

InDret

REVISTA PARA
EL ANÁLISIS DEL DERECHO

WWW.INDRET.COM

Infracciones y sanciones derivadas de la vulneración del derecho a la igualdad y a no ser discriminado por razón de sexo en el ámbito laboral

Patricia Tapia Ballesteros

Facultad de Derecho
Universidad de Valladolid

*Abstract**

A pesar de la extensa normativa anti-discriminatoria por razón de sexo que existe, es evidente que la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, así como la no discriminación, son dos objetivos todavía a alcanzar en nuestra sociedad. El ámbito laboral representa uno de los espacios en los que la desigualdad y los tratos discriminatorios repercuten directamente en otras esferas de la vida ya que la falta de igualdad de oportunidades en el mercado laboral conlleva, implícitamente, la ausencia de posibilidades de promoción a nivel económico, social y cultural. Debido, precisamente, a esta relevancia, consideramos necesario conocer los mecanismos de tutela con los que cuenta el trabajador para no ser víctima de estos tratos o para denunciar su práctica, con el objeto de poder detectar los eventuales errores que impiden acabar con la desigualdad.

Notwithstanding a wide anti-discrimination legislation, effective equality between women and men and non-discrimination are goals that our society has yet to achieve. The workplace is one of the spaces in which inequality and discriminatory treatment directly affect other spheres of life: if there is no equality of opportunity in the labor market, there is no possibility of promoting economically, socially and culturally. Precisely because of this importance, we consider necessary to understand the protective mechanisms that are in the worker not to be subjected to such treatment or to report their practice, to detect any errors that do not allow ending inequality.

Title: Offences and penalties arising from violations of the right to equality and non-discrimination on grounds of sex in the workplace

Palabras clave: discriminación, igualdad, régimen administrativo sancionador, Plan de Igualdad, régimen disciplinario, acción positiva

Keywords: Discrimination, Equality, Administrative Penalty Regime, Equality Plan, Disciplinary Regime, Positive Action

* Este trabajo se enmarca en el proyecto de investigación "Tutela jurisdiccional de la víctima de la violencia de género: análisis y propuestas", (DER2009-10749) (subprograma JURI). Financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación y por el FEDER, del que formo parte.

Quiero expresar mi agradecimiento a la Dra. Noemí Serrano Argüello, Profesora Titular de Derecho del Trabajo de la Universidad de Valladolid, por sus comentarios y sugerencias en la realización de este trabajo, así como al Dr. Ángel Sanz Morán, Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Valladolid, por su revisión final.

Sumario

1. Introducción: ¿qué protegen en concreto las infracciones en las que se viola el derecho a no ser discriminado por razón de sexo?
2. Infracciones y sanciones previstas en el ordenamiento social contra la discriminación por razón de sexo
 - 2.1. Fundamento de la potestad sancionadora en el ámbito laboral
 - 2.2. Las infracciones y sanciones administrativas
 - a. Infracciones previstas para las discriminaciones que tienen lugar en el acceso al empleo
 - b. Infracciones previstas para las discriminaciones que tienen lugar durante la relación laboral
 - c. Infracciones previstas para las discriminaciones que tienen lugar en el momento de extinción de la relación laboral
 - d. Incumplimiento de las obligaciones derivadas de los Planes de Igualdad
 - 2.3. El régimen disciplinario de las empresas
 - 2.4. Excurso: tutela penal del bien jurídico no ser discriminado en el ámbito laboral
3. Vías de protección en el ámbito laboral contra actos discriminatorios por razón de sexo
 - 3.1. Procedimiento administrativo sancionador
 - 3.2. Proceso en la jurisdicción social
 - 3.3. Procedimiento disciplinario
4. Conclusiones
5. Tabla de jurisprudencia citada
6. Bibliografía

1. Introducción: ¿qué protegen en concreto las infracciones en las que se viola el derecho a no ser discriminado por razón de sexo?

Los derechos a la igualdad y a no ser discriminado se encuentran reconocidos y garantizados en nuestro ordenamiento jurídico:

De este modo, a lo largo del articulado de la Constitución española de 1978 (en adelante, CE) encontramos referencias a la igualdad en sus distintas dimensiones: como valor, como principio y como derecho fundamental¹. Este reconocimiento afecta a la regulación e interpretación de todo el ordenamiento jurídico y, por lo tanto, también a la de las relaciones laborales donde se prevén mecanismos que propician su ejercicio efectivo.

Sin embargo, a pesar del amplio reconocimiento de estos derechos y de las medidas dirigidas a garantizarlos no existe un consenso doctrinal en torno a su concepto y a su contenido, lo que provoca incertidumbre. Si bien es cierto que nos bastará con indicar en estos momentos que, desde hace tiempo, el Tribunal Constitucional (en adelante, TC) ha declarado la autonomía de ambos derechos estableciendo elementos de diferenciación². Así, existe cierto consenso respecto a que la discriminación no es un simple trato desigual arbitrario³, si no que “el origen de este comportamiento se encuentra en unas causas relacionadas con ciertos caracteres diferenciales de la víctima” e “implica un menosprecio, un trato peyorativo, creando y/o profundizando la situación de marginación⁴ afectando a su dignidad humana y al desarrollo libre de su personalidad. No obstante lo anterior, no se puede ignorar que existe cierta relación entre ellos⁵.

El TC, al desarrollar esta tarea de diferenciación entre igualdad y no discriminación, ha determinado también el contenido de la discriminación y lo que se puede considerar un trato discriminatorio prohibido, o no. Así, el Alto Tribunal, influido en sus resoluciones, principalmente, por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (en adelante, TJCE) y por la jurisprudencia norteamericana⁶, ha determinado que, en el derecho a no ser discriminado por

¹ De todas las referencias que en la CE se encuentran, nos interesa destacar ahora mismo: art. 1.1 como valor; arts. 9.2 y 14a como principio; y, finalmente, el art. 14b como derecho fundamental. Los demás preceptos recogen casos particulares en los que el constituyente quiere reforzar la obligación de respetar la igualdad en su calidad de principio. En este sentido REY (1995).

² STC, 1ª, 14.12.1992 (RTC 1992/229; MP: Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer).

³ RODRÍGUEZ-PIÑERO *et al.* (1986, p. 81).

⁴ LAURENZO (1996, p. 230).

⁵ BILBAO UBILLOS *et al.* (2003, p. 112).

⁶ Será el Tribunal Supremo estadounidense el primero en desglosar la idea de discriminación en dos, distinguiendo entre *disparate treatment* (lo que nosotros conocemos como discriminación directa) y *disparate impact* (lo que nosotros conocemos como discriminación indirecta). Nuestro Tribunal Constitucional ha recogido la doctrina jurisprudencial norteamericana en su STC, 2ª, 1.7.1991. (RTC 1991/145; MP: Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer).

razón de sexo, se prohíbe la discriminación directa e indirecta y se permite el establecimiento de medidas de acción positiva.

Sucintamente podemos decir que discriminación directa es aquella situación en que una persona es, ha sido o puede ser tratada por razón de sexo de manera menos favorable que otra en situación comparable, mientras que la indirecta se produce en aquella situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúan a una persona de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo⁷. Sin embargo, con el objeto de acabar con la discriminación, es posible llevar a cabo acciones, medidas o normas jurídicas que prevean una diferencia de trato por razón de sexo, siempre y cuando, vayan dirigidas a equiparar al colectivo *víctima* con el que se encuentra en situación de normalidad⁸ y sean temporales.

Siguiendo con la regulación constitucional de la igualdad y la no discriminación, destaca el art. 35.1 CE en el que se hace una mención expresa a la prohibición de discriminación por razón de sexo en el trabajo. Bajo nuestro punto de vista esta previsión del constituyente es innecesaria ya que el art. 14 CE reconoce la igualdad ante la ley y prohíbe los tratos discriminatorios, incluido por razón de sexo, y además ofrece una garantía constitucional reforzada, ya que es uno de los preceptos susceptibles de recurso de amparo⁹. El único motivo que, se nos ocurre, pudo tener el constituyente para volver a hacer referencia a la discriminación en el caso concreto, tanto de la razón discriminatoria como del ámbito en el que se produce, es que, en el momento de aprobación de la CE, la presencia de la mujer en el mercado de trabajo –especialmente en determinados sectores- era escasa en relación con la de los hombres, por lo que se consideró que debía protegerse su incorporación. De tal manera que, lo que el constituyente pretendía, era recordar al legislador su labor de protección y promoción de la mujer en el mercado de trabajo.

Teniendo presente esta regulación constitucional del derecho a la igualdad y a no ser discriminado, resultaba obligada una reforma de la normativa laboral en la que se reconocieran ambos derechos de un modo amplio y garantista, ya que, antes de la aprobación de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores (BOE núm. 64, de 14.3.1980; en adelante, ET, aunque haremos referencia al vigente Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el

⁷ Directiva 54/2006/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición) (DOUE L204/23, de 26.7.2006; en adelante, Directiva 54/2006), traspuesta a nuestro ordenamiento jurídico a través de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres (BOE núm. 71, de 23.3.2007; en adelante, LOIEMH).

⁸ También con origen estadounidense se crea la noción de acción positiva la cual, del mismo modo que la discriminación indirecta, será bien recibida en los ordenamientos europeos. En el caso español, el art. 9.2 CE al exigir que los Poderes Públicos garanticen la igualdad real y efectiva, implícitamente está reconociendo la práctica de acciones positivas dirigidas a proporcionar la igualdad de oportunidades y a acabar con la discriminación. Así lo consideran autores como PÉREZ DEL RÍO, *et al.* (1993, p. 67) y SERRA (2004, p. 367).

⁹ El art. 35.1 CE se encuentra ubicado en la Sección Segunda del Capítulo Segundo del Título Primero, es decir, su protección, conforme al art. 53.2 CE, es menos intensa que la del art. 14, ya que éste es uno de los preceptos susceptibles de recurso de amparo.

que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores –BOE núm. 75, de 29. 3.1995), lo que existía era una normativa paternalista en la que la especial protección que se brindaba a la mujer se fundamentaba, precisamente, en las diferencias físicas y de habilidades atribuidas a la mujer en comparación con el hombre, considerando necesario protegerla y alejarla de determinadas actividades¹⁰. Así, el art. 4.2 c) ET reconoce el derecho a no ser discriminado, entre otras causas, por razón de sexo. El precepto prevé la protección del derecho tanto en la relación laboral como en la fase previa a ésta, es decir, en el momento de la contratación, aunque debemos señalar que esta inclusión no fue pacífica ya que se discutió si antes de existir una vinculación entre el empleador y el futuro empleado se podía hablar de discriminación laboral. Finalmente se ha optado por considerar que sí¹¹, porque es en este momento cuando se da la mayor parte de supuestos discriminatorios y el considerar indispensable la existencia de una relación laboral supondría dejar sin protección multitud de situaciones discriminatorias. Además, aunque es un momento previo a la vinculación jurídica entre el empleado y el empleador, la no contratación de una persona por motivos discriminatorios supone un acto discriminatorio en el acceso al mundo laboral. Admitida la posibilidad de que el trato discriminatorio se produzca antes de que exista, incluso, la propia relación laboral, podemos distinguir tres momentos en los que eventualmente se puede vulnerar este derecho: en el acceso, en la relación laboral y en el despido.

Partiendo de estos tres momentos señalados, veremos las distintas infracciones con sus correspondientes sanciones que el Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto (BOE núm. 189, 8.8.2000; en adelante, LISOS), la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (BOE núm. 269, de 10.11.1995; en adelante, LPRL) y el propio ET prevén con el objeto de otorgarles tutela. Además, señalaremos a través del análisis de los Convenios Colectivos que se aplican a cinco empresas, cuáles son las infracciones y sanciones habituales previstas en los

¹⁰ Art. 6 de la Ley de 13 de marzo de 1900, sobre las condiciones de trabajo de las mujeres y los niños: “Se prohíbe ocupar a los niños menores de diez y seis años y a las mujeres menores de edad en talleres en los cuales se confeccionen escritos, anuncios, grabados, pinturas, emblemas, estampas y demás objetos que, sin estar bajo la acción de las leyes penales, sean de tal naturaleza que puedan herir su moralidad”. Este precepto es un ejemplo del diferente trato que reciben los hombres y las mujeres, ya que se determinan distintas edades según se trate de un hombre o de una mujer para desarrollar un mismo trabajo. Sin lugar a dudas, el reconocimiento de los derechos de los trabajadores en las Constituciones fue un paso decisivo en su defensa, muestra de lo cual es la Constitución republicana española, que empieza manifestando que “España es una República democrática de trabajadores de toda clase, que se organiza en régimen de Libertad y de Justicia” y reconoce también el derecho a la igualdad ante la Ley, prohibiendo privilegiar normativamente a unos determinados colectivos por razón de su sexo, entre otras causas. No obstante, estos derechos no fueron desarrollados como el movimiento feminista esperaba. Veáanse, MARTÍN VALVERDE *et al.* (2009, p. 1015); MONTROYA (2008, p. 827), entre otros.

¹¹ FJ 3º de la STC, 1ª, 7.6.1994 (RTC 1994/173; MP: Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer). Además, ya en la derogada Ley 51/1980, de 8 de octubre, Básica de Empleo, en su art. 38.2, se establecía como un principio básico de la colocación de empleo la no discriminación, por lo que de un modo indirecto se reconoce el derecho a no ser discriminado en el acceso al mercado de trabajo y, además en el art. 4 se reconoce el derecho a no ser discriminado “para el empleo”.

regímenes disciplinarios en relación con la discriminación por razón de sexo.

2. Infracciones y sanciones previstas en el ordenamiento social contra la discriminación por razón de sexo

2.1. Fundamento de la potestad sancionadora en el ámbito laboral

Ya se ha dicho que el ordenamiento jurídico-laboral reconoce el derecho a no ser discriminado por razón de sexo, dentro de un elenco de derechos a ejercer en la relación laboral. Con el objeto de garantizar dicho ejercicio de un modo efectivo, el propio ordenamiento ha previsto una serie de supuestos en los que el derecho a no ser discriminado por razón de sexo puede verse vulnerado y ha determinado una consecuencia jurídica para el caso en el que, efectivamente, así suceda. Esto es posible gracias a la potestad sancionadora laboral concedida tanto a la Administración laboral como al empresario dentro, claro está, de unos límites¹².

La potestad sancionadora de la Autoridad Laboral y la empresarial se basan en un fundamento diferente. La potestad de la primera, forma parte del Ius Puniendi del Estado, junto con la que se ejerce a través del ordenamiento jurídico penal (art. 25 CE)¹³. Supone una intervención por parte de la Administración laboral en las relaciones que se derivan de la relación de trabajo -individuales y colectivas-, pudiendo actuar a instancia de parte o de oficio, porque los efectos que se derivan de las relaciones que se generan en torno a la actividad empresarial van más allá de la simple relación entre dos individuos. Así, en el caso concreto de la igualdad y la no discriminación, son derechos fundamentales irrenunciables reconocidos en la CE. Además, el valor no ser discriminado como bien jurídico tiene una doble dimensión, individual y colectiva, que provoca que su vulneración no afecte sólo al sujeto que en el caso concreto está siendo discriminado sino que se proyecta sobre el colectivo al que pertenece y, en la medida que un trato entre particulares puede repercutir negativamente sobre terceros ajenos a la relación, la Administración puede, y debe, intervenir. Existen otras infracciones en las que la potestad sancionadora de la Administración tiene sentido a pesar de encontrarnos en el ámbito laboral, como los riesgos laborales, o lo relacionado con la Seguridad Social¹⁴, pero son temas que se escapan de nuestro interés actual.

Por su parte, la potestad sancionadora empresarial no puede incluirse en el Ius Puniendi del Estado ni puede considerarse que éste haya delegado su poder en el empresario para que la ejerza en momentos determinados. En este caso, se trata de una manifestación del poder de dirección empresarial cuyo objeto es que el propio poder sea efectivo ya que, sin la facultad de

¹² Distinta es la legitimidad que se otorga al sujeto trabajador que ha visto vulnerado su derecho a no ser discriminado y reivindica su restablecimiento y/o resarcimiento a través de la jurisdicción social.

¹³ NIETO (2005, p. 591) y GÓMEZ TOMILLO (2010, p. 1019).

¹⁴ CÁMARA (2009, pp. 22-25).

responder ante un incumplimiento de las normas de organización, no tendría sentido¹⁵. Como en todo conjunto de personas, desde la familia, hasta un partido político, se establecen una serie de reglas o normas de convivencia y funcionamiento cuyo incumplimiento acarrea unas consecuencias. En el caso de una empresa ocurre lo mismo: a través de la “disciplina de empresa” el empresario ejercita la “facultad de ordenación de aquellos deberes dirigidos a conseguir el orden interno en las relaciones de personal”¹⁶.

Sobra decir que el contenido de las infracciones del régimen disciplinario es el resultado de la negociación colectiva por lo que, la protección del valor no ser discriminado por razón de sexo, en principio, dependerá de que se haya decidido su inclusión. Si bien es cierto que, desde la aprobación de la LOIEMH, las empresas con una plantilla superior a doscientas cincuenta personas están obligadas a crear un Plan de Igualdad, lo que implica la promoción de la igualdad entre hombres y mujeres junto con el establecimiento de medidas que vayan dirigidas a evitar cualquier tipo de discriminación laboral entre los mismos. Respecto a las sanciones que se pueden recoger en el Convenio, la más grave es el despido, es decir, la resolución del contrato de trabajo o la extinción de la relación laboral. No obstante, también se puede sancionar suspendiendo el contrato durante un período de tiempo como respuesta a un incumplimiento contractual. En el caso del despido, se trata de una sanción que otorga un gran poder, por lo que los supuestos en los que el empresario puede imponerla se encuentran tasados en el ET, como ya tendremos ocasión de ver en el apartado correspondiente.

2.2. Las infracciones y sanciones administrativas

En el estudio de las infracciones y sanciones relativas a la relación empresa-trabajador, se debe acudir a la LISOS, ya que es la norma en la que se encuentran las infracciones y sanciones del orden social.

Sin embargo, antes de entrar propiamente en su contenido, con el objeto de facilitar su explicación, queremos aclarar, brevemente, dos aspectos. En primer lugar, la LISOS establece una clasificación de las infracciones y de las sanciones atendiendo a la gravedad, por lo que podrán ser: leves, graves y muy graves¹⁷, existiendo dentro de cada una de ellas una graduación con la que se otorga a la autoridad laboral cierta discrecionalidad a la hora de imponer la sanción concreta, pudiendo hacerse en su grado mínimo, medio o máximo¹⁸. Señalado esto, advertimos que el legislador laboral ha catalogado a todas las infracciones discriminatorias por razón de sexo como graves o muy graves, por lo que las sanciones de todas las infracciones que vamos a ver a continuación serán las correspondientes a las graves o muy graves, variando en el caso concreto según el grado que la autoridad laboral considere que debe apreciarse.

¹⁵ MARTÍNEZ ROCAMORA (1998, p.67).

¹⁶ MONTOYA (1965, pp. 187-188).

¹⁷ A estas sanciones, se le pueden añadir otras accesorias según el caso concreto en el que nos encontremos. A nosotros nos van a interesar las previstas en los Arts. 46 y 46 bis LISOS reformado uno y añadido el otro por la LOIEMH.

¹⁸ No consideramos necesario reproducir aquí el listado de las distintas sanciones previstas por lo que hacemos una remisión a los arts. 39 y ss. de la LISOS.

Teniendo presente lo anterior, corresponde, ahora sí, exponer las distintas infracciones que el legislador laboral prevé en materia de discriminación por razón de sexo, según el momento de la relación laboral en el que se encuentra el sujeto titular del derecho, es decir, antes de la contratación, durante la contratación o en la extinción del contrato:

a. Infracciones previstas para las discriminaciones que tienen lugar en el acceso al empleo

Se considera una infracción muy grave el trato discriminatorio presente en la propia oferta de trabajo. Esto lo recoge el art. 16.2 LISOS donde se prohíbe el establecimiento de condiciones discriminatorias por razón de sexo, entre otras causas, favorables o adversas para el acceso al empleo mediante publicidad, difusión o por cualquier otro medio. Prestando atención a la literalidad del precepto, resulta digna de mención la referencia que hace a las “discriminaciones favorables o adversas”, matización que se lleva a cabo en otros artículos de la LISOS y del ET pero que no es habitual en la normativa antidiscriminatoria. En un primer momento puede parecer que esta apreciación niega la posibilidad de llevar a cabo políticas de acción positiva en el ámbito laboral, sin embargo, esta idea es insostenible porque las medidas de acción positiva, no sólo están admitidas por el legislador laboral si no que, incluso, se exige su cumplimiento. De este modo, la única razón por la que se hace una especificación tan minuciosa de la discriminación que se prohíbe, es que se ha partido de un concepto amplio de discriminación¹⁹, de manera que el legislador ha tratado de cubrir todos los supuestos que puedan ser perjudiciales para el colectivo vulnerable, incluso aquellos que no estén expresados de manera negativa o peyorativa, como puede ser una oferta de empleo en la que se diga explícitamente “sólo hombres” en vez de “abstenerse mujeres”. En este caso, en el que se favorece a los hombres, se está perjudicando a las mujeres, en el fondo son las dos caras de una misma moneda.

No obstante, puede ocurrir que la discriminación se produzca en el acceso al empleo pero que no se haya publicitado. Es decir, que estemos en el momento de la entrevista y la decisión de no contratar a una persona es discriminatoria. La LISOS no prevé una norma que describa esta situación, aunque se interpreta que es uno de los casos, si no el único, a los que hace referencia su art. 7.10. Este precepto prevé como infracciones graves los actos u omisiones que sean contrarios a los derechos de los trabajadores reconocidos en el art. 4 ET, salvo que proceda su calificación como muy grave, de acuerdo con el art. 8 LISOS. Con esta previsión, siendo el derecho a no ser discriminado por razón de sexo uno de los derechos reconocidos en el art. 4 ET, podemos decir que el art. 7.10 es una infracción discriminatoria, entre otras²⁰. La redacción del precepto supone una aplicación subsidiaria en relación con el apartado 12 del art. 8 LISOS, dedicado a las infracciones discriminatorias muy graves. Así, en aquello que no esté previsto en el art. 8.12 se aplicará el 7.10 LISOS. Aunque todavía no hemos visto la infracción descrita en el art. 8.12, para

¹⁹ CASTRO *et al.* (2008, p. 259).

²⁰ LUJÁN *et al.* (2009, p. 107), califican esta infracción como un “cajón de sastre al que puede reconducirse cualquier incumplimiento empresarial que no se halle expresamente tipificado en la TRLISOS, salvo que por su escasa entidad halle mejor acomodo en el art. 6.6 TRLISOS”.

poder explicar el 7.10, debemos adelantar que las únicas acciones discriminatorias que no tienen cabida en el art. 8.12 son las que se produzcan en el acceso de manera que, sólo se aplicará esta medida, cuando se lleven a cabo acciones discriminatorias en ese momento y no se las haya dado publicidad, -porque, de ser así, se colmaría la infracción del art. 16.2 LISOS.

Para cerrar el estudio de las infracciones discriminatorias por razón de sexo que se pueden cometer en el momento del acceso al empleo, debemos hacer referencia al supuesto en el que se incumplan las medidas de reserva, duración o preferencia en el empleo dirigidas a beneficiar a grupos que se encuentren en inferioridad de condiciones a la hora de conseguir un empleo. Se trata de una infracción grave y se encuentra prevista en el art. 15.2 LISOS. Estamos hablando de medidas como, por ejemplo, la reserva de un determinado número de plazas. Con esta infracción se trata de proteger y garantizar las políticas de inserción laboral.

b. Infracciones previstas para las discriminaciones que tienen lugar durante la relación laboral

Una vez que existe la relación laboral, es decir, una vez firmado el contrato de trabajo, la LISOS prevé una serie de infracciones discriminatorias relacionadas con decisiones unilaterales del empresario respecto a las medidas impuestas en la relación laboral, el acoso por razón de sexo, los riesgos laborales de las mujeres embarazadas y en fase de lactancia y en el caso particular de empresas de dimensión europea.

Empezando por las medidas impuestas en la relación laboral, el legislador prevé en el art. 8.12 LISOS, que son infracciones muy graves las decisiones empresariales unilaterales que impliquen discriminación directa o indirecta “favorable o adversa” en materia de “retribuciones, jornadas, formación, promoción y demás condiciones de trabajo”, por circunstancias de sexo, entre otras. Las materias susceptibles de verse afectadas por una decisión unilateral discriminatoria del empresario, así descritas, serán todas, gracias a la cláusula final “demás condiciones de trabajo”, de manera que sólo quedarán fuera aquellas que estén relacionadas con el acceso al empleo. En los supuestos previstos por el art. 8.12, además de la sanción propia por considerarse una infracción muy grave, debemos tener en cuenta la consecuencia jurídica que prevé el art. 17.1 ET donde se considera que, junto a los preceptos reglamentarios, cláusulas de convenios y pactos individuales discriminatorios, las decisiones unilaterales de esta índole serán declaradas nulas y sin efecto.

Son infracciones discriminatorias, también, el acoso sexual y de acoso por razón de sexo²¹ “cuando se produzcan dentro del ámbito a que alcanzan las facultades de dirección empresarial, cualquiera que sea el sujeto activo del mismo”, calificadas como muy graves en los apartados 13

²¹ SERRANO *et al.* (2009, p. 20), señalan la relación entre género y especie que se puede establecer entre acoso por motivos discriminatorios (incluido el sexo) y acoso sexual.

y 13 bis del art. 8 LISOS²².

En el marco de la relación laboral, el empresario tiene la obligación, también, de garantizar la seguridad de sus empleados cumpliendo con las obligaciones y con las normas que se establece en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales. En lo que a la discriminación por razón de sexo se refiere, se establece una especial protección tanto en la Ley de Riesgos Laborales, como en la LISOS, en relación con el embarazo y la lactancia. Ambos supuestos han sido aceptados como causas de discriminación por razón de sexo, es más, son los casos más claros y evidentes en los que se trata de forma diferente, perjudicial, a la mujer en el ámbito laboral por una circunstancia biológica, exclusiva del sexo femenino. Precisamente por esto, se protege explícitamente a las trabajadoras embarazadas y en fase de lactancia, ya que son momentos en los que la mujer se encuentra en una situación laboral de especial inestabilidad²³. Así, se encuentran protegidas respecto al despido, como tendremos ocasión de ver, pero además la Ley las presta una especial protección en relación con su puesto de trabajo, debiendo la empresa evaluar el riesgo que supone para la mujer embarazada o que está en el período de lactancia la realización habitual de su trabajo. Si se concluye que existe riesgo, deberá modificar bien las condiciones del desempeño del trabajo, cambiarla de puesto o, si no hay otra opción, establecer la suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo o el período de lactancia. De este modo, se considera una infracción muy grave no observar estas normas específicas en materia de protección de la seguridad y la salud de las trabajadoras durante los períodos de embarazo y lactancia.

En el ámbito de la relación laboral, con la modificación del apartado 12 del art. 8 LISOS a través de la Ley 62/2003 completada por la LOIEMH, se considera también infracción discriminatoria muy grave aquellos actos que sean fruto de la represalia por haber reivindicado de alguna manera el derecho a no ser discriminado o el derecho a la igualdad. Es lo que se ha venido a llamar garantía de indemnidad.

Finalmente, con la aprobación de las Leyes 10/1997, de 24 de abril, sobre derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria (BOE núm. 99, de 25.4.1997) y Ley 31/2006, de 18 de octubre, sobre implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas (BOE núm. 250, de 19.10.2006), se han incluido dentro de la LISOS dos infracciones relacionadas con el trato que dispensan este tipo de empresas a sus trabajadores.

Por un lado, nos encontramos con las empresas o grupos de empresas de dimensión comunitaria, respecto a las cuales se prevé que serán infracciones muy graves "las decisiones adoptadas en aplicación de la Ley 10/1997, de 24 de abril, sobre derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria, que contengan o

²² El apartado 13 fue incorporado a la LISOS a través de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (BOE núm. 313, de 31.12.2003; en adelante, Ley 62/2003), reformado con la LOIEMH.

²³ FJ 6º de la STC, Pleno, 25.3.1993 (RTC 1993/109; MP: José Gabaldón López).

supongan cualquier tipo de discriminación, favorable o adversa, por razón de sexo [...]” (art. 9.2 d) LISOS). Realmente, la causa de esta infracción podría ser una de las que prevé el art. 8.12 LISOS, aunque el catálogo de causas discriminatorias previstas en el 9.2 d) de la misma norma es más limitado. Parece que esto sólo se debe a que la redacción de uno y otro se ha producido por distinta Ley y, por tanto, en un momento diferente, por lo que es un error de técnica legislativa²⁴.

Por otro lado, se prevén como infracción muy grave las decisiones discriminatorias en el ámbito de las sociedades anónimas y cooperativas europeas (art. 10 bis 2 d) LISOS). En este caso, es una especialidad de la infracción descrita en el art. 8.12 LISOS ya que prevé las mismas acciones y las mismas causas discriminatorias, sólo que especificando el tipo de empresas en el que se producen.

c. Infracciones previstas para las discriminaciones que tienen lugar en el momento de extinción de la relación laboral

La LISOS prevé la infracción prevista en el ya citado art. 8.12. Dentro de la cláusula “demás condiciones de trabajo” se debe incluir la extinción del contrato de trabajo, como de facto recoge la normativa anti-discriminatoria europea²⁵. Esta infracción se fundamenta en el hecho de que un despido legal, bien por causas objetivas, bien por razones disciplinarias, puede estar encubriendo un despido discriminatorio. Esas dos clases de despidos se recogen en los arts. 53 y 55 ET y en ambos se prevé un apartado por el que se consideran nulos los despidos cuyo móvil sea algunas de las causas de discriminación prohibidas en la CE y en la Ley. No obstante, el móvil es algo difícil de demostrar, por lo que el legislador ha optado por declarar nulos, -sin necesidad de móvil discriminatorio-, salvo que se acredite la legalidad del despido, a aquellos en los que el trabajador se encuentra en una serie de supuestos relacionados con la maternidad y la paternidad. Así, consideran nulos los supuestos en los que se despide a las trabajadoras “durante el período de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia natural, [y en el caso de los trabajadores, también] adopción o acogimiento o paternidad [...] o el notificado en una fecha tal que el plazo del preaviso concedido finalice dentro de dicho período”. También se considerará despido nulo el de las “trabajadoras embarazadas desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del período de suspensión del contrato de trabajo”. La objetividad de la nulidad del contrato es tal que se considerará nulo el despido de una trabajadora embarazada independientemente de que se haya comunicado previamente a la empresa o no²⁶. Serán declarados nulos y sin efecto también los despidos de trabajadores que

²⁴ En este sentido, CASTRO *et al.* (2008, p. 281); SEMPERE *et al.* (2003, p.142).

²⁵ Art. 14.1.c) de la Directiva 54/2006: “Prohibición de discriminación 1. No se ejercerá ninguna discriminación directa ni indirecta por razón de sexo en los sectores público o privado, incluidos los organismos públicos, en relación con: c) las condiciones de empleo y de trabajo, incluidas las de despido, así como las de retribución de conformidad con lo establecido en el art. 141 del Tratado”(el subrayado es nuestro).

²⁶ FJ 8º párr. 5º de la STC, 1ª, 21.7.2008 (RTC 2008/92; MP: María Emilia Casas Baamonde); FJ 3º 2.d) de STS, 4ª, de

hayan pedido o se encuentren disfrutando de un permiso de lactancia de un hijo menor de nueve meses, por hijo prematuro, reducción de la jornada por cuidado de persona dependiente, por cuidado de un menor a su cargo afectado por un cáncer o cualquier otra enfermedad grave; el de las trabajadoras víctimas de violencia de género por el ejercicio de sus derechos de reducción y reordenación de su tiempo de trabajo, movilidad geográfica, de cambio de centro de trabajo o de suspensión de la relación laboral en los términos y condiciones reconocidos en el ET. Finalmente, se considerarán nulos los despidos de los trabajadores que se produzcan al reintegrarse en el trabajo tras finalizar un período de suspensión de contrato por maternidad, adopción o acogimiento o paternidad, siempre que no hayan transcurrido nueve meses desde que se produjo el nacimiento, la adopción o el acogimiento. Todos estos supuestos han sido añadidos por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (BOE núm. 266, de 6.11.1999). Antes de esta Ley, la alegación de un despido nulo de una mujer embarazada debía ir acompañada de la prueba que mostrase que el empresario sabía que ésta se encontraba en estado de gestación para que realmente se pudiera alegar discriminación por razón de sexo, sin embargo, con su aprobación, ya no hará falta debido a que se consideran causas objetivas de nulidad las descritas, como por ejemplo el estar embarazada.

Falta señalar sólo a este respecto que ambas consecuencias jurídicas, la nulidad del despido y la sanción derivada de la conducta discriminatoria, no se aplican conjuntamente. Se trata de respuestas al despido discriminatorio impuestas a través de procedimientos diferentes lo que hace que, en la práctica, este tipo de acciones discriminatorias terminen con la simple reincorporación del trabajador a su puesto, sin que se imponga, además, a la empresa la sanción económica.

d. Incumplimiento de las obligaciones derivadas de los Planes de Igualdad

Vistas las infracciones administrativas en las que el empresario puede incurrir en cada una de las fases de la relación laboral, debemos añadir otra, incorporada con la aprobación de la LOIEMH. En este caso, la delimitación temporal no es sencilla, ya que se trata del incumplimiento de las obligaciones derivadas de los Planes de Igualdad. Éstos representan un conjunto de medidas, aprobadas por los representantes de la empresa y de los trabajadores, y dirigidas a lograr la igualdad efectiva entre mujeres y hombres partiendo de la situación real en la que la empresa en concreto se encuentra. Para ello, es necesario marcarse unos objetivos, cuya consecución dependerá de la puesta en marcha de unas medidas concretas que atajen los problemas específicos con los que dicha empresa se encuentra en materia de igualdad. De este modo, el contenido de un Plan de Igualdad deberá constar de los objetivos a alcanzar, generales y concretos, las estrategias y las prácticas a llevar a cabo para lograr esos objetivos, y un sistema evaluador del seguimiento y funcionamiento de dichas prácticas en relación con el cumplimiento de los objetivos propuestos. Para garantizar la constitución de los mismos –obligatoria a partir de

250 trabajadores- y su efectiva ejecución, la LISOS prevé, en el art. 7.13, que será una infracción grave el incumplimiento de las obligaciones que al respecto se establezcan en el ET o en el Convenio Colectivo, y además, considera infracción muy grave el incumplimiento de la creación del Plan o de la aplicación de sus medidas cuando éstas sean, en realidad, la sanción por haber llevado a cabo una infracción discriminatoria de las previstas en los artss 8.12 y 16.2 LISOS. Cualquiera de estas dos infracciones relacionadas con los Planes de Igualdad, pueden acumularse a otra discriminatoria que se haya producido en ese contexto, como puede ser el supuesto en el que en un Plan de Igualdad se previese como medida la eliminación de estereotipos en las ofertas de empleo y que, además, únicamente se contrate a hombres para un puesto determinado.

Para terminar este apartado, debemos advertir que, hasta el momento, todas las infracciones referidas presentan como sujeto activo a la empresa, aunque no necesariamente la empresa empleadora, la contratante ya que, en algunos casos como el de prevención de riesgos laborales, la empresa en la que se desarrolla la actividad o que ha contratado a otra empresa para realizar un determinado trabajo, será responsable también de velar por el respeto de las normas de seguridad. Además, las Empresas de Trabajo Temporal, en concreto, son responsables de que la contratación que gestionan respete el principio de igualdad de acceso al empleo, no pudiendo establecer discriminación ninguna por razón de sexo.

2.3. El régimen disciplinario de las empresas

Una vez vistas las distintas infracciones que la normativa laboral prevé en materia de discriminación laboral, nos corresponde estudiar los casos en los que un trabajador puede ver vulnerado su derecho a no ser discriminado por razón de sexo por parte de otros trabajadores o de un superior jerárquico. El ordenamiento laboral, al margen de que puedan ser hechos constitutivos de delito, prevé que sea la empresa la que ejerza el control sobre estos actos a través de su propio régimen disciplinario. Se le otorga, de este modo, cierta libertad a la hora de perfilar las faltas que va a sancionar, si bien es cierto que, a partir de la aprobación de la LOIEMH y su previsión en relación a los Planes de igualdad, las empresas tienen la obligación de velar, de alguna manera, por el cumplimiento de la igualdad efectiva entre hombres y mujeres dentro de su empresa, tal y como acabamos de ver.

Esta autonomía hace que se antoje inabarcable el estudio de todos los regímenes disciplinarios posibles, de manera que hemos seleccionado algunas de las empresas más conocidas en España para poder ver cómo solucionan ellas, internamente, los supuestos de discriminación por razón de sexo. El criterio de la selección, además de la relevancia de las mismas en nuestro país, ha sido el de mostrar sectores contrapuestos en cuanto a la presencia femenina, pretendiendo concluir si esto es un factor determinante a la hora de desarrollar los regímenes disciplinarios en materia de igualdad y no discriminación, o no. De tal manera que, por un lado, están el comercio y la hostelería -El Corte Inglés, Grupo Vips, Mercadona, S.A.-, con una tradición altamente feminizada, mientras que, por otro, están los sectores automovilístico y afines, en los que el trabajo de la mujer es, todavía, testimonial -Renault España S.A. y Michelin de España y Portugal

S.A.²⁷.

Empezando por los regímenes disciplinarios de El Corte Inglés, Grupo Vips y Mercadona, lo primero sobre lo que queremos llamar la atención es que en ninguno de ellos encontramos una infracción explícita antidiscriminatoria por razón de sexo en la que se proteja al trabajador de tratos discriminatorios por parte de un compañero o de un superior jerárquico.

En el ámbito de aplicación de los Convenios de Grupo Vips y de Mercadona, quizá un comportamiento discriminatorio por razón de sexo que no pueda entrar en la categoría de acoso sexual o de acoso por razón de sexo -sancionadas explícitamente en otra cláusula-, podría reconducirse a la falta de “malos tratos de palabra u obra” o “comportamiento o conducta, en el ámbito laboral, que atente el respeto de la intimidad y dignidad de la mujer o el hombre mediante la ofensa, física o verbal, de carácter sexual” (art. 34.C.7 del Convenio Colectivo de Mercadona y art. 39.12 del Acuerdo Estatal de Hostelería, respectivamente), sin embargo, qué duda cabe de que se trata de una interpretación muy forzada de faltas en las que más que velar por el derecho a no ser discriminado del trabajador se vela por el derecho a la integridad física y moral, así como por la intimidad y dignidad y, si a caso, en un supuesto concreto, por el valor no ser discriminado. Algo similar ocurre con la referencia que en el apartado 15 del art. 64 del Convenio Colectivo de Grandes Almacenes cuando prevé que será falta muy grave el incumplimiento o el abandono de las normas y medidas establecidas por la LPRL o por el Convenio de manera que se ponga en riesgo para la salud o la integridad física del trabajador. En la medida que dicho incumplimiento o abandono afecte a la normativa relacionada con el embarazo y la lactancia, podremos hablar de discriminación por razón de sexo, pero en general esta falta no va dirigida a proteger el valor no ser discriminado sino la salud de los trabajadores.

No obstante, en todos hay un Capítulo dedicado a la Igualdad de Oportunidades y se sanciona el acoso sexual en el ámbito laboral (art. 39.13 del Acuerdo Estatal de Hostelería; art. 64.16 del Convenio Colectivo de Grandes Almacenes; y art. 34.C.16 del Convenio Colectivo de Mercadona²⁸), si bien es cierto que el Capítulo de Igualdad de Oportunidades, se limita a recoger el compromiso de crear un Plan de Igualdad en un espacio breve de tiempo, -como luego de facto cumplen-, siendo, en la práctica, más una declaración de intenciones que una normativa garantista para la protección del derecho a no ser discriminado de los trabajadores, ya que no se especifica el modo de lograr estos objetivos. La concreción se producirá en los Planes de Igualdad

²⁷ Así, estudiaremos el Convenio Colectivo de Michelin (BOE núm. 14, de 16.1.2008), aunque no prevé un régimen disciplinario, por lo que le será de aplicación el Convenio General de Industria Química (BOE núm. 207, de 29.8.2007); el Convenio Colectivo de Grandes Almacenes (BOE núm. 240, de 5.10.2009), al que se somete El Corte Inglés; el Convenio Colectivo del Grupo Vips (BOE núm. 76, de 28.3.2008), aunque en su caso, en el art. 32 se establece una remisión al régimen disciplinario previsto en el Acuerdo Laboral Estatal de Hostelería, estando en la actualidad en vigor el publicado en el BOE núm. 237, de 30.9.2010; el de Renault (BOE núm. 54, de 3.3.2010); y, finalmente, el Convenio Colectivo de Mercadona (BOE núm. 60, de 10.3.2010).

²⁸ El Convenio de Mercadona mejora la previsión del Convenio Colectivo del Sector de Comercio de Alimentación de Valladolid 2008-2011 (BOP Valladolid núm. 64, de 18.3.2009), donde sólo se habla de acoso sexual como falta muy grave prevista en el art. 31 en el apartado de las faltas muy graves número 11, aunque en la previsión de la creación de una Comisión de Igualdad para la elaboración del Plan de Oportunidades entre Mujeres y Hombres sí se habla de acoso por razón de sexo y de acoso sexual, así como discriminación por embarazo y maternidad (art. 35).

de cada una de las empresas, cuya efectividad se busca garantizar a través de los arts. 7.13 y 8.17 de la LISOS, como ya hemos visto.

En cuanto a la prohibición del acoso sexual, es en el Acuerdo de Hostelería donde se protege de manera más completa, ya que se alude tanto al acoso sexual como al acoso "(...) por razón de sexo, así como el realizado por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual o género, a las personas que trabajan en la empresa", de manera que distingue entre acoso sexual, acoso por razón de sexo y acoso por razón de orientación de género²⁹, mientras que, por contra, en el Convenio estatal de Grandes Almacenes ni siquiera se contempla en concreto el acoso por razón de sexo, aludiendo sólo al acoso de carácter sexual. Esto es importante porque, el acoso sexual o el acoso por carácter sexual, como este Convenio dice, es una clase de acoso por razón de sexo pero quedarían supuestos de acoso discriminatorio sin cubrir.

El acoso sexual y las medidas que hemos señalado como ocasionales faltas discriminatorias, será sancionado con la suspensión de empleo y sueldo de dieciséis a sesenta días, y en los casos de mayor gravedad con la rescisión del contrato de trabajo (despido disciplinario). No obstante, sobre el procedimiento a seguir en estas empresas y en las que nos quedan por ver, nos ocuparemos en el apartado dedicado a esta materia.

Por su parte, el Convenio de Michelin reconoce el derecho a la igualdad de oportunidades y el compromiso de la empresa en mantener su política de igualdad creando una Comisión de la que salga un Plan de Igualdad, en el Capítulo dedicado al Área Social (Capítulo V del Convenio Colectivo de Michelin). El régimen disciplinario aplicable a Michelin –recogido en el Convenio General de Industria Química- prevé como faltas muy graves tanto el acoso sexual (art. 61.17), como el acoso moral (art. 61.18) y el acoso por razón de sexo (art. 61.19), siendo sancionadas con la suspensión de empleo y sueldo de dieciséis a sesenta días o con la rescisión del contrato de trabajo. Sin embargo, no hay una falta dirigida al simple trato discriminatorio por razón de sexo, de manera que siempre será necesario que haya una actuación de acoso u hostigamiento para que se considere una falta, no bastando, por ejemplo, para constituir falta el adjudicar los peores turnos por parte del responsable por el simple hecho de ser mujer. Renault, sólo considera falta muy grave el acoso sexual (art. 55.1.C.2), sin aludir al acoso por razón de sexo ni, por supuesto, a ningún otro tipo de acción discriminatoria. De hecho, ni siquiera prevé un apartado dedicado a la igualdad de oportunidades.

Esto nos puede conducir a pensar que las empresas feminizadas están más comprometidas con la igualdad que las empresas cuyo porcentaje de mujeres es menor, sin embargo, entendemos que no es así. Hemos realizado el análisis de los regímenes distinguiendo por el sector al que pertenecían pero, en realidad, no hubiera sido necesario. Ninguno de ellos tutela de un modo

²⁹ La referencia en el precepto al acoso por razón de sexo y al acoso por orientación de género es importante porque supone el reconocimiento de la diferencia entre sexo y género, entre lo que es algo biológico y lo que es algo adquirido por la costumbre y la educación.

claro el derecho a la igualdad de oportunidades y a no ser discriminado dentro de la empresa de manera que se proteja a los trabajadores de tratos discriminatorios por razón de sexo provenientes de sus propios compañeros de trabajo, tengan o no una categoría profesional equiparable o superior. El acoso sexual, por su parte, sí que es considerado una falta muy grave en todos ellos pero no siempre se recoge junto al acoso por razón de sexo y, tal y como muestra la ausencia de esta previsión en el Convenio de Grandes Almacenes y en el Convenio de Renault, no es cuestión de pertenecer a un sector u otro. De hecho, ni siquiera nos atreveríamos a decir que esto está relacionado con una falta de compromiso efectivo con la promoción de la igualdad ya que, por ejemplo, el Plan de Igualdad de Renault es uno de los más novedosos y completos³⁰.

2.4. Excurso: tutela penal del bien jurídico no ser discriminado en el ámbito laboral

El valor no ser discriminado por razón de sexo se encuentra protegido en todos los niveles de nuestro ordenamiento jurídico, incluso en el penal. Así en el art. 314 del Código Penal³¹ se recoge el delito de discriminación laboral. Se trata de un tipo que, a simple vista, debe valorarse positivamente porque protege al trabajador en su dignidad como persona sin que pueda ser discriminado en el ámbito laboral por motivos ideológicos, de origen, sexo, de acción sindical, parentesco o uso de lengua oficial del Estado español. Sin embargo, en cuanto entramos a analizarlo más detenidamente vemos que, por lo menos la descripción del tipo, no ha sido tan afortunada como la intención del legislador de tutelar el valor no ser discriminado en el ámbito del trabajo.

El principal problema reside en la necesidad –no sabemos si para colmar el tipo objetivo o si se trata de un requisito de punibilidad- de que se haya ignorado, previamente, “requerimiento o sanción administrativa” en el que se exigiera el restablecimiento de la situación de igualdad, reparando los daños económicos que se hubieran podido derivar. Este requisito implica una estrecha relación entre la normativa administrativa sancionadora en el ámbito laboral y el tipo de discriminación laboral ya que, para que éste pueda colmarse, es necesario que antes se haya reconocido la existencia de una infracción de las que hemos visto a lo largo de las páginas anteriores. Al margen de la falta de acuerdo doctrinal respecto a la interpretación que se debe realizar sobre la citada cláusula de “requerimiento o sanción administrativa”, respecto a si el adjetivo “administrativa” debe calificar tanto al requerimiento como a la sanción o sólo a ésta última, la relación entre los dos ordenamientos jurídicos suscita otros problemas. Uno de los más

³⁰ Esta empresa ha recibido en febrero de este año 2011 la distinción Empresa Óptima de la Consejería de Familia e Igualdad de Oportunidades de Castilla y León.

³¹ Art. 314 del Código Penal: “Los que produzcan una grave discriminación en el empleo, público o privado, contra alguna persona por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía, por ostentar la representación legal o sindical de los trabajadores, por el parentesco con otros trabajadores de la empresa o por el uso de alguna de las lenguas oficiales dentro del Estado español, y no restablezcan la situación de igualdad ante la ley tras requerimiento o sanción administrativa, reparando los daños económicos que se hayan derivado, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de 12 a 24 meses”.

significativos es la falta de concordancia entre el catálogo de causas discriminatorias previsto en el ordenamiento jurídico laboral y en el art. 314 del Código Penal, lo que hace que sólo determinadas circunstancias sospechosas de discriminación en el trabajo puedan constituir un delito. Evidentemente, esta discordancia, puede conducirnos a pensar que el legislador penal ha querido seleccionar aquellas especialmente graves o sensibles, en virtud del principio de intervención mínima. Sin embargo, la diferencia entre un catálogo y otro no es sólo cuantitativa sino que también lo es terminológica, de manera que se usan términos cuyo significado es comprensivo de otro –a modo de ejemplo, en el art. 17 ET, se considera causa de discriminación el “estado civil”, mientras que en el art. 314 del Código Penal en vez de estado civil se recoge la “situación familiar”, circunstancia constituida por el estado civil pero también por otras causas. Con la exigencia de “requerimiento o sanción administrativa” previa, en la práctica, sólo podrá constituir delito de discriminación laboral el “estado civil” y no otras de las causas que tendrían cabida en la “situación familiar”- y esto dificulta enormemente se aplicación. Por otro lado, la descripción del tipo, también nos lleva a plantearnos si se trata de una ley penal en blanco, como ocurre con la mayoría de los delitos contra los derechos de los trabajadores recogidos en el Título XV del Código Penal, o si, por el contrario, no existe ninguna remisión a la normativa laboral.

Sin pretender agotar los interrogantes que el tipo penal despierta, con lo apuntado entendemos que queda acreditada la complejidad de este delito y la necesidad de dedicarle un espacio de estudio exclusivo donde se puedan abordar las cuestiones apuntadas y otras. No obstante, en un trabajo como este, consideramos imprescindible señalar, por lo menos, su existencia ya que protege, o al menos así se intenta, el valor no ser discriminado en el ámbito laboral.

3. Vías de protección en el ámbito laboral contra actos discriminatorios por razón de sexo

Conociendo ya las infracciones y las sanciones relacionadas con la discriminación por razón de sexo, que se pueden producir en el ámbito laboral, corresponde ahora saber cómo se garantiza realmente el derecho a no ser discriminado por razón de sexo, es decir, cómo se aplican esas infracciones y sanciones en la práctica, así como determinar cuál es el procedimiento a seguir cuando se produce una acción discriminatoria. Evidentemente hay que diferenciar los supuestos discriminatorios en los que el sujeto activo es el empresario de aquellos otros casos en los que la conducta discriminatoria proviene de un compañero de trabajo.

En el supuesto de vulneración de este derecho por parte de la empresa, ante un acto discriminatorio, el ordenamiento laboral permite seguir dos vías diferentes (no excluyentes), de manera que puede abrirse un procedimiento administrativo sancionador y/o puede acudir a la jurisdicción social. Por otro lado, cuando el que vulnera el derecho a no ser discriminado es un compañero, habrá que estar a lo que determine el régimen y el procedimiento disciplinarios.

3.1. Procedimiento administrativo sancionador³²

- En este procedimiento existe una fase previa, que es la investigación, llevada a cabo por el Inspector de Trabajo y Seguridad Social. Esta actividad inspectora³³, puede haberse iniciado por una denuncia de un particular, aunque éste no será considerado parte interesada en el procedimiento, o puede ser respuesta a una petición de la autoridad competente (Administración General del Estado o Autonómica); a una orden del servicio de Jefaturas de Inspección de la Inspección Provincial, de sus Unidades especializadas o del Inspector o Inspectora encargados del equipo, para aplicar planes, programas y directrices sobre la actuación de las inspecciones; a una petición de un órgano jurisdiccional, de la Seguridad Social u otra Administración pública; o incluso por la propia iniciativa del Inspector de Trabajo. Independientemente de quién la haya iniciado, la Inspección puede terminar de diversas maneras:

- Constatando que se ha producido un acto discriminatorio. El Inspector de Trabajo puede aprobar directamente el acta de infracción, con el que se inicia el procedimiento administrativo sancionador, o puede llevar a cabo otras medidas como pueden ser: advertir y requerir al sujeto responsable, cuando las circunstancias del caso así lo aconsejen, y siempre que no se deriven perjuicios directos a los trabajadores; o requerir al sujeto responsable para que, en el plazo que se le señale, adopte las medidas en orden al cumplimiento de la normativa de orden social, incluso con su justificación ante el funcionario actuante; requerir al empresario para que lleve a efecto las modificaciones que sean precisas en las instalaciones, en el montaje o en los métodos de trabajo, entre otras³⁴. Se trata de dar una oportunidad al empresario para que cese, en nuestro supuesto de estudio, en la acción discriminatoria que se esté llevando a cabo. Parece que no es incompatible la realización de este tipo de requerimientos con la aprobación del acta de infracción, es decir, con la imposición de una sanción, no obstante, lo habitual será que, ante una buena respuesta al requerimiento, el Inspector de Trabajo no inicie el procedimiento administrativo sancionador. No obstante, en materia discriminatoria no parece que ninguna de estas medidas pueda plantearse en la fase de inspección ya que se trata de casos que, por definición, no pueden ser nunca de menor entidad.
- Constatado que los actos objeto de investigación no son discriminatorios. Finaliza la actividad investigadora.

³² BENEYTO (2000, p. 523), DURÉNDEZ (2009, p. 392), entre otros. El protagonismo que tiene en este procedimiento el Inspector de Trabajo hace imprescindible que éste disponga de la formación necesaria para aplicar la perspectiva de género en su actuación inspectora para que se aplique, efectivamente, la Ley.

³³ Art. 13 del Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento general de procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social (BOE núm. 132, de 3.6.1998; en adelante RGPISIOS).

³⁴ Art. 7.1 de la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (BOE núm. 274, de 15.11.1997) y art. 11.5 RGPISIOS.

- Inicio del procedimiento administrativo sancionador. El procedimiento se iniciará de oficio a través del acta de infracción. En las actas de infracción de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social deberán indicarse (art. 14 RGPISIOS), entre otros datos, los hechos probados por el Inspector o la Inspectora de Trabajo, así como su eventual calificación y los argumentos necesarios para proponer una determinada sanción. En el caso que nos ocupa, deberá determinarse cuál de las infracciones en materia de discriminación de las expuestas en el apartado anterior se está infringiendo con los hechos descritos, así como la sanción que se considera debe interponerse. Además, se pueden prever medidas cautelares hasta que finalice el procedimiento para evitar mayores perjuicios en el sujeto que está sufriendo la discriminación³⁵.

- El procedimiento sancionador propiamente dicho. Una vez aprobada el acta por la Inspección de Trabajo, se notificará al presunto sujeto responsable, otorgándole un plazo de quince días para presentar alegaciones (arts. 17 y 18 RGPISIOS):

- Si no se llevan a cabo alegaciones se continuará con la tramitación del procedimiento hasta dictar resolución.
- Si se formulan alegaciones contra el acta de infracción, el órgano al que corresponda resolver podrá recabar del Inspector de Trabajo o del Subinspector que practicó el acta un informe ampliatorio, en el que se valoren las pruebas aportadas o practicadas, las alegaciones y se propondrá una resolución definitiva. Además, antes de dictar resolución, el órgano competente para resolver el expediente dará audiencia al supuesto responsable siempre que de las diligencias practicadas se desprenda la invocación o concurrencia de hechos distintos a los reseñados en el acta, pudiendo formular nuevas alegaciones, a cuyo término quedará visto para resolución.

- Fin del procedimiento sancionador. El procedimiento administrativo sancionador termina con la resolución motivada del expediente, que puede ser de confirmación o de modificación de la propuesta del acta o puede acabar dejándola sin efecto, lo que conllevará el archivo del expediente y, en su caso, el levantamiento de las medidas provisionales que se hubieran establecido (art. 20 RGPISIOS).

3.2. Proceso en la jurisdicción social

A través de esta jurisdicción, el trabajador, como tal, podrá demandar el haber sido víctima de un trato discriminatorio. Para ello, deberá seguir un proceso especial previsto en el art. 53.2 CE, por tratarse de la tutela de derechos fundamentales, cuya correspondencia para el orden social se

³⁵ Arts. 72 y 136 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (BOE núm. 285, de 27.11.1992; en adelante Ley 30/92), y art. 15 Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento para el ejercicio de la potestad sancionadora (BOE núm. 189, de 9.8.1993).

encuentra en el art. 177 del Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral (BOE núm. 86, de 11.4.1995; en adelante LPL). El proceso se iniciará a través de una demanda del sujeto que ha visto vulnerado su derecho a no ser discriminado por razón de sexo³⁶, en la que puede solicitar, además, la suspensión de los efectos del acto impugnado cuando se trate de “cuestiones de importancia trascendental que afecten al interés general de los trabajadores y que puedan causar daños de imposible reparación” (art. 178.1 LPL), lo que resulta frecuente en los casos de discriminación. Será el empresario el que deberá aportar las pruebas necesarias que acrediten la idoneidad y proporcionalidad de las medidas adoptadas (art. 179.2 LPL). Si la Sentencia, finalmente, declara la existencia de la vulneración del derecho, deberá pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización que, en su caso, le correspondiera al trabajador por haber sufrido discriminación (art. 181 pár.2º LPL).

3.3. Procedimiento disciplinario

Como hemos señalado, el trato discriminatorio también puede proceder de una persona perteneciente a la empresa, que no tenga un rango jerárquico superior o que, aún teniéndolo, no actúe con el conocimiento y beneplácito de la empresa. En estos supuestos, se aplica el régimen disciplinario previsto en los distintos Convenios Colectivos, a través de un procedimiento que, generalmente, también se recoge en estos, partiendo de las garantías básicas del art. 58 ET. De este modo, se establece el derecho de los sujetos sancionados a acudir a la jurisdicción competente para que se revise dicha sanción, así como la obligación de que la empresa comunique la eventual sanción por escrito y motivada, siempre que sea la respuesta a una falta grave o muy grave. Además, se prohíben las sanciones que penalicen las vacaciones o los derechos de descanso así como las multas. Partiendo de estas bases, cada uno de los Convenios puede prever su propio proceso disciplinario, tal y como vamos a ver a continuación al analizar el funcionamiento de las empresas elegidas para este trabajo. Así, tanto el Grupo Vips, aplicando lo previsto en el IV Acuerdo laboral de ámbito estatal para el sector de hostelería, como Michelin, a través del Convenio General de Industria Química, prevén un procedimiento sancionador en el que será necesario comunicar a los representantes de los trabajadores así como a los delegados sindicales cuando el trabajador esté afiliado (art. 36 del IV Acuerdo laboral de ámbito estatal para el sector de la hostelería; y art. 62 cláusula final del Convenio Colectivo General de Industria Química). Además, ambas empresas deben comunicar por escrito al trabajador los hechos que colman la falta y la sanción concreta impuesta, de forma motivada. En el caso concreto de Michelin, cuando se trate de una falta muy grave, será necesario tramitar expediente o procedimiento sumario en el que deberá ser oído el trabajador afectado, al que se le comunicarán los hechos por escrito concediéndole un tiempo para formular alegaciones o descargos, debiendo ser valoradas por la Dirección de la empresa quien deberá notificar al trabajador la resolución del expediente con la calificación definitiva de la falta, si es que así se hubiera resuelto (art. 35 del Convenio Colectivo General de Industria Química). Por su parte, en el Convenio Colectivo de

³⁶ Arts. 16 y 17 LPL donde se establece quiénes tendrán capacidad y legitimidad procesal para participar en el proceso.

Renault, aunque sí dedica un artículo específico al procedimiento sancionador, en el precepto sólo se recogen cuestiones procedimentales relacionadas con los plazos, estableciendo treinta días hábiles como plazo máximo para comenzar el cumplimiento de una sanción, a partir de la fecha en que sea firme, salvo que la sanción sea el despido (art. 55.5 del Convenio Colectivo de Renault). En estas tres empresas se ha aprobado un Protocolo de Actuación frente al Acoso Sexual, dentro de los cuales destaca el de Michelin, al que ha denominado Vía de Recurso del Trabajador ante situaciones de presunto Acoso u Hostigamiento en el Trabajo, con entrada en vigor el 20.7.2010. En este protocolo se intenta resolver el problema de acoso que pueda estar produciendo, en un primer momento, de manera que se deberá dar a conocer al superior jerárquico, intentando que no se agrave la situación, aunque se podrá acudir a una Comisión específicamente creada en cada centro para ocuparse de este tipo de conflictos.

Esta Comisión, propondrá una serie de medidas para facilitar acabar con esa situación de acoso u hostigamiento que deberá presentar la "certeza razonablemente probada de cinco condiciones": datos de la existencia objetiva del problema, intensidad grave, prolongado en el tiempo, que haya intencionalidad o finalidad de hacer daño y que se haya producido un daño efectivo³⁷ y al cabo de tres meses valorará su eficacia. En el caso en el que la situación persista, propondrá otras medidas complementarias.

Renault, por su parte, aprobó su Protocolo de Actuación junto con el Plan de Igualdad. Este procedimiento se inicia por el propio sujeto que está sufriendo o cree estar sufriendo una situación de acoso o por otro que conoce de la situación y decide ponerlo en conocimiento del Servicio de Recursos Humanos de su Factoría o Dirección personalmente, o a través de un representante legal, o incluso mediante un correo electrónico enviado a una determinada dirección.

El Servicio de Recursos Humanos realizará un primer contacto con la persona que ha iniciado el procedimiento y se podrá tramitar la separación física en el trabajo de las personas implicadas en el supuesto acoso, así como plantear a la posible víctima la posibilidad de solucionar el problema a través de la mediación, en la que propondrán medidas prácticas. Si no se lleva a cabo la mediación o no ha resuelto el problema, el Servicio de Recursos Humanos intervendrá formalmente, llevando a cabo una investigación de los hechos pudiendo realizar entrevistas a testigos. El procedimiento concluirá con un informe final que será presentado al Responsable de Políticas Sociales y Condiciones de Trabajo, así como a la Dirección de Recursos Humanos, en el que se propondrán las medidas a adoptar. Las conclusiones se comunicarán a la representación legal de los trabajadores y a las personas implicadas.

En el caso del Grupo Vips, en la disposición adicional 5ª de su Convenio se recoge un Protocolo concreto para la prevención y tratamiento de situaciones de acoso tanto moral como sexual. En este Protocolo desempeña un papel importante la Comisión Instructora de Tratamiento de Situaciones de Acoso, creada sólo para investigar las situaciones que al respecto se denuncien. Estará formada por un médico adscrito al servicio de prevención, un representante del servicio de prevención central y un representante del departamento de personal, todos pertenecientes a otro centro de trabajo donde hayan ocurrido los hechos.

³⁷ Criterios básicos de la Vía de Recurso del Trabajador ante situaciones de presunto Acoso u Hostigamiento en el Trabajo.

Probablemente, El Corte Inglés cuente con uno de los Protocolos de Actuación para situaciones de Acoso sexual más completos de los que aquí se han mencionado. En su disposición final 5ª se determina en concreto el procedimiento a seguir, no limitándose a definir al órgano que deberá evaluar los hechos, que será, como en el caso del Grupo Vips, una Comisión Instructora de Tratamiento de Situaciones de Acoso.

El procedimiento se iniciará a través de una solicitud a la citada Comisión o al médico adscrito al servicio de prevención intervención del trabajador que afirma estar siendo objeto de acoso. Una vez que la solicitud esté en manos de la Comisión, ésta solicitará el relato de los hechos y la identificación de la persona o personas que los han llevado a cabo así como de posibles testigos de los mismos. Notificada oficialmente la solicitud de intervención, la Comisión abre el expediente informativo y trata de averiguar y constatar los hechos denunciados, otorgando audiencia a todos los intervinientes, testigos y cualquier otra persona que considere oportuno, incluidos los representantes legales de los trabajadores del centro. Este proceso se desarrollará bajo los principios de confidencialidad, rapidez, contradicción e igualdad. Durante la tramitación de los actos alegatorios, en la medida que lo permita la organización del trabajo, se facilitará el cambio de puesto de trabajo a la persona denunciante o denunciado. La Comisión tiene un plazo máximo de treinta días para resolver motivadamente la solicitud de intervención. Este plazo se iniciará desde el momento en que la Comisión tenga conocimiento oficial de la solicitud. La fase instructora o informativa finalizará con el pronunciamiento de la Comisión mediante la elaboración de un informe que pondrá, en primer lugar, en conocimiento de la persona solicitante. Si el informe constata la existencia de acoso, el responsable del departamento de personal deberá adoptar las medidas correctoras oportunas, aplicando las sanciones legales correspondientes; por el contrario, si el informe no constata situaciones de acoso, o no es posible la verificación de los hechos, se archivará el expediente dando por finalizado el proceso. En la medida que lo permita la organización del trabajo, se estudiará la viabilidad de cambios de puesto de trabajo, facilitando el cambio de puesto de trabajo si el trabajador afectado lo solicita y es aconsejado por el Servicio Médico de la Empresa. La Empresa asegurará que los trabajadores que consideren que han sido objeto de acoso, los que planteen una queja en materia de acoso o los que presten asistencia en cualquier proceso, por ejemplo facilitando información o interviniendo en calidad de testigo, no serán objeto de intimidación, persecución o represalias, considerando cualquier acción en este sentido, como un asunto susceptible de sanción disciplinaria. La Empresa informará a los representantes de los trabajadores del centro de todos los casos de acoso sexual o moral que se produzcan y que finalicen con la imposición de alguna sanción disciplinaria grave o muy grave. En cualquier caso, los trabajadores podrán ser asistidos, en sus intervenciones ante la Comisión Instructora, por un representante de los trabajadores de su elección (disposiciones generales del Convenio Colectivo de Grandes Almacenes).

Finalmente, en el caso de Mercadona, no hay ni un procedimiento disciplinario específico a seguir en los supuestos en los que se incumpla el régimen disciplinario, ni tampoco para los casos de acoso sexual, a pesar de que declara su elaboración como un compromiso de crearlo³⁸.

Expuestas las distintas vías por las que se puede proteger al sujeto discriminado por razón de sexo, antes de extraer conclusiones respecto a si son suficientes y efectivas, consideramos importante detenernos un instante en mencionar un problema recurrente en todos los casos

³⁸ Si existe, no es un Protocolo público que se encuentre recogido dentro del Convenio Colectivo o del Plan de Igualdad.

discriminatorios: la prueba. Resulta especialmente difícil probar una omisión: una no contratación, por ejemplo, o un no ascenso, etc., o el *ánimo* que inspira al empresario a la hora de elegir al trabajador objeto de un despido por causas económicas. Desde instancias europeas, sobre todo a partir del año 2002 con la Directiva 73/2002/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre, de modificación de la Directiva 207/76/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, (DOCE L269/15, de 5.10.2002) se ha planteado un cambio en la concepción de la carga de la prueba que hoy se recoge en el art. 19 la Directiva 54/2006. En el ámbito laboral, esta inversión ya estaba prevista para los casos de discriminación por razón de sexo y, mediante la reforma operada con la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, se amplió a otras circunstancias discriminatorias. Por su parte, en el caso del orden civil y administrativo ha sido traspuesto a nuestro ordenamiento a través del art. 13 de la LOIEMH³⁹ y de las reformas llevadas a cabo a través de esta misma Ley en la Ley de Enjuiciamiento Civil⁴⁰ y en la Ley de Jurisdicción Contenciosa Administrativa⁴¹. La doctrina española, sobre todo la procesalista, critica la trasposición de la inversión de la carga de la prueba, principalmente porque se ha modificado una norma procesal a través de una Ley que no lo es⁴².

En el caso concreto de la discriminación producida en el ámbito laboral se plantea un problema interpretativo con el art. 13 de la LOIEMH ya que resulta menos exigente que la Directiva 73/2002 y que la LPL. De este modo, en esta última se exige que la parte actora presente

³⁹ Art. 13 LOIEMH: "Prueba. 1. De acuerdo con las Leyes procesales, en aquellos procedimientos en los que las alegaciones de la parte actora se fundamenten en actuaciones discriminatorias, por razón de sexo, corresponderá a la persona demandada probar la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y su proporcionalidad. A los efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, el órgano judicial, a instancia de parte, podrá recabar, si lo estimase útil y pertinente, informe o dictamen de los organismos públicos competentes. 2. Lo establecido en el apartado anterior no será de aplicación a los procesos penales".

⁴⁰ Disposición Adicional Quinta Tres de la LOIEMH: "Se añade un nuevo apartado 5 al art. 217 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, pasando sus actuales apartados 5 y 6 a ser los números 6 y 7, respectivamente, con la siguiente redacción: 5. De acuerdo con las leyes procesales, en aquellos procedimientos en los que las alegaciones de la parte actora se fundamenten en actuaciones discriminatorias por razón del sexo, corresponderá al demandado probar la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y de su proporcionalidad. A los efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, el órgano judicial, a instancia de parte, podrá recabar, si lo estimase útil y pertinente, informe o dictamen de los organismos públicos competentes".

⁴¹ Disposición Adicional Sexta Dos de la LOIEMH: "Se añade un nuevo apartado 7 al art. 60, con la siguiente redacción: 7. De acuerdo con las leyes procesales, en aquellos procedimientos en los que las alegaciones de la parte actora se fundamenten en actuaciones discriminatorias por razón del sexo, corresponderá al demandado probar la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y su proporcionalidad. A los efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, el órgano judicial, a instancia de parte, podrá recabar, si lo estimase útil y pertinente, informe o dictamen de los organismos públicos competentes".

⁴² LÓPEZ SÁNCHEZ (2008, p. 49) critica que a través de una norma no procesal general se lleve a cabo una modificación procesal.

“indicios” de que, efectivamente, se ha producido un acto discriminatorio y, sólo una vez constatados, se invertirá la carga de la prueba (arts. 96 y 179.2 LPL) mientras que en el art. 13 de la LOIEMH se requiere únicamente “alegaciones de la parte actora”. Siendo esto así, la doctrina se pregunta si, en virtud del art. 13 LOIEMH queda derogado el requisito de presentar indicios previsto en la Ley de Procedimiento Laboral –de manera que el art. 13 de la LOIEMH se aplicaría de forma general a todo el ordenamiento jurídico, excepto al penal- o si debe entenderse como un mero principio programático inspirador de los ordenamientos jurisdiccionales⁴³. Entendemos que la normativa comunitaria otorga al legislador nacional la suficiente libertad para delimitar la inversión de la carga de la prueba. Siendo esto así, el legislador español, a través de las Disposiciones Adicionales de la LOIEMH realizó las reformas legales que entendió necesarias en virtud de la citada Ley, entre las que no se encontraba la redacción de los arts. 96 y 179.2 LPL, por lo que, ciertamente, el art. 13 LOIEMH no puede entenderse como una regla aplicable de forma automática a todos los órdenes jurisdiccionales.

Otro problema a destacar, independiente de la prueba, con el que nos encontramos, es el alcance y la extensión de los efectos del art. 17.1 ET, sobre todo en el supuesto de no contratación de un sujeto. De tal manera que debemos preguntarnos si, demostrado que la no contratación ha sido por motivos discriminatorios, se puede obligar al empresario a contratar al sujeto discriminado⁴⁴. La elección del personal debe formar parte de la potestad de dirección empresarial por lo que no es factible que se imponga la contratación de un determinado sujeto, sin embargo, esto no es incompatible con llevar a cabo un proceso de selección objetivo en el que se garanticen todos los derechos de los aspirantes. Esto no puede implicar la obligación de contratar al sujeto que ha sido discriminado si no que obliga al empresario a volver al momento del proceso de selección y realizarlo correctamente, incluso aunque se haya producido ya la contratación de otro sujeto.

4. Conclusiones

A lo largo de estas páginas, hemos tenido la oportunidad de exponer una visión panorámica de la tutela con la que cuenta el valor no ser discriminado, principalmente, desde el ordenamiento administrativo sancionador pero, también, desde otras vías: la disciplinaria propia de la empresa y la penal, aunque su tratamiento ha sido cuantitativa y cualitativamente menor. Estas diferencias se han debido, por un lado, a que puede haber tantos regímenes disciplinarios como

⁴³ Así, PÉREZ GIL (2008), “en el propio art. 13 LOIEMH y, en concreto, en su inciso inicial al establecer expresamente que los desplazamientos del onus probandi se realizan ‘De acuerdo con las leyes procesales...’. Ello nos habilita para acudir a conceptos de ámbito más general, que serán los que nos proporcionarán los patrones para su interpretación.” En este mismo sentido LUJÁN *et al.* (2009, p. 127).

⁴⁴ APARICIO *et al.* (2007, p. 52) se hacen eco de la doctrina mayoritaria en lo que respecta a decidir sobre esta cuestión y consideran que “la expresión ‘nulidad radical’ de la conducta discriminatoria implica la preferencia del ordenamiento por ‘la restitución del afectado en la integridad de sus derechos’, lo que se materializa en la imposición de obligaciones de hacer o de no hacer, frenando la tendencia judicial a ‘monetizar la condena’ y, en consecuencia, a compensar económicamente la ineffectividad de derechos fundamentales.”

empresas, cuyo análisis sería una tarea inabarcable en este trabajo, y, por otro, a que la protección penal plantea tantos problemas que nunca ha podido aplicarse de manera que su estudio precisa un análisis de otro calado –de hecho, es el objeto de investigación de la Tesis Doctoral que me encuentro realizando en la actualidad.

Antes de conocer las infracciones y las sanciones anti-discriminatorias que el ordenamiento jurídico-social recoge, hemos considerado necesario delimitar el concepto de discriminación, describiendo los comportamientos, las acciones o las medidas en concreto que comprende. Así, hoy, se considera discriminatoria las acciones que provocan un perjuicio, directa o indirectamente, a un colectivo determinado, no siendo tales, aquellas que tengan como objetivo garantizar la igualdad de oportunidades de un grupo que parte de una posición de inferioridad.

Teniendo en cuenta esto, hemos visto cómo en el ámbito laboral la prohibición de discriminación o el derecho a no ser discriminado por razón de sexo están garantizados tanto a nivel constitucional (arts.14 y 35.1 CE) como en el ET (arts. 4.2 c) y 17). Para ello, existen dos vías de actuación: por un lado, está el tradicional sistema sancionador mientras que, por otro, es cada vez más habitual el uso de medidas de acción positiva dirigidas a promocionar y facilitar la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, con el objeto de, con el paso del tiempo, acabar con la discriminación laboral entre ambos.

Empezando por el sistema sancionador, se protege al trabajador de los tratos discriminatorios, incluso, antes de que exista una relación contractual que ligue al empresario con el trabajador. Estos son los casos en los que la oferta de trabajo o el proceso de selección se llevan a cabo conforme a criterios sexistas. No obstante, también puede ocurrir que, una vez formalizada la relación laboral, las condiciones contractuales sean perjudiciales para el trabajador debido a su sexo. En este caso, también existe una sanción, tal y como ocurre en los supuestos de despido disciplinario o de despido objetivo, cuyo fundamento real no es otro que un motivo de discriminación por razón de sexo. Así, el ordenamiento jurídico-social cuenta con un amplio abanico de infracciones discriminatorias cuyo fin es describir todas las situaciones posibles en las que se pueda perjudicar a un trabajador por razón de su sexo. Sin embargo, su aplicación es deficiente ya que no existe un control férreo sobre las ofertas de empleo y es habitual encontrar un lenguaje sexista en las mismas, lo que condiciona el sexo del candidato requerido –por ejemplo: se necesita “mozo de carga”, “enfermera titulada”, “cocinera”, “señora de la limpieza”, “conductor de vehículos pesados”, etc. Además, la distribución de los puestos de trabajo dentro de la empresa y el sistema de promoción interna, no suelen ser objeto de evaluación y priman criterios como la disponibilidad y la movilidad geográfica, más que los conocimientos o la preparación concreta para llevar a cabo una tarea. De este modo, podemos decir que los procedimientos de tutela del derecho a no ser discriminado por razón de sexo, se limitan, en la práctica, a resolver despidos por embarazo o maternidad, dejando fuera muchas otras conductas discriminatorias que perpetúan los prejuicios sociales respecto al sexo femenino.

En cuanto a las acciones positivas, su uso se ha impuesto, sobre todo, tras la aprobación de la LOIEMH ya que en ella se recogió la obligatoriedad de los Planes de Igualdad en las empresas

con plantillas superiores a doscientas cincuenta personas, en los que, es habitual la previsión de cuotas a cubrir sólo por personal femenino, hasta que se alcance un equilibrio entre mujeres y hombres en todos los puestos de trabajo, especialmente en los de mayor responsabilidad. No obstante, estas medidas pueden resultar contraproducentes, al percibir la sociedad que “una mujer ha sido elegida sólo por ser mujer” y no porque es la mejor candidata posible.

Tampoco ayuda en la lucha contra la discriminación por razón de sexo, el que en los regímenes disciplinarios de las empresas no encontremos faltas relacionadas con ella. Consideramos que el aparente compromiso que adquieren las empresas con la igualdad de oportunidades, la conciliación laboral y familiar, en definitiva, con la equiparación entre mujeres y hombres, se queda en papel mojado si se tolera el trato discriminatorio en la vida diaria del trabajo. Así, no es coherente crear un Protocolo de Actuación para situaciones de acoso sexual donde este tipo de prácticas, junto con el acoso por razón de sexo, sean consideradas como faltas muy graves en prácticamente todos los regímenes disciplinarios y, sin embargo, no se haga ningún tipo de referencia a las acciones discriminatorias.

En definitiva, entendemos que las medidas administrativas sancionadoras son necesarias y deben reforzarse con los regímenes sancionadores de los Convenios Colectivos de las empresas para mejorar su eficacia, si bien esto no es suficiente para alcanzar una sociedad en la que la mujer acceda en igualdad de condiciones que el hombre al mercado de trabajo. Esta tarea va más allá de las sanciones, faltas y penas. Se trata de un proceso que debe ser liderado por la educación y por el auto-convencimiento de mujeres y hombres de la necesidad de conciliar la vida laboral y familiar: de los beneficios que la co-responsabilidad otorga a ambos.

5. Tabla de jurisprudencia citada

<i>Tribunal, Sala y Fecha</i>	<i>Ar.</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
STC, 2ª, 1.7.1991	RTC 1991/145	Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer
STC, 1ª, 14.12.1992	RTC 1992/229	Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer
STC, Pleno, 25.3.1993	RTC 1993/109	José Gabaldón López
STC, 1ª, 7.6.1994	RTC 1994/173	Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer
STC, 1ª, 21.7.2008	RTC 2008/92	María Emilia Casas Baamonde
STS, 4ª, 6.5.2009	RJ 2009/2639	Luis Fernando de Castro Fernández

6. Bibliografía

Joaquín APARICIO TOVAR y Ana Marta OLMO GASTÓN (2007), *La edad como factor de tratamientos desiguales en el trabajo*, Bomarzo, Albacete.

Damian BENEYTO CALABUIG (2000), *Las infracciones laborales y el Procedimiento Sancionador*, CISS Praxis, Bilbao.

Juan María BILBAO UBILLOS y Fernando REY MARTÍNEZ (2003), "El principio constitucional de igualdad en la jurisprudencia española", en Miguel CARBONELL (Coord.) *El principio constitucional de igualdad. Lecturas de introducción*, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, pp. 105-202.

Alberto CÁMARA BOTÍA (2009), "La potestad sancionadora de la Administración en el orden social: cuestiones generales", en Faustino CAVAS MARTÍNEZ y José LUJÁN ALCARAZ (Dir.), *Infracciones y sanciones en el orden social. Régimen jurídico*, Laborum, Murcia, pp. 22-25.

María Antonia CASTRO ARGÜELLES e Iván Antonio RODRÍGUEZ CARDO (2008), "Infracciones y sanciones en materia de igualdad en el ámbito de las relaciones laborales", *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 78, pp. 255-294.

Ignacio DURÉNDEZ SÁEZ (2009), *El Procedimiento Administrativo Sancionador del Orden Social*, Aranzadi, Navarra.

Manuel GÓMEZ TOMILLO e Iñigo SANZ RUBIALES (2010), *Derecho Administrativo Sancionador: Parte General. Teoría General y Práctica del Derecho Penal Administrativo*, 2ª ed., Aranzadi, Navarra.

Patricia LAURENZO COPELLO (1996), "Marco de protección jurídico penal del derecho a no ser discriminado: Racismo y Xenofobia", en María Luisa MAQUEDA ABREU (Dir.), *Libertad ideológica y derecho a no ser discriminado*, Cuadernos de Derecho Judicial, Escuela Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, pp. 48-54.

Javier LÓPEZ SÁNCHEZ (2008), "Las reglas de la carga de la prueba en la Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres", en *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, núm. 23.

José LUJÁN ALCARAZ y Alejandra SELMA PENALVA (2009), "Infracciones y sanciones en materia de relaciones laborales", en Faustino CAVAS MARTÍNEZ y José LUJÁN ALCARAZ (Dir.), *Infracciones y sanciones en el orden social. Régimen jurídico*, Laborum, Murcia.

Antonio MARTÍN VALVERDE, Fermín RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ y Joaquín GARCÍA MURCIA (2009), *Derecho del Trabajo*, 18ª ed., Tecnos, Madrid.

Luis Gabriel MARTÍNEZ ROCAMORA (1998), *Decisiones empresariales y principio de igualdad*, Cedecs, Barcelona.

Alfredo MONTOYA MELGAR (1965), *El poder de dirección del empresario*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid.

--- (2008), *Derecho del Trabajo*, 29ª ed., Tecnos, Madrid.

Alfredo MONTOYA MELGAR, Jesús GALIANA MORENO, Antonio SEMPERE NAVARRO y Bartolomé RÍOS SALMERÓN (2005), *Curso de procedimiento laboral*, 7ª ed., Tecnos, Madrid.

Alejandro NIETO (2005), *Derecho Administrativo Sancionador*, 4ª ed., Tecnos, Madrid.

María Teresa PÉREZ DEL RÍO, María Fernanda FERNÁNDEZ LÓPEZ y Salvador DEL REY GUANTER, (1993) *Discriminación e igualdad en la negociación colectiva*, Instituto de la Mujer, Madrid.

Julio PÉREZ GIL (2008), "Probar la discriminación. Una mirada a las normas sobre la carga de la prueba en la ley de igualdad", *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente (Coloquio de la Asociación Internacional de Derecho Procesal, 2008)*, Vol. 2, pp. 211-224.

Fernando REY MARTÍNEZ (1995), *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, McGraw Hill, Madrid.

Miguel RODRÍGUEZ-PIÑERO y María Teresa FERNÁNDEZ LÓPEZ (1986), *Igualdad y discriminación*, Tecnos, Madrid.

Antonio SEMPERE NAVARRO y Rodrigo MARTÍN JIMÉNEZ (2003), "Comentario del art. 9", en Antonio SEMPERE NAVARRO (Coord.), *Comentarios a la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social*, Thomson Aranzadi, Navarra.

Rosario SERRA CRISTÓBAL (2004), "La discriminación indirecta por razón de sexo", en María Josefa RIDAURA MARTÍNEZ y Mariano AZNAR GÓMEZ (Coords.), *Discriminación versus diferenciación (Especial referencia a la problemática de la mujer)*, Tirant lo Blach, Valencia.

Noemí SERRANO ARGÜELLO, Fernando REY MARTÍNEZ y Ricardo MATA Y MARTÍN (2009), *Estrategias para la prevención y control del acoso sexual en el empleo*, Junta de Castilla y León, Valladolid.