

UN DESENIO DE JURISPRUDENCIA LABORAL SOBRE LA LEY DE IGUALDAD ENTRE MUJERES Y HOMBRES

Autores: Sánchez Trigueros, Carmen (dir.), Hierro Hierro, Francisco Javier y Kahale, Djamil Tony (coords.)

Editorial: BOE, 2018, 784 páginas.

La Ley Orgánica 3/2007, de 3 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, surgió con una vocación claramente transversal, con la intención de hacer efectivo el derecho a la igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres en cualquier ámbito de la vida.

Precisamente, esta obra, dirigida por la profesora Carmen Sánchez Trigueros y coordinada por los profesores Francisco Javier Hierro Hierro y Djamil Tony Kahale Carrillo, centra su atención en las relaciones laborales para ofrecer al lector una visión global, omnicomprensiva, de los aspectos más relevantes que en dicho ámbito afectan, de una u otra manera, al mencionado derecho.

Además, la ingente labor desarrollada a tal efecto, se lleva a cabo desde una perspectiva práctica. No en vano, y después de que hayan transcurrido ya diez años desde la promulgación de la norma en cuestión, los autores de la obra tienen el mérito de haber seleccionado, analizado y puesto en contexto las principales sentencias que, a lo largo de todos estos años, se han dictado sobre todos y cada uno de los aspectos que afectan al mencionado derecho en el ámbito de las relaciones laborales. Sentencias que no solamente se ciñen al orden jurisdiccional social, sino que también tienen en cuenta, cuando procede, las dictadas por otros órdenes jurisdiccionales. Sentencias procedentes de todas las instancias judiciales españolas y también de los

tribunales internacionales. Ahora bien, con el aporte jurisprudencial realizado no se trata meramente de describir casos concretos. Muy al contrario, y en ello reside el principal valor de esta colosal obra, que alcanza las 784 páginas, del meticuloso y proceloso análisis jurisprudencial realizado, se extraen los principales criterios interpretativos de la norma y se ponen en conexión con otras normas y resoluciones administrativas que, directa o tangencialmente, se relacionan con el derecho a la igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres en materia de relaciones laborales. Igualmente, se toman en consideración los aportes realizados por la doctrina científica o de autores, completando así la labor interpretativa.

De este modo, la obra se estructura en 32 capítulos, y cada capítulo aborda un aspecto relacionado con el derecho mencionado, a la luz de la jurisprudencia seleccionada para dicho fin, y teniendo en cuenta la bibliografía seleccionada que el lector puede consultar, más concretamente, en la parte final de cada capítulo.

En el capítulo 1, el profesor Guillermo Rodríguez Iniesta se refiere al acoso sexual. Después de referirse a su concepto y a los elementos que lo caracterizan, dependiendo, especialmente, del sujeto que lo lleva a cabo (compañero de trabajo, empresario, superiores o terceros), se refiere a las particularidades de la prueba, que traen causa, principalmente, de la inversión de la carga de la prueba. Una vez determinada la existencia del acoso sexual, cobra importancia los aspectos relativos a la protección de la víctima, para lo que el autor se centra en la baja por incapacidad y en las garantías de indemnidad. Finalmente, el autor aborda los aspectos relacionados con la persecución del victimario, la atribución de las correspondientes responsabilidades y la reparación del daño causado, haciendo especial hincapié en los aspectos procedimentales y judiciales.

En el capítulo 2, la Fiscal Sustituta del TSJ de Murcia, Aurelia Carrillo López, analiza el acoso por razón de género. Definido el concepto y los elementos que lo caracterizan, se centra en el bien jurídico protegido y en la protección jurídica que merece.

En el capítulo 3, la profesora Carlota M^a. Ruiz González se centra en la clasificación profesional, para observar cómo se manifiesta en dicho instituto el derecho a la igualdad entre mujeres y hombres. Más concretamente, aborda los aspectos que permiten identificar la diferencia o preferencia de trato fundada frente al trato desigual e injustificado. Asimismo, realiza una mención especial al tratamiento que merece el principio de igualdad en la clasificación profesional regulada en los convenios colectivos.

En el capítulo 4, la profesora Rosario Cristóbal Roncero aborda la contratación como fórmula para materializar el derecho a la igualdad entre mujeres y hombres. Se refiere, en concreto, a los incentivos a la contratación de mujeres y a las acciones positivas de resultado que cabe implementar a través de la negociación colectiva.

En el capítulo 5, la profesora María del Mar Alarcón Castellanos estudia el descanso semanal, relacionándolo con el trabajo a tiempo parcial, por las consecuencias que esta modalidad contractual puede implicar en el mismo, teniendo en cuenta el elevado número de mujeres que pueden verse afectadas por trabajar bajo dicha modalidad contractual.

En el capítulo 6, el profesor Francisco Javier Fernández Orrico se refiere a la doble discriminación laboral que puede producirse por ser mujer y por razón de discapacidad. A tal fin identifica y describe los posibles supuestos de discriminación laboral.

En el capítulo 7, la profesora María Areta Martínez analiza la discriminación directa. Para ello, de entrada, determina los elementos definitorios de dicha discriminación, para, a continuación, profundizar en las manifestaciones que dicha discriminación tiene en el acceso al empleo, durante el transcurso de la relación laboral y en el momento de la extinción del contrato de trabajo.

En el capítulo 8, el profesor Francisco Rubio Sánchez trata el concepto y los supuestos más frecuentes de la discriminación indirecta, en las materias de acceso al empleo, condiciones de trabajo, retribuciones, promoción profesional, trabajos a tiempo parcial y reducciones de jornada, permisos y excedencias, y despido.

En el capítulo 9, la profesora Ana I. Pérez Campos trata el fenómeno de la discriminación por asociación o refleja, como causa de discriminación de nueva generación. Tratándose de un concepto creado por la jurisprudencia del TJUE, en primer lugar, se refiere a la delimitación conceptual desarrollada por la misma. A continuación, se refiere a la incidencia que dicha discriminación ha tenido en el Derecho del Trabajo español. Así, después de destacar el acomodo que ha tenido en el Real Decreto-legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad, identifica las materias que, a través de los pronunciamientos judiciales, se han visto afectadas por este fenómeno, tales como la discapacidad, la violencia de género y la libertad sindical.

En el capítulo 10, el profesor José Antonio González Martínez lleva a cabo un estudio del tratamiento dado por la jurisprudencia a la discriminación por embarazo. Comienza con un análisis de la jurisprudencia comunitaria, para, a continuación, fijarse en la jurisprudencia constitucional y en la doctrina judicial ordinaria. A través de esta última resalta las principales materias que se ven afectadas por esta modalidad de discriminación, a saber, la extinción del contrato de trabajo, la retribución, el empleo temporal y el *ius variandi*.

En el capítulo 11, la profesora Alejandra Selma Penalva aborda desde una perspectiva crítica el fenómeno de la discriminación por maternidad. Así, tras referirse a la definición legal y jurisprudencial de dicha discriminación, procede a analizar las materias en las que tiende a manifestarse con más frecuencia, como la retribución, la promoción profesional, el despido colectivo, las cargas familiares, la prevención de riesgos laborales y el acoso laboral. Finaliza su análisis con una serie de propuestas que buscan garantizar una plena igualdad entre mujeres y hombres en el mundo del trabajo, especialmente en lo que se refiere a la inversión de la carga de la prueba y las presunciones sobre la existencia de discriminación, a las medidas que pueden adoptarse desde la Seguridad Social, al importante papel preventivo que desempeñan los planes

de igualdad y a la formación en materia de igualdad de los negociadores de normas colectivas.

En el capítulo 12, el profesor Fulgencio Pagán Martín-Portugués trata la materia relativa a la excedencia forzosa por cargo público, así como la excedencia por cuidado de hijos, como equiparada a aquella, desde la perspectiva de género y refiriéndose a casos concretos en los que se produce discriminación por el mero hecho de ser mujer o por acceder el trabajador a la corresponsabilidad en el cuidado de familiares.

En el capítulo 13, el abogado Antonio Folgoso Olmo analiza en qué consisten la excedencia voluntaria y la excedencia para el cuidado de hijos y de familiares, profundizando en el alcance de los aspectos más problemáticos que conllevan ambas instituciones, tales como prórroga y reincorporación, en el primer supuesto, y compatibilidad con el trabajo y reincorporación, en el segundo supuesto.

En el capítulo 14, la profesora y juez M^a. Valvanuz Peña García se centra en las implicaciones y consecuencias que tiene la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, en materia de jornada. Asimismo, complementa dicho estudio con las aportaciones que realiza al respecto la jurisprudencia.

En el capítulo 15, la profesora Inmaculada Baviera Puig analiza el instituto de la movilidad funcional desde una doble perspectiva. Así, por una parte, hace hincapié en su posible utilización para llevar a cabo conductas discriminatorias por embarazo; y, por otra parte, destaca el cambio de funciones por riesgo durante el embarazo y por lactancia natural, como medida preventiva a adoptar por el empresario.

En el capítulo 16, el profesor Francisco Javier Hierro Hierro afronta la labor de analizar la institución de la movilidad geográfica teniendo en cuenta las cuestiones que plantean sobre la misma los aspectos propios de la igualdad entre mujeres y hombres, como es el caso de la conciliación de la vida familiar, profesional y personal. En ese sentido, realiza un análisis exhaustivo del tratamiento que la movilidad geográfica ha tenido en el orden jurisdiccional social tras la

promulgación de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

En el capítulo 17, el profesor Juan Pablo Maldonado Montoya estudia la forma en la que el tiempo de trabajo y su ordenación inciden en la igualdad entre mujeres y hombres, y analiza las medidas que cabe adoptar para hacer posible dicha igualdad. Entre tales medidas, dedica especial atención a la reducción y adaptación de la jornada.

En el capítulo 18, el profesor y magistrado del Tribunal Supremo, Antonio V. Sempere Navarro trata la cuestión de la paridad representativa. Para ello, lleva a cabo, en primer lugar, una síntesis de las normas, tanto estatales como autonómicas, que se relacionan con los preceptos dedicados a dicha materia en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Y, a continuación, centra el estudio en los pronunciamientos del TJUE, del TC, del TS y de los TSJ.

En el capítulo 19, el profesor y abogado Fermín Gallego Moya estudia el instituto del período de prueba, centrando la atención en las diferencias existentes entre la resolución del contrato durante el período de prueba y la extinción del contrato por despido, aun basándose ambos supuestos en una conducta discriminatoria.

En el capítulo 20, la profesora Carmen Sánchez Trigueros se refiere al permiso por lactancia. Además de referirse a los aspectos más destacables de su regulación, como los requisitos para que nazca el derecho a dicho permiso y la dinámica de su reconocimiento, la titularidad del derecho, el carácter retribuido del permiso, las modalidades y condiciones de disfrute, la concreción horaria, la duración del permiso, la compatibilidad con otras instituciones y los mecanismos de tutela, en la parte final del estudio realiza una serie de propuestas que considera pueden mejorar la regulación actual.

En el capítulo 21, la profesora Belén Fernández Collados estudia el permiso por paternidad, analizando las diversas situaciones protegidas, los beneficiarios, la prestación económica a que da lugar, la compatibilidad entre el disfrute del permiso de maternidad y paternidad, y las vicisitudes

que pueden producirse durante su disfrute o como consecuencia de la extinción del contrato.

En el capítulo 22, la profesora Belén del Mar López Insua aborda la contingencia de la maternidad desde los cambios que se están produciendo en la actual sociedad como consecuencia, básicamente, de los nuevos modelos de familia y la maternidad por subrogación. En concreto, el estudio se lleva a cabo desde la perspectiva de la Seguridad Social y tiene en cuenta la evolución jurisprudencial existente.

En el capítulo 23, la profesora Pilar Palomino Saurina se refiere al permiso por razones de guarda legal, para lo que lleva a cabo un estudio de sus aspectos más relevantes, tales como la determinación de sus beneficiarios, la concreción horaria, el preaviso, las consecuencias salariales y de Seguridad Social derivadas de la reducción de jornada que conlleva y los aspectos procedimentales para el ejercicio del derecho.

En el capítulo 24, los profesores José Luis Monereo Pérez y Sara Guindo Morales se centran en los planes de igualdad. Así, tras referirse al marco jurídico regulador de los mismos, analizan la aplicación práctica de los planes de igualdad, a la luz de la jurisprudencia existente sobre la materia.

En el capítulo 25, la profesora María Cristina Polo Sánchez analiza la institución de la promoción profesional desde los condicionantes previos, cuando no de los prejuicios, que pueden desembocar en una actitud discriminatoria por ser mujer. En este sentido, se profundiza en la maternidad como factor limitativo en la progresión y mejora de la carrera profesional.

En el capítulo 26, el profesor José María Ríos Mestre afronta el tema de la selección personal. Tras referirse a la base normativa que aboga por la no discriminación y por garantizar las mismas oportunidades en el empleo, y describir las distintas formas de discriminación, se adentra en el análisis de los supuestos más relevantes de discriminación en la selección de personal, identificando los elementos que los caracterizan. Finalmente, dedica un apartado a los aspectos procedimentales a considerar para

conseguir la tutela judicial efectiva ante la discriminación en la selección de personal.

En el capítulo 27, la profesora y abogada Susana Bravo Santamaría profundiza en la institución de la reducción de jornada, al referirse a las distintas modalidades existentes, así como a las formas de proceder del empresario y del empleado, y a los aspectos más relevantes que traen causa de su aplicación, como la concreción horaria y las consecuencias retributivas.

En el capítulo 28, el profesor Djamil Tony Kahale Carrillo se refiere a la retribución y profundiza, a la luz de los pronunciamientos del TJUE, del TC, del TS y de los TSJ, sobre todo, en aquellos supuestos que, utilizando aparentemente criterios neutros, generan, en realidad, una discriminación para con la mujer, a la hora de hacer efectivo el salario. Asimismo, identifica los supuestos que justifican la diferencia de trato y que, por tanto, no dan lugar a la discriminación.

En el capítulo 29, el abogado José Manuel García Blanca, bajo la rúbrica de salud laboral, analiza en qué manera se contempla la igualdad entre mujeres y hombres en la normativa de prevención de riesgos laborales. Después de referirse a los riesgos que afectan específicamente a las mujeres, se centra en los principales institutos que se contemplan para proteger la salud de las mujeres en el trabajo en los supuestos de riesgo durante el embarazo, maternidad y riesgo durante la situación de lactancia natural.

En el capítulo 30, la profesora Raquel Aguilera Izquierdo analiza la figura de la suspensión del contrato por maternidad. A tal efecto, tras describir las situaciones protegidas se refiere a distintos aspectos de esta contingencia, como son la regulación de la opción de descanso a favor del otro progenitor y la posibilidad de revocar dicha opción una vez ejercida, las supuestas de discriminación por maternidad y sus consecuencias, los supuestos en los que cabe realizar trabajos durante el período de suspensión del contrato por maternidad, la titularidad del derecho, la compatibilidad de los períodos de suspensión del contrato por maternidad y paternidad, y la

duración del período de suspensión del contrato por maternidad.

En el capítulo 31, el profesor Miguel Gutiérrez Pérez analiza el trabajo a tiempo parcial como forma de ocupación predominantemente femenina, y lo vincula a la prohibición de discriminación en materia de condiciones laborales y de Seguridad Social en el trabajo a tiempo parcial.

En el capítulo 32, el profesor Rodrigo Martín Jiménez se refiere a las vacaciones. Así, después de analizar su marco normativo, aborda, desde el punto de vista del TJUE, el TC, el TS y los TSJ, los efectos que diversas situaciones, como la maternidad, el permiso de lactancia o el permiso por nacimiento o adopción, tienen en las vacaciones.

FRANCISCO JAVIER ARRIETA IDIAKEZ

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Deusto

javier.arrieta@deusto.es