Ministros”.

La Disposición Adicional octava de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico de la Función Pública, aprobada con posterioridad a la LOIEMH, extiende la obligación de negociar planes de igualdad a todas las Administraciones Públicas, en los siguientes términos:

- “1. Las Administraciones Públicas están obligadas a respetar la igualdad de trato y de oportunidades en el ámbito laboral y, con esta finalidad, deberán adoptar medidas dirigidas a evitar cualquier tipo de discriminación laboral entre mujeres y hombres.*
- 2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, las Administraciones Públicas deberán elaborar y aplicar un plan de igualdad a desarrollar en el convenio colectivo o acuerdo de condiciones de trabajo del personal funcionario que sea aplicable, en los términos previstos en el mismo”.*



2. NEGOCIACIÓN COLECTIVA

2.1. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA COMO INSTRUMENTO DE IGUALDAD.

Son reiterados los llamamientos que la LOIEMH hace a la negociación colectiva como instrumento para conseguir la igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres en el ámbito laboral, y así hay que tener en cuenta lo dispuesto en el art. 43 respecto a las acciones positivas; 45 sobre los planes y medidas de igualdad, y las modificaciones efectuadas por la disposición adicional undécima en diversos preceptos del ET, en concreto el art. 17 (acciones positivas), 34 (ordenación de la jornada); 37 (lactancia) y 47 (excedencia).

Por su interés hay que mencionar la reforma del art. 85 del ET, para establecer la obligación de negociar en los convenios colectivos medidas dirigidas a promover la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el ámbito laboral o, en su caso, planes de igualdad, y asimismo, para articular a través de la negociación colectiva el deber de negociar planes de igualdad en las empresas de más de doscientos cincuenta trabajadores de la siguiente forma:

“a) En los convenios colectivos de ámbito empresarial, el deber de negociar se formalizará en el marco de la negociación de dichos convenios.

b) En los convenios colectivos de ámbito superior a la empresa, el deber de negociar se formalizará a través de la negociación colectiva que se desarrolle en la empresa en los términos y condiciones



que se hubieran establecido en los indicados convenios para complementar dicho deber de negociar a través de las oportunas reglas de complementariedad”.

2.2. CONTROL DE LEGALIDAD DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS

La disposición adicional décimo primera modifica el artículo 90 del ET, para atribuir a la autoridad laboral competente en el registro y publicación de los convenios colectivos, la obligación de velar para que respeten el principio de igualdad, evitando que puedan contener discriminaciones, directas o indirectas, por razón de sexo.

Para el cumplimiento de dichas funciones la autoridad laboral puede solicitar el asesoramiento del Instituto de la Mujer o de los Organismos de Igualdad de las Comunidades Autónomas, según proceda por su ámbito territorial. Asimismo, si presenta demanda de oficio a la jurisdicción social por entender que el convenio colectivo pudiera contener cláusulas discriminatorias, lo tiene que poner en conocimiento del Instituto de la Mujer o de los Organismos de Igualdad de las Comunidades Autónomas, según su ámbito territorial. El Juzgado o Tribunal al que corresponda conocer la demanda interpuesta por la autoridad laboral, también puede solicitar dictamen de dichos organismos.



2.3. EVALUACIÓN DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

La Disposición Final quinta establece que una vez transcurridos cuatro años desde la entrada en vigor de esta Ley, 22 de marzo de 2007, el Gobierno procederá a evaluar, junto a las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas, el estado de la negociación colectiva en materia de igualdad, y a estudiar, en función de la evolución habida, las medidas que, en su caso, resulten pertinentes.

3. DERECHO DE LA REPRESENTACIÓN LEGAL DE LOS TRABAJADORES Y LAS TRABAJADORAS

Ya se ha analizado los derecho y deberes de representación legal de los trabajadores y las trabajadoras respecto a la erradicación del acoso sexual y el acoso por razón del sexo (art. 48 de la Ley) y de negociación e implantación de los planes de igualdad (art. 45 y 47), por lo que en este apartado procede resaltar otras competencias reconocidas por la LOIEMH a los representantes legales de los trabajadores:

- El art. 73 establece la obligación de informar a los representantes de las acciones de responsabilidad social de las empresas.
- El art. 64 del ET, modificado por la disposición adicional undécima de la Ley, les reconoce el derecho a recibir información, al menos anualmente, relativa a la aplicación en la empresa del derecho de igualdad de trato y de opor-



tunidades entre mujeres y hombres, entre la que se incluirán datos sobre la proporción de mujeres y hombres en los diferentes niveles profesionales, así como, en su caso, sobre las medidas que se hubieran adoptado para fomentar la igualdad entre mujeres y hombres en la empresa y, de haberse establecido un plan de igualdad, sobre la aplicación del mismo.

- ➔ Asimismo, el art. 64 del ET les reconoce la competencia de ejercer una labor de vigilancia del respeto y aplicación del principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres y de colaborar con la dirección de la empresa en el establecimiento y puesta en marcha de medidas de conciliación.

Capítulo 4

MATERNIDAD, ADOPCIÓN Y ACOGIMIENTO

La Ley Orgánica 3/2007 para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres introduce una serie de medidas en relación con el permiso de maternidad, adopción y acogimiento, que mejoran tanto el régimen laboral de disfrute del derecho como el acceso y alcance de la prestación de Seguridad Social.

En esta Guía nos limitaremos a reflejar las novedades incorporadas por la Ley en la regulación de estos derechos laborales.

1. SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO Y PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL

1.1. REGULACIÓN DEL DERECHO

En este capítulo nos ocuparemos de las modificaciones introducidas en el apartado 4 del artículo 48 del ET y en el Capítulo IV bis del Título II del texto refundido de la Ley General de Seguridad Social, Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, entre otros preceptos de ambas leyes que se citarán oportunamente.

El desarrollo reglamentario de la nueva regulación de estas prestaciones se ha producido mediante Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural (BOE de 21 de marzo). Este Real Decreto sustituye a su predecesor el Real Decreto 1251/2001, de 16 de noviembre, por el que se regulaban las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad y riesgo durante el embarazo.

1.2. SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

1.2.1. Supuestos que dan lugar a la suspensión del contrato de trabajo por maternidad, adopción o acogimiento

Aquí las novedades se refieren a la figura del acogimiento, ampliándose los supuestos que dan lugar a la suspensión del contrato. Además de los acogimientos preadoptivos o permanentes ya previstos por el ET, se incluyen los acogimientos simples cuya duración no sea inferior a un año. Por otro lado, se prevé que en caso de acogimiento preadoptivo, permanente o simple, se pueda acceder al derecho aunque estos acogimientos sean provisionales (artículo 45.1.d).

Los requisitos del menor para los supuestos de adopción o acogimiento siguen siendo los mismos: menores de seis años o menores de edad que sean mayores de seis años cuando se trate de menores con discapacidad o que por sus circunstancias y experiencias personales o por provenir del



extranjero, tengan especiales dificultades de inserción social y familiar debidamente acreditadas por los servicios sociales competentes (artículo 45.1 d).

1.2.2. Titulares del derecho

Se adapta la regulación a la terminología utilizada por la Ley 13/2005, de 1 de julio, en materia de derecho a contraer matrimonio, para incluir a las parejas homosexuales (apartado 4 del artículo 48).

➤ En el caso de PARTO la mención al padre se sustituye por la referencia al otro progenitor en los supuestos en los que la madre cede el derecho o no puede hacer uso del mismo por fallecimiento, o por no tener reconocido el derecho a la suspensión con prestaciones en su régimen profesional.

Si se trata de maternidad biológica mediante técnicas de reproducción humana asistida se puede reconocer como progenitor a la esposa de la madre, si manifiesta, ante el Encargado del Registro Civil del domicilio conyugal, que consiente en que cuando nazca el hijo o hija de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del recién nacido (artículo 7 de la ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida modificada por la Ley 3/2007, de 15 de marzo, de rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas).

➤ En el caso de ADOPCIÓN O ACOGIMIENTO, los términos madre y padre se sustituyen por el de “progenitores”.

1.2.3. Duración del derecho

La duración sigue siendo, con carácter general, de dieciséis semanas ampliables, en los casos de parto, adopción o acogimiento múltiples, en dos semanas más por cada hijo o hija, o menor adoptado o acogido, a partir del segundo. Se introducen dos supuestos adicionales en los que el permiso queda ampliado (art.48.4):

- En los casos de partos prematuros con falta de peso y aquellos otros en que el neonato precise, por alguna condición clínica, hospitalización a continuación del parto, por un período superior a siete días, el período de suspensión se ampliará en tantos días como el nacido se encuentre hospitalizado, con un máximo de trece semanas adicionales, en los términos en que reglamentariamente se desarrolle. Este desarrollo se ha producido mediante el **Real Decreto 295/2009**, de 6 de marzo. A los efectos del cómputo serán tenidos en cuenta los internamientos hospitalarios iniciados durante los treinta días naturales siguientes al parto (Artículo 8, apartado 11, del Real Decreto citado).
- En el supuesto de discapacidad del hijo o hija, o del menor adoptado o acogido, la suspensión del contrato tendrá una duración adicional de dos semanas. En el caso de que ambos progenitores trabajen, este período adicional se distribuirá a opción de los interesados, que podrán disfrutarlo de forma simultánea o sucesiva y siempre de forma ininterrumpida. Los titulares de estas dos semanas adicionales son “ambos progenitores”, indistintamente, como ocurre con carácter general en los supuestos de adopción o acogimiento.



Para la determinación de la discapacidad de menores de tres años debe acudirse a la escala de valoración establecida en el Real Decreto 504/2007, de 20 de abril, por el que se aprueba el baremo de valoración de la situación de dependencia establecido por la **Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia**. La disposición adicional tercera de dicho Real Decreto determina que procede la ampliación cuando la valoración sea, al menos, del grado I moderado. Si se trata de recién nacidos, cuando el grado de discapacidad no ha sido determinado, será suficiente un informe del Servicio Público de Salud o un informe médico de un hospital público o privado, en este último caso avalado por el Servicio Público de Salud, en el que se haga constar la discapacidad o su posible existencia.

La discapacidad de los mayores de tres años deberá haberse valorado en un grado igual o superior al 33 por 100, de conformidad con el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre (artículo 8.7 del **Real Decreto 295/2009**, de 6 de marzo).

- Los períodos adicionales de duración del derecho por parto, adopción o acogimiento múltiples, hospitalización del neonato a continuación del parto y por discapacidad son, en su caso, acumulables. No obstante en supuestos de parto múltiple, no procederá acumular los períodos de hospitalización de cada uno de los hijos cuando dichos períodos hubieran sido simultáneos (artículo 8.3 del **Real Decreto 295/2009**).

1.2.4. Ejercicio del derecho

Las novedades son las siguientes (artículo 48.4 ET):

- En el caso de fallecimiento de la madre, el otro progenitor podrá hacer uso de la totalidad o, en su caso, de la parte que reste del período de suspensión, computado desde la fecha del parto. Ahora queda precisado que este derecho operará con independencia de que la madre fallecida realizara o no algún trabajo y sin que se descuente del período la parte que la madre hubiera podido disfrutar con anterioridad al parto.

Desde el año 2004 el INSS venía reconociendo la prestación al padre que reunía los requisitos exigidos aunque la madre fallecida no fuera trabajadora; supuesto que más tarde se recogió mediante la modificación del Real Decreto 1251/2001, de 16 de noviembre, hoy derogado y sustituido por el **Real Decreto 295/2009**, de 6 de marzo.

- En el supuesto de fallecimiento del hijo o hija, el período de suspensión no se verá reducido, salvo que, una vez finalizadas las seis semanas de descanso obligatorio, la madre solicitara reincorporarse a su puesto de trabajo. Hasta la modificación, sólo se protegían las seis semanas de descanso obligatorio. En el desarrollo reglamentario se ha establecido que, en el caso de fallecimiento de hijo adoptado o de menor acogido tampoco se verá reducida la prestación económica salvo que los adoptantes o acogedores soliciten incorporarse a su puesto de trabajo (artículo 8.4, del **RD 295/2009**)



- Cuando la madre haya optado por que el otro progenitor disfrute de una parte del período de descanso, la cesión seguirá surtiendo efectos aunque en el momento previsto para la incorporación de la madre al trabajo ésta se encuentre en situación de incapacidad temporal. Con anterioridad a la reforma la cesión devenía ineficaz si la incorporación de la madre al trabajo suponía un riesgo para su salud.
- Otra de las novedades incorporadas por la Ley consiste en proteger los supuestos de maternidad biológica en los que la madre no tiene derecho a suspender su actividad profesional con prestaciones de acuerdo con las normas que regulen dicha actividad. Puede ser el caso, de algunas mutualidades de previsión social establecidas por colegios profesionales. En estas circunstancias, el otro progenitor tendrá derecho a suspender su contrato de trabajo por el período que hubiera correspondido a la madre. El ejercicio de este derecho es compatible con el derecho a la suspensión del contrato por paternidad.
- Al incorporarse la posibilidad de acceder a la suspensión desde situaciones de acogimiento provisionales se hace la precisión de que dicha suspensión producirá sus efectos, a elección del trabajador o trabajadora, bien a partir de la resolución judicial por la que se constituye la adopción, bien a partir de la decisión administrativa o judicial de acogimiento, provisional o definitivo, sin que en ningún caso un mismo menor pueda dar derecho a varios períodos de suspensión.
- Los períodos de suspensión pueden disfrutarse, como ya estaba previsto, en régimen de jornada completa o a tiempo parcial, previo acuerdo entre la empresa y el personal afectado.



1.2.5. Medidas de protección del ejercicio del derecho

Se incorpora en el artículo 48.4 del ET la mención al derecho de las trabajadoras y los trabajadores a beneficiarse de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a la que hubiera podido acceder durante la suspensión del contrato.

Además, la Ley introduce otras mejoras en la protección laboral de los trabajadores que ejercen el derecho a la suspensión del contrato por maternidad. Se trata de garantías como la declaración de discriminación directa por razón de sexo cuando se produce un trato desfavorable relacionado con la maternidad; la ampliación de los supuestos de nulidad de las decisiones extintivas del contrato y de los despidos; las relacionadas con la percepción de las indemnizaciones establecidas legalmente en los supuestos de ejercicio a tiempo parcial de la suspensión; o la garantía del derecho a disfrutar íntegramente las vacaciones tras el período de suspensión, aunque haya terminado el año natural al que correspondan. Estas medidas, por ser comunes a otros derechos, se tratan conjuntamente en el apartado correspondiente al que nos remitimos.



1.3. PRESTACIÓN DE SEGURIDAD SOCIAL POR MATERNIDAD, ADOPCIÓN O ACOGIMIENTO¹. SUPUESTO GENERAL

1.3.1. Situación protegida por la prestación de maternidad

Se adapta el artículo 133 bis del texto refundido de la Ley General de Seguridad Social (TRLGSS) a lo dispuesto en el ET. Las situaciones protegidas son, por tanto, la maternidad, la adopción y el acogimiento, tanto preadoptivo como permanente o simple de conformidad con el Código Civil o las leyes autonómicas que lo regulen, siempre que, en este último caso, su duración no sea inferior a un año, y aunque dichos acogimientos sean provisionales, durante los períodos de descanso que por tales situaciones se disfruten, de acuerdo con el artículo 48.4 del ET.

1.3.2. Requisitos

La principal novedad que se introduce en la regulación de esta prestación, denominada prestación por maternidad, es la flexibilización del período de carencia requerido para acceder a la prestación (artículo 133 ter del TRLGSS). Además de la condición general de estar afiliados y en alta en la Seguridad Social o en situación asimilada al alta, los beneficiarios deberán reunir un período previo de cotización en los siguientes términos:

1 Volvemos a recordar aquí que se ha procedido a una nueva regulación reglamentaria de estas prestaciones mediante el Real Decreto 295/2009, de 16 de marzo, que regula las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural (BOE de 21 de marzo).

- 1 Si la trabajadora o el trabajador es menor de 21 años de edad en la fecha del parto o en la fecha de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituye la adopción, no se exige período mínimo de cotización.
 - 2 Si tiene cumplidos entre 21 y 26 años de edad en la fecha del parto o en la fecha de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituye la adopción, el período mínimo de cotización exigido será de 90 días cotizados dentro de los siete años inmediatamente anteriores al momento del inicio del descanso o, alternativamente, 180 días cotizados a lo largo de su vida laboral, con anterioridad a esta última fecha.
 - 3 Si es mayor de 26 años de edad en la fecha del parto o en la fecha de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituye la adopción, el período mínimo de cotización exigido será de 180 días cotizados dentro de los siete años inmediatamente anteriores al momento del inicio del descanso o, alternativamente, 360 días cotizados a lo largo de su vida laboral, con anterioridad a esta última fecha.
- ➔ En el supuesto de parto, y sólo para la madre biológica, la edad señalada anteriormente será la que tenga cumplida la interesada en el momento del inicio del descanso, tomándose como referencia el momento del parto a efectos de verificar la acreditación del período mínimo de cotización que, en su caso, corresponda.



- En los supuestos de adopción internacional, cuando sea necesario el desplazamiento de los progenitores al país de origen del adoptado, la edad señalada anteriormente será la que tengan cumplida los interesados en el momento del inicio del descanso, tomándose como referente el momento de la resolución a efectos de verificar la acreditación del período mínimo de cotización que, en su caso, corresponda.

Para las madres biológicas que, habiendo cumplido 21 años, no reúnen los requisitos de cotización exigidos, se establece una prestación especial en los términos que se comentan más adelante.

1.3.3. Cuantía y duración de la prestación

En este punto no se introducen modificaciones. Si bien hay que tener en cuenta que el período de la prestación se verá ampliado en la medida en que se amplíe el período de suspensión del contrato de trabajo en los supuestos de parto, adopción o acogimiento múltiples, neonatos hospitalizados e hijas o hijos o menores acogidos con discapacidad en los términos arriba expuestos.

- La cuantía del subsidio por maternidad sigue siendo del 100 por 100 de la base reguladora para la incapacidad temporal por contingencias comunes, tomando como referencia la fecha del inicio del período de descanso.

1.3.4. Maternidad, adopción o acogimiento, y prestaciones por desempleo

La LOIEMH 3/2007, procede a modificar el artículo 222 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social para mejorar la regulación de la concurrencia de ambas situaciones de la siguiente forma:

- Si el contrato de trabajo se extingue durante la situación de maternidad, por alguna de las causas que constituyen situación legal de desempleo, el trabajador o la trabajadora continuará percibiendo la prestación por maternidad y, cuando ésta se extinga, accederá a la prestación por desempleo si reúne los requisitos necesarios para ello. No se descuenta de esta prestación contributiva por desempleo el tiempo que se hubiera permanecido en situación de maternidad. Así estaba igualmente previsto en la redacción anterior del artículo 222.1 del TRLGSS.

- Si la trabajadora o el trabajador se encuentra percibiendo prestaciones por desempleo total y accede a la situación de maternidad, se le suspende la prestación por desempleo y pasa a percibir la prestación de maternidad, gestionada directamente por el INSS, por el período y en la cuantía que corresponda. Una vez extinguida ésta última prestación se reanuda la de desempleo, previa solicitud de la persona interesada, por la duración y cuantía que le restaba por percibir. En este punto se mejora la regulación anterior que suponía la pérdida del período por desempleo que coincidiera con la maternidad.



1.3.5. Cobertura respecto a otras prestaciones

Se introduce un nuevo apartado 6 al artículo 124 del TRLGSS para señalar que el período por maternidad que subsista una vez extinguido el contrato de trabajo, o que se inicie durante el percibo de prestaciones por desempleo, se considerará tiempo efectivamente cotizado a efectos de las prestaciones por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad.

1.3.6. Regímenes especiales de la Seguridad Social

La prestación por maternidad se reconoce en todos los Regímenes Especiales del sistema de Seguridad Social con la misma extensión y en los mismos términos y condiciones que están previstos para los trabajadores del Régimen General (disposición adicional undécima bis del TRLGSS).

1.4. SUPUESTO ESPECIAL DE PRESTACIÓN DE SEGURIDAD SOCIAL POR MATERNIDAD

La Ley para la igualdad efectiva de mujeres y hombres flexibiliza, como hemos visto, el período de carencia exigido para acceder a la prestación de maternidad; pero no lo elimina para quienes ya han cumplido 21 años. Para paliar la situación de las madres trabajadoras que no acceden al subsidio por no reunir dicho período de cotización, se introduce una nueva modalidad de carácter no contributivo en la prestación por maternidad. Este supuesto especial se regula en los artículos 133 sexies y 133 septies del TRLGSS.

1.4.1. Beneficiarias

Serán beneficiarias de este subsidio por maternidad no contributiva las mujeres trabajadoras que, en caso de parto, reúnan todos los requisitos establecidos para acceder a la prestación por maternidad, salvo el período mínimo de cotización que se exige, a partir de los 21 años, en función de la edad.

Se reconoce a las trabajadoras por cuenta ajena de cualquier régimen de Seguridad Social y a las trabajadoras por cuenta propia o autónomas (Disposición adicional undécima bis del TRLGSS).

1.4.2. Prestaciones

- **Cuantía.** La cuantía será igual al 100 por 100 del indicador público de rentas de efectos múltiples (IPREM) vigente en cada momento, salvo que la base reguladora de la incapacidad temporal por contingencias comunes sea inferior, en cuyo caso se estará a ésta.
- **Duración.** La duración de la prestación será de 42 días naturales a contar desde el parto. Esta duración coincide con el período de descanso obligatorio para la madre.

Recientemente, la **Ley 2/2008 de Presupuestos Generales del Estado** para 2009 ha incrementado la duración de esta prestación en 14 días naturales en los siguientes casos: nacimiento de hijo o hija en una familia numerosa o en la que, con tal motivo, adquiera dicha condición, o en una familia mono-



parental, o en los supuestos de parto múltiple, o cuando la madre o el hijo estén afectados de discapacidad en un grado igual o superior al 65 por ciento. El incremento de la duración es único, sin que proceda su acumulación cuando concurren dos o más circunstancias de las señaladas.

A los efectos de la consideración de familia numerosa, se estará a lo dispuesto en la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección de las Familias Numerosas.

Se entenderá por familia monoparental la constituida por un solo progenitor con el que convive el hijo nacido y que constituye el sustentador único de la familia.

Asimismo, si a la trabajadora se le reconoce este subsidio de naturaleza no contributiva, el otro progenitor, a opción de la madre y siempre que reúna los requisitos exigidos, podrá percibir el subsidio de naturaleza contributiva, durante el período de descanso que corresponda, descartando la duración y el incremento del subsidio de naturaleza no contributiva que le hubiera correspondido a la madre. Esta precisión y los demás desarrollos reglamentarios de este supuesto especial de maternidad se recogen en el **Real Decreto 295/2009**, de 6 de marzo, al que venimos aludiendo.

2. FUNCIONARIADO PÚBLICO Y PERSONAL ESTATUTARIO DE LOS SERVICIOS DE SALUD

2.1. FUNCIONARIADO PÚBLICO INCLUIDO DENTRO DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO

Las novedades introducidas por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, en relación con el permiso de maternidad de las funcionarias y de los funcionarios públicos son similares, aunque no idénticas, a las incorporadas para los trabajadores y las trabajadoras por cuenta ajena:

- Se adapta la regulación a la terminología utilizada por la Ley 13/2005, de 1 de julio, en materia de derecho a contraer matrimonio, para incluir a las parejas homosexuales.
- El permiso se amplía en los casos de parto prematuro y en aquéllos en que, por cualquier otra causa, el neonato deba permanecer hospitalizado a continuación del parto, en tantos días como el neonato se encuentre hospitalizado, con un máximo de trece semanas adicionales. Este derecho no se condiciona a un período mínimo de hospitalización; sin embargo, desaparece la posibilidad de que el permiso por maternidad pueda computarse parcialmente a partir del alta hospitalaria del neonato.
- Se amplía el permiso en dos semanas para los casos de discapacidad del hijo/a o del menor adoptado o acogido. En el caso de que ambos progenitores trabajen, este período adicional se distribuirá a opción de los interesados, que podrán disfrutarlo de forma simultánea o sucesiva y siempre de forma ininterrumpida.



- La cesión de una parte del permiso al otro progenitor sigue surtiendo efectos aunque en el momento previsto para la reincorporación de la madre al trabajo ésta se encuentre en situación de incapacidad temporal.
- En los casos de adopción o acogimiento desaparece la distinción entre menores y mayores de seis años. Se reconoce el permiso siempre que se trate de menores de edad, con independencia de sus circunstancias personales.
- Se reconoce el derecho al permiso en el supuesto de acogimiento simple, siempre que su duración no sea inferior a un año.
- En los supuestos de adopción internacional, cuando sea necesario el desplazamiento previo de los progenitores al país de origen del adoptado, el funcionario/a tendrá derecho a disfrutar de un permiso de hasta dos meses de duración percibiendo durante este período exclusivamente las retribuciones básicas.
- Durante el disfrute de estos permisos el funcionariado tiene derecho a participar en los cursos de formación que convoque la Administración. Igualmente se prevé expresamente que el tiempo del permiso computa como servicios efectivos a todos los efectos sin que pueda suponer menoscabo económico para las y los funcionarios; y el derecho a reintegrarse en el mismo puesto de trabajo y a beneficiarse de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a la que hubieran podido tener derecho durante su ausencia.

- Estas medidas han sido recogidas en la **Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público**, con carácter general para todo el funcionariado público (art. 49).

La regulación reglamentaria prevista para las prestaciones de Seguridad Social por maternidad en el Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, también resulta de aplicación a las funcionarias y funcionarios incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social en los términos allí expresados.

2.2. PERSONAL ESTATUTARIO DE LOS SERVICIOS DE SALUD

La Ley Orgánica para la Igualdad efectiva de mujeres y hombres modifica el apartado 2 del artículo 61 del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, aprobado por la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, para incluir estos derechos en los mismos términos establecidos para las funcionarias y los funcionarios públicos. Igualmente les resulta de aplicación el Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo.

Capítulo 5

PATERNIDAD

Para la Ley de Igualdad, los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral juegan un importante papel en el objetivo de alcanzar la igualdad real y efectiva entre hombres y mujeres. De ahí que se señale que estos derechos *“se reconocerán a los trabajadores y trabajadoras en forma que fomenten la asunción equilibrada de las responsabilidades familiares, evitando toda discriminación basada en su ejercicio”* (artículo 44.1).

La medida más innovadora de la Ley en materia de conciliación es el establecimiento de un permiso y una prestación por paternidad, que se reconoce tanto en los supuestos de paternidad biológica como en los de adopción y acogimiento. En la línea de las recomendaciones que ya se hicieran en el Acuerdo Marco sobre el permiso parental (UNICE, CEEP y CES) y que fue adoptado para su aplicación por la Directiva del Consejo de la Unión Europea 34/1996, de 3 de junio, la Ley opta por establecer un permiso independiente del de la madre, que no se puede compartir ni ceder, para “animar” así a los hombres a asumir su parte de responsabilidad en la atención a la familia. Así se dispone en su artículo 44.3 que:

“Para contribuir a un reparto más equilibrado de las responsabilidades familiares, se reconoce a los padres el derecho a un permiso y una prestación por paternidad, en los términos previstos en la normativa laboral y de Seguridad Social”.

1. SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO Y PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL POR PATERNIDAD

1.1. REGULACIÓN DEL DERECHO

Para los trabajadores por cuenta ajena es una nueva causa de suspensión del contrato de trabajo con reserva de puesto y derecho a percibir prestaciones de la Seguridad Social. Su regulación queda ahora recogida en el ET mediante la adición del artículo 48 bis y en el texto refundido de la Ley General de Seguridad Social, Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, mediante la incorporación de un nuevo Capítulo IV ter en el Título II, entre otros preceptos de ambas leyes.

Recientemente, el Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, ha procedido a la regulación reglamentaria de la prestación económica por paternidad en el sistema de Seguridad Social.



1.2. SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

1.2.1. Supuestos que dan lugar a la suspensión del contrato por paternidad

Nacimiento de hijo/a y adopción o acogimiento de menores de seis años, o de menores de edad que sean mayores de seis años, cuando se trate de menores discapacitados o que, por sus circunstancias y experiencias personales o por provenir del extranjero, tengan especiales dificultades de inserción social y familiar debidamente acreditadas por los servicios sociales competentes (Artículo 45.1.d del ET).

El acogimiento puede ser preadoptivo, permanente o simple, siempre que, en este último caso, tenga una duración no inferior al año; y tendrá lugar la suspensión aunque los acogimientos sean provisionales.

1.2.2. Duración del derecho

El trabajador tiene derecho a la suspensión del contrato durante trece días naturales ininterrumpidos, ampliables en el supuesto de parto, a adopción o acogimiento múltiples, en dos días más por cada hijo a partir del segundo.

La Disposición transitoria novena de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, ordenaba al Gobierno que ampliara, de forma progresiva y gradual, la duración de este derecho hasta alcanzar las cuatro semanas en marzo de 2013.

Desde entonces se han producido las siguientes modificaciones en relación con la duración de la suspensión del contrato de trabajo o permiso por maternidad:

↳ Mediante Disposición Adicional sexta de la [Ley 2/2008, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado](#) para 2009, se amplía la suspensión del contrato de trabajo por paternidad hasta veinte días cuando el nuevo nacimiento, adopción o acogimiento se produzca en una familia numerosa, cuando la familia adquiera dicha condición con el nuevo nacimiento, adopción o acogimiento o cuando en la familia haya una persona con discapacidad (en un grado igual o superior al 33 por ciento).

La duración indicada se ampliará en el supuesto de parto, adopción o acogimiento múltiple en dos días más por cada hijo a partir del segundo, o si uno de ellos es una persona con discapacidad y será de aplicación a los nacimientos, adopciones o acogimientos que se produzcan o constituyan a partir de 1 de enero de 2009.²

↳ La [Ley 9/2009, de 6 de octubre](#), BOE de 7 de octubre, modifica el artículo 48 bis del ET disponiendo que, a partir del 1 de enero de 2011, la suspensión del contrato por paternidad será de cuatro semanas ininterrumpidas, ampliables en el supuesto de parto, adopción o acogimiento múltiples en dos días más por cada hijo a partir del segundo.

Con esta medida se adelanta en más de dos años la entrada en vigor del derecho a la suspensión durante cuatro semanas; sin embargo, se deroga la posibilidad de que en los años 2009 y 2010 se beneficie a los progenitores con incrementos progresivos y graduales como se previó en un principio.

2 Ver apartado 1.3.3 de este mismo capítulo.



1.2.3. Titulares del derecho

El artículo 48 bis del ET distingue claramente entre los supuestos de parto y los de adopción o acogimiento.

- En el caso de PARTO la suspensión corresponde en exclusiva al “otro progenitor”. Esto es, le corresponde al padre.

En los supuestos de matrimonios entre mujeres, cuando se trata de hijas o hijos nacidos mediante técnicas de reproducción humana asistida, también puede corresponderle a la esposa de la madre. Esto último es posible en nuestra legislación en virtud de la modificación del artículo 7 de la ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida efectuada por la Ley 3/2007, de 15 de marzo, de rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas. Este precepto dispone que cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar ante el Encargado del Registro Civil del domicilio conyugal, que consiente en que cuando nazca el hijo o hija de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del recién nacido.

- En el caso de ADOPCIÓN O ACOGIMIENTO el derecho corresponde a uno solo de los progenitores, a elección de los interesados.

No obstante, si el descanso del artículo 48.4 del ET (el que regula las dieciséis semanas de suspensión por maternidad, adopción o acogimiento) se disfruta de forma no compartida; esto es, si este derecho se ejercita íntegramente por

uno de los progenitores (en la práctica mayoritaria por la mujer), la suspensión por paternidad le corresponde únicamente al otro progenitor.

Se trata pues de un permiso que, en cualquier caso, sólo puede ser disfrutado por uno solo de los progenitores de forma exclusiva, no compartida.

1.2.4. Ejercicio del derecho

- Los días naturales que correspondan por paternidad se disfrutan de forma ininterrumpida.
- El titular puede ejercer este derecho, a su elección, durante el período comprendido desde la finalización del permiso por nacimiento de hijo/a, previsto legal o convencionalmente, o desde la resolución judicial por la que se constituye la adopción o a partir de la decisión administrativa o judicial de acogimiento, hasta que finalice la suspensión del contrato regulada en el artículo 48.4 del ET o inmediatamente después de la finalización de dicha suspensión.

Puede, por tanto, disfrutarse al tiempo que el otro progenitor se encuentra en situación de suspensión por maternidad, adopción o acogimiento del artículo 48.4 del ET o inmediatamente después; también puede disfrutarse antes o después del período de suspensión por maternidad que haya sido cedido por la madre o antes o después de disfrutar el período de suspensión por adopción o acogimiento, del mismo precepto, que ha sido distribuido entre los progenitores.



- La suspensión por paternidad podrá disfrutarse en régimen de jornada completa o en régimen de jornada parcial de un mínimo del 50 por 100, previo acuerdo entre el trabajador y la empresa.
- El trabajador deberá comunicar a la empresa, con la debida antelación, el ejercicio de este derecho en los términos establecidos, en su caso, en los convenios colectivos. En defecto de concreción en el convenio colectivo, el preaviso deberá efectuarse con tiempo suficiente para que sirva a su finalidad y conforme a la regla de la buena fe en el ejercicio de los derechos.

1.2.5. Compatibilidad con otros derechos

- Es un derecho independiente del permiso por nacimiento de hijo previsto en el artículo 37 del ET o en el convenio colectivo de aplicación.
- Es compatible con el derecho a la suspensión por maternidad que en el caso de parto puede ceder la madre y con el ejercicio compartido con el otro progenitor del permiso regulado en el artículo 48.4 del ET en los casos de adopción y acogimiento.
- Es compatible con el derecho a la suspensión por maternidad que puede ejercer el otro progenitor en caso de fallecimiento de la madre.

- Es compatible con el derecho a la suspensión por maternidad que puede ejercer el otro progenitor cuando la madre no reúne los requisitos para acceder a la prestación contributiva por maternidad.
- También es compatible con el derecho a la suspensión por maternidad que puede ejercer el otro progenitor en el caso de que la madre no tenga derecho a suspender su actividad profesional con derecho a prestaciones por no estar integrada en un sistema de previsión que tenga reconocido dicho derecho.

1.2.6. Medidas de protección del ejercicio del derecho

Se incorpora en el artículo 48.4 del ET la mención al derecho de los trabajadores a beneficiarse de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a la que hubiera podido acceder durante la suspensión del contrato por paternidad.

Además, la Ley introduce un conjunto de medidas que persiguen la protección del trabajador que ejerce este derecho. Se trata de garantías relacionadas con la ampliación de los supuestos de nulidad de las decisiones extintivas del contrato de trabajo y de los despidos, o la percepción de las indemnizaciones establecidas legalmente en caso de ejercicio a tiempo parcial de la paternidad.

Estas medidas de protección, por ser comunes a otros derechos, se tratan conjuntamente en el apartado correspondiente, al que nos remitimos³.

3 Ver Capítulo 10.



1.2.7. Bonificaciones de cuotas a la Seguridad Social

También con el objetivo de proteger el ejercicio del derecho, la Ley incorpora las mismas medidas de coste cero establecidas para el caso de la maternidad, adopción o acogimiento del artículo 48 del ET, incentivando la contratación de trabajadores desempleados para sustituir a los trabajadores durante el período de suspensión por paternidad establecido en el artículo 48 bis.

Así, se amplía la bonificación del 100 por 100 de las cuotas empresariales de la Seguridad Social, incluidas las de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, y en las aportaciones empresariales de las cuotas de recaudación conjunta, establecida en el artículo 1 del Real Decreto-Ley 11/1998, de 4 de septiembre, y en la disposición adicional segunda de la Ley 12/ 2001, de 9 de julio, para los contratos de interinidad celebrados con personas desempleadas para sustituir a los trabajadores, a los socios trabajadores o socios de trabajo de las sociedades cooperativas y a los trabajadores autónomos que se encuentren disfrutando de la suspensión por paternidad.

Esta bonificación se aplica también a las cotizaciones por los trabajadores, socios trabajadores o socios de trabajo de las sociedades cooperativas, sustituidos por dichos contratos de interinidad bonificados durante las situaciones de suspensión por paternidad.

Igualmente, las trabajadoras y trabajadores, incluidos en un régimen de Seguridad Social propio de autónomos, sustitui-



dos en esta situación por contratos de interinidad bonificados se verán beneficiados por la bonificación del 100 por 100 de la cuota que resulte de aplicar sobre la base mínima o fija que corresponda el tipo de cotización establecido como obligatorio.

1.3. PRESTACIÓN DE SEGURIDAD SOCIAL POR PATERNIDAD

El derecho a la suspensión del contrato de trabajo por paternidad no sería efectivo si no se garantizara una renta de sustitución del salario que la empresa deja de abonar al trabajador durante dicho período. Para ello, la Ley crea una nueva prestación económica dentro de la acción protectora del sistema de la Seguridad Social, cuya regulación queda contemplada, como ya adelantábamos, en el Capítulo IV ter del Título II del texto refundido de la Ley General de Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, entre otros preceptos de la misma ley.

La regulación de esta prestación económica tiene su desarrollo reglamentario en el Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, que regula las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural.



1.3.1. Situación protegida

Las situaciones protegidas a efectos de la prestación económica por paternidad son las de nacimiento, adopción o acogimiento, durante el período de suspensión del contrato de trabajo por paternidad, en los términos ya descritos y regulados en los artículos 45.1.d) y 48 bis del ET y en Disposición adicional sexta de la Ley 2/2008, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2009.

1.3.2. Beneficiarios y requisitos

Serán beneficiarios los trabajadores por cuenta ajena que disfruten de dicha suspensión del contrato por paternidad siempre que se encuentren afiliados y en alta en la Seguridad Social o en situación asimilada al alta y acrediten un mínimo de 180 días cotizados, dentro de los siete años inmediatamente anteriores a la fecha del inicio de la suspensión o, alternatively, 360 días a lo largo de su vida laboral con anterioridad a la mencionada fecha (artículo 133 nonies LGSS).

1.3.3. Cuantía y duración de la prestación

La prestación económica consiste en un subsidio equivalente al 100 por 100 de la base reguladora establecida para la prestación de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes y su duración alcanza todo el período de suspensión del contrato por paternidad (artículo 133 decies LGSS).

El Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, en su artículo 26, señala que la duración del subsidio por paternidad será equivalente a la del período de descanso que se disfrute, en los siguientes términos respecto a los beneficiarios con contrato de trabajo:

a) Trece días naturales ininterrumpidos, ampliables en el supuesto de parto, adopción o acogimiento múltiples en dos días más por cada hijo a partir del segundo.

b) Veinte días naturales ininterrumpidos, cuando el nuevo nacimiento, adopción o acogimiento se produzca en una familia numerosa⁴, cuando la familia adquiera dicha condición con el nuevo nacimiento, adopción o acogimiento, o cuando en la familia existiera previamente una persona con discapacidad en un grado igual o superior al 33 por 100, de conformidad con el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre.

Esta duración se ampliará en el supuesto de parto, adopción o acogimiento múltiples en dos días más por cada hijo a partir del segundo.

El incremento de la duración es único, sin que proceda su acumulación cuando concurren dos o más de las circunstancias señaladas.

c) Veinte días naturales ininterrumpidos cuando el hijo nacido, adoptado o menor acogido tenga una discapacidad en un grado igual o superior al 33 por 100, de conformidad con el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre.

4 La regulación de las familias numerosas se encuentra en la Ley 40/2003, de 18 de noviembre.



1.3.4. Trabajadores a tiempo parcial

Se aplican las mismas particularidades establecidas en esta modalidad contractual para la prestación de maternidad. Para acreditar los períodos de cotización necesarios para causar derecho a la prestación por paternidad se computan exclusivamente las cotizaciones efectuadas en función de las horas trabajadas, tanto ordinarias como complementarias, calculando su equivalencia en días teóricos de cotización. A tal fin, el número de horas efectivamente trabajadas se divide por 5, equivalente diario de 1826 horas anuales. El lapso de tiempo en el que debe estar comprendido el período mínimo de cotización se incrementa proporcionalmente. Por último, la base reguladora diaria será el resultado de dividir la suma de bases de cotización acreditadas en la empresa durante el año anterior a la fecha del inicio de la suspensión entre 365 (disposición adicional séptima LGSS) y artículos 23.1 y 25.2 del RD 295/2009, de 6 de marzo.

1.3.5. Paternidad y prestaciones por desempleo

La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, procede a modificar el artículo 222 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social para regular la concurrencia de las situaciones de paternidad y desempleo de la siguiente forma:

- Si el contrato de trabajo se extingue durante la situación de paternidad por alguna de las causas que constituyen situación legal de desempleo, el trabajador continuará percibiendo la prestación por paternidad y, cuando ésta finalice, ac-

cederá a la prestación por desempleo si reúne los requisitos necesarios para ello. No se descuenta de esta prestación contributiva por desempleo el tiempo que se hubiera permanecido en situación de paternidad.

- Si el trabajador se encuentra percibiendo prestaciones por desempleo total y accede a la situación de paternidad, se le suspende la prestación por desempleo y pasa a percibir la prestación de paternidad, gestionada directamente por el INSS, por el período y en la cuantía que corresponda. Una vez extinguida esta última prestación, se reanuda la de desempleo, previa solicitud del interesado, por la duración y cuantía que le restaba por percibir.

1.3.6. Cobertura respecto a otras prestaciones

Durante el período de suspensión del contrato por paternidad subsiste la obligación de cotizar a la Seguridad Social, sin perjuicio de las bonificaciones de las que hemos hablado. Las cuotas correspondientes a la situación de paternidad computan a efectos de los distintos períodos previos de cotización exigidos para el derecho a las prestaciones.

El período de paternidad que subsiste una vez extinguido el contrato de trabajo, o que se inicia durante el percibo de prestaciones por desempleo, se considera tiempo efectivamente cotizado a efectos de las prestaciones por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad (Artículos 106 y 124 de la LGSS).



1.3.7. Regímenes especiales de la Seguridad Social

La prestación por paternidad se reconoce en todos los Regímenes Especiales del sistema de Seguridad Social con la misma extensión y en los mismos términos y condiciones que están previstos para los trabajadores del Régimen General. Se incluyen, por tanto, los trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia de los regímenes especiales agrario, de empleados de hogar, trabajadores del mar, trabajadores por cuenta propia o autónomos y minería del carbón (disposición adicional undécima bis de la LGSS).

Para los trabajadores autónomos el beneficio puede empezar a percibirse a partir del nacimiento del hijo o hija. Podrán igualmente disfrutarlo en régimen de jornada parcial en las condiciones que se establezcan reglamentariamente; en la actualidad esas condiciones están establecidas en el apartado 8 de la disposición adicional primera del RD 295/2009, de 6 de marzo.

2. FUNCIONARIADO PÚBLICO Y PERSONAL ESTATUTARIO DE LOS SERVICIOS DE SALUD

2.1. FUNCIONARIADO PÚBLICO INCLUIDO DENTRO DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO

El derecho a un permiso de paternidad en el ámbito de la función pública ha sido introducido por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, con carácter básico para todas las Administraciones Públicas, mediante la modificación del artículo 30.1.a) de la Ley 30/84, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública. Esta regulación se ha visto complementada por el artículo 49, letra c), de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, publicada en el BOE. de 13 de abril.

Este derecho se incorpora como un permiso de conciliación de la vida personal, familiar y laboral con motivo de nacimiento, acogimiento o adopción de un hijo o hija y tiene actualmente una duración de quince días, a disfrutar por el padre o el otro progenitor a partir de la fecha de nacimiento, de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituye la adopción.

También para los funcionarios ésta es la duración inicial del permiso, el cual alcanzará las cuatro semanas a partir del 1 de enero de 2011. Para ello, la **Ley 9/2009, de 6 de octubre**, ha modificado la letra a) del artículo 30.1 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto. Mientras tanto, y a pesar de la deficiente redacción de la disposición adicional sexta de la Ley 2/2008, de 23 de diciembre, el permiso podrá ampliarse a los veinte días en los supuestos establecidos en la misma. En este sentido,



respecto a los funcionarios y funcionarias a los que resulta de aplicación el Estatuto Básico del Empleado Público y que estén integrados en el Régimen General de la Seguridad Social, el **Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo**, prevé en su artículo 26 una duración de la prestación económica equivalente al período de descanso, en los términos siguientes:

- Quince días naturales ininterrumpidos, durante el permiso de paternidad por el nacimiento, acogimiento o adopción de uno o más hijos, de acuerdo con lo previsto en el artículo 49.c) del Estatuto Básico del Empleado Público.
- Veinte días naturales ininterrumpidos cuando el nuevo nacimiento, adopción o acogimiento se produzca en una familia numerosa⁵, cuando la familia adquiera dicha condición con el nuevo nacimiento, adopción o acogimiento, o cuando la familia existiera previamente una persona con discapacidad, en un grado igual o superior al 33 por 100, de conformidad con el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre.

Esta duración se ampliará en el supuesto de parto, adopción o acogimiento múltiple de dos días más por cada hijo a partir del segundo.

- El incremento de la duración es único, siempre procede su acumulación cuando concurren dos o más de las circunstancias señaladas.

5 La regulación de las familias numerosas se encuentra en la Ley 40/2003, de 18 de noviembre.

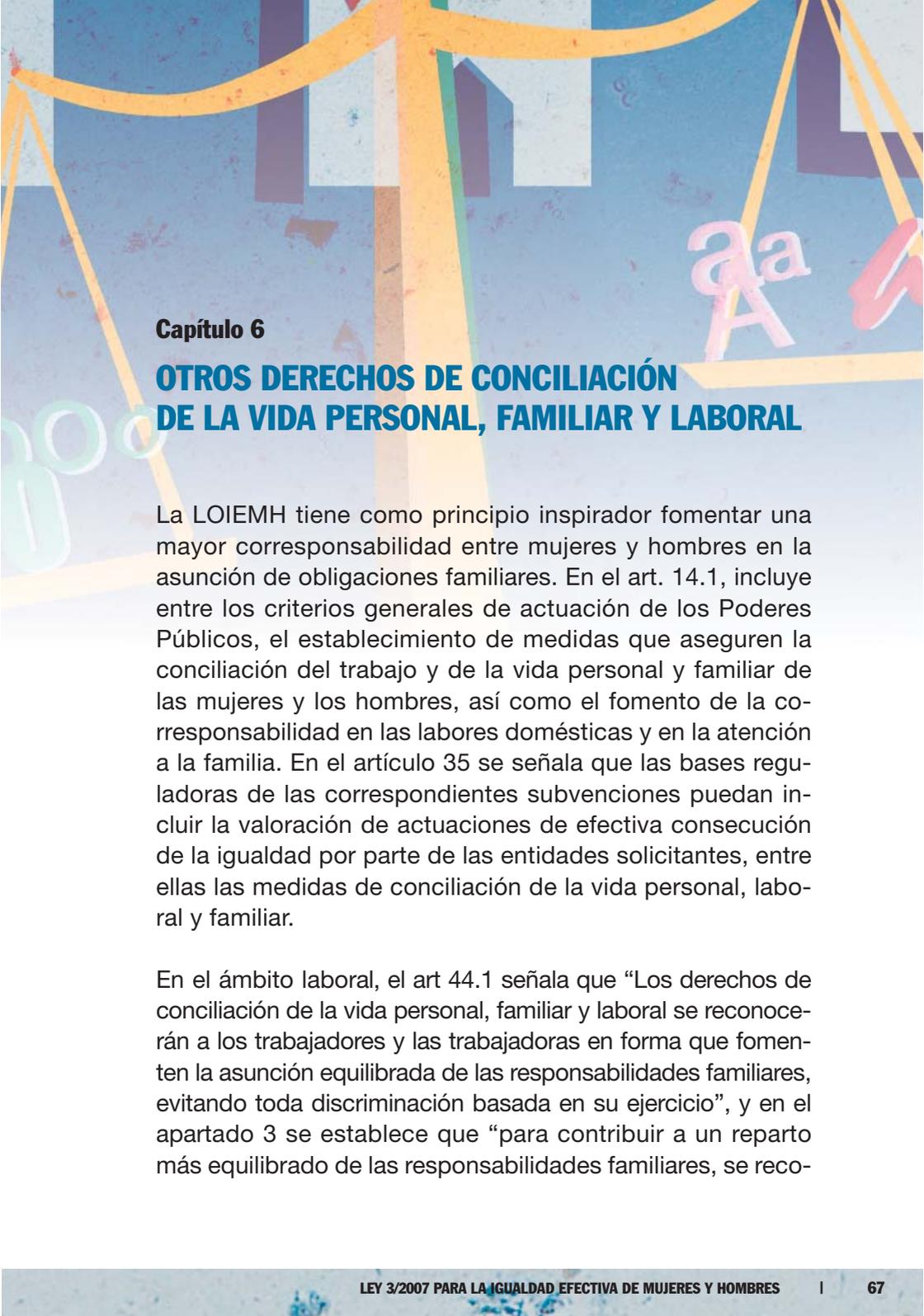
- Veinte días ininterrumpidos cualquiera que sea la legislación aplicable, cuando el hijo nacido, adoptado o menor acogido tenga una discapacidad en un grado igual o superior al 33 por 100, de conformidad con el Real Decreto 1971/1999 de 23 de diciembre.

El permiso por paternidad es independiente del disfrute compartido de los permisos por parto, adopción o acogimiento recogidos en las letras a) y b) del mismo artículo 49 del Estatuto Básico del Empleado Público.

En el mismo precepto se garantiza la plenitud de derechos económicos y profesionales durante el ejercicio del derecho así como el devengo de cualquier mejora en las condiciones de trabajo. Los funcionarios públicos incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social perciben la prestación económica por paternidad recogida para este régimen en el Capítulo IV ter del Título II del texto refundido de la LGSS.

2.2. PERSONAL ESTATUTARIO DE LOS SERVICIOS DE SALUD

La Ley Orgánica para la Igualdad efectiva de mujeres y hombres modifica igualmente el apartado 2 del artículo 61 del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, aprobado por la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, para incorporar el permiso por paternidad en los mismos términos establecidos para los funcionarios públicos.



Capítulo 6

OTROS DERECHOS DE CONCILIACIÓN DE LA VIDA PERSONAL, FAMILIAR Y LABORAL

La LOIEMH tiene como principio inspirador fomentar una mayor corresponsabilidad entre mujeres y hombres en la asunción de obligaciones familiares. En el art. 14.1, incluye entre los criterios generales de actuación de los Poderes Públicos, el establecimiento de medidas que aseguren la conciliación del trabajo y de la vida personal y familiar de las mujeres y los hombres, así como el fomento de la corresponsabilidad en las labores domésticas y en la atención a la familia. En el artículo 35 se señala que las bases reguladoras de las correspondientes subvenciones puedan incluir la valoración de actuaciones de efectiva consecución de la igualdad por parte de las entidades solicitantes, entre ellas las medidas de conciliación de la vida personal, laboral y familiar.

En el ámbito laboral, el art 44.1 señala que “Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral se reconocerán a los trabajadores y las trabajadoras en forma que fomenten la asunción equilibrada de las responsabilidades familiares, evitando toda discriminación basada en su ejercicio”, y en el apartado 3 se establece que “para contribuir a un reparto más equilibrado de las responsabilidades familiares, se reco-



noce a los padres el derecho a un permiso y una prestación por paternidad, en los términos previstos en la normativa laboral y de Seguridad Social”.

En el ámbito del empleo público, en el art. 51 se incluye, entre los criterios de actuación de las Administraciones públicas, facilitar la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, sin menoscabo de la promoción profesional. En los arts. 56 y 57 se contienen previsiones sobre la necesidad de que la normativa aplicable al personal al servicios de la Administración General del Estado, o los organismos públicos vinculados o dependientes de ella, establezca un régimen de excedencias, reducciones de jornada, permisos u otros beneficios con el fin de proteger la maternidad y facilitar la conciliación de la vida personal, familiar y laboral y que con la misma finalidad se reconozca un permiso de paternidad, en los términos que disponga dicha normativa. Así mismo el tiempo en que se ha estado en dichas situaciones se ha de computar como de trabajo desarrollado.

En cuanto a las medidas que en materia de conciliación la LOIEMH establece para la función pública hay que tener en cuenta que con posterioridad a la misma se aprobó la ley 7/2007, de 12 de abril del Estatuto Básico del Empleado Público.

1. JORNADA DE TRABAJO

El art. 34 del ET en el que se regula la duración máxima de la jornada, ha sido modificado por la Disposición adicional décimo primera de la LOIEMH para introducir un apartado 8,



con el siguiente contenido: “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”.

Del análisis de este nuevo precepto, se observa que la norma legal recoge un derecho que para poder ser disfrutado es necesario su concreción por la negociación colectiva o por el acuerdo individual, por lo que sin su determinación por la negociación colectiva o acuerdo individual no podrá ser exigido, lo que le diferencia del derecho a la lactancia, a excepción de su acumulación en jornadas completas, y del de reducción de jornada por guarda legal o cuidado de familiares (art. 37. 4 y 5 del ET), que se pueden disfrutar por voluntad del trabajador o trabajadora sin necesidad de su concreción por la negociación colectiva o acuerdo individual.

2. PERMISOS RETRIBUIDOS

La Disposición adicional décimo primera de la LOIEMH modifica la letra b) del apartado 3 del artículo 37 del ET con la finalidad de dar cobertura a las situaciones que se vienen produciendo en relación con intervenciones quirúrgicas, que debido a los avances técnicos en cirugía, no exigen hospitalización y sin embargo siguen precisando cuidados familiares en el domicilio.



Dicho precepto ha quedado redactado en los siguientes términos: “b) Dos días por el nacimiento de hijo y por el fallecimiento, accidente o enfermedad graves, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario, de parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad. Cuando con tal motivo el trabajador necesite hacer un desplazamiento al efecto, el plazo será de cuatro días”.

La Disposición adicional decimonovena de la LOIEMH, modifica el art. 30.2 de la **Ley 30/1984, de 2 de agosto**, de medidas para la reforma de la función pública, para señalar que por deberes derivados de la conciliación de la vida familiar y laboral, también pueden concederse permisos.

En lo que respecta al personal estatutario, la Disposición adicional vigésima segunda de la LOIEMH, modifica el apartado 2 del artículo 61 de la **Ley 55/2003, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud**, para añadir que el personal estatutario tiene el derecho a disfrutar del régimen de permisos y licencias, incluida la licencia por riesgo durante el embarazo, establecido para los funcionarios públicos por la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. En consecuencia, los permisos y licencias reconocidos para los funcionarios públicos por dicha Ley son igualmente de aplicación al personal estatutario.



3. PERMISO POR LACTANCIA

Modificaciones en el ET: Disposición adicional décimo primera de la LOIEMH.

Se modifica el apartado 4 del artículo 37 para:

- Incrementar proporcionalmente en los casos de parto múltiple el derecho a una hora de ausencia del trabajo por lactancia de un hijo o hija menor de nueve meses,
- Poder acumular este derecho, es decir la hora de ausencia por lactancia o las que correspondan por parto múltiple, en jornadas completas en los términos previstos en la negociación colectiva o, en su defecto, en el acuerdo a que se llegue con la empresa.

Modificaciones en la **Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública**: Disposición adicional decimonovena de la LOIEMH.

Se modifica la letra f) del artículo 30.1 para:

- Ampliar de nueve a doce meses el periodo por el que se tiene derecho a la lactancia.
- Sustituir los términos madre y padre por progenitores.
- Incrementar proporcionalmente en los casos de parto múltiple, el derecho a una hora de ausencia del trabajo por lactancia.



4. REDUCCIÓN DE JORNADA POR MOTIVOS DE CONCILIACIÓN DE LA VIDA FAMILIAR Y LABORAL

Las medidas que en esta materia incorpora en sus disposiciones adicionales décimo primera, decimonovena, vigésima segunda y decimotercera, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, se introducen mediante modificaciones al artículo 37.5 y disposición adicional decimoctava del ET; al artículo 30.1 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública (complementado posteriormente por el artículo 48 de la Ley 7/2007, de 12 de abril del Estatuto Básico del Empleado Público); al artículo 61.2 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud, que como ya se ha señalado le reconoce los mismos permisos y licencias que los del funcionariado público; y por los apartados 3 y 4 del artículo 180, y apartado 5 del artículo 211 del Texto refundido de la Ley General de Seguridad Social.

4.1. REDUCCIÓN DE JORNADA POR GUARDA LEGAL

Se modifica el apartado 5 del artículo 37 del ET:

- Se amplía de seis a ocho años la edad del menor por el que se puede reducir la jornada.
- La reducción mínima de la jornada pasa de 1/3 (13 horas semanales) a 1/8 (5 horas semanales).

Se modifica la letra g) del art. 30.1 de la Ley 30/84, de Reforma de la Función Pública para ampliar de seis a doce años la edad del menor por quien se puede reducir la jornada.



4.2. REDUCCIONES DE JORNADA POR CUIDADO DE FAMILIAR Y POR HIJOS PREMATUROS O NEONATOS HOSPITALIZADOS

Se modifica el apartado 5 del artículo 37 del ET y al igual que en la guarda legal, la reducción mínima de la jornada por cuidado de familiares pasa de 1/3 (13 horas semanales) a 1/8 (5 horas semanales).

Se introduce una nueva letra g bis) en el art. 30.1 de la Ley 30/84, de Reforma de la Función Pública, para reconocer el derecho del funcionario o funcionaria que precise atender al cuidado de un familiar en primer grado, a solicitar una reducción de hasta el cincuenta por ciento de la jornada laboral, con carácter retribuido, por razones de enfermedad muy grave y por el plazo máximo de un mes, reducción que se podrá prorratear si hay más de un titular del derecho por el mismo hecho causante, respetando, en todo caso, el plazo máximo de un mes.

Asimismo, se modifica la letra f bis) del art. 30.1 de la Ley 30/84, para ampliar de una hora a un máximo de dos horas percibiendo las retribuciones íntegras, el tiempo que la funcionaria o funcionario pueden ausentarse del trabajo en los casos de nacimientos de hijos prematuros o que por cualquier causa deban permanecer hospitalizados a continuación del parto.



4.3. CÁLCULO DE INDEMNIZACIONES EN DETERMINADOS SUPUESTOS DE JORNADA REDUCIDA

La LOIEMH introduce una nueva disposición adicional en el ET, la decimoctava, para evitar pérdidas en los derechos laborales, concretamente en los indemnizatorios cuando se reduce la jornada por motivos vinculados a la conciliación de la vida familiar y laboral -reducción de jornada por guarda legal, cuidado de familiar o hijos prematuros o neonatos hospitalizados- y por violencia de género. Así, la nueva norma dispone que el salario a tener en cuenta a efectos del cálculo de las indemnizaciones previstas en el ET, será el que hubiera correspondido al trabajador o trabajadora sin considerar la reducción de jornada efectuada, siempre y cuando no hubiera transcurrido el plazo máximo legalmente establecido para dicha reducción.

La misma previsión se establece para los supuestos de ejercicio a tiempo parcial de la suspensión del contrato por maternidad y paternidad.

4.4. CÁLCULO DE LAS PRESTACIONES POR DESEMPLEO EN LAS REDUCCIONES DE JORNADA POR CUIDADO DE FAMILIAR, POR HIJOS PREMATUROS O NEONATOS HOSPITALIZADOS Y POR RAZÓN DE VIOLENCIA DE GÉNERO

Mediante la incorporación de un nuevo apartado 5 al artículo 211 del TRLGSS se corrige el efecto negativo que el ejercicio del derecho a reducir la jornada por estos motivos tenía en la cuantía de la prestación por desempleo. Modificación legal que



había venido a recomendar el Tribunal Supremo en su Sentencia de 31 de enero de 2006 (Sala de lo Social) al señalar que la regulación precedente podía resultar insatisfactoria desde la perspectiva de un logro más completo de los objetivos de conciliación de la vida laboral y familiar.

- Con carácter general la cuantía de la prestación por desempleo se calcula sobre el promedio de la base por la que se haya cotizado por dicha contingencia durante los últimos 180 días. Sin embargo, en los supuestos en los que la situación legal de desempleo haya venido precedida de períodos de reducción de jornada conforme a lo establecido en los apartados 4 bis, 5 y 7 del artículo 37 del ET, las bases de cotización que sirven para calcular la base reguladora de la prestación se computarán incrementadas hasta el cien por cien de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido, sin reducción, el trabajo a tiempo completo o parcial.
- Este beneficio se aplica, por tanto, a las reducciones de jornada por nacimiento de hijos prematuros o que, por cualquier razón, deban permanecer hospitalizados a continuación del parto; a las reducciones de jornada por guarda legal y por cuidado de otros familiares; y a las reducciones de jornada a las que se acoja la trabajadora víctima de la violencia de género. Siempre ejercitadas en los términos establecidos en los preceptos citados anteriormente.
- Asimismo, si la situación legal de desempleo se produce estando el trabajador o trabajadora en las situaciones de reducción de jornada citadas, las cuantías máxima y míni-



ma, establecidas por la ley para la prestación, se determinarán teniendo en cuenta el indicador público de rentas de efectos múltiples en función de las horas trabajadas antes de la reducción de jornada.

4.5. OTRAS PRESTACIONES DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Se incorpora como novedad la ampliación de la modalidad contributiva de las prestaciones familiares de Seguridad Social, regulada en el artículo 180 del TRLGSS, a las situaciones de reducción de jornada por motivos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral. De esta manera se palía, en la medida que pasamos a exponer, el perjuicio que el ejercicio de estos derechos puede ocasionar a las y los trabajadores en el momento de acceder a determinadas prestaciones de la Seguridad Social.

- Las cotizaciones realizadas durante los dos primeros años del período de reducción de jornada por cuidado de menor, previsto en el apartado 5 del artículo 37 del ET, se computarán incrementadas hasta el 100 por 100 de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido sin dicha reducción la jornada de trabajo. Este cómputo se efectúa a efectos de las correspondientes prestaciones por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad (apartado 3 del artículo 180).

- En los supuestos de reducción de jornada por guarda legal de persona discapacitada mayor de 8 años o por cuidado de familiar, contemplados en el apartado 5 del artículo 37 del ET, el incremento sólo se refiere al primer año



(apartado 3 del artículo 180). Deberían entenderse igualmente comprendidos en este punto los supuestos de reducción de jornada por nacimiento de hijos prematuros o neonatos hospitalizados y por razón de violencia de género contemplados en los apartados 4 bis y 7 del mismo artículo 37.

- Como veremos después, cuando las situaciones de excedencia por cuidado de hijo/a o menor acogido y por cuidado de otro familiar del apartado 3 del artículo 46 del ET hayan estado precedidas por una reducción de jornada por guarda legal o cuidado de familiar, a efectos de la consideración como cotizados de los períodos de excedencia que correspondan, las cotizaciones realizadas se computarán incrementadas hasta el 100 por 100 de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido sin dicha reducción la jornada de trabajo (apartado 4 del artículo 180).
- Lo dispuesto en el artículo 180 del TRLGG es de aplicación en todos los regímenes que integran el sistema de Seguridad Social (apartado 1 de la disposición adicional octava de dicha Ley).
- La consideración como cotizados al 100 por 100 de los períodos a que se refieren los apartados 3 y 4 del mismo artículo 180, en los términos arriba comentados, será de aplicación para las prestaciones que se causen a partir del 24 de marzo de 2007 (apartado 3 de la disposición transitoria séptima de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo).



5. EXCEDENCIAS POR MOTIVOS DE CONCILIACIÓN DE LA VIDA PERSONAL, FAMILIAR Y LABORAL

La Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, introduce modificaciones en la regulación legal precedente, ampliando este derecho a la suspensión del contrato de trabajo y mejorando la protección social dispensada durante su ejercicio, en los términos que se exponen a continuación.

5.1. NUEVA REGULACIÓN DE LA EXCEDENCIA VOLUNTARIA

La LOIEMH diferenciándose de la **Ley 39/1999, de 5 de noviembre, sobre conciliación de la vida familiar y laboral**, no sólo tiene como uno de sus principios la conciliación de la vida familiar y laboral, sino también la de la vida personal con la laboral. Pese a ello, pocas medidas encontramos en la Ley que favorezcan dicha conciliación, a excepción de la que se introduce mediante la modificación del derecho a la excedencia voluntaria regulado en el apartado 2 del art. 46 del ET.

La modificación de dicha norma tiene por objeto posibilitar la excedencia voluntaria por un período mínimo de cuatro meses en lugar de dos años mínimos, lo que favorece llegar a un acuerdo individual entre la empresa y el trabajador o trabajadora para reservar el puesto de trabajo durante este periodo.



5.2. EXCEDENCIA POR CUIDADO DE HIJO/A O MENOR ACOGIDO Y POR CUIDADO DE OTROS FAMILIARES

Modificaciones en el ET: Disposición adicional décimo primera de la LOIEMH.

Mediante la modificación de los párrafos primero y segundo del apartado 3 del art. 46 del ET, se introducen tres importantes cambios:

- Se tiene derecho a excedencia por menor acogido aunque el acogimiento sea provisional.
- Se amplía la excedencia por cuidado de familiares de un año a dos años máximo.
- El periodo de duración de la excedencia por cuidado de hijo/a o menor acogido y por cuidado de familiares puede disfrutarse de forma fraccionada en uno o más períodos. Esta modificación puede tener unos efectos prácticos importantes, pues expresamente queda reconocido en el ET que el periodo de excedencia de tres años por cada hijo/a o menor acogido y el de dos años por cuidado de familiares, no es obligatorio disfrutarlo de forma continuada.



Modificaciones en la ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública: Disposición adicional decimonovena de la LOIEMH.

Se modifica el apartado 4 del artículo 29 introduciéndose los siguientes cambios en el régimen de la excedencia por hijo/a o menor acogido y por cuidado de otros familiares:

- Se amplía el período de excedencia de uno a tres años máximo para atender al cuidado de familiares.
- El funcionariado podrá participar en los cursos de formación que convoque la Administración durante el periodo de excedencia.
- La reserva del puesto de trabajo pasa de uno a dos años. Transcurrido este período, dicha reserva lo será al puesto en la misma localidad y de igual nivel y retribución.

5.3. EXCEDENCIA POR RAZÓN DE VIOLENCIA DE GÉNERO SOBRE LAS FUNCIONARIAS

Es de destacar la modificación que Disposición adicional decimonovena de la LOIEMH hace en relación con la excedencia por violencia de género sobre las funcionarias.

La Ley Orgánica 1/2004, de 28 diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género reformó el ET y la Ley General de la Seguridad Social para que la trabajadora víctima de violencia de género pudiera acogerse a



la situación de excedencia con reserva de puesto de trabajo y percibir durante dicho periodo prestación de desempleo. Así mismo modificó la ley 30/84 para que la funcionaria pudiera también acogerse a la excedencia con reserva de plaza, sin embargo no se le reconoció derecho a percibir retribución en dicho periodo, problema que soluciona en parte la LOIEMH modificando el artículo 29.8 en los siguientes términos:

«Igualmente, durante los dos primeros meses de esta excedencia la funcionaria tendrá derecho a percibir las retribuciones íntegras y, en su caso, las prestaciones familiares por hijo a cargo».

5.4. PRESTACIONES DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Se incorporan las siguientes novedades en la regulación de la prestación familiar no económica establecida para los supuestos de excedencia a los que se refiere el apartado 3 del artículo 46 del ET:

- Los dos primeros años del período de excedencia que los trabajadores o las trabajadoras, de acuerdo con el artículo 46.3 de la Ley del ET, disfruten en razón del cuidado de cada hijo/a o menor acogido, en los supuestos de acogimiento familiar permanente o preadoptivo, aunque éstos sean provisionales, tendrán la consideración de período de cotización efectiva a efectos de las correspondientes prestaciones de la Seguridad Social por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad (apartado 1 del artículo 180 del TRLGSS).



El período de cotización efectiva tendrá una duración de 30 meses si la unidad familiar de la que forma parte el o la menor en razón de cuyo cuidado se solicita la excedencia, tiene la consideración de familia numerosa de categoría general, o de 36 meses, si tiene la de categoría especial (párrafo segundo del artículo 180.1). La regulación de las familias numerosas se encuentra en la **Ley 40/2003, de 18 de noviembre**.

La reforma introducida por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, incluye la protección por paternidad y duplica el período de la prestación en estos casos.

- Por lo que respecta al período de excedencia que los trabajadores o las trabajadoras pueden disfrutar, de acuerdo con el artículo 46.3 del ET, para atender al cuidado de familiares hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad no puedan valerse por sí mismos, y no desempeñen una actividad retribuida, sólo se considera efectivamente cotizado el primer año de excedencia. Se mantiene en este punto la regulación anterior, a pesar de la ampliación del derecho operada mediante la reforma del citado artículo 46.3 del ET.

Las prestaciones protegidas son las de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad (apartado 2 del artículo 180 del TRLGSS).

- A los efectos de esta protección por períodos de excedencia por cuidado de hijo o hija, de menor acogido o de otros familiares, la base de cotización a considerar estará



constituida por el promedio de las bases de cotización del beneficiario o beneficiaria correspondientes a los seis meses inmediatamente anteriores al inicio del período de excedencia laboral. Si la persona beneficiaria no tuviera acreditados seis meses de cotización, se computará el promedio de las bases de cotización correspondientes al período inmediatamente anterior al inicio de la excedencia que resulten acreditadas (artículo 7 del Real Decreto 1335/2005, de 11 de noviembre, por el que se regulan las prestaciones familiares de la Seguridad Social).

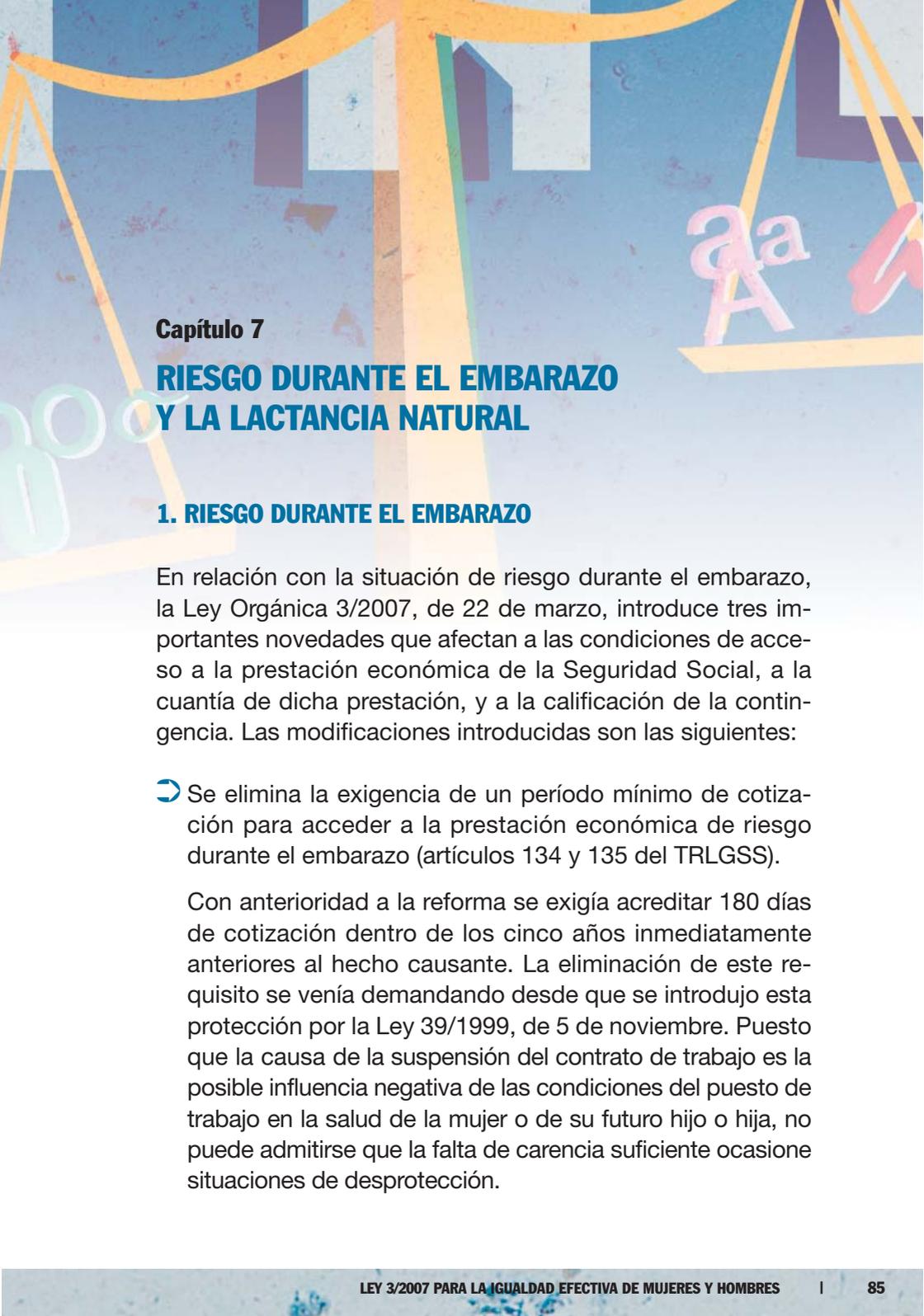
Sin embargo, cuando las situaciones de excedencia señaladas hubieran estado precedidas de una reducción de jornada por guarda legal o cuidado de familiar en los términos previstos en el artículo 37.5 de la Ley del ET, a efectos de la consideración como cotizados de los períodos de excedencia que correspondan, las cotizaciones realizadas durante la reducción de jornada se computarán incrementadas hasta el 100 por 100 de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido sin reducción la jornada de trabajo (apartado 4 del artículo 180 del TRLGSS; modificado para introducir este beneficio por la Ley Orgánica 3/2007).

- Lo dispuesto en el artículo 180 del TRLGG es de aplicación en todos los regímenes que integran el sistema de Seguridad Social (apartado 1 de la disposición adicional octava de dicha Ley).
- La consideración como cotizados de los períodos a los que se refiere el nuevo apartado 1 del artículo 180 en relación con la excedencia por cuidado de hijo/a o menor acogido y



la consideración como cotizados al 100 por 100 del período a que se refiere el apartado 4 del mismo artículo 180 en los términos arriba comentados, será de aplicación para las prestaciones que se causen a partir del 24 de marzo de 2007 (apartado 3 de la disposición transitoria séptima de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo).

- Por último, recordamos aquí que el período de suspensión con reserva de puesto de trabajo regulado como medida de protección de la trabajadora víctima de la violencia de género en el artículo 48.6 del ET, se considera igualmente de cotización efectiva a efectos de las correspondientes prestaciones de Seguridad Social por jubilación, incapacidad permanente, muerte o supervivencia, maternidad y desempleo en virtud de lo dispuesto en el artículo 124.5 del TRLGSS que fue modificado en su día por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.



Capítulo 7

RIESGO DURANTE EL EMBARAZO Y LA LACTANCIA NATURAL

1. RIESGO DURANTE EL EMBARAZO

En relación con la situación de riesgo durante el embarazo, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, introduce tres importantes novedades que afectan a las condiciones de acceso a la prestación económica de la Seguridad Social, a la cuantía de dicha prestación, y a la calificación de la contingencia. Las modificaciones introducidas son las siguientes:

- Se elimina la exigencia de un período mínimo de cotización para acceder a la prestación económica de riesgo durante el embarazo (artículos 134 y 135 del TRLGSS).

Con anterioridad a la reforma se exigía acreditar 180 días de cotización dentro de los cinco años inmediatamente anteriores al hecho causante. La eliminación de este requisito se venía demandando desde que se introdujo esta protección por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre. Puesto que la causa de la suspensión del contrato de trabajo es la posible influencia negativa de las condiciones del puesto de trabajo en la salud de la mujer o de su futuro hijo o hija, no puede admitirse que la falta de carencia suficiente ocasione situaciones de desprotección.

- Se incrementa la cuantía de la prestación económica que pasa a ser del 100 por 100 de la base reguladora establecida para la incapacidad temporal derivada de contingencias profesionales (Artículo 135.3 del TRLGSS). Anteriormente, este subsidio sólo alcanzaba el 75% de la base reguladora correspondiente a la incapacidad temporal derivada de contingencias comunes.
- La prestación económica de riesgo durante el embarazo pasa a tener la naturaleza de prestación derivada de contingencias profesionales; por lo que la gestión y el pago de la prestación económica corresponderá a la Entidad Gestora o a la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social en función de la entidad con la que la empresa tenga concertada la cobertura de los riesgos profesionales (artículos 134 y 135 del TRLGSS y artículo 26.2 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales).

Por otra parte, el artículo 48.4 del ET, en su último párrafo, dispone que las trabajadoras se beneficiarán de cualquier mejora a la que hubieran podido tener derecho durante la suspensión del contrato.

Las adaptaciones necesarias en relación con el **funcionariado público de la Administración del Estado y el personal estatutario de los Servicios de salud**, se realizan modificando el apartado 3 del artículo 69 del Decreto 315/1964, de 7 de febrero, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado; los artículos 12 b) y 22 de la Ley de Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado, aprobada por Real Decreto Legislativo 4/200, de 23 de junio y el artículo 61.2 de la



Ley 55/2003, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de salud. El artículo 58 de la propia Ley Orgánica garantiza la plenitud de derechos económicos, durante toda la licencia, en el ámbito de la Administración del Estado.

Con posterioridad a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, la regulación de la situación de riesgo durante el embarazo, se ha visto desarrollada por las siguientes normas:

- Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, que regula las prestaciones económicas del sistema de Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural (BOE de 21 de marzo de 2009), y que recoge el procedimiento para el reconocimiento del derecho.
- Real Decreto 298/2009, de 6 de marzo, por el que se modifica el Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención, en relación con la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia.
- La Disposición Adicional Séptima de la Ley 2/2008, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2009, que establece la reducción del 50 por ciento de la aportación empresarial en la cotización por contingencias comunes en los supuestos en que, por razón del riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural, la trabajadora sea destinada a un puesto de trabajo o función diferente y compatible con su estado conforme a lo previsto en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales.
- La Disposición Final Séptima de la Ley 2/2008, de 23 de diciembre, también ha introducido adaptaciones en el Real Decreto Legislativo 4/2000, de 23 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado.

2. RIESGO DURANTE LA LACTANCIA NATURAL DE MENORES DE NUEVE MESES

La situación de riesgo durante la lactancia natural se introduce por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, como una **nueva causa de suspensión del contrato de trabajo con derecho a las correspondientes prestaciones de Seguridad Social**. Su régimen es prácticamente idéntico al de la situación de riesgo durante el embarazo. Esta reforma era necesaria para completar de forma efectiva la protección de la que habla la Directiva 1992/85 del Consejo, de 19 de octubre, sobre mejora de la protección de la seguridad y de la salud de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia.

2.1. SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

2.1.1. Contenido del derecho

El artículo 26 de la **Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales**, ordena que en la evaluación de riesgos se tenga presente la exposición de las trabajadoras embarazadas, de parto reciente o en período de lactancia a agentes, procedimientos o condiciones de trabajo que puedan perjudicar su salud, la del feto o la del hijo o hija.

A la vista de la evaluación de riesgos, si los resultados ponen en evidencia la mera posibilidad de riesgo o repercusión negativa sobre el embarazo o la lactancia, la empresa debe adoptar las medidas necesarias para evitar la exposición al



mismo a través de una adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo. Cuando la adaptación no resulta posible o, cuando a pesar de ella, las condiciones puedan influir negativamente en la salud de la embarazada o el feto, o ya en período de lactancia, de la mujer o del hijo/a, y así lo certifiquen los servicios médicos correspondientes, la trabajadora deberá desempeñar un puesto de trabajo o función diferente y compatible con su estado. La empresa debe determinar, previa consulta con la representación de los trabajadores, la relación de puestos exentos de riesgos a estos efectos.

La reforma operada por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, amplió esta protección, sólo respecto a la trabajadora embarazada, posibilitando la suspensión de su contrato de trabajo si el cambio de puesto no resulta técnica u objetivamente posible, o no puede razonablemente exigirse por motivos justificados.

Ahora, se extiende esta medida a la situación de lactancia natural por el tiempo necesario para proteger la salud de la trabajadora y/o del hijo o hija en los términos que a continuación se indican.

- Procede la suspensión del contrato de trabajo cuando el cambio de puesto no resulta técnica u objetivamente posible, o no puede razonablemente exigirse por motivos justificados (art. 26.4 de la LPRL).
- La suspensión del contrato finaliza cuando el o la lactante cumple nueve meses o cuando desaparece la imposibilidad de la trabajadora de reincorporarse a su puesto anterior o a otro compatible con su estado.



Artículos 45.1.d) y 48.5 del ET; y artículo 26 de la Ley de Prevención de Riesgos laborales.

Recientemente, el Real Decreto 298/2009, de 6 de marzo, ha modificado el Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención, en relación con la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia.

2.1.2. Medidas de protección del ejercicio del derecho

Se recoge expresamente que la trabajadora se beneficiará de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a la que hubiera podido tener derecho durante la suspensión del contrato.

Además, la Ley introduce otras medidas en la protección laboral de esta situación. Se trata de garantías como la declaración de discriminación directa por razón de sexo cuando se produce un trato desfavorable relacionado con la maternidad o la ampliación de los supuestos de nulidad de las extinciones de contrato o despidos. Estas medidas, por ser comunes a otros derechos se tratan conjuntamente en el apartado correspondiente al que nos remitimos⁶.

6 Ver Capítulos 2 y 10.



2.1.3. Bonificaciones de cuotas a la Seguridad Social

También con el objetivo de proteger el ejercicio del derecho, la Ley incorpora las mismas medidas de coste cero establecidas en otros supuestos, incentivando la contratación de personas desempleadas para sustituir a las trabajadoras durante el período de suspensión por riesgo durante la lactancia natural.

Así, se amplía la bonificación del 100 por 100 de las cuotas empresariales de la Seguridad Social, incluidas las de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales y en las aportaciones empresariales de las cuotas de recaudación conjunta, establecidas en el artículo 1 del **Real Decreto-Ley 11/1998, de 4 de septiembre**, y en la disposición adicional segunda de la **Ley 12/ 2001, de 9 de julio**, a los contratos de interinidad celebrados con personas desempleadas para sustituir a las trabajadoras, a las socias trabajadoras o socias de trabajo de las sociedades cooperativas y a los trabajadoras autónomas que se encuentren en situación de riesgo durante la lactancia natural.

Esta bonificación se aplica también a las cotizaciones por las trabajadoras, socias trabajadoras o socias de trabajo de las sociedades cooperativas, sustituidas mediante dichos contratos de interinidad bonificados durante la situación de riesgo durante la lactancia natural. Igualmente, las trabajadoras incluidas en un régimen de Seguridad Social propio de trabajadores autónomos sustituidas en esta situación por contratos de interinidad bonificados se verán beneficiadas por la bonificación del 100 por 100 de la cuota que resulte



de aplicar sobre la base mínima o fija que corresponda al tipo de cotización establecido como obligatorio.

Recordamos aquí que la Disposición Adicional Séptima de la **Ley 2/2008, de Presupuestos Generales del Estado para 2009**, ha establecido la reducción del 50 por ciento de la aportación empresarial en la cotización por contingencias comunes en los supuestos en que, por razón de riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural, la trabajadora sea destinada a un puesto de trabajo o función diferente y compatible con su estado conforme a lo previsto en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales.

2.2. PRESTACIONES DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Esta nueva prestación económica se regula en los artículos 135 bis y 135 ter del texto refundido de la Ley General de Seguridad Social y en el desarrollo reglamentario establecido por el Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural.



2.2.1. Situación protegida

Se considera situación protegida el período de suspensión del contrato de trabajo en los supuestos en que, debiendo la trabajadora cambiar de puesto de trabajo por otro compatible con su situación, en los términos previstos en el artículo 26.4 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, dicho cambio de puesto no resulte técnica u objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados.

2.2.2. Prestación económica

La prestación económica por riesgo durante la lactancia natural se concede en los mismos términos y condiciones previstos para la prestación económica por riesgo durante el embarazo.

- No se requiere acreditar un período previo de cotizaciones a la Seguridad Social.
- La cuantía asciende al 100 por 100 de la base reguladora de la incapacidad temporal derivada de contingencias profesionales.
- Se extingue en el momento en que el hijo o hija cumple nueve meses, salvo que la trabajadora se haya reincorporado con anterioridad a su puesto de trabajo por desaparecer el riesgo, o que se haya incorporado a otro puesto compatible con su situación.



- Tiene la naturaleza de prestación derivada de contingencias profesionales; por lo que la gestión y el pago de la prestación económica corresponderá a la Entidad Gestora o a la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social en función de la entidad con la que la empresa tenga concertada la cobertura de los riesgos profesionales.

2.2.3. Cobertura respecto a otras prestaciones

Durante el período de suspensión del contrato subsiste la obligación de cotizar a la Seguridad Social, sin perjuicio de las bonificaciones de las que hemos hablado. Las cuotas correspondientes a la situación de riesgo durante la lactancia computan a efectos de los distintos períodos previos de cotización exigidos para el derecho a las prestaciones. (Artículos 106 y 124 de la LGSS).

2.2.4. Procedimiento

Ha sido desarrollado por el Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, antes citado.



2.2.5. Otras actividades profesionales dentro del sistema de Seguridad Social

Este derecho se reconoce a las trabajadoras por cuenta ajena de los regímenes especiales de la Seguridad Social y a las trabajadoras por cuenta propia de los regímenes especiales del mar, agrario, y trabajadoras autónomas (disposición adicional octava del TRLGSS).

Las adaptaciones necesarias en relación con el funcionamiento público de la Administración del Estado y el personal estatutario de los Servicios de salud, se realizan modificando el apartado 3 del artículo 69 del Decreto 315/1964, de 7 de febrero, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado; los artículos 12 b) y 22 de la Ley de Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado, aprobada por Real Decreto Legislativo 4/200, de 23 de junio, modificado por la Ley 2/2008, de 23 de diciembre, más recientemente, y el artículo 61.2 de la Ley 55/2003, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de salud. El artículo 58 de la propia Ley Orgánica garantiza la plenitud de derechos económicos, durante toda la licencia, en el ámbito de la Administración del Estado.

Las normas reglamentarias de aplicación se encuentran en el Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, para el conjunto de los regímenes y en el Real Decreto 375/2003, de 28 de marzo, para los Funcionarios Civiles del Estado, a los que también se les aplica supletoriamente el primero.

Capítulo 8

VACACIONES

La LOIEMH ha venido a dar cumplimiento a una larga y permanente reivindicación de la Secretaría de la Mujer de CCOO, que las trabajadoras no se vean privadas de su derecho a las vacaciones anuales por razón de su maternidad.

Así, la disposición adicional décimo primera modifica el artículo 38 del ET, por el que se regula el derecho a las vacaciones anuales retribuidas de los trabajadores, para reconocer que cuando el período de vacaciones fijado en el calendario de vacaciones de la empresa coincida en el tiempo con una incapacidad temporal derivada del embarazo, el parto o la lactancia natural o con el período de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, se tendrá derecho a disfrutar las vacaciones en fechas distintas, aunque haya terminado el año natural.

En relación con el empleo público en la Administración General del Estado y organismos públicos vinculados o dependientes de ella, la LOIEMH como una medida de igualdad en el empleo dispone en su art. 59 que:

“sin perjuicio de las mejoras que pudieran derivarse de acuerdos suscritos entre la Administración General del Estado o los organismos públicos vinculados o dependientes de ella con la representación de los empleados y empleadas al servicio de la Administración Pública, cuando el período de vacaciones coincida con una incapacidad temporal derivada del embarazo, parto o lactancia natural o con el permiso de maternidad, o con su ampliación por lactancia, la empleada pública tendrá derecho a disfrutar las vacaciones en fecha distinta, aunque haya terminado el año natural al que correspondan”.



Capítulo 9

OTROS DERECHOS EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL

1. PERÍODOS DE COTIZACIÓN ASIMILADOS AL PARTO

Es otra de las prestaciones novedosas incorporadas a la protección de Seguridad Social por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo. Se trata de una medida de acción positiva que pretende mejorar las carreras de cotización de las trabajadoras que no se encontraban en el mercado de trabajo, o se habían apartado de él, en los años de fertilidad.

1.1. REGULACIÓN

Se encuentra en la disposición adicional decimoctava, apartado veintitrés, y en la disposición transitoria séptima de la Ley. Mediante la primera se introduce una nueva Disposición adicional cuadragésima cuarta en el texto refundido de la Ley General de Seguridad Social, Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio.

1.2. BENEFICIARIAS

Trabajadoras que solicitan las pensiones contributivas de jubilación o de incapacidad permanente en cualquier régimen de Seguridad Social y que han tenido hijas o hijos biológicos; salvo que, por ser trabajadora o funcionaria en el momento del parto, se hubiera cotizado durante la totalidad de las dieciséis semanas de la suspensión por maternidad o, si el parto fuese múltiple, durante el período que corresponda.

1.3. CONTENIDO DEL DERECHO

A los días de cotización que tenga acreditados la trabajadora solicitante de la pensión se añaden:

- Por cada parto de un solo hijo o hija: 112 días completos de cotización.
- Si el parto es múltiple: 14 días más por cada hijo o hija a partir del segundo, éste incluido.

La consideración como cotizados de estos períodos será de aplicación para las prestaciones de jubilación e invalidez permanente que se causen a partir del 24 de marzo de 2007 (disposición transitoria séptima).



2. PROTECCIÓN POR DESEMPLEO

2.1. NOVEDADES INTRODUCIDAS POR LA LEY ORGÁNICA 3/2007

La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, ha introducido en relación con la protección por desempleo las mejoras que pasamos a enumerar:

- 1** Garantía de la percepción íntegra del período que corresponda por la prestación por desempleo cuando concurre la situación de maternidad, adopción o acogimiento, del artículo 48.4 del ET, o la situación de paternidad, del artículo 48 bis del mismo texto legal, con la situación legal de desempleo (Artículo 222 del TRLGSS).
- 2** Derecho de los trabajadores o las trabajadoras con reducción de jornada, al amparo de los apartados 4 bis, 5 y 7 del artículo 37 del ET, a percibir la prestación por desempleo en la cuantía que les hubiera correspondido sin la citada reducción (apartado 5 del artículo 211 del TRLGSS).
- 3** Derecho de quienes tienen contrato a tiempo parcial a percibir el subsidio por desempleo en su nivel asistencial en su cuantía íntegra sin reducción alguna.

Respecto a las dos primeras medidas nos remitimos a lo expuesto en los capítulos correspondientes de esta Guía relativos a las situaciones de maternidad, adopción o acogimiento, paternidad, y reducción de jornada, donde se exponen las novedades introducidas por la Ley en esta materia.



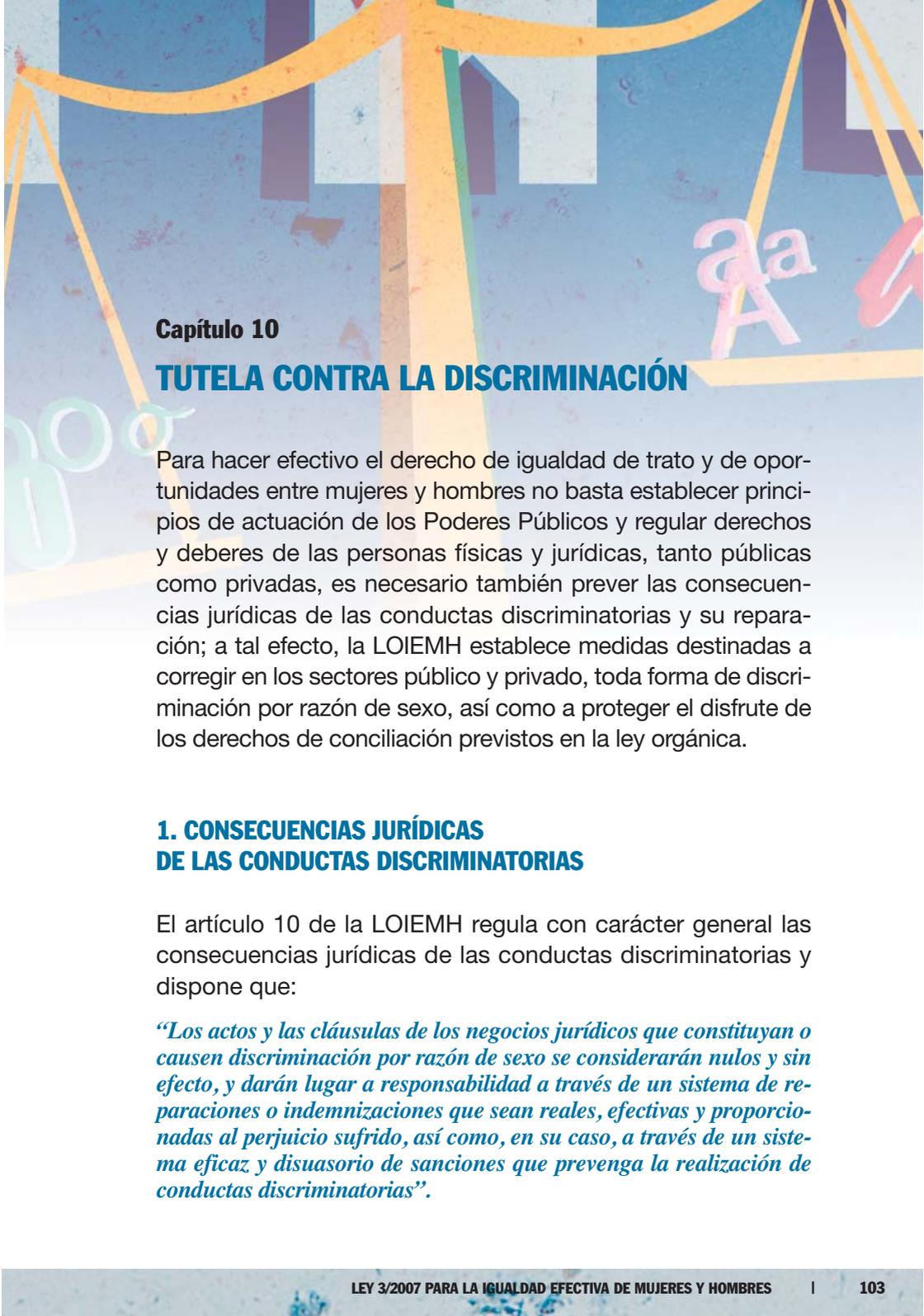
2.2. SUBSIDIO POR DESEMPLEO EN CASO DE PÉRDIDA DE UN TRABAJO A TIEMPO PARCIAL

La Ley Orgánica para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, modifica la regulación de la protección por desempleo, en su nivel asistencial, para mejorar la cuantía del subsidio en el caso de pérdida de un trabajo a tiempo parcial.

La cuantía del subsidio por desempleo está establecida, con carácter general, en el 80% del indicador público de rentas de efectos múltiples mensual (IPREM) vigente en cada momento; porcentaje que se incrementa en función de determinadas circunstancias personales del trabajador o trabajadora. Sin embargo, quienes trabajan a tiempo parcial percibían este subsidio en proporción a las horas previamente trabajadas, a pesar de la naturaleza asistencial de esta prestación. La reforma del artículo 217 del TRLGSS les garantiza la percepción completa, sin reducción, de la cuantía que corresponda.

Esta mejora se aplica a los derechos al subsidio por desempleo que nazcan a partir del 24 de marzo de 2007.

Aunque aparentemente se trata de una medida neutra, las principales beneficiarias serán las mujeres. Los datos del tercer trimestre de 2009 de la Encuesta de Población Activa (INE) señalan que el 81,1% del total de asalariados a tiempo parcial son mujeres.



Capítulo 10

TUTELA CONTRA LA DISCRIMINACIÓN

Para hacer efectivo el derecho de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres no basta establecer principios de actuación de los Poderes Públicos y regular derechos y deberes de las personas físicas y jurídicas, tanto públicas como privadas, es necesario también prever las consecuencias jurídicas de las conductas discriminatorias y su reparación; a tal efecto, la LOIEMH establece medidas destinadas a corregir en los sectores público y privado, toda forma de discriminación por razón de sexo, así como a proteger el disfrute de los derechos de conciliación previstos en la ley orgánica.

1. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LAS CONDUCTAS DISCRIMINATORIAS

El artículo 10 de la LOIEMH regula con carácter general las consecuencias jurídicas de las conductas discriminatorias y 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”.



1.1. NULIDAD DE LAS ÓRDENES DE DISCRIMINAR DEL EMPRESARIO

El artículo 17.1 del ET, ya declaraba nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios, los pactos individuales y las decisiones del empresario que contengan discriminaciones. Tras su modificación por la Disposición Adicional décimo primera de la LOIEMH, también se declaran nulas las órdenes de discriminar del empresario, aunque dicha orden no se haya materializado en un resultado discriminatorio (Ej. en un proceso de selección, el empresario ordena que no se contrate a una mujer. Aunque no se haya presentado ninguna mujer y por tanto no haya podido ser rechazada su contratación, la orden en sí constituye discriminación y por tanto es nula y sancionable).

1.2. NULIDAD DE LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO POR CAUSAS OBJETIVAS Y DEL DESPIDO DISCIPLINARIO

Las Disposiciones Adicionales décimo primera y decimotercera de la LOIEMH modifican los artículos 53 y 55 del ET y 108 y 122 del texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL) para añadir nuevas causas de nulidad en los supuestos de extinción del contrato por causas objetivas y de despido disciplinario, a las ya contempladas por dichas normas, en concreto:

La extinción del contrato por causas objetivas y el despido disciplinario de las trabajadoras durante el período de suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante la lactan-



cia natural o por enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia natural y los de los trabajadores durante la suspensión del contrato por paternidad.

La extinción del contrato por causas objetivas y el despido disciplinario de los trabajadores o trabajadoras que hayan solicitado o estén disfrutando de reducción de jornada por nacimiento de hija o hijo prematuro u hospitalizado tras el parto, los de las trabajadoras víctimas de violencia de género por el ejercicio de los derechos de reducción o reordenación de su tiempo de trabajo, de movilidad geográfica, de cambio de centro de trabajo o de suspensión de la relación laboral.

- La extinción del contrato por causas objetivas y el despido disciplinario de las trabajadoras o trabajadores después de haberse reintegrado al trabajo al finalizar los períodos de suspensión del contrato por maternidad, adopción o acogimiento o paternidad, siempre que no hubieran transcurrido más de nueve meses desde la fecha de nacimiento, adopción o acogimiento del hijo o hija.
- La extinción del contrato por causas objetivas y el despido disciplinario de los trabajadores o las trabajadoras que estén disfrutando la excedencia por cuidado de hijos, menores acogidos u otros familiares.

1.3. INDEMNIZACIONES

La Disposición Adicional decimotercera de la LOIEMH modifica los artículos 27, 180 y 181 de la LPL para asegurar en el ámbito de las relaciones laborales un sistema indemnizatorio



real, efectivo y proporcional al perjuicio sufrido en los supuestos de discriminación o lesión de derechos fundamentales. Así, la LPL prevé que la indemnización que corresponde por haber sufrido discriminación o lesión de los derechos fundamentales será compatible con la que pudiera corresponder por la modificación o extinción del contrato de trabajo.

2. TUTELA JUDICIAL

2.1. CAPACIDAD Y LEGITIMACIÓN PROCESAL

En el art. 12 de la LOIEMH se contempla con carácter general el derecho a la tutela judicial efectiva, y se dispone que cualquier persona podrá recabar de los tribunales la tutela del derecho a la igualdad entre mujeres y hombres, especificando que en los litigios sobre acoso sexual y acoso por razón de sexo, sólo tiene legitimación para demandar la persona acosada.

Para determinar la capacidad y legitimación de intervención en los procesos civiles, sociales y contencioso-administrativos que versen sobre la defensa de este derecho, dicho artículo remite a las leyes procesales correspondientes, por lo que en el ámbito laboral hay que estar a lo dispuesto en el citado art. 12 y en la LPL, que en esta materia no ha sido modificada por la LOIEMH, y en la función pública a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. Esta última ley, en su artículo 19, sí es modificada por la disposición adicional sexta de la LOIEMH para añadir que:



“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 del sexo”.

2.2. PRUEBA

El art. 13 de la LOIEMH obliga a la persona demandada por discriminación a que sea ella la que tenga que probar la ausencia de discriminación en las medidas que ha adoptado y a probar asimismo que dichas medidas son proporcionales a los fines que persigue. Dicha obligación nace cuando las alegaciones de la parte actora se fundamenten en actuaciones discriminatorias, por razón de sexo, Añade así mismo, que a efectos de prueba, *“el órgano judicial, a instancia de parte, podrá recabar, si lo estimase útil y pertinente, informe o dictamen de los organismos públicos competentes”.*



Una previsión en idénticos términos a los contenidos en el art. 13, se incorpora por la disposición adicional sexta de la LOIEMH, en el artículo 60 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

En materia de prueba, la LOIEMH no incorpora modificación alguna a lo ya previsto en la LPL, por lo que en el proceso laboral habrá que estar a lo dispuesto en el art. 13 de la LOIEMH y en los artículos 95, 96 y 179 de la LPL, tanto más porque el propio art. 13 remite a las respectivas leyes procesales en cuanto a la distribución de la carga de probatoria.

2.3. DISCREPANCIAS EN MATERIA DE CONCILIACIÓN

La Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para Promover la Conciliación de la Vida Familiar y Laboral de las Personas Trabajadoras reconoció, mediante la adición de un nuevo apartado 6 en el art. 37 del ET, el derecho del trabajador o trabajadora a la concurrencia horaria y a la determinación del periodo de disfrute del permiso de lactancia y de reducción de jornada. Asimismo modificó la LPL e incluyó en su art. 138 bis, una nueva modalidad procesal para resolver las discrepancias surgidas entre la empresa y el trabajador o trabajadora en relación con ejercicio de dicho derecho.

Las reglas de dicha modalidad procesal, muy semejantes a las del procedimiento por vacaciones, son las propias de un proceso preferente y sumario, con tramitación urgente y sin recurso.



Pues bien, la disposición adicional décimo primera de la LOIEMH incorpora una nueva Disposición Adicional, la decimoséptima al ET para hacer extensivo el procedimiento previsto en el art. 138 bis de la LPL a las discrepancias que surjan entre la empresa y la plantilla en relación con el ejercicio de todos los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral reconocidos legal o convencionalmente.

Hay que señalar que la modalidad procesal prevista en el art. 138 bis de la LPL sólo es de aplicación en los conflictos entre la empresa y el trabajador o trabajadora por el ejercicio de un derecho de conciliación, pero no cuando lo que niega la empresa es la existencia del derecho de conciliación que el trabajador o trabajadora pretenda disfrutar, en cuyo caso el procedimiento es el ordinario.

2.4. PROCEDIMIENTO DE OFICIO

En los artículos 146 a 150 de la LPL se incluye, entre las distintas modalidades procesales, el procedimiento de oficio, que es aquel que se inicia no por demanda de la persona afectada o de los sindicatos, sino por demanda de la Administración Laboral como consecuencia de sus propias actuaciones o de actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

Pues bien, la disposición adicional decimotercera de la LOIEMH, modifica el art. 146 de la LPL para establecer que podrá iniciarse proceso de oficio ante la jurisdicción social como consecuencia *“de las comunicaciones de la Inspección de Trabajo*

y Seguridad Social acerca de la constatación de una discriminación por razón de sexo y en las que se recojan las bases de los perjuicios estimados para el trabajador, a los efectos de la determinación de la indemnización correspondiente “.

3. TUTELA ADMINISTRATIVA

La Disposición Adicional decimocuarta de la LOIEMH modifica la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social para adaptar las infracciones y sanciones y los mecanismos de control de los incumplimientos en materia de no discriminación.

Hay que destacar como aspectos más significativos en la modificación de la LISOS, los siguientes:

- Se considera falta grave el incumplimiento de las obligaciones que en materia de planes de igualdad establezcan el ET o el convenio colectivo que sea de aplicación (art. 7.13).
- Se establecen como sanciones accesorias la pérdida automática de las ayudas, bonificaciones y, en general, de los beneficios derivados de la aplicación de los programas de empleo, con efectos desde la fecha en que se cometió la infracción, y la exclusión automática del acceso a tales beneficios durante seis meses, en los supuestos de decisiones unilaterales de la empresa que impliquen discriminaciones directas o indirectas, acoso sexual o acoso, entre otros, por razón del sexo, o cuando se establezcan condiciones, mediante la publicidad, difusión o por



cualquier otro medio, que constituyan discriminaciones favorables o adversas para el acceso al empleo por motivos de raza, sexo, edad, estado civil, religión, opinión política, afiliación sindical, origen, condición social y lengua dentro del Estado (art. 46.1 bis)

- Dichas sanciones accesorias pueden ser sustituidas por la elaboración y aplicación de un plan de igualdad en la empresa, si así se determina por la autoridad laboral competente previa solicitud de la empresa e informe preceptivo de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (art. 46.2 bis).
- Se considera falta muy grave no elaborar o no aplicar el plan de igualdad, o hacerlo incumpliendo manifiestamente los términos previstos, cuando la obligación de realizar dicho plan haya sido establecida por la Autoridad Laboral en sustitución de las sanciones accesorias (art. 8.17). En este caso, sin perjuicio de la imposición de la sanción que corresponda por la comisión de dicha infracción, se dejará sin efecto la sustitución de las sanciones accesorias (art. 46.2bis).

Subvencionado por:



**secretaría confederal
de la mujer**

