



GRADO EN COMERCIO

TRABAJO FIN DE GRADO

**“EL PAPEL DE LA INSPECCIÓN
DE TRABAJO EN LA LUCHA
CONTRA LA DISCRIMINACIÓN
POR RAZÓN DE GÉNERO EN EL
ÁMBITO LABORAL”**

Irene Muñiz Sirgo

**FACULTAD DE COMERCIO
VALLADOLID, 24 de junio de 2019**



UNIVERSIDAD DE VALLADOLID

GRADO EN COMERCIO

CURSO ACADÉMICO 2018-2019

TRABAJO FIN DE GRADO

**“EL PAPEL DE LA INSPECCIÓN DE
TRABAJO EN LA LUCHA CONTRA
LA DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN
DE GÉNERO EN EL ÁMBITO
LABORAL”**

Trabajo presentado por: Irene Muñiz Sirgo

Firma:

Tutora: Ana María Murcia Clavería

Firma:

FACULTAD DE COMERCIO

Valladolid, 24 de junio de 2019

Índice

I.	Introducción	4
II.	Discriminación por razón de género	4
1.	Concepto y tipos de discriminación por razón de género	5
2.	Normativa aplicable.....	7
2.1.	Ordenamiento internacional y comunitario	8
2.2.	Ordenamiento interno	11
3.	Discriminación en el acceso al empleo y en las condiciones laborales.....	14
3.1.	Acceso al empleo	14
3.2.	Condiciones laborales.....	15
3.3.	Vías jurídicas de tutela del derecho a la igualdad y no discriminación.....	18
III.	La inspección de trabajo (ITSS) y la lucha contra la discriminación por razón de género	23
1.	Nociones básicas de la ITSS.....	23
1.1.	Funciones, campo de actuación y composición	23
1.2.	Organización y estructura	29
2.	Papel de la ITSS en la lucha contra este tipo de discriminación	31
2.1.	Actuaciones en materia de discriminación por razón de género	31
2.2.	Medidas derivadas de la actuación inspectora	35
2.3.	Procedimiento administrativo: aspectos formales y materiales	45
3.	Medidas y planes de actuación vigentes en materia de discriminación por razón de género a nivel estatal.....	47
3.1.	Antecedentes	47
3.2.	Plan estratégico 2018-2020: Desarrollo y objetivos.....	52
IV.	Conclusiones.....	54
V.	Bibliografía.....	56
	Webgrafía	57
VI.	Anexo: Cuestionario al Inspector de Trabajo y Seguridad Social Gonzalo Merino	59

I. Introducción

La elección de este tema está motivada por la importancia creciente de la igualdad y no discriminación por razón de género debido a que este derecho fundamental contemplado en el art.14 de la Constitución Española de 1978 (en adelante CE), no se cumple. En 2019, sigue existiendo discriminación hacia la mujer en todos los ámbitos, como así demuestra el protagonismo que de nuevo ha adquirido el movimiento feminista y cuya expresión más reciente fue la espectacular y masiva manifestación que se produjo en España el 8 de marzo de 2018, convocada y realizada también en muchos países del mundo. Fue una manifestación transversal, que unió a hombres, mujeres de distintas edades y estatus social.

Consciente de que los datos avalan que sigue existiendo discriminación por razón de género en todos los ámbitos, este TFG se centra solo en el ámbito laboral y, en particular, en qué función en la lucha contra la discriminación realiza la Administración laboral a través de la Inspección de Trabajo.

La metodología empleada para ello consiste en el estudio de la normativa aplicable, tanto internacional y comunitaria como interna sobre discriminación por razón de género, analizando dicha regulación y la doctrina científica que ha investigado sobre ella, así como la jurisprudencia. También se valoran datos obtenidos de estadísticas publicadas por la ITSS y el Instituto de la Mujer en su página web. Por último, se ha realizado una entrevista a un inspector de trabajo que nos ha permitido una aproximación a la realidad del personal que trabaja en dicho organismo y de la problemática a la que se enfrentan, pudiendo conocer además su opinión sobre cambios o mejoras que considera que podrían optimizar el servicio de la ITSS.

De acuerdo con lo anterior, el trabajo se estructura en dos grandes apartados. En la primera parte, se muestra una visión global del concepto de discriminación por razón de género, tipos, condiciones de trabajo en las que se incumple este principio y las vías para obtener la tutela efectiva de este derecho. En la segunda parte, analizamos la Inspección de Trabajo y Seguridad Social explicando sus funciones, los procedimientos de actuación y los planes y medidas en esta materia desarrollados a nivel estatal en su mayoría, y uno de ellos en Castilla y León. Para finalizar el trabajo, se presentan las conclusiones y se incluye un anexo con la entrevista realizada al Inspector de trabajo y sus respuestas de una manera resumida.

II. Discriminación por razón de género

1. Concepto y tipos de discriminación por razón de género

La discriminación por razón de género¹ se produce cuando se da un trato diferenciado y desfavorable a determinadas personas o colectivos, sin que exista una justificación razonable ni proporcional para ese trato en atención a su género.

La norma principal del ordenamiento español es la Constitución Española de 1978 y en ella se recoge el principio de igualdad y no discriminación en el art.14 que exige una interpretación conjunta con el art. 9.2 CE como veremos más adelante. Dicho artículo ha tenido un desarrollo legislativo en la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres denominada Ley orgánica de Igualdad, (en adelante LOI)². El artículo 3 de esta ley contempla lo siguiente: *“El principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres supone la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo, y, especialmente, las derivadas de la maternidad, la asunción de obligaciones familiares y el estado civil”*.³

Un concepto importante a la hora de lograr la igualdad efectiva es el ‘mainstreaming’ o transversalidad. Fue utilizado por primera vez en 1995 en el marco de la IV Conferencia Mundial sobre las mujeres de Naciones Unidas celebrada en Pekín, en la que hubo un intento de definir este concepto como medida paliativa de la desigualdad de las mujeres en el ámbito público y aparece en el art. 15 de la LOI⁴. Mediante este principio se incorpora la perspectiva de igualdad de género en todas las políticas, niveles y etapas adoptando así un enfoque integrador en todos los ámbitos y cuya responsabilidad de aplicación de este principio recae sobre los poderes públicos. (Pérez-Ugena Coromina, 2015)

Siguiendo a Lousada Arochena (2014), los principales tipos de discriminación por razón de género que se encuentran son: directa, indirecta, positiva e inversa.

¹ La discriminación aparece definida por la RAE como “dar trato desigual a una persona o colectividad por motivos raciales, religiosos, políticos, de sexo, de edad, de condición física o mental, etc.”

Se emplea el término género ya que es un concepto que hace referencia a diferencias sociales entre mujeres y hombres, es decir, los roles socialmente atribuidos, mientras que sexo es una diferencia determinada biológicamente.

² Publicado en BOE núm. 71, de 23 de marzo de 2007

³ Véase Ballaguer Callejón, 2010

⁴ El art. 15 LOI rubricado “Transversalidad del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres” señala que *“el principio de igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres informará, con carácter transversal, la actuación de todos los Poderes Públicos. Las Administraciones públicas lo integrarán, de forma activa, en la adopción y ejecución de sus disposiciones normativas, en la definición y presupuestación de políticas públicas en todos los ámbitos y en el desarrollo del conjunto de todas sus actividades.”*

La discriminación directa, regulada en el art. 6.1 de la LOI, resulta de cualquier norma o decisión que suponga un trato diferenciado y desfavorable a una persona, grupo o colectivo por razón de género⁵. La diferencia con la indirecta radica en que esta última es un producto de acciones o normas aparentemente neutras pero que resultan, al igual que en la directa, en una desventaja o trato desfavorable. La discriminación indirecta, regulada en el art. 6.2 de la LOI, es la más difícil de reconocer y también la más habitual, siendo necesario aportar pruebas estadísticas que la verifiquen⁶.

En aquellas situaciones de discriminación estructural y con el fin de favorecer al grupo o colectivo en inferioridad de condiciones que en nuestro caso de estudio son las mujeres, la ley permite adoptar acciones de discriminación positiva e inversa definidas en el art. 11 de la LOI. La discriminación positiva consiste en la aplicación de medidas formales para compensar la situación social de desventaja de la mujer, siempre y cuando tales medidas sean razonables y proporcionadas en relación con el objetivo perseguido y deben cesar cuando desaparezca la situación de desigualdad que las generó⁷. La discriminación inversa se encuadra dentro de la anterior consistiendo en fijar cuotas de distintos tipos como por ejemplo reservar un número de plazas para mujeres.

La discriminación por razón de género en el ámbito laboral puede presentarse de diversas formas, siendo las más habituales la discriminación retributiva o en la promoción laboral. Un tipo minoritario de discriminación por razón de género es el acoso sexual y el acoso por razón de sexo que, pese a tener una denominación muy similar, presentan una característica diferenciadora: el motivo que genera ese trato discriminatorio. El acoso sexual se trata como discriminación por razón de género ya que es discriminatorio en la medida que afecta en una proporción muy elevada a las mujeres. Este trato discriminatorio viola los derechos a la intimidad y dignidad de la persona que lo sufre. El acoso sexual tiene una doble tutela al ser contrario a los derechos directamente vulnerados y como acto discriminatorio por razón de género.

⁵ El art. 6.1 LOI considera “discriminación directa por razón de sexo la situación en que se encuentra una persona que sea, haya sido o pudiera ser tratada, en atención a su sexo, de manera menos favorable que otra en situación comparable”.

⁶ El art. 6.2 LOI considera “discriminación indirecta por razón de sexo la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pone a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro, salvo que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados”.

⁷ Algunos ejemplos de acciones positivas serían la creación del Instituto de la Mujer o los Planes de Igualdad de Oportunidades.

Por un lado, el acoso sexual aparece definido en el art. 7.1 de la LOI indicando que “*constituye acoso sexual cualquier comportamiento, verbal o físico, de naturaleza sexual que tenga el propósito o produzca el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo*”. Esta es una definición general del concepto pero se pueden distinguir dos tipos de acoso sexual: el de intercambio, chantaje sexual o quid pro quo y el acoso ambiental.

El chantaje sexual implica un comportamiento por parte del sujeto ofensor que consiste en amenazar un posible o anticipo de la no consecución de un bien en el caso de que el trabajador no acceda a un determinado requerimiento cuyo fin último es la satisfacción sexual del ofensor. En este acoso lo que se produce es la solicitud de un intercambio –de ahí su nombre- ejerciendo una presión o compulsión que obligue al sujeto entre acceder a los requerimientos sexuales o ser perjudicado en el trabajo.

El acoso ambiental se trata de un tipo de acoso distinto en su naturaleza e intensidad. Aquí se da por parte del sujeto una conducta que genera un ambiente de trabajo humillante, hostil, intimidatorio o amenazador para la persona afectada, pero sin que en ningún momento se vean condicionadas o subordinadas las condiciones de trabajo en mejora o perjuicio en función de la actuación del sujeto acosado. (Ballester Pastor, 2017)

Por otro lado, nos encontramos el acoso por razón de sexo o acoso propiamente discriminatorio. Aparece definido en el art. 7.2 LOI y “*constituye acoso por razón de sexo cualquier comportamiento realizado en función del sexo de una persona, con el propósito o el efecto de atentar contra su dignidad y de crear un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo*”. La principal diferencia con el acoso sexual es que el sujeto ofensor tiene como objetivo la manifestación de desprecio por las mujeres, desconfianza en sus capacidades y las ve como individuos relegados a un segundo plano e inferiores. La motivación de este comportamiento no se limita únicamente a un deseo sexual, sino el dominio y afirmación de poder. Un ejemplo de acoso por razón de sexo es todo trato desfavorable sufrido por mujeres y relacionado con el embarazo y la maternidad y constituye una discriminación directa. (González Martín, 2010)

2. Normativa aplicable

Toda la regulación existente en materia de igualdad y no discriminación se va a presentar siguiendo la prelación de fuentes propia del derecho, es decir, de mayor rango

a menor. El principio de no discriminación se encuentra tanto en normativa comunitaria e internacional como interna.

2.1. Ordenamiento internacional y comunitario

El ordenamiento internacional regula por primera vez la igualdad en la Carta de Naciones Unidas de 1945. Esta Carta incluye una cláusula de no discriminación aunque no se especifica qué derechos concretos se compromete a respetar⁸. El siguiente avance fue la Declaración Universal de Derechos de la Asamblea General de Naciones Unidas en 1948, en la que ya se especifica cuáles son los derechos y libertades que se promueven. Supone un hito legislativo en la construcción de los Derechos Humanos. Posteriormente, se proclama el primer texto internacional sobre los derechos de las mujeres para hacer frente a la discriminación por razón de género que es la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer que emana de la ONU en 1979 y que entró en vigor el 3 de septiembre de 1981. Es un Tratado internacional en el que se define claramente qué constituye un acto de discriminación contra las mujeres y establece un programa con el fin de alcanzar la igualdad de género.

Asimismo deben mencionarse las conferencias mundiales sobre la mujer convocadas por las Naciones Unidas que han contribuido a que la igualdad de género sea un tema de importancia a nivel mundial y celebradas en México 1975, Copenhague 1980, Nairobi 1985 y Pekín 1995. Estas conferencias se centran en aspectos clave como son: desigualdad en el acceso al poder, adopción de decisiones, alfabetización, enseñanza y empleo, pobreza, respeto a los derechos humanos de las mujeres, salud y derechos reproductivos, violencia y tecnología.

Actualmente existe una institución específica que trabaja en el ámbito de los Derechos humanos para la mujer y es ONU Mujeres. Esta institución actúa desde 2011 y se enfoca en 5 áreas prioritarias: incremento del liderazgo y participación de las mujeres, eliminación de la violencia contra las mujeres, participación de las mujeres en procesos

⁸ El art. 55 prescribe: “Con el propósito de crear las condiciones de estabilidad y bienestar necesarias para las relaciones pacíficas y amistosas entre las naciones, basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, la Organización promoverá: a. niveles de vida más elevados, trabajo permanente para todos, y condiciones de progreso y desarrollo económico y social; b. La solución de problemas internacionales de carácter económico, social y sanitario, y de otros problemas conexos; y la cooperación internacional en el orden cultural y educativo; y c. el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y la efectividad de tales derechos y libertades.”

de paz y seguridad, aumento del empoderamiento económico de las mujeres e incorporación de la igualdad de género como elemento central de la planificación del desarrollo y del presupuesto nacional (Pérez-Ugena Coromina, 2015).

La Organización Internacional del Trabajo (en adelante OIT) también ha dictado normas a nivel internacional que tratan el tema de la no discriminación. La Declaración de la OIT de 1998, relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, obliga a los Estados Miembros a promover y facilitar la aplicación efectiva del principio de igualdad dentro de sus territorios, eliminando toda práctica discriminatoria en el ámbito laboral. Dentro de esta Declaración se identifican dos convenios esenciales: Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación) 1958, número 11 y el Convenio sobre igualdad de remuneración 1951, número 100. El primer convenio establece la raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional y origen social como bases de la discriminación. Además añade otros motivos adicionales entre los que se encuentran el VIH/SIDA, responsabilidades familiares, afiliación, orientación sexual, discapacidad, edad o actividades sindicales. El Convenio número 100 se centra en el principio de igualdad retributiva para todo trabajo de igual valor. Aparte de los aspectos contenidos en los anteriores convenios, la Declaración de 1998 y la Declaración sobre las Empresas Multinacionales obligan a las empresas a ayudar a promover la igualdad efectiva entre mujeres y hombres –igualdad de trato y de oportunidades- en el empleo y la ocupación. Los directivos deben revisar cuidadosamente las prácticas llevadas a cabo en sus empresas para evitar cualquier tipo de discriminación en la contratación o en cualquier otro aspecto de la relación laboral.⁹

El Derecho comunitario por su parte aborda también la discriminación por razón de género y ha sido desarrollado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (TJCE).

El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) regula mediante su art. 153 que prevé que la Unión Europea ofrecerá apoyo a los Estados Miembros en el ámbito de igualdad entre mujeres y hombres en el ámbito laboral y en el art. 157 se desarrolla la aplicación de no discriminación en algunos aspectos -apartados 1, 3 y 4 – como son materia retributiva, empleo y ocupación y legitimación de las medidas de acción positiva (discriminación positiva) respectivamente. (Pérez-Ugena Coromina, 2015)

⁹ Datos obtenidos de la página web de la OIT: <https://bit.ly/2xEYQ3Z>

La Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea, proclamada el 7 de diciembre del 2000 en Niza, supone un importante hito legislativo ya que se constituye como uno de los principios fundamentales del Derecho comunitario. La prohibición de la discriminación por razón de sexo aparece regulada en los artículos 21 y 23, igualdad entre hombres y mujeres y el artículo 33 que se dedica especialmente a la maternidad.

Junto al Derecho comunitario originario, ha sido el derecho derivado el que ha permitido que el principio de igualdad se vaya extendiendo. El principal instrumento normativo son las Directivas comunitarias pues han supuesto la creación de leyes específicas, imponiendo así a los Estados Miembros las condiciones mínimas de protección de este derecho. La Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre, que modifica la anterior Directiva 76/207/CEE del Consejo, es la de mayor relevancia al introducir figuras jurídicas nuevas como son la discriminación indirecta y el acoso sexual. En esta Directiva también se incluye el concepto de transversalidad referido a las políticas y actividades públicas que deben de considerar de manera activa el objetivo de igualdad efectiva entre hombres y mujeres y se centra en los siguientes aspectos: acceso al empleo, formación y promoción profesionales y condiciones de trabajo.

El resto de instrumentos normativos dictados en materia de no discriminación por razón de género –por orden cronológico- son: la Directiva del Consejo 75/117/CEE, de 10 de febrero, sobre aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que hagan referencia al principio de igualdad retributiva entre trabajadores masculinos y femeninos; la Directiva del Consejo 79/7/CEE, de 19 de diciembre, sobre la aplicación de manera progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social; la Directiva 97/80, de 15 de diciembre, sobre la carga de la prueba en casos de discriminación por razón de género; la Directiva 92/85/CEE, de 19 de octubre, sobre aplicación de medidas con el fin de promover una mejora de la seguridad y salud en el trabajo de la mujer embarazada (haya dado a luz o se encuentre en período de lactancia); la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre, del Consejo, sobre establecimiento de un marco general para igualdad de trato tanto en el empleo como en la ocupación; la Directiva 2004/113/CE de 13 de diciembre, del Consejo sobre aplicación del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres en el acceso a bienes y servicios y su suministro; la Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio, del Parlamento Europeo y el Consejo, sobre aplicación del principio de igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres en empleo y ocupación; el Reglamento (CE) 1922/2006 del

Parlamento Europeo y del Consejo por el que se crea un Instituto Europeo de la Igualdad de Género; la Decisión de la Comisión 2008/590/CE, de 16 de junio de 2008, sobre creación de un comité consultivo para fomentar la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres; y la Directiva 2010/41/UE, de 7 de julio, del Parlamento y del Consejo, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejerzan una actividad autónoma, derogándose por esta la Directiva 86/613/CEE del Consejo (González Martín, 2010).

2.2. Ordenamiento interno

Según Ballaguer Callejón (2010), en la CE son varios los artículos que hacen referencia al principio de igualdad y no discriminación aunque el considerado más relevante es el artículo 14 que indica lo siguiente: *“Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”*. En este artículo se reconoce la igualdad formal pero no basta con esto, por lo que es necesario apoyarse también en el art. 9.2 que, lejos de contraponerse al contenido del otro, pasa a formar parte de él. La igualdad material aparece reconocida en el art. 9.2 *“Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”*. Este artículo legitima que, para llegar a lograr una igualdad efectiva y real, no únicamente formal, se permite tratar de forma desigual a los desiguales. Es por tanto en este artículo donde se fundamenta la discriminación positiva que consiste en la aplicación de medidas que favorezcan a estos grupos o colectivos en una situación desfavorable. Al aplicar estas medidas no iríamos en contra de la CE sino que, al contrario, estaríamos cumpliendo con las exigencias del art. 14.

La aplicación de estos artículos ha tenido un gran desarrollo jurisprudencial con numerosas sentencias del Tribunal Constitucional como la siguiente: *“No toda desigualdad de trato en la ley supone una infracción del art. 14 de la Constitución, sino que dicha infracción la produce sólo aquella desigualdad que introduce una diferencia entre situaciones que pueden considerarse iguales y que carece de una justificación objetiva y razonable”* (STC 76/1990).

Si nos centramos en la discriminación por razón de género dentro del ámbito laboral cabe mencionar el art. 35 que establece el derecho al trabajo y deber de trabajar de los españoles, la libertad de elección de profesión/oficio, derecho a una remuneración justa y suficiente y promoción a través del trabajo sin que “(...) *en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo*”

El artículo 14 de la CE ha sido desarrollado por la LOI, ley que incide en la igualdad entre mujeres y hombres y que sirve de referencia actualmente en esta materia. La LOI modifica sustancialmente el orden laboral, siendo un grueso muy importante de su regulación el trabajo. Esta ley traspone al ordenamiento español dos Directivas en materia de igualdad de trato; la Directiva 2002/73/CE en relación al acceso al empleo, formación y promoción profesionales y condiciones de trabajo y la Directiva 2004/113/CE relativa al acceso a bienes y servicios y su suministro¹⁰. La LOI tiene carácter transversal pues no sólo se ha limitado a tratar aspectos meramente laborales sino que también extiende su aplicación a todos los ámbitos -social, cultural y económico- con el objetivo de que el principio de igualdad y no discriminación se aplique a todas las políticas, sean estatales o autonómicas. Se avanza de esta manera sobre el concepto de “mainstreaming” de género para llegar a todos los ámbitos en los que participa la mujer de una manera efectiva, pues el mainstreaming “se trata de una estrategia que tiene como objetivo revisar todas las actuaciones públicas desde la perspectiva de género, con el objeto de que estas no perpetúen o amplíen las desigualdades entre los sexos” (Crespo Martínez & Oñate Rubalcaba, 2015, pág. 75). La LOI ha sido modificada recientemente por un Real Decreto-Ley aprobado en marzo¹¹ de este año, por el que se introducen importantes novedades sobre todo en materia de planes de igualdad y conciliación de la vida personal, familiar y laboral -duración de los permisos por nacimiento de hijo/a de ambos progenitores-. (Lousada Arochena, 2014)

La LOI aborda en materia de salud las medidas destinadas a la protección, promoción y mejora de la salud laboral evitando que se produzcan situaciones de acoso sexual o acoso por razón de sexo.

En el ámbito laboral y de conciliación familiar se centra en las medidas destinadas a evitar la discriminación por razón de género en el acceso al empleo, remuneración y

¹⁰ Estas dos Directivas -2002/73/CE y 2004/113/CE- aparecen explicadas en el apartado de normativa comunitaria en materia de igualdad (p. 6)

¹¹ Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación.

demás condiciones laborales, así como en los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral.

Por último, el ámbito de género y empresa se refiere al apartado anterior pero con un carácter más general al recoger las medidas tendentes a evitar cualquier tipo de discriminación laboral entre mujeres y hombres. Para ello se configura una medida específica que es el Plan de Igualdad, de elaboración y aplicación obligatoria en aquellas empresas que cumplan determinados requisitos. Está especialmente dirigido a aquellas empresas a partir de un tamaño mediano, es decir, de más de 50 empleados. Este aspecto fue introducido tras la última modificación de la LOI favoreciendo la aplicación de planes de igualdad al extender su obligatoriedad a empresas con un menor número de trabajadores. Así se logra un mayor impacto porque el entramado empresarial español está compuesto principalmente por PYMES y con el anterior precepto vigente –aplicación obligatoria en grandes empresas (+250 trabajadores)- eran pocas las empresas que tenían la obligación de elaborarlo y aplicarlo. En dicho plan, tras una evaluación y diagnóstico previo de la empresa que permita identificar las deficiencias y áreas a mejorar en materia de igualdad, se fijarán los objetivos junto con las estrategias y prácticas para alcanzarlos que se deberán aplicar de manera efectiva en la empresa. La fase final es el control de los resultados, comprobando si se han alcanzado los objetivos fijados.

Además del Plan de Igualdad, la LOI prevé que las empresas puedan recibir un distintivo para premiar y reconocer a aquellas empresas que apliquen políticas de igualdad¹². Para lograr este distintivo se tienen en consideración diferentes criterios: presencia equilibrada de mujeres y hombres en puestos directivos, grupos y categorías; adopción de Planes de Igualdad o medidas para el fomento de esta; publicidad no sexista; etc. (art. 50.4 LOI)

La aplicación de la LOI como forma de alcanzar la igualdad real y efectiva en todos los ámbitos de participación de la mujer ha supuesto, como ya mencionamos, la modificación de algunas leyes como es el caso del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015 de 23 de octubre (en adelante ET)¹³. Según el ET se prohíbe toda forma de discriminación por razón de género en los siguientes aspectos del ámbito laboral: en el acceso al empleo y durante la

¹² El art. 50.1 LOI prescribe que *“El Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales creará un distintivo para reconocer a aquellas empresas que destaquen por la aplicación de políticas de igualdad de trato y de oportunidades con sus trabajadores y trabajadoras, que podrá ser utilizado en el tráfico comercial de la empresa y con fines publicitarios”*.

¹³ Publicado en BOE núm. 255, de 24/10/2015

relación laboral: art. 4.2 c) que establece el derecho de los trabajadores “a no ser discriminados directa o indirectamente para el empleo, o una vez empleados, por razón de sexo (...)” y en la promoción y formación profesional dentro de la empresa (art. 23.2 ET). Existen otros artículos que hacen referencia al principio de igualdad al declarar nulas las decisiones, pactos, convenios, órdenes por parte del empresario que supongan una discriminación de cualquier tipo (art. 17.1 ET)¹⁴, garantizar la ausencia de discriminación en los criterios de clasificación profesional (art. 22.3 ET), así como en los criterios de ascenso en la empresa (art. 24.2 ET) y la igualdad retributiva por razón de sexo¹⁵ (art. 28 ET). (González Martín, 2010)

La Ley sobre infracciones y sanciones del orden social (en adelante LISOS) aprobada por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de Agosto¹⁶ sanciona todos los incumplimientos en materia laboral, incluyendo por tanto las infracciones en materia de discriminación por razón de género, siendo de aplicación por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Esta ley también se ve afectada por el Real Decreto-Ley 2019 que modifica la LOI, cuyo resultado es una definición más clara de la infracción correspondiente al incumplimiento de las obligaciones empresariales en materia de medidas y planes de igualdad.

La mayoría de las infracciones en materia de discriminación por razón de género son calificadas como muy graves conllevando una multa pecuniaria elevada y posibles sanciones accesorias dependiendo del caso, como después se explica.

3. Discriminación en el acceso al empleo y en las condiciones laborales

La discriminación por razón de género se produce principalmente en dos ámbitos claramente diferenciados: acceso al empleo y condiciones laborales.

3.1. Acceso al empleo

Según Lousada Arochena (2014), el acceso al empleo es el momento en el que la relación laboral aún no ha empezado al no haberse formalizado un contrato. A pesar de esto, el principio constitucional de igualdad y no discriminación rige también en este momento (art. 4.2 c). Por lo tanto, el acceso al empleo hace referencia al proceso de

¹⁴ En este artículo se hace referencia además al principio de indemnidad por el que no pueden resultar perjudicados por el empresario los trabajadores que, en defensa de sus derechos, reclamen por vía judicial al ser víctimas de discriminación en el ámbito laboral.

¹⁵ Este aspecto junto con los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral se ven reforzados por el Real Decreto legislativo modificativo de la LOI ya mencionado.

¹⁶ Publicado en BOE núm. 189, de 08/08/2000

captación y selección de aquellos candidatos que sean idóneos para el puesto de trabajo a desempeñar.

Es muy difícil llegar a reconocer la discriminación en este ámbito ya que se suele producir de manera indirecta estableciendo criterios aparentemente neutros de selección, aunque también se pueda producir una discriminación directa, por lo que habría que basarse en datos estadísticos para demostrar que realmente existe una discriminación real por razón de género sin justificación razonable ni proporcionada. Dentro del acceso al empleo debemos diferenciar entre las ofertas de empleo y la contratación propiamente dicha.

Debemos tener en cuenta que las ofertas de empleo se pueden realizar por el propio empresario o, de forma alternativa, canalizarlas a través de agencias de colocación/Empresas de Trabajo Temporal (ETT) o publicidad en medios de comunicación, y habría que analizar sobre quién recae la responsabilidad derivada de dicha acción discriminatoria por razón de género. Se suelen considerar ofertas discriminatorias: las dirigidas a un solo colectivo, las que exijan requisitos o condiciones personales sexualmente caracterizados y las basadas en datos de carácter personal excluyentes por razón de género.

En la contratación se considera que existe discriminación por razón de género cuando la decisión está basada en el sexo de dicha persona. Pese a que la legislación laboral defiende la libertad del trabajador y del empresario de celebrar el contrato de trabajo, esta libertad no es ilimitada y su límite se encuentra en la existencia de otros derechos. En este caso, se ve limitado por el principio de igualdad y no discriminación.

3.2. Condiciones laborales

Según Romero Burillo (2018), una vez que se ha celebrado el contrato de trabajo y son empleados que forman parte de una determinada empresa, la discriminación se produce en el ámbito de las condiciones laborales. Las condiciones laborales se definen con carácter general como el modo y lugar en que se desarrolla la prestación de servicios por parte del empleado. El principio de igualdad en las condiciones de trabajo se explicita en el art. 5 LOI con su aplicación al ámbito público y privado, en el acceso al empleo, formación y promoción profesional, condiciones de trabajo (retributivas y despido), afiliación y participación en organizaciones sindicales/empresariales, etc.

Esta discriminación por razón de género afecta a cuatro condiciones de trabajo: salario, promoción profesional, formación profesional y conciliación de la vida personal, familiar y laboral.

El art. 35.1 CE hace referencia al salario y a la promoción profesional al señalar que *“todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo”*.

El salario se entiende como la contraprestación satisfecha por el empresario al trabajador por la prestación de servicios que realiza este, siempre bajo la organización y dirección del empresario. En el ámbito salarial, el principio general de igualdad aparece especificado en el principio de igualdad de retribución recogido en el art. 28, que fue modificado por el art. 157 TFUE a través de una Directiva. Este principio implica para un mismo trabajo o un trabajo de igual valor la eliminación de cualquier discriminación por razón de género en el conjunto de los elementos y condiciones de retribución, aunque siempre respetando la autonomía de voluntad de la que goza el empresario. Para la correcta aplicación del principio de igualdad de retribución es necesario valorar los puestos de trabajo de forma que se pueda apreciar el mérito e importancia relativa de cada puesto en función de una serie de factores (habilidad, esfuerzo físico, responsabilidad, etc.) Al igual que en el resto de supuestos de posible discriminación, en el salario también existe discriminación directa e indirecta –por ejemplo supondría un indicio de esta el que unas categorías fuesen cubiertas por hombres y otras por mujeres aplicándose condiciones de trabajo y retributivas diferentes en perjuicio de las mujeres-. (Ballester Pastor, 2017)

La promoción profesional también es un ámbito de aplicación del principio de no discriminación ya que, según señala la CE, todos los españoles tienen derecho a la promoción a través del trabajo sin que se produzca un trato desigual. A través de la promoción profesional los trabajadores tienen la oportunidad de mejorar sus condiciones de trabajo de manera general al ascender en las carreras o categorías profesionales existentes en la empresa. El art. 24.2 ET regula este aspecto al señalar que *“los criterios de ascenso en la empresa se acomodarán a reglas comunes para los trabajadores de uno y otro sexo”*. Los criterios de ascenso tomados en cuenta por la empresa deben ser objetivos y de carácter neutro para su validez. El resultado de la discriminación por razón de género en la promoción profesional es una segregación vertical quedando patente que

los puestos directivos y de mayor responsabilidad en las empresas están ocupados mayoritariamente por hombres.

Unido a la promoción profesional se encuentra la formación profesional, que actúa como condicionante. Es necesario tener acceso a un buen programa de formación para adquirir los conocimientos y habilidades que te permitirán subir de categoría profesional y crecer en la empresa. Por ello, tanto el nivel de formación exigido para desempeñar un puesto de trabajo como el sistema de formación existente en la empresa deben cumplir los principios de objetividad y proporcionalidad, con criterios comunes para cada sexo. Hay dos tipos de formación profesional: de tipo interno, desde la propia empresa; y la externa que no proviene de la empresa. El art. 23 ET habla de dicha formación externa al reconocer ciertos derechos que facilitan el acceso a la formación (perfeccionamiento profesional con reserva de puesto de trabajo, concesión de permiso de formación, etc.) y establecer que la negociación colectiva pactará los términos del ejercicio de estos derechos para garantizar ausencia de discriminación de ningún tipo por razón de género entre trabajadores. (González Martín, 2010)

Por último, hay que hacer referencia a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral como ámbito susceptible de discriminación por razón de género. Aparece definida por la Comisión Europea de la siguiente manera: *“Introducción de sistemas de permiso por razones familiares y de permiso parental, de atención a la infancia y a personas de avanzada edad, y creación de una estructura y organización del entorno laboral que facilite a hombres y a mujeres la combinación del trabajo y de las responsabilidades familiares y hogareñas”*¹⁷. El derecho a la conciliación ha surgido de la incorporación de la mujer al trabajo lo que ha hecho necesaria la configuración de un sistema efectivo que permita un reparto equilibrado de responsabilidades en la vida familiar y privada evitando toda discriminación (art 44 LOI). Este sería uno de los objetivos prioritarios con el fin de alcanzar la igualdad real entre mujeres y hombres. Este aspecto también se ha visto afectado tras las últimas modificaciones en la LOI ya mencionadas, estableciéndose la equiparación de los permisos por nacimiento de hijo/a de ambos progenitores por lo que se elimina la anterior diferenciación entre permiso de maternidad (mujer) y permiso de paternidad (hombre). (Romero Burillo & Rodríguez Orgaz, 2018)

¹⁷ Comisión Europea: 100 palabras para la igualdad. Glosario de Términos relativos a la igualdad entre mujeres y hombres, Bruselas, 1998

3.3. Vías jurídicas de tutela del derecho a la igualdad y no discriminación

Siguiendo a Albiol Montesinos (2007) y como ya se ha mencionado, el derecho a la igualdad y no discriminación se constituye como uno de los derechos fundamentales reconocido en los arts. 1.1, 9.2 y 14 de la CE, así como en el art. 1.1 de la LOI, por lo que su vulneración deriva en consecuencias importantes para el sujeto responsable por tratarse de un incumplimiento muy grave. Además, la vulneración de este derecho puede suponer la violación de otros íntimamente relacionados: el derecho a la intimidad y libertad sexual si se concreta en conductas de acoso sexual o por razón de sexo (art. 17 y 18 CE), dignidad, derecho a la vida e integridad física y moral (art. 10.1 y 15 CE).

Cobran gran importancia en este sentido la garantía de indemnidad frente a represalias y el derecho a la tutela judicial efectiva proclamados en los arts. 9 y 12 de la LOI y que pretenden proteger el derecho de la víctima de discriminación a ejercer la tutela de este derecho fundamental por lo que cualquier acción que suponga un perjuicio negativo para dicha persona será considerada discriminación por razón de sexo.¹⁸ Al principio de indemnidad también alude el art. 17 ET el cual prescribe que *“se entenderán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que den lugar en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo, (...) a situaciones de discriminación directa o indirecta por razón de sexo (...). Serán igualmente nulas las órdenes de discriminar y las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación.”*

Cuando este incumplimiento legal se produce en el ámbito de las relaciones laborales existen diferentes vías o cauces de actuación para obtener la tutela del derecho a la igualdad y no discriminación. Las consecuencias de su ejercicio pueden ser: el cese de la conducta discriminatoria, nulidad de dichos actos o de sus efectos, la reposición de la situación al momento anterior a producirse la discriminación y compensación de los daños y perjuicios generados por la discriminación, independientemente de la sanción

¹⁸ El art. 9 señala que *“se considerará discriminación por razón de sexo cualquier trato adverso o efecto negativo que se produzca en una persona como consecuencia de la presentación por su parte de queja, reclamación, denuncia, demanda o recurso, de cualquier tipo, destinados a impedir su discriminación y a exigir el cumplimiento efectivo del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres”* y el art. 12 que *“Cualquier persona podrá recabar de los tribunales la tutela del derecho a la igualdad entre mujeres y hombres, de acuerdo con lo establecido en el artículo 53.2 de la Constitución, incluso tras la terminación de la relación en la que supuestamente se ha producido la discriminación”*.

impuesta al autor de la conducta discriminatoria por razón de género (art. 10 LOI)¹⁹. Algunas de estas vías son complementarias pues se pueden ejercer simultáneamente – persiguen objetos distintos- mientras que otras son incompatibles, como es el caso de la vía penal y la administrativa ya que no se cumpliría el principio *non bis in ídem*²⁰. Dado que se parte de la premisa de que existe una relación laboral previa, y dejando al margen las denuncias administrativas²¹, el Orden habitual será la tutela laboral aunque también cabe demanda por vía penal –ilícito penal- y contencioso-administrativa²² –Administración Pública o funcionarios afectados-. (Fernández López, 2008)

En primer lugar, vamos a tratar el procedimiento por la vía de tutela laboral. Nos basamos en el incumplimiento laboral del art. 4.2. e) ET que establece que los trabajadores en la relación laboral tienen derecho “*al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente al acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, y frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo*” así como el incumplimiento definido en el art. 17 ET, mencionado previamente, y que supone la nulidad de los actos, decisiones o conductas discriminatorias. Para hacer efectiva la tutela laboral se puede acudir a la Jurisdicción Social. Ante el derecho vulnerado, existe la posibilidad de ejercitar un procedimiento ordinario o el específico de tutela de derechos fundamentales (art. 53.2 CE)²³, que es el que se va a explicar. Además existen procedimientos específicos para tratar por ejemplo la concreción de los derechos de conciliación o nulidad del despido por fundamentarse en causas discriminatorias.

¹⁹ El art. 10 de la LOI rubricado “Consecuencias jurídicas de las conductas discriminatorias” señala que estas “(...) darán lugar a responsabilidad a través de un sistema de reparaciones o indemnizaciones que sean reales, efectivas y proporcionadas al perjuicio sufrido, así como, en su caso, a través de un sistema eficaz y disuasorio de sanciones que prevenga la realización de conductas discriminatorias”. Se traspone el art. 18 de la Directiva 2006/54/CE.

²⁰ Cuando se da una identidad de sujeto, hecho y fundamento y la conducta discriminatoria constituye tanto un ilícito penal como una infracción laboral, se tramitaría por la vía penal respetando el principio *non bis in ídem* que lo que pretende es proteger el principio de seguridad jurídica, es decir, se evita sancionar dos veces el mismo incumplimiento.

²¹ Una de las vías más habituales y objeto de tratamiento en este trabajo es la tutela administrativa a través de denuncias administrativas formuladas a la ITSS y tipificadas por la LISOS. Este cauce se explicará detalladamente en los próximos epígrafes aunque suele ir acompañado de la exigencia de responsabilidad civil, ya que lo que pretende el primero es disuadir al sujeto actuante de la conducta discriminatoria y la indemnización o compensación de la víctima sólo se conseguiría a través de este segundo procedimiento.

²² A esta vía no haremos referencia en el presente trabajo.

²³ El art. 53.2 CE señala que “*cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30*”

El procedimiento especial de tutela del derecho a la igualdad por razón de género aparece regulado en los arts. 177 a 183 Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social (en adelante LJS)²⁴ y presenta una serie de características que la diferencian del procedimiento ordinario. Se trata de un procedimiento de carácter urgente, al igual que los recursos presentados, y por lo tanto preferente respecto de los demás seguidos en el Juzgado o Tribunal; el Ministerio Fiscal será parte siempre (posibilidad de que se identifiquen conductas delictivas); queda limitado a enjuiciar la vulneración del derecho fundamental por lo que la demanda deberá expresar claramente los hechos que constituyen tal lesión; se aplica la inversión de la carga de la prueba (art. 181.2 LJS) por la que el demandado debe aportar las pruebas de justificación y proporcionalidad del acto o conducta (art. 13 LOI); se podrá solicitar, por parte del órgano judicial, el informe de expertos o peritos²⁵ y se produce el llamado litisconsorcio pasivo por el que la víctima podrá dirigir su pretensión contra el sujeto responsable o sólo el empresario (art. 177.4 LJS). La Sentencia declarará si ha habido o no la vulneración alegada y sus consecuencias. Cuando se aprecie lesión del derecho fundamental y según señala el art. 183 LJS, el juez “deberá pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización” que corresponda al trabajador sin perjuicio de la existencia de otras indemnizaciones por extinción o modificación del contrato de trabajo. (González Martín, 2010)

Relativo a la cuantificación de dicha indemnización, aparece establecido en el art. 10 de la LOI -trasposición del Derecho Comunitario- la necesidad de un sistema de sanciones e indemnizaciones que supongan una compensación real y efectiva. Los conceptos indemnizables son los siguientes: daños materiales, daños físicos y daños morales. En los primeros se incluye el daño emergente derivado de la lesión –gastos médicos, defensa jurídica o desplazamiento del centro de trabajo- y el lucro cesante o ganancias que se han dejado de obtener –salarios dejados de percibir, diferencias retributivas discriminatorias, beneficios o ventajas no aplicados a la trabajadora por maternidad o pérdidas por incapacidad laboral derivada de actos discriminatorios-. Los daños físicos son cuantificados habitualmente mediante baremos de tráfico²⁶. Por último,

²⁴ Publicado en el BOE núm. 245, de 11/10/2011

²⁵ En algunas sentencias consta la solicitud de dicho informe a la ITSS y al Instituto de la Mujer, pues resulta interesante a la hora de tratar discriminaciones por razón de género indirectas como puede ser la discriminación retributiva. Entre las funciones del Instituto de la Mujer se encuentra la realización de estudios que versen sobre discriminación (DA 7ª LOI).

²⁶ El baremo de circulación se aprobó con la finalidad de limitar la responsabilidad a las compañías aseguradoras y según doctrina, este baremo no es adecuado a la hora de cuantificar el daño moral en casos de acoso sexual o moral ya que no compensa de manera suficiente el daño generado, siendo más adecuado una valoración de cada situación concreta en vez de aplicar un baremo ya tasado. (Romero Burillo & Rodríguez Orgaz, 2018)

los daños morales se consideran aquellos que no son directamente económicos y que proceden del ataque que supone la lesión a un derecho fundamental, de muy difícil cuantificación, por lo que se han seguido diferentes criterios: estimación basada en la sanción impuesta para dicha infracción en la LISOS (finalidad disuasoria o preventiva de las indemnizaciones)²⁷ y facultad discrecional del órgano que juzga basándose en circunstancias concretas de cada caso (carácter ofensivo, reiteración o persistencia en el tiempo, intensidad de la reiteración, gravedad de la lesión provocada en la víctima, etc.), entre otros. (Lousada Arochena, 2014)

Si la víctima ve desestimada su demanda en el proceso especial de tutela de derechos fundamentales, puede acogerse a la vía de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este recurso tiene carácter extraordinario y busca proteger los derechos fundamentales y libertades definidos en el Título Primero de la CE (derecho a la igualdad, al honor y a la intimidad). Se aplica una vez que se haya agotado la vía judicial ordinaria, junto con sus posibles recursos, y se considere que tales pronunciamientos han vulnerado derechos fundamentales. Una vez admitida la demanda y realizados los trámites oportunos, el TC otorgará o, en caso contrario, denegará el amparo. En caso de que se dé el primer supuesto, las consecuencias pueden ser: nulidad de la resolución o del acto que haya sido impugnado, reconocimiento del derecho constitucional a la persona interesada y adopción de las medidas oportunas para su debida conservación. La sentencia deberá ser ejecutada por el órgano judicial correspondiente debido a que el TC sólo juzga la constitucionalidad de las resoluciones judiciales. (González Martín, 2010)

En segundo lugar, vamos a tratar el procedimiento por la vía penal. Pese a considerarse el derecho penal como personalista, una reforma del Código Penal efectuada en 2010 ha declarado la responsabilidad penal de las personas jurídicas con independencia de que pueda individualizarse por haber sido cometido por una persona física²⁸. La sanción penal más habitual es la privación de libertad, sin embargo también puede ser pena de multa, privativa de derechos o consistente en la imposición de sanciones accesorias. La responsabilidad penal genera además responsabilidad civil

²⁷ La cuantía de la indemnización no obedece únicamente al fin compensatorio de la víctima de discriminación, sino que busca disuadir al sujeto de volver a cometer dicha conducta mediante la imposición de cantidades más elevadas. Estas cantidades se pueden considerar como un añadido adquiriendo la denominación de daños punitivos.

²⁸ Esto tiene gran relevancia en cuanto al principio *non bis in idem* porque, cuando la conducta discriminatoria tipificada penalmente sea cometida por un trabajador, se podrá generar responsabilidad administrativa para la empresa y penal para el sujeto actor, sin que se rompa con este principio.

derivada de los daños y perjuicios provocados a la víctima. Las conductas calificadas como ilícitas en el ámbito laboral no lo son por regla general en el ámbito penal, aunque hay algunas conductas discriminatorias que, por afectar a bienes jurídicos especialmente protegidos, han resultado de protección penal. Estos ilícitos penales en materia de discriminación por razón de género aparecen regulados en los arts. 184, 314, 173 y 316 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal²⁹ (en adelante CP). El art. 184 CP define el acoso sexual como la conducta de aquel sujeto que *“solicitar favores de naturaleza sexual, para sí o para un tercero, en el ámbito de una relación laboral, docente o de prestación de servicios, continuada o habitual, y con tal comportamiento provocar a la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante, será castigado, como autor de acoso sexual, con la pena de prisión de tres a cinco meses o multa de seis a 10 meses”*, señalando además determinadas circunstancias que actuarían como agravantes de la pena. Ha sido interpretado jurisprudencialmente como que este precepto recoge las dos modalidades de acoso sexual: chantaje sexual y acoso ambiental³⁰. El art. 314 CP castiga a los que hayan producido una “grave discriminación en el empleo” por razón de sexo previo incumplimiento de una sanción administrativa multando dicha conducta. El art. 173 CP recoge el delito contra la integridad moral que se aplicaría, según doctrina, a los casos más graves de discriminación por razón de sexo, ya que este se considera una modalidad del acoso moral o *mobbing*. Por último, señalar los delitos referidos a la protección de la maternidad que suponen incumplimientos graves en materia de prevención de riesgos laborales. Debemos diferenciar el delito de riesgo definido en el art. 316 CP que castiga a los que pongan el peligro grave la salud, vida o integridad física de los trabajadores; del delito de resultados que, al no existir tipo penal específico, aplicaremos los generales por lesiones u homicidio en distintos grados. (Romero Burillo & Rodríguez Orgaz, 2018)

²⁹ Publicado en BOE núm. 281, de 24/11/1995.

³⁰ Los casos más graves de acoso sexual se encuadrarían dentro de los tipos penales de agresión sexual y abusos sexuales (arts. 178 y 181 CP).

III. La inspección de trabajo (ITSS) y la lucha contra la discriminación por razón de género

1. Nociones básicas de la ITSS

1.1. Funciones, campo de actuación y composición

Siguiendo a Castro Argüelles (2016), la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (en adelante ITSS) se configura como el principal instrumento del que dispone la Administración Laboral para el correcto desarrollo de las funciones de vigilancia y control de la normativa laboral. Fue creada mediante Decreto de 1 de marzo 1906, sufriendo numerosos cambios en su configuración y competencias a lo largo de su vigencia.

La ITSS aparece definida en el art. 1.2 de la Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social³¹ como un servicio público al que le corresponden las tareas de vigilancia del cumplimiento de las normas de orden social, exigencia de las responsabilidades pertinentes y, en su caso, asesoramiento –mediante arbitraje, mediación o conciliación- y composición de conflictos laborales. Estas funciones las debe ejercer de conformidad con los principios del Estado social y democrático de Derecho consagrado por la CE y con los convenios 81 y 129 de la OIT. La LITSS ya citada es la norma que regula su estructura y funcionamiento; mientras que la LISOS es la ley reguladora de los principios sancionadores en materia laboral.

El sistema de la ITSS está compuesto por el conjunto de principios legales, normas, órganos, personal y medios materiales que contribuyen al adecuado y efectivo cumplimiento de todas las normas del trabajo y del orden social (art. 1.1 LIT).

De todos los sistemas de inspección que existen actualmente dentro del ámbito europeo, el español se calificaría como generalista ya que sus funciones y competencias tienen un alcance muy grande llegando a abarcar la totalidad de los campos y normativa que se integran en el ámbito de las relaciones laborales: prevención de riesgos laborales, relaciones laborales individuales y colectivas, Seguridad Social y protección social, empleo, protección por desempleo, migración y trabajo de extranjeros. La ventaja que proporciona esta cualidad es que permite integrar en un único organismo y, como consecuencia, en una única actuación todos los incumplimientos que puedan producirse dentro de las relaciones laborales.

³¹ Publicado en BOE núm. 174, de 22/07/2015

Como ya se ha señalado, las funciones de la ITSS comprenden dos bloques; por un lado, la vigilancia y control y por otro lado, cometidos de asistencia técnica y asesoramiento (art. 12 Ley 23/2015).

La función de vigilancia y exigencia del cumplimiento de las normas de orden social se delimita de acuerdo a un doble criterio: tipo de normativa respecto de la cual se va a desplegar la actividad inspectora y el ámbito material o tipo de materias objeto de vigilancia y control por la ITSS.

Teniendo en cuenta el primer criterio, se extiende la vigilancia y control a las normas legales, reglamentarias, al contenido íntegro del convenio colectivo y al contenido de los acuerdos colectivos (incluidos los convenios extraestatutarios). Quedan por lo tanto fuera del control de la ITSS el contenido de lo acordado en contratos individuales de trabajo y las condiciones individuales y colectivas que hayan sido reconocidas bajo concesión unilateral del empresario salvo que en estas se produzca algún tipo de discriminación tanto directa como indirecta resultando en un trato desfavorable. En conclusión, a la hora de determinar el alcance de esta función inspectora podemos guiarnos por el tipo de conductas de los sujetos laborales que han sido tipificadas como sancionables por la Administración laboral.

Teniendo en cuenta el segundo de los criterios, el tipo de materias sobre las que estas normas deben incidir abarcan prácticamente todos los ámbitos relacionados con el ordenamiento social. En el art. 1.2 Ley 23/2015 aparece una relación detallada de estas materias dentro de sus correspondientes campos: relaciones laborales, prevención de riesgos laborales, sistema de seguridad social, empleo y migraciones, cooperativas y otras fórmulas de economía social y cualquier otro ámbito cuya vigilancia haya sido encomendada a la ITSS. Existen determinadas materias que debido a su carácter prioritario –alta demanda de los ciudadanos- son objeto del despliegue de la actuación inspectora planificada adecuadamente: régimen de contratación laboral, dualidad del mercado de trabajo, acceso al empleo, ejecución de la prestación laboral en condiciones de no discriminación e igualdad, derecho a la seguridad y salud en el trabajo, y garantía de pervivencia de un régimen público de Seguridad Social.

La función de asistencia técnica y asesoramiento (art. 12.1 Ley 23/2015) por parte de la ITSS incluye tareas de diversa naturaleza.

En primer lugar, tiene el deber de información y asistencia técnica a trabajadores, representantes de los trabajadores y empresarios. Esta actuación debe realizarse con

ocasión del ejercicio de la función inspectora (no al ser solicitada) aunque, por falta de referencia expresa en la ley, se presume que pueda darse con ocasión de actuaciones inspectoras distintas a visitas a empresas. Esta función está destinada principalmente a empresas y, más concretamente, a pequeñas y medianas empresas (PYMES) con el objetivo de ayudarles en el cumplimiento de las disposiciones de orden social y evitar que se produzcan incumplimientos de la normativa por el desconocimiento de la misma. En la empresa, la actuación de información y asistencia técnica se extiende a empresarios, trabajadores y representantes de estos; que, en caso de motivarse la actuación inspectora en una denuncia, deben ser informados por la ITSS del estado de la denuncia, hechos constatados y de las medidas adoptadas en su caso. Además la ITSS deberá indicar a los sujetos antes señalados las vías administrativas o judiciales disponibles para la satisfacción efectiva de sus derechos cuando estos se hayan podido ver afectados. El art. 12.2 Ley 23/2015 también añade el deber de la ITSS de colaboración técnica con órganos de la Administración –autoridades competentes de la Administración General del Estado y de las CCAA-, entidades gestoras de la Seguridad Social, autoridades competentes y autoridad judicial.

En segundo lugar, asume las funciones de conciliación, mediación y arbitraje (art. 1.2 Ley 23/2015). Esta función se despliega dentro del mismo ámbito material que las funciones de vigilancia y control y se encuentra dirigida a la evitación e integración de los conflictos laborales, afianzando así el papel atribuido a la ITSS de servicio público armonizador de las relaciones laborales. En consecuencia, se configura como forma de prevenir conflictos laborales (huelgas y otros conflictos laborales) fomentando la comunicación, información y diálogo entre los sujetos implicados en la relación laboral. Una de las principales diferencias entre estas tres funciones es que tanto la mediación como la conciliación pueden solicitarse a instancia de cualquiera de las partes y el arbitraje necesita que sea solicitado de manera expresa por ambas partes. Además, el arbitraje es incompatible con las funciones de vigilancia y control –no sucede con la mediación o conciliación- por lo que un inspector que tenga atribuido el arbitraje de una empresa no puede ejercer de manera simultánea la función inspectora en esa misma empresa. Esta incompatibilidad no alcanza a las funciones de información y asistencia técnica. En relación con esta situación, se ha introducido el deber de guardar reserva sobre toda la información a la que se haya tenido acceso durante el desarrollo de las funciones de arbitraje y mediación.

Para el correcto desarrollo de la labor encomendada a la ITSS la ley establece una serie de límites y derechos subjetivos a los funcionarios en sus actuaciones. Algunos se desprenden de los principios generales de la ITSS (art. 2 Ley 23/2015) cuyo fin es la integración o totalización de las actuaciones inspectoras y son los siguientes: eficiencia y calidad; imparcialidad, objetividad e igualdad de trato y no discriminación; actuación unitaria y coordinada y programación y trabajo en equipo y algunos de los cuales se deben trasladar a las actuaciones inspectoras como aparece señalado explícitamente en el art. 20.2 Ley 23/2015 que busca “la efectividad de los principios de igualdad de trato y no discriminación en el ejercicio de la actividad inspectora (...) mediante una aplicación homogénea de la normativa del orden social”. La mayoría aparecen en normas que establecen pautas, deberes o límites. El art. 9 Ley 23/2015 fija los deberes y código de conducta, sometiendo sus actuaciones a los deberes de los empleados públicos, debiendo desempeñar las tareas con diligencia y velar por los intereses generales de acuerdo con la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico. El art. 10 sobre el deber de sigilo e incompatibilidades establece que se debe considerar confidencial el origen de cualquier denuncia, se debe observar secreto y no revelar nunca datos o informes a los que tengan acceso durante el desarrollo de sus funciones, y que no pueden tener un interés directo o indirecto en las empresas investigadas. Además se añade, como se indicó al hablar de las funciones, la incompatibilidad para realizar de manera simultánea por un mismo inspector las labores de arbitraje y las funciones propiamente inspectoras (vigilancia y control) de una misma empresa [art. 12.3.b)].

El campo de actuación de la ITSS aparece recogido en el art. 19 Ley 23/2015 en el que se delimita el ámbito espacial y subjetivo en el que los órganos que la componen tienen la competencia para desarrollar sus funciones y cometidos específicos. El campo de actuación se divide en dos partes: los sujetos incluidos y los espacios y lugares en los que se despliega esta actuación.

El ámbito de actuación de la ITSS se extiende a las personas, tanto físicas como jurídicas, públicas o privadas y comunidades de bienes que sean sujetos obligados o responsables del cumplimiento de las normas en materia laboral y social. También se incluyen las entidades y empresas que colaboren en la gestión de la Seguridad Social, entidades públicas o privadas que colaboren con Administraciones públicas en relación con las materias de protección y promoción social, entidades que carezcan de personalidad jurídica (grupos de empresa, empresario aparente, sociedades de hecho,

uniones temporales de empresa), sujetos interventores en movimientos migratorios, agencias de colocación, etc.

El ámbito territorial en el que se despliega la actuación inspectora alcanza a todo el territorio español y comprende: empresas, centros de trabajo y lugares en los que se ejecute la prestación laboral sin perjuicio de que sean gestionados o regidos por Administraciones públicas o entidades de derecho público. En este último caso, la actuación en el ámbito del empleo público atenderá a lo dispuesto en la normativa específica que la regula. También se incluyen los vehículos y medios de transporte en el ámbito espacial. Pese a que por regla general el ámbito de actuación se extiende a todo tipo de empresas, existen ciertas limitaciones como son: establecimientos militares, entidades diplomáticas o centros de trabajo o locales cuya vigilancia ha sido atribuida a otros Organismos (trabajos sometidos a técnica minera o de Seguridad Nuclear en materia de PRL o en materia laboral, las relaciones funcionariales/estatutarias) y que se regirán por su normativa específica sin perjuicio de la competencia de la ITSS en materias no afectadas por la misma. Vuelve a cobrar gran importancia el ámbito material en el que desarrolla la ITSS su actuación en relación con este aspecto ya que determina espacios (poco habituales) en los que se despliega. Es el caso por ejemplo de puertos, aeropuertos, vehículos y puntos de salida y entrada como medida para controlar los movimientos migratorios.

Otro aspecto a señalar de la ITSS son los sujetos responsables de desarrollar las funciones asignadas a este organismo. Esta función inspectora ha sido atribuida exclusivamente a los funcionarios públicos que conforman el Cuerpo Superior de Inspectores de Trabajo y Seguridad Social y a los funcionarios del Cuerpo de Subinspectores Laborales [art. 2 e) Ley 23/2015]; este último está compuesto por dos Escalas: de Empleo y Seguridad Social y de Seguridad y Salud Laboral. Esta reserva de las funciones inspectoras no es absoluta pudiendo existir casos en los que estas funciones se reconozcan a otros sujetos³². Pese a existir una subdivisión funcional entre Inspectores y Subinspectores deben actuar vertebrados unitariamente como funcionarios nacionales -pudiendo estar adscritos funcional y/u orgánicamente a cualquier territorio/ámbito- y sus actuaciones deben estar a un único criterio técnico interpretativo (Preámbulo Ley 23/2015). Se trata por tanto de una unidad tanto orgánica como funcional [art. 2 c) Ley 23/2015] que pretende evitar actuaciones inspectoras atomizadas o

³² Referido al ámbito espacial de actuación de la ITSS para aquellos centros cuya vigilancia ha sido atribuida a otros órganos. (p. 18)

descoordinadas superando así los desajustes que pueden ser causados por la especialización propia de cada cuerpo o escala. Este requisito se consigue mediante el establecimiento de un sistema de ingreso y convocatoria únicos a nivel estatal.

El Cuerpo de Inspectores de Trabajo y Seguridad Social se configura como un Cuerpo Superior por lo que sus integrantes deben ser “*funcionarios de carrera de nivel técnico superior y habilitación nacional*” (art. 3.1 y 3.2 Ley 23/2015). Esta posición de superioridad les confiere la titularidad de todas las competencias asignadas a la ITSS: vigilancia y control; asistencia técnica y asesoramiento; informe y mediación, conciliación y arbitraje. En relación con la superioridad técnica antes mencionada, se establece la necesidad de garantizar un estatuto profesional a estos funcionarios para lograr la independencia técnica, objetividad e imparcialidad que promulgan los Convenios número 81 y 129 de la OIT (art. 3.1 Ley 23/2015). Este Cuerpo adquiere la condición de autoridad pública (art. 13), desarrollando sus actuaciones con plena autonomía tanto técnica como funcional (art. 15.1). En conclusión, las competencias reconocidas a los funcionarios del Cuerpo de Inspectores de Trabajo y Seguridad Social superan a las reconocidas a los del Cuerpo de Subinspectores Laborales siendo primeros depositarios de las funciones inspectoras (art. 14.5).

El Cuerpo de Subinspectores Laborales ocupa una posición institucional secundaria, y en todo caso subordinada a las providencias de los inspectores laborales, adquiriendo la condición de agentes de la autoridad (art. 14.4), es decir, que actúan bajo la supervisión y mandato del Inspector de Trabajo y Seguridad Social responsable en cada caso (art. 14.1). Tampoco goza de plena autonomía técnica y funcional (art. 15.1 y 15.3) aunque sí disfruta de algunas de las ventajas y garantías concedidas a los inspectores (presunción de certeza en las comprobaciones, protección frente a violencia y otras formas de influencia indebida, etc.) Presenta, en términos de campo competencial, un carácter parcial al estar limitado a ciertos territorios o materias determinados por Ley. Así pues, tienen reconocida una competencia específica que les permite ejercitar sólo aquellas competencias que tengan reconocidas de manera expresa por ley y las de apoyo, colaboración y gestión que fuesen requeridas durante las operaciones de inspección. Esta competencia específica incluye las funciones de vigilancia y control (art. 14) y de asistencia técnica; aunque esta de forma parcial excluyendo la elaboración de informes legalmente preceptivos [art. 14.2 g) y 14.3 d)]. Tampoco tienen atribuida la competencia respecto de las funciones de conciliación, mediación y arbitraje. Cabe destacar que estas competencias reconocidas –de manera limitada y ad hoc- se dividen

en dos parcelas: las de los Subinspectores pertenecientes a la Escala de Empleo y Seguridad (funciones en materia de empleo y Seguridad Social) y las de los Subinspectores de Seguridad y Salud Laboral (funciones en materia preventiva). Cada una de estas escalas requiere una titulación y condiciones profesionales diferentes para acceder a ellas, consecuencia de la especialización, lo que limita la movilidad entre ellas.

1.2. Organización y estructura

Según Gil Plana (2016), la estructura orgánica de la ITSS se ha configurado de tal forma que actúe como un sistema único, cohesionado e integral –bajo los principios de coordinación, cooperación y participación de las Administraciones públicas; eficacia y calidad; imparcialidad y objetividad; y el establecimiento de un sistema de información de las Administraciones Públicas - que permita armonizar las relaciones laborales.

Dentro de este sistema se integran las Administraciones Públicas, lo que supone la integración de las CCAA en los órganos de dirección y participación institucional, y los agentes sociales mediante su participación institucional [art. 2 i) LITSS]. Al intervenir la Administración General del Estado y la Administración de las CCAA se hace necesario coordinar ambas a través de acuerdos y convenios de colaboración (art. 25.1 y 2 LITSS). Adquieren gran importancia las CCAA en materia de discriminación por razón de género ya que son estas las que ostentan la gestión en materia laboral y de prevención de riesgos y por tanto, donde se incluyen las actuaciones contra dicha discriminación.

Para organizar y dirigir el servicio de la ITSS la LITSS crea el Organismo Estatal Inspección de Trabajo y Seguridad Social -en adelante OEITSS- que se erige como figura central de la estructura organizativa adscrita al Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, el cual se encargará de la dirección estratégica, evaluación y control de resultados del primero. Estamos ante una estructura descentralizada desde el punto de vista funcional ya que el OEITSS “(...) se configura como un organismo autónomo, con personalidad jurídica propia y diferenciada de la del Estado, con capacidad de obrar para la consecución de los fines que le vienen encomendados (...)” (García Murcia, 2016, pág. 414). El OEITSS está formado por una estructura central; integrada por dos órganos de dirección y uno de participación institucional (art. 28 LITSS) y dos órganos de creación potestativa; y otra periférica integrada por una Dirección Territorial en cada CCAA.

En primer lugar nos encontramos con la estructura central compuesta por tres tipos de órganos. Los órganos de dirección son el Consejo Rector y el Director. El Consejo Rector es un órgano que integra la Administración General del Estado y las

CCAA y cuyas funciones se dividen en tres bloques: de iniciativa directiva, de control y de toma de conocimiento. El Director se constituye como el verdadero órgano directivo debido a que las funciones que le son atribuidas son características de un órgano directivo y de gobierno de naturaleza ejecutiva –las propias de la anterior Autoridad Central y las de representación, dirección e impulso-. El órgano de participación institucional es el Consejo General, que es un órgano tripartito y de composición paritaria que integra las Administraciones Públicas y las organizaciones empresariales y sindicales más representativas, es decir, los agentes sociales; y se considera un órgano de información, consulta y audiencia sobre las materias del Consejo Rector. Existen dos órganos más, de creación voluntaria, que son la Oficina Nacional de Lucha contra el Fraude y la Dirección Especial de la Inspección. El primero surge como antecedente de un Plan de lucha contra el fraude (2012-2013) y se trata del órgano encargado de impulsar y coordinar la aplicación de medidas de lucha frente a trabajo no declarado, empleo irregular, y fraude a la SS entre otras (DA 2ª 1 LITSS); además de la tramitación y resolución de procedimientos sancionadores de la ITSS en el ámbito estatal. La Dirección Especial de Inspección es un órgano de ámbito nacional cuyas funciones serán dirección y desarrollo de actuaciones realizadas por la ITSS de manera coordinada en empresas, sectores o situaciones a nivel estatal, no autonómico.

En segundo lugar, nos encontramos con la estructura periférica formada por una Dirección Territorial en cada CCAA (art. 32.2 LITSS) dentro de la que se integran las Inspecciones Provinciales. Las funciones designadas al Director Territorial consisten en la interlocución con las autoridades autonómicas según lo previsto en los convenios de colaboración. La dependencia funcional de este órgano se determina en virtud de quien tenga la competencia material pudiendo ser el Estado o la CCAA, salvo que dicha CCAA tenga traspasados los servicios de inspección y la función inspectora.

La cooperación entre el Estado y las CCAA se desarrolla a través de los órganos de cooperación autonómica que pueden ser unilaterales o bilaterales –junto con un órgano de cooperación multilateral para las CCAA que hayan recibido el traspaso de la función pública inspectora (DA 8ª LITSS)-. Está compuesta por la Autoridad Autonómica de la Inspección y la Comisión Operativa de la Inspección en cada CCAA (art. 33 y 34 LITSS). La primera se constituye como órgano de cooperación unipersonal al que se le atribuyen funciones de fiscalización, dirección y representación. La segunda se trata de un órgano de cooperación bilateral y se le encomiendan funciones similares a las anteriores Comisiones Territoriales, y algunas de carácter novedoso como control y

seguimiento de la aplicación de los programas territoriales y generales, traslado de informes al Consejo Rector [art. 34.2 d) LITSS], entre otras.

Se han firmado los siguientes convenios de colaboración³³ (acuerdos bilaterales) entre el Ministerio de Empleo y Seguridad Social y Castilla y León, con el fin de determinar los instrumentos de colaboración entre la ITSS y dicha CCAA, en los últimos años:

- Convenio Comunidad de Castilla y León (BOE 30-3-2017): pretende lograr la cooperación y colaboración recíproca.
- Convenio Comunidad de Castilla y León - Economía irregular y el empleo sumergido (BOE 1-4-2014): se celebra con el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Pretende la creación de un grupo mixto de trabajo especializado en la materia que desarrollará un plan plurianual integrado de actuación en determinados sectores.
- Convenio ITSS/Comunidad Autónoma de Castilla y León (BOE 13-7-2001): pretende lograr la cooperación y colaboración recíproca.

2. Papel de la ITSS en la lucha contra este tipo de discriminación

2.1. Actuaciones en materia de discriminación por razón de género

Al observar las estadísticas sobre las actuaciones de la ITSS en materia de discriminación por razón de género –destinadas a la detección y eliminación de dichas conductas discriminatorias- destaca el reducido número de denuncias existentes³⁴ si lo comparamos con otro tipo de incumplimientos en el ámbito laboral en los que el número de denuncias es considerablemente mayor, detectándose diferencias cuantitativas incluso entre CCAA. Es difícil sacar conclusiones al respecto porque entran en juego muchas variables aunque la escasez de recursos, la falta de denuncias y la necesidad de más formación en la materia, se configuran como las razones más significativas de esta situación, haciéndose necesario potenciar la actividad de la ITSS en la lucha contra la discriminación por razón de género. (González Martín, 2010)

³³ Datos obtenidos de la página web de la ITSS: <https://bit.ly/2CDuUJv>

³⁴ En 2016, la ITSS realizó 1.016.558 actuaciones, de las que sólo el 0,59% fueron por discriminación de género (5.976); hubo 79.675 infracciones de las que solo 81 fueron discriminación por género (0,1%); y respecto a la recaudación, de los 306 millones de euros, sólo 524.155, es decir, un 0,17 % corresponde a dicha materia. (Inspección de Trabajo y Seguridad Social (2017). Informe Anual de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social 2016. Recuperado de: <https://bit.ly/2UHGzNt>)

Seguando a Fernández Márquez (2015), el procedimiento de las actuaciones de la ITSS se ordena de acuerdo a la LISOS, aplicando de manera supletoria la legislación reguladora del procedimiento administrativo común para lograr una adecuada cobertura jurídica en relación al resto de actividades que realizan los inspectores, además de la de vigilancia y control. Según indica la Ley 23/2015, la ITSS actuará siempre de oficio (art. 20.3). Esto significa que será la ITSS de manera autónoma y no arbitraria, la que decida iniciar o no las actuaciones. Sin embargo, la iniciación de las actuaciones inspectoras puede producirse por los siguientes mecanismos: orden superior³⁵, orden de servicio derivada de planes o programas de inspección, petición razonada de otros órganos, denuncia o por la propia iniciativa de los inspectores; siempre atendiendo a los criterios de eficacia y oportunidad y en los términos que se hayan determinado reglamentariamente (art. 20.3 Ley 23/2015). Además, en el caso de que se soliciten servicios de asistencia técnica o asesoramiento a la ITSS, será la solicitud de trabajadores y empresarios el mecanismo de iniciación. No existe ningún criterio para establecer una jerarquía, en base a su importancia, de los mecanismos de iniciación de las actuaciones por lo que serán los encargados de gestionar el servicio los que tomarán dicha decisión.

De los distintos mecanismos mencionados es la denuncia (denominada actividad rogada) el que recibe mayor atención en la Ley 23/2015, siendo los otros desestimados por su menor incidencia. La denuncia se configura como una acción pública; ya que cualquier persona (física o jurídica, ya sea ciudadano o extranjero, etc.) sin necesidad de tener un vínculo directo o interno con la entidad o persona afectada, puede solicitar la actuación inspectora; y confidencial porque le está prohibido al inspector divulgar su origen. La razón de esta configuración tan amplia es la de no limitar las posibilidades de la ITSS de identificar incumplimientos de la normativa laboral. Pese a esto, existen tres límites impuestos por la Ley 23/2015 que supondrán la no tramitación de las denuncias: que sean anónimas o presenten insuficiencias de identificación que no hayan sido subsanadas en el plazo (sin perjuicio de que, al ser una actuación de oficio, el inspector estime oportuno actuar por iniciativa propia basándose en dicha denuncia; apartado 3³⁶); asuntos *sub iudice*, es decir, su objeto coincida con asuntos de los que tenga

³⁵ La doctrina -con base a lo expresado en el art. 9 del RD 928/1998, de 14 de mayo, sobre formas de iniciación de la actividad- determina que la orden superior hace referencia a una orden externa que puede proceder, por ejemplo, de la Autoridad laboral; y la orden de servicio se trata de una orden interna procedente, por ejemplo, de las Jefaturas de la Inspección.

³⁶ Existe una página web destinada a recibir estas denuncias que cuenta con un “buzón del fraude laboral” en el que sólo se recogen las presuntas irregularidades sin aportar ningún dato identificativo. (Fernández Orrico, 2015, p.112)

conocimiento otro órgano jurisdiccional y pueda condicionar el resultado de la actuación; o que carezcan de fundamento. (Martín Valverde, Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, & García Murcia, 2018). La denuncia se trata de una mera petición de servicios que no puede iniciar por sí sola el ejercicio de una actuación de la ITSS. Es por esto, que el denunciante no adquiere la condición de interesado durante la fase de información aunque sí tiene derecho a recibir información sobre la inadmisión de la denuncia, su estado de tramitación y los hechos constatados al investigar si afectasen a dicha persona. Si finalmente la denuncia deriva en un procedimiento sancionador, podrá adquirir la condición de interesado atendiendo a lo expresado en el art. 31 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas³⁷. Los representantes de los trabajadores se rigen por otras reglas específicas que tienen la finalidad de evitar que se produzca un flujo excesivo de iniciativas por parte de este colectivo. Por último, en asuntos que puedan dar lugar a la exigencia del pago de cuotas de la Seguridad Social, pese a ser estos de conocimiento por un órgano jurisdiccional, se podrá iniciar la acción inspectora (cuestiones *sub iudice*).

Junto a las denuncias, la actividad planificada (actuaciones que se inician tras un estudio previo, planificado y en el que se han elegido los supuestos a investigar por propia iniciativa de la ITSS) supone la mayor parte de las actuaciones que luchan contra la discriminación por razón de género. Para lograr este objetivo, la Dirección General aprueba planes estratégicos de duración bianual siendo el último el Plan Estratégico de ITSS 2018-2020, el cual se explicará con más grado de detalle en el apartado III. 3 del presente trabajo. En líneas generales, este plan pretende hacer cumplir las normas de igualdad y no discriminación priorizando el ámbito de la discriminación por razón de género mediante el desarrollo de campañas específicas y prestando especial atención a la brecha salarial, así como a la negociación colectiva para evitar las cláusulas discriminatorias.

La Ley 23/2015 incluye un conjunto de normas referidas a las vías de actuación de los inspectores³⁸. Debido a que la mayoría se centra en esa función de vigilancia y control, adquiere gran importancia la aplicación supletoria de las normas de procedimiento administrativo común, como anteriormente se había señalado.

³⁷ Publicado en BOE núm. 236 de 02 de Octubre de 2015.

³⁸ Existe una gran variedad de cauces de actuación de la ITSS motivado por la gran variedad de ámbitos en los que debe estar presente el control y vigilancia por parte de los inspectores (contratación, empleo, condiciones de trabajo, seguridad y salud laboral, etc.)

La actuación inspectora se desarrollará mediante: visita a los centros o lugares de trabajo sin que sea necesario previo aviso; requerimiento de comparecencia ante el funcionario del que resulte obligado para aportar documentación o efectuar aclaraciones; expediente administrativo si este permite iniciar y terminar la actuación; comprobación de datos o antecedentes de las Administraciones Públicas o incluso suministrados por Administraciones Públicas de la Unión Europea (art. 21 Ley 23/2015). Pese a que se presente como una enumeración cerrada, los inspectores podrían actuar al margen de estos durante el desarrollo de las funciones de asistencia técnica y asesoramiento. De los cauces anteriormente señalados, el más habitual y característico de la ITSS es el de las visitas, resultando en un mayor desarrollo normativo en la Ley 23/2015.

Existen unas reglas que regulan el modo en que se deben llevar a cabo las actuaciones inspectoras y que aparecen desarrolladas en la Ley 23/2015 y sobre las que inciden los principios generales de la ITSS (art. 2), explicados en el apartado de nociones básicas de dicho organismo. Podemos agrupar estas reglas en cuatro núcleos diferenciados: reglas de integralidad del procedimiento; reglas de conservación y economía de los trámites efectuados; reglas de formalización escrita de las actuaciones y reglas sobre los plazos del procedimiento.

El primer núcleo incluye las reglas que pretenden evitar que las actuaciones se lleven a cabo de manera descentralizada, fragmentada o parcial. La regla que mejor define la totalización del procedimiento de actuación es la contenida en el art. 15.2 que señala que los inspectores, sin importar el origen, podrán desarrollar todas las actuaciones y medidas necesarias para lograr su objetivo y abarcando todas las materias en las que tiene competencia.

El segundo incluye todas aquellas reglas que tiene como objetivo optimizar las actuaciones efectuadas impidiendo que se realicen actuaciones innecesarias. Destacan la regla de impersonalidad, que posibilita la continuación por otro inspector de un procedimiento iniciado por un funcionario distinto o incluso que participen en equipo varios funcionarios (art. 21.4); la regla de consideración de aquellas comprobaciones ejecutadas anteriormente como un antecedente para las posteriores; y la regla que posibilita pasar de un cauce a otro (visita, requerimiento, etc.)

El tercero incluye todas aquellas reglas que buscan dejar por escrito las diligencias efectuadas por los inspectores. El art. 21.6 determina que los inspectores actuantes deberán extender diligencia por escrito de las actuaciones que realicen en sus

visitas a centros o requerimientos de comparecencia. El reglamento será el que determine el detalle con el que se deberán hacer las diligencias por escrito de las actuaciones, prefiriéndose el formato de Orden Ministerial. Estas diligencias deberán ser efectuadas en los correspondientes libros de visita de las empresas y, en caso de que no existiese, mediante documento con material autocopiativo (una copia para la empresa y otra para el inspector actuante) que deberá ser debidamente custodiado y conservado por la empresa (Nota informativa de la Dirección General de la ITSS de 29 de julio de 2015, pág. 1)

El cuarto incluye todas aquellas normas que se encargan de regular el tiempo y plazos del procedimiento. Para las actuaciones comprobatorias se establece por el art. 21.4 un plazo máximo de 9 meses. El inicio del cómputo del plazo dependerá de si se trata de una visita o un requerimiento de comparecencia, habiéndose fijado para el primer caso desde la fecha de la primera visita efectuada y, en el segundo, desde la fecha efectiva de comparecencia, siempre condicionado a una circunstancia de resultado ya que es necesario que se haya aportado toda la documentación requerida para el inicio de dicho cómputo. La ley 23/2015 recoge algunas excepciones en las que este plazo se puede ver incrementado. Por ejemplo, cuando se trate de actuaciones inspectoras de gran dificultad o complejidad, cuando el sujeto inspeccionado haya ocultado u obstruido de alguna manera la actuación y cuando sea necesaria la cooperación administrativa internacional en el transcurso de la actuación. Todos estos casos reflejan situaciones de imposibilidad o dificultad manifiesta de seguir con las investigaciones así como, conductas incumplidoras de los sujetos bajo investigación.

2.2. Medidas derivadas de la actuación inspectora

Pese a ser considerada ampliamente la ITSS como un órgano administrativo sancionador en materia laboral cuya finalidad es prevenir y sancionar conductas ilegales, también adquieren una notable importancia otras formas de actuar de este órgano tendentes a la resolución del conflicto de la forma más satisfactoria. Las medidas aplicadas en cada caso dependerán de la situación concreta y serán de muy variada entidad, debido a la complejidad de las relaciones laborales y la gran cantidad de supuestos que se pueden presentar en este ámbito. (González Martín, 2010)

Las decisiones o medidas que puede llevar a cabo el inspector al terminar la actuación comprobatoria -o durante su transcurso- aparecen recogidas en el art. 22 de la Ley 23/2015, aunque en este artículo sólo se hace referencia a las vinculadas a la función

de vigilancia y exigencia del cumplimiento de la normativa. Por lo tanto, esto significa que faltan las medidas vinculadas a las funciones de asistencia técnica y asesoramiento que derivan en otro tipo de resultados (consultas, laudos, informes, etc.). La existencia de esta diferenciación entre las medidas inspectoras nos permite clasificarlas en cuatro clases fundamentales: medidas preventivo-cautelares, medidas sancionadoras, medidas de acción de procesos posteriores de vigilancia y control, medidas de custodia de los fondos del sistema de protección social y otras medidas. (García Murcia, 2016)

Centrándonos en el objeto de estudio de nuestro trabajo, que son las conductas discriminatorias por razón de género en el ámbito laboral, las actuaciones inspectoras que pueden ser relevantes en el tratamiento del principio de igualdad y no discriminación se desarrollan a continuación.

a. Medidas preventivo-cautelares

Dentro de las medidas denominadas cautelares o preventivas podemos diferenciar las mediaciones, las advertencias (con su correspondiente acta de advertencia) y los requerimientos.

Las mediaciones consisten en llevar a cabo la función de mediación, conciliación o arbitraje atribuida a la ITSS. En la mediación, el inspector actuaría como moderador/terciador en el conflicto laboral que se haya planteado entre las partes con el objetivo de lograr un acuerdo entre dichas partes que acabe con el litigio. Es bastante habitual que sea solicitado bien por la persona afectada o los representantes de los trabajadores, cuando se haya producido una situación discriminatoria con la intención de poner fin a un determinado comportamiento o que se le reconozca una pretensión específica en la materia. También puede ser útil en los llamados conflictos jurídicos, nacidos de la discrepancia a la hora de interpretar una norma, por ejemplo la aplicación de un plan de igualdad. Sin embargo, hay determinadas situaciones donde, existiendo elementos discriminatorios, la ITSS no puede iniciar un procedimiento sancionador cobrando gran importancia esta medida inspectora. Un supuesto ejemplificativo es una discriminación salarial indirecta con base en una subclasificación laboral del personal femenino recogida en negociación colectiva.³⁹ Otra medida muy similar a la mediación en términos de objeto perseguido es el arbitraje, aunque este se diferencia en que la solución que se dicte es de obligado cumplimiento por ambas partes y adquiere un valor

³⁹ En este caso para poder sancionar o exigir modificaciones, al no existir una base legal clara, se necesitaría el pronunciamiento judicial determinando el valor del trabajo de un puesto o categoría frente al otro. Se opta por una mediación para buscar una solución que ponga fin al litigio.

similar al de una sentencia judicial. Por último, la ITSS también dispone de la facultad de asesoramiento para facilitar el cumplimiento de la normativa. (González Martín, 2010)

Los requerimientos y advertencias, a los que se refieren el art. 22.1 Ley 23/2015 y el art. 49 LISOS⁴⁰, dotan al inspector actuante “con cierto margen de discrecionalidad para optar por una corrección preventiva como solución siempre preferente a la aplicación de la medida sancionadora”, siempre y cuando no se derive ningún perjuicio a los trabajadores ni a sus representantes y sea lo más adecuado en una determinada situación, debiendo existir siempre un fundamento objetivo que lo justifique (García Murcia, 2016, p. 228). Por tanto, cuando el inspector detecte un incumplimiento de la normativa laboral que esté tipificado como infracción en la LISOS puede advertir al empresario o efectuar un requerimiento para que este proceda a ejecutar las medidas necesarias para solventarlo, dentro de un plazo determinado⁴¹. Esta medida tiene una doble finalidad: prevención ante posibles situaciones discriminatorias (un ejemplo sería requerir la puesta en marcha de un mecanismo interno de prevención y cauce frente a situaciones de acoso sexual) y también permite, de forma indirecta, que no queden sin protección jurídica situaciones en las que el inicio de un procedimiento sancionador no es la medida más recomendable. Los requerimientos han servido para impulsar, en su fase inicial y prioritariamente, las nuevas obligaciones en materia de igualdad introducidas por la LOI entre las que se encuentran: la elaboración y aplicación de planes de igualdad –en los supuestos contemplados como obligatorios por la normativa- y la existencia de un protocolo para la detección y tratamiento tanto del acoso sexual como por razón de sexo. El requerimiento se debe formular por escrito, notificarse al empresario (copia a los representantes de los trabajadores) y otorgar un plazo para su debido cumplimiento. En caso de incumplimiento por el empresario –tanto de las advertencias como del requerimiento-, se procederá a la extensión del acta de infracción por el inspector actuante y se considerará su desatención como agravante a la hora de graduar la sanción a imponer por la infracción cometida. (González Martín, 2010)

⁴⁰ El art. 22.1 dice que “*Los inspectores de Trabajo y Seguridad Social, finalizada la actividad comprobatoria inspectora, podrán (...) advertir y requerir al sujeto responsable, en vez de iniciar un procedimiento sancionador, cuando las circunstancias del caso así lo aconsejen, y siempre que no se deriven perjuicios directos a los trabajadores o a sus representantes*” y el art. 49 LISOS que “*(...)cuando las circunstancias del caso así lo aconsejen y siempre que no se deriven daños ni perjuicios directos a los trabajadores, podrá advertir y aconsejar, en vez de iniciar un procedimiento sancionador (...)*”

⁴¹ Esta facultad de no sancionar en primer término obedece a la función preventiva y disuasoria del marco administrativo de infracciones y sanciones contenidas en la LISOS y que por tanto, establece multas que no sirven para compensar al sujeto perjudicado ya que no tienen una finalidad reparadora. (Ballester Pastor, 2017)

b. Medidas sancionadoras

El segundo grupo de medidas que puede llevar a cabo la ITSS son las que conllevan la imposición de sanciones. La representación más clara de esta decisión inspectora consiste en la extensión de actas de infracción que sancionan, como su nombre indica, una infracción en materia laboral (art. 22.5 Ley 23/2015)⁴². El concepto de infracción aparece recogido en el art. 5 LISOS y lo define como “*las acciones u omisiones de los empresarios contrarias a las normas legales, reglamentarias y cláusulas normativas de los convenios colectivos en materia de relaciones laborales (...)*” así como “*(...) las demás acciones u omisiones de los sujetos responsables (...)*”. De esta definición se extraen una serie de conclusiones. Primero, que la infracción se puede cometer tanto de forma activa -realizar conductas que infrinjan la normativa- como negativa o por omisión -no cumplir con las obligaciones fijadas en materia de igualdad y no discriminación-. Segundo, como posible sujeto responsable no sólo identificamos al empresario sino también los otros sujetos señalados en la LISOS. Tercero, el ámbito material comprende las normas legales en sentido estricto y las de rango reglamentario, aunque deben tratarse siempre de obligaciones o reglas de naturaleza normativa. Esto último tiene una notable relevancia en materia de igualdad ya que la LOI otorga un papel relevante a los agentes sociales (posibilidad de incorporar medidas de acción positiva como los planes de igualdad o para favorecer el acceso al empleo, mediante negociación colectiva). (Martín Valverde, Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, & García Murcia, 2018)

La LISOS recoge una serie de conductas tipificadas como infracción administrativa y, teniendo en cuenta lo amplio que es el principio de igualdad en el ámbito laboral, estas infracciones pueden afectar a diferentes materias del orden social. A continuación vamos a desarrollar las denominadas infracciones laborales y de empleo ya que las correspondientes a prevención de riesgos laborales serán tratadas en el cuarto apartado. (González Martín, 2010)

- Antes de iniciar la relación laboral, es decir, durante la contratación, se puede cometer una infracción calificada como muy grave contenida en el art. 16.1 c) LISOS que pretende evitar discriminaciones por razón de género en el acceso al empleo. Se tipifica como infracción el “*solicitar datos de carácter personal en los procesos de selección o establecer condiciones, mediante la publicidad, difusión o por cualquier otro medio,*

⁴² Este artículo determina que los inspectores pueden “*iniciar el procedimiento sancionador mediante la extensión de actas de infracción o de infracción por obstrucción*”.

que constituyan discriminaciones para el acceso al empleo por motivos de sexo (...).” Pero este no es el único artículo que hace referencia a esta conducta discriminatoria, también los art. 35.1 y 2 del Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Empleo⁴³ que encomiendan a los servicios públicos la función de velar para evitar discriminación en este ámbito y que establecen como discriminatorias las ofertas dirigidas a un único sexo (salvo que sea requisito esencial e indispensable) y aquellas basadas en exigencias de esfuerzo físico. Además, tanto el art. 2.3 como el 7⁴⁴ de la LISOS, establecen los sujetos responsables en estos casos de discriminación que pueden ser personas físicas o jurídicas, agencias de colocación y empresas de trabajo temporal. De esta manera, posibilita para sancionar a sujetos diferentes del empresario lo que incluye no solo a las anteriores entidades mencionadas, sino también gabinetes de selección e incluso medios de comunicación. (Ballester Pastor, 2017)

Según las estadísticas, las mujeres tienen una mayor dificultad a la hora de acceder a un puesto de trabajo, una mayor tasa de desempleo frente a los varones y son más propensas a ser contratadas a tiempo parcial; datos que contrastan con la actual equiparación de ambos sexos a nivel de estudios superiores. Se deduce por tanto, que las causas se deben a factores ajenos a la capacitación profesional entre los que destacan: creencia de inferiores capacidades de las mujeres (se les considera el sexo débil por la sociedad) para determinadas profesiones, menor disponibilidad, por maternidad esencialmente, o la segregación existente en el mercado de trabajo. (González Martín, 2010)

- Se considera infracción grave (art. 7.10) “*establecer condiciones de trabajo inferiores a las establecidas legalmente o por convenio colectivo, así como los actos u omisiones que fueren contrarios a los derechos de los*

⁴³ Publicado en el BOE núm. 255, de 24/10/2015. Los art. 35. 1 y 2 señalan que “los servicios públicos de empleo, sus entidades colaboradoras y las agencias de colocación en la gestión de la intermediación laboral deberán velar específicamente para evitar la discriminación tanto directa como indirecta en el acceso al empleo” y que “se considerarán discriminatorias las ofertas referidas a uno de los sexos, salvo que se trate de un requisito profesional esencial y determinante de la actividad a desarrollar” o “en todo caso (...) la oferta referida a uno solo de los sexos basada en exigencias del puesto de trabajo relacionadas con el esfuerzo físico” respectivamente.

⁴⁴ Estos artículos consideran sujetos responsables “en general, las personas físicas o jurídicas respecto de la normativa de colocación” y “las agencias de colocación, las empresas de trabajo temporal y las empresas usuarias (...).”

trabajadores reconocidos en el artículo 4 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, salvo que proceda su calificación como muy graves (...)”.

⁴⁵Sin embargo, como señala en su última parte, existe un artículo que recoge los supuestos de discriminación (art. 8.12) calificados como infracción muy grave, por lo que en ese caso no tendría cabida el citado en primer término. (González Martín, 2010)

- El art. 8.12 considera como infracciones muy graves *“las decisiones unilaterales de la empresa que impliquen discriminaciones directas o indirectas desfavorables por razón de edad o discapacidad o favorables o adversas en materia de retribuciones, jornadas, formación, promoción y demás condiciones de trabajo, por circunstancias de sexo (...) así como las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación”*. Se trata de “un precepto general antidiscriminatorio” en el que aparecen incluidas todas las conductas discriminatorias⁴⁶, además de hacer referencia al principio de indemnidad que protege a las víctimas de discriminación para poder ejercer su derecho a la igualdad y no discriminación. (Fernández López, 2008, p. 73). Dentro de las conductas discriminatorias destacan principalmente la discriminación retributiva, en la promoción profesional y en los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar. Para determinar la existencia de las dos primeras, la ITSS deberá llevar a cabo un estudio desagregado por sexos y posteriormente, aplicar la prueba estadística, pues se tratan principalmente de discriminaciones indirectas. En cuanto a las conductas relacionadas con la maternidad y derechos de conciliación, han sido las que tradicionalmente han afectado en mayor medida a las mujeres y van desde negativas a contratar por ser mujer (art. 16.2 LISOS) hasta despidos por embarazos o responsabilidades familiares entre otros. Por cuestiones prácticas, la ITSS suele aplicar otros tipos infractores para sancionar las conductas incluidas

⁴⁵ El mencionado art. 4 ET reconoce los derechos de no discriminación por razón de sexo y respeto a la intimidad por lo que cualquier conducta que los infrinja constituirá esta infracción.

⁴⁶ También aparecen reguladas estas causas de discriminación en el art. 17 ET.

en este precepto (aunque también se podría aplicar este) debido a su carácter global. (González Martín, 2010)

- El art. 8.13 considera como infracción muy grave “*el acoso sexual, cuando se produzca dentro del ámbito a que alcanzan las facultades de dirección empresarial, cualquiera que sea el sujeto activo de la misma*”. Serían sancionadas de esta manera todas aquellas conductas que supongan acoso sexual, en los términos previstos en el art. 7 LOI, provocadas por el empresario o cualquier trabajador de la empresa, siempre que se encuentre dentro del ámbito de sus potestades de dirección. Incluso puede ser sujeto activo de acoso sexual una persona que no sea trabajador de la empresa (art. 48 LOI)⁴⁷. Por lo tanto, el límite de responsabilidad alcanza a los poderes de decisión empresarial. (Ballester Pastor, 2017)
- Es considerado como infracción muy grave por el art. 8.13 bis “*(...) el acoso por razón de sexo, cuando se produzcan dentro del ámbito a que alcanzan las facultades de dirección empresarial, cualquiera que sea el sujeto activo del mismo, siempre que, conocido por el empresario, éste no hubiera adoptado las medidas necesarias para impedirlo*”. La diferencia con el anterior precepto reside en que limita la responsabilidad del empresario a que conociese de esa conducta y no haya adoptado las medidas necesarias para que no se produjese. (Fernández López, 2008)
- El art. 8.11 considera como infracción muy grave “*los actos del empresario que fueren contrarios al respeto de la intimidad y consideración debida a la dignidad de los trabajadores*”. Este precepto sanciona aquellas conductas de menor grado o más generales que vulneren los derechos señalados pero sin entrar en que tengan un móvil discriminatorio. Un ejemplo de aplicación es sancionar aquellas conductas que suponen acoso moral sin que se exija que se practique en base al sexo de la persona. (González Martín, 2010)
- Por último, el art. 8.17 considera como infracción muy grave “*no elaborar o no aplicar el plan de igualdad, o hacerlo incumpliendo manifiestamente los*

⁴⁷ El art. 48 LOI impone la obligación empresarial de promover acciones que eviten el acoso sexual y por razón de sexo, diseñar procedimientos específicos para su prevención efectiva y dar cauce a denuncias o reclamaciones en este sentido. Este artículo resuelve una problemática que puede surgir cuando esta conducta tiene lugar entre trabajadores que pertenecen a distintas empresas pero conviven bajo un mismo centro de trabajo.

términos previstos, cuando la obligación de realizar dicho plan responda a lo establecido en el apartado 2 del artículo 46 bis de esta Ley". Por otra parte el art. 7.13 establece que también es infracción muy grave "no cumplir las obligaciones que en materia de planes y medidas de igualdad establecen la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, el Estatuto de los Trabajadores o el convenio colectivo que sea de aplicación". El primero de los preceptos se refiere a la obligación de elaborar y aplicar un plan de igualdad cuando este sea sustitutivo de las sanciones accesorias impuestas al empresario⁴⁸. En consecuencia, la infracción se constituye tanto por su elaboración como por su inaplicación, al pretender un cumplimiento formal y no real de la obligación. El segundo precepto se refiere al incumplimiento por aquellas empresas que tengan dicha obligación en materia de planes de igualdad, atendiendo a lo establecido por los art. 45 y ss.; así como, incumplimiento de disposiciones o contenido del plan y negativa a negociar un plan de igualdad cuando exista obligación previamente. (González Martín, 2010)

Los hechos o incumplimientos tipificados como infracciones en el ámbito de la discriminación por razón de género constituyen en su mayoría infracciones muy graves como se ha visto, ya que afectan a un derecho fundamental que es el principio de igualdad y no discriminación. Esta tipificación tiene como finalidad la imposición de sanciones administrativas al sujeto responsable de la conducta discriminatoria. Existen sanciones muy variadas, tanto de carácter principal como accesorio, aunque la más habitual es la multa pecuniaria. Además estas sanciones son compatibles con otras como la civil por indemnización de daños y perjuicios. Para graduar estas sanciones se deben tener en cuenta los siguientes criterios incluidos en el art. 39.2 Ley 23/2015 y, en el caso de que no concurra ninguno de ellos, la sanción se impondrá en su grado mínimo e inferior cuantía: grado de culpabilidad del sujeto responsable (negligencia e intencionalidad, fraude o connivencia), envergadura de la infracción (número de trabajadores afectados, perjuicio causado), dimensión de la empresa (cifra de negocios) y persistencia continuada o reincidencia (criterios agravantes). Para las infracciones muy graves la cuantía de la multa será: de 6.251 a 25.000 euros (grado mínimo), de 25.001 a 100.005 (grado medio) y de 100.006 a 187.515 (grado máximo). Otros posibles efectos

⁴⁸ Los supuestos y el contenido de dichas sanciones accesorias se explicará a continuación cuando hablemos en detalle de ellas.

que pueden presentar las sanciones administrativas hacen referencia a la contratación con las Administraciones Públicas. El art. 49.1 c) Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público⁴⁹ impide contratar con el sector público a las personas que sean sancionadas por infracción grave o muy grave en materia de igualdad de oportunidades y no discriminación, entre otras. (Martín Valverde, Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, & García Murcia, 2018)

Además de las sanciones antes mencionadas, que se consideran principales, según el art. 46 bis LOI “*los empresarios que hayan cometido las infracciones muy graves tipificadas en los apartados 12, 13 y 13 bis) del artículo 8 y en el apartado 2 del artículo 16 de esta Ley serán sancionados, sin perjuicio de lo establecido en el apartado 1 del artículo 40, con las siguientes sanciones accesorias (...)*”: pérdida automática de ayudas, bonificaciones o, en general, beneficios derivados de aplicar programas de empleo (efectos desde la fecha de la infracción), así como, la posible exclusión del acceso a esos beneficios por un período de seis meses. Estas sanciones se aplican con carácter imperativo y de manera automática cuando exista la principal. (Ballester Pastor, 2017)

Dentro de los supuestos incluidos en el art. 46 bis, existen dos tipos específicos de infracción en los que las sanciones accesorias pueden ser conmutadas por la elaboración y aplicación de un plan de igualdad en la empresa, con el fin de solucionar las deficiencias en materia de discriminación por razón de género motivo de la infracción, aunque también se pueden incluir otros aspectos a mejorar. Dichas infracciones son las correspondientes a los art. 8.12 y 16.2 LISOS, siendo requisito indispensable que la infracción se haya producido por motivo de discriminación por razón de sexo tanto indirecta como directa, ya que su fin último es lograr la igualdad efectiva de sexos en la empresa. El procedimiento consiste en la petición por la propia empresa en primer término, tras previo informe de la ITSS, y es necesario que sea determinado por la autoridad laboral competente, es decir, la CA que tenga asignadas facultades de resolución de actas de infracción. Una vez que la empresa haya elaborado el plan de igualdad, será necesario llevar un control para asegurar su aplicación efectiva y que se ajuste a los términos de la resolución por la Autoridad Laboral. En caso de incumplimiento de alguno de los aspectos anteriores, estaríamos cometiendo la infracción tipificada por el art. 8.17 LISOS y supondrá la restitución de las sanciones accesorias impuestas en primer término, dejando sin efecto la sustitución por el plan de igualdad. (González Martín, 2010)

⁴⁹ Publicado en BOE núm. 261 de 31 de octubre de 2007

c. Otras medidas

El tercer grupo de medidas que puede adoptar la ITSS incluye la facultad de iniciar ante el Juzgado de lo Social un procedimiento de oficio. Este proporciona una mayor protección jurídica de las víctimas de discriminación por razón de género, ya que dicho órgano impondrá las indemnizaciones necesarias para subsanar el daño causado (art. 27.2 LOI y 149.2 LJS). Para que se inicie este procedimiento no es tenido en cuenta que se haya extendido o no acta de infracción debido a la compatibilidad entre ambos procedimientos. (García Murcia, 2016)

El cuarto grupo hace referencia a la Seguridad Social para casos en los que la discriminación ha resultado en perjuicios o daños a la salud de los trabajadores, pudiendo dicho organismo establecer recargos sobre las posibles prestaciones que se generen. Los aspectos de prevención de la maternidad así como las conductas de acoso sexual y por razón de sexo son las que habitualmente pueden generar daños en el ámbito de discriminación por razón de género. Como consecuencia de las conductas discriminatorias señaladas, es posible que se genere algún tipo de patología psicológica en el sujeto afectado, pudiendo calificarse por tanto como accidente de trabajo según el art. 115 del Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social (aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre)⁵⁰, en adelante LGSS, que considera accidente de trabajo a todas aquellas enfermedades sufridas por el trabajador, originadas en el trabajo y no recogidas en el listado de enfermedades profesionales.⁵¹ El pago de las prestaciones por accidente de trabajo recae de manera íntegra sobre el empresario infractor, siendo además compatible con otros tipos de responsabilidades. Mayor dificultad existe a la hora de imponer un recargo por las prestaciones en estos casos aunque, si se dan las condiciones necesarias (lesiones permanentes o invalidez), la ITSS o el propio interesado pueden proponerlo. (González Martín, 2010)

Por último, la ITSS puede llevar a cabo medidas que no se incluyen en ninguna de las anteriores categorías. Existen dos supuestos en materia de discriminación por razón de género en los que la ITSS debe elaborar un informe a la Autoridad Laboral o iniciar actuaciones por petición de dicho órgano y son: reclamaciones de carácter colectivo en las que se alegue la existencia de discriminación ante la Autoridad Laboral y la publicación y registro de un convenio colectivo. En este segundo supuesto, surge la

⁵⁰ Publicado en BOE núm. 261, de 31/10/2015

⁵¹ La jurisprudencia también entra a regular en este aspecto recogiendo como accidente de trabajo "las patologías o dolencias sufridas por los trabajadores que han sido objeto de acoso moral o, más específicamente, de acoso sexual o por razón de sexo" (Tabernero Sánchez, 2010, p. 342)

necesidad de comprobar que el convenio colectivo no contiene cláusulas o disposiciones que vulneren el principio de igualdad y no discriminación. En caso de que este derecho sea vulnerado, al no disponer la ITSS de facultades para su impugnación, deberá informar a la Autoridad Laboral. (García Murcia, 2016)

2.3. Procedimiento administrativo: aspectos formales y materiales

Todo procedimiento administrativo debe atenerse a una serie de principios básicos cuya pretensión es defender o proteger al sujeto sancionado y que obligan a la Administración a respetar aspectos tanto materiales como formales. Estos principios se aplican también al Derecho penal, teniendo en cuenta las debidas adaptaciones, y son: legalidad (art. 25.1 CE)⁵², tipicidad (art. 27 Ley 40/2015), irretroactividad y presunción de inocencia; este último ligado a la tutela judicial efectiva. Los dos primeros principios, aplicados a situaciones discriminatorias por razón de género, implican que para que una conducta de esta entidad pueda ser sancionada, es necesario que se den dos elementos simultáneamente; por un lado, existencia de una norma que prohíba dicha conducta –ya sea por omisión o acción- y por otro lado, que se encuentre tipificada como infracción en una norma con rango de ley.

El principio de irretroactividad predica que ningún sujeto puede ser sancionado por hechos que no constituyan infracción en el momento de producirse tal conducta discriminatoria. Esto protege de la ruptura del principio de seguridad jurídica al evitar que se extiendan los efectos de las normas sancionadoras retroactivamente. (Martín Valverde, Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, & García Murcia, 2018)

Por último el principio de presunción de inocencia (art. 24 CE), es probablemente el más controvertido en actuaciones inspectoras motivadas por conductas discriminatorias. Según este principio es la propia Administración la que debe probar que existen hechos constitutivos de infracción administrativa. En este sentido, e introducido por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidades Europeas, se ha consolidado el principio de inversión de la carga de la prueba para casos en los que se determine la existencia de discriminación, con el fin de amparar judicialmente al sujeto perjudicado, siendo el acusado de cometer tal conducta el que debe aportar las pruebas defendiendo su inocencia. Por lo tanto, es necesario que existan claros indicios de discriminación tras la investigación para que la ITSS pueda extender acta de infracción sancionando tal conducta. (González Martín, 2010)

⁵² También aparece en el art. 25 de la Ley 40/2015

Una vez definidos los principios básicos del procedimiento, pasamos a analizar su tramitación. Siempre se ha de iniciar de oficio por la ITSS mediante la extensión de un acta, con naturaleza de documento público, que gozará de presunción de certeza⁵³ y la cual debe contener una serie de requisitos entre los que se encuentran: datos identificativos del sujeto infractor, hechos constatados durante la investigación, infracción y su calificación y responsables solidarios en su caso. Estos requisitos aparecen regulados en detalle en los artículos 51 a 54 LISOS. En el caso de que de la infracción sancionada se desprendan perjuicios económicos a los trabajadores afectados, se podrá incluir en el acta y nos encontraríamos ante un procedimiento diferente -Autoridad Laboral tramita su comunicación al Juzgado y se limita únicamente a perjuicios de naturaleza económica- y complementario -determina la indemnización por daños y perjuicios a las personas afectadas ya que el procedimiento sancionador no lo hace-. Tras la extensión del acta de infracción, se deberá notificar al sujeto o sujetos responsables⁵⁴ que dispondrán de un plazo de quince días para presentar alegaciones – contados a partir del siguiente a la notificación-, las cuales deberán ir acompañadas de la prueba que estimen pertinente. En este punto caben dos resultados; que no se formulen alegaciones, en cuyo caso se continuará tramitando el procedimiento hasta que se dicte resolución; o que se formulen alegaciones en plazo contra el acta, en cuyo caso el órgano competente podrá recabar informe ampliatorio del inspector que extendió el acta y será preceptivo si determina hechos o circunstancias distintos de los incorporados en el anterior documento. El informe deberá valorar las pruebas y alegaciones aportadas e incluirá una propuesta de resolución.⁵⁵ (Martín Valverde, Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, & García Murcia, 2018)

Tras los anteriores trámites, el órgano competente para resolver dictará resolución en plazo de diez días, iniciando el cómputo a partir de finalizarse la tramitación del acta – puede consistir en confirmar, modificar o dejar sin efecto la propuesta de acta-. Al estar sancionando infracciones en materia laboral, el órgano competente para resolver será el correspondiente de la Comunidad Autónoma y se suele designar en función de la cuantía

⁵³ Se trata de una presunción iuris tantum, es decir, salvo prueba en contrario, aplicable a los hechos constatados de manera directa por los inspectores y plasmados en la correspondiente acta por la que se consideran ciertos (art.23 Ley 23/2015 y art. 53.2 LISOS).

⁵⁴ Esta notificación debe producirse dentro del plazo de diez días hábiles cuyo inicio del cómputo será al término de la actuación inspectora, entendido como la fecha de extensión del acta.

⁵⁵ Al haberse formulado alegaciones y previa resolución, el órgano competente dará audiencia al sujeto responsable por término de ocho días pudiendo éste formular nuevas alegaciones con plazo de otros tres días, siempre y cuando de las diligencias llevadas a cabo se hayan desprendido hechos distintos a los reseñados en el acta en primera instancia.

del acta⁵⁶. Las resoluciones deberán ser notificadas a los sujetos interesados, informándoles de los posibles recursos contra ellas y plazo⁵⁷, junto con una copia para el inspector que hubiese promovido el expediente. La resolución supondrá la anulación del acta cuando no presente los requisitos imprescindibles para alcanzar su fin o cuando resulte en indefensión de los sujetos interesados y esto no se hubiese logrado subsanar durante su tramitación previa. Además, en la resolución se decidirá sobre la imposición o no de sanciones accesorias. Finalmente, si transcurridos seis meses no se ha dictado resolución, el acta de infracción podrá caducar por el paso del tiempo. (González Martín, 2010)

3. Medidas y planes de actuación vigentes en materia de discriminación por razón de género a nivel estatal

Los datos en los que se basan los siguientes epígrafes han sido extraídos del cuestionario realizado a un inspector de trabajo y seguridad social consultando ciertos temas y que aparece adjunto en el anexo, así como de la página de la ITSS. Además el inspector me facilitó documentación adicional de la ITSS relativa a esta materia que también ha sido utilizada para el desarrollo de este epígrafe⁵⁸. El objetivo de dicha entrevista era contrastar información y obtener otros datos que no disponía y me aportó.

Los planes y medidas a continuación presentados tienen carácter estatal, es decir, de aplicación a nivel nacional salvo el Plan de actuación 2008-2010 en el que se exponen las medidas de aplicación exclusiva en Castilla y León.

3.1. Antecedentes

En primer lugar y como ya se ha comentado, fue la LOI la que modificó los planes de actuación de la ITSS pues con su aprobación se refuerza el papel de la Dirección General de ITSS en lo relativo a las infracciones, sanciones y mecanismos de control de los incumplimientos en materia de igualdad y no discriminación por razón de género.

⁵⁶ La jerarquía de resolución habitual es la siguiente: Delegados de Trabajo o similares para las de cuantía inferior, Directores de Trabajo las de cuantía media y Consejeros o el Gobierno de la Comunidad las de mayor cuantía.

⁵⁷ El sujeto responsable podrá interponer cualquiera de los recursos previstos legalmente y, en especial, el recurso de alzada. Para interponer dicho recurso dispone de un mes y debe hacerse ante el superior jerárquico que dictase la resolución. Como última opción, es posible recurso antes los Tribunales competentes que en este caso sería el Orden Contencioso-administrativo.

⁵⁸ La documentación aportada por el inspector es la siguiente: Instrucción núm. 3/2011 sobre actuaciones de la ITSS para la vigilancia en las empresas de la igualdad efectiva entre mujeres y hombres y Criterio Técnico núm. 69/2009 sobre actuaciones de la ITSS en materia de acoso y violencia en el trabajo.

El cambio experimentado tras la aprobación de la LOI tuvo su reflejo en el Plan de actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social 2008/2010⁵⁹, para la vigilancia en las empresas de la igualdad efectiva entre mujeres y hombres. Este Plan supuso un notable avance respecto a la incidencia de la ITSS en esta materia, si lo comparamos con los años anteriores a la aprobación de la LOI, ya que se logra un incremento del número de actuaciones inspectoras así como de los resultados obtenidos. Las actuaciones se encuentran divididas en cuatro áreas: Prevención de riesgos laborales, Seguridad Social, Economía irregular y trabajo de extranjeros y Empleo y relaciones laborales; siendo esta última la que nos interesa ya que aparecen incluidas en ella las medidas referidas a la igualdad y no discriminación. Como objetivo de alcance general para 2008 se ha fijado la comprobación del cumplimiento de las obligaciones establecidas en la LOI y LPRL para esta materia, con 115 actuaciones programadas en Castilla y León sobre el total de 3.000 actuaciones a nivel nacional. El número de actuaciones planificadas es superior en materia de discriminación en la negociación colectiva y en materia de Planes de Igualdad y otras obligaciones derivadas de la LOI. El menor número son las destinadas a investigar situaciones de acoso sexual o por razón de sexo, motivado probablemente por la dificultad de planificación en dicha materia.

Como complemento a los objetivos de alcance general, se establece una campaña específica, el 2 de marzo de 2009, dirigida a comprobar la existencia de discriminación salarial en las empresas tanto directa como indirecta. Los resultados de esta campaña en 2010 mostraron que, de las 362 empresas inspeccionadas, en 7 se detectó este tipo de discriminación –una cantidad mínima- y los sectores afectados, ordenados de mayor a menor incidencia, fueron: limpieza, comercio y siderometalúrgica⁶⁰.

En términos generales, la discriminación salarial ha afectado a sectores en los que hay mayor precariedad y parcialidad de la jornada así como una mayor representación de mujeres trabajadoras; coincidiendo por tanto con los criterios en los que se basa la ITSS para seleccionar empresas a inspeccionar buscando incumplimientos en materia de discriminación por razón de género⁶¹.

⁵⁹ Documento obtenido de la página web del Cograsova, ya que en la de la ITSS no figuraba: <https://bit.ly/2MILG6B>

⁶⁰ El número de empresas afectadas por sectores fue: 4 limpieza, 2 comercio y 1 siderometalúrgica. De las 7 empresas en las que se detectó, sólo se extendió un acta de infracción por una cuantía de 10.000 euros. (Inspección de Trabajo y Seguridad Social (2011). Informe Anual de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social 2010. Recuperado de: <https://bit.ly/2JSrgiy>)

⁶¹ Inspección de Trabajo y Seguridad Social (2009). Planes y objetivos de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social para 2009: <https://bit.ly/2JLbJls>

Para valorar la efectividad de este Plan contrastaremos los Informes Anuales correspondientes a los años 2009 y 2010. Se observa de forma general, como ya se había indicado, un aumento del número de actuaciones siendo las materias prioritarias: discriminación por razón de sexo y Planes de Igualdad; con una tendencia clara a la preferencia por los requerimientos frente a la extensión de actas de infracción en todas las materias⁶². Las actuaciones en materia de discriminación por razón de sexo fueron 1.603 en 2010 frente a 1504 en 2009 y en materia de Planes de Igualdad fueron 1.173 frente a 1.164 que, comparado con la materia en la que se registra el siguiente mayor número de actuaciones (771/805), es sensiblemente superior. La proporción de requerimientos en relación a infracciones impuestas fue de 1.636 y 151 respectivamente, tomando como referencia el total de materias relativas a igualdad y no discriminación en 2010. Además cabe destacar, en cuanto al acoso discriminatorio por razón de sexo, su notable descenso pasando de 5 en 2009 a 0 infracciones interpuestas en 2010.

Tabla 1: Datos actuaciones ITSS 2009

Materia laboral	ACTUA.	INFRAC.	IMP. INFRAC.	TRAB. INFR.	REQ.
Discriminación por razón de sexo	1.504	45	518.657	405	224
Acoso Sexual	805	4	17.877	339	159
Planes de Igualdad y otras obligaciones	1.164	16	176.013	4.450	479
Acoso discriminatorio por razón de sexo	306	8	138.755	604	94
Derechos sobre conciliación de la vida familiar y laboral	536	5	18.797	5	61
Discriminación en la negociación colectiva	379	0	0	0	10

Prevención de Riesgos Laborales	ACTUA.	INFRAC.	IMP. INFRAC.	TRAB. INFR.	REQ.
Protección a la maternidad y lactancia	1.019	24	496.679	80	578

Empleo	ACTUA.	INFRAC.	IMP. INFRAC.	TRAB. INFR.	REQ.
Discriminación en el acceso al empleo por razón de sexo	492	16	135.012	842	160

Conjunto de materias	ACTUA.	INFRAC.	IMP. INFRAC.	TRAB. INFR.	REQ.
Total general	6.205	118	1.501.790	6.725	1.765

Fuente: Informe anual ITSS 2009

⁶² Inspección de Trabajo y Seguridad Social (2010). Informe Anual la Inspección de Trabajo y Seguridad Social 2009. Recuperado de: <https://bit.ly/2MlcbZM>

Tabla 2: Datos actuaciones ITSS 2010

Materia laboral	Actuaciones	Infracciones	Importe Infracciones	Trabajadores infracciones	Requer.
Discriminación por razón de sexo	1.603	38	548.037	979	214
Acoso Sexual	577	5	10.005	443	133
Planes de Igualdad y otras obligaciones	1.173	27	185.747	13.295	399
Acoso discriminatorio por razón de sexo	320	0	0	0	92
Derechos sobre conciliación de la vida familiar y laboral	771	4	21.852	4	100
Discriminación en la negociación colectiva	434	0	0	0	47

Prevención de Riesgos Laborales	Actuaciones	Infracciones + req. Admón	Importe Infracciones	Trabajadores infracciones	Requerimientos
Protección a la maternidad y lactancia	1.063	64	583.300	598	508

Empleo	Actuaciones	Infracciones	Importe Infracciones	Trabajadores infracciones	Requerimientos
Discriminación en el acceso al empleo por razón de sexo	550	13	202.510	464	143

Conjunto de materias	Actuaciones	Infracciones	Importe Infracciones	Trabajadores infracciones	Requerimientos
Total general	6.491	151	1.551.451	15.783	1.636

Fuente: Informe anual ITSS 2010

Durante la vigencia del Plan de actuación anteriormente citado, se publicó el Criterio Técnico (CT) núm. 69/2009 de 19 de febrero de 2009 sobre las actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en materia de acoso y violencia en el trabajo⁶³. Las novedades a nivel normativo y jurisprudencial⁶⁴ en esta materia han hecho necesario la formulación de este nuevo CT que hace referencia a todas las situaciones de violencia psicológica en el trabajo, es decir, comprende todas aquellas formas de acoso y maltrato en el lugar de trabajo y situaciones de violencia física interna –se excluyen las situaciones de violencia física externa-. Su objetivo es fijar los criterios de actuación de la ITSS, teniendo en cuenta la experiencia acumulada los últimos años, frente a esta modalidad de discriminación por razón de género. En el acoso moral la forma más habitual de inicio de actuaciones será la denuncia debido a la naturaleza de estas conductas y se

⁶³ Anterior a dicho criterio se publicó el CT 34/2003 sobre las actuaciones de la ITSS ante las conductas de acoso moral en el trabajo, previo también a la aprobación de la LOI, que supuso un “primer y valioso enfoque” en cuanto a las acciones que debían ser adoptadas por la ITSS en relación a esta materia. Reconoce al acoso moral (mobbing) como un atentado a la dignidad de los trabajadores y constitutivo de infracción laboral muy grave según la LISOS (art. 8.11).

⁶⁴ Algunas de estas novedades son: dos Acuerdos Marco, uno sobre Estrés Laboral (alcanzado en 2004 y transpuesto a nuestro marco de negociación colectiva por el ANC –BOE de 16.03.05-) y otro sobre Acoso y Violencia en el trabajo (firmado el 26 de abril 2007 y transpuesto en el ANC –BOE de 14.1.08-) y la LOI entre otras.

procederá, si esta es admitida, a la investigación de los hechos y elementos probatorios para lo que la ITSS podrá utilizar los medios que considere oportunos; aunque se enfrentará a la dificultad de obtener suficientes elementos probatorios de la existencia dicha conducta.

Tras finalizar el Plan de actuación 2008-2010, su análisis arrojó la necesidad de establecer nuevos criterios para orientar la futura actuación inspectora en esta área, que se llevaron a cabo mediante la Instrucción Núm. 3/2011 sobre actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social para la vigilancia en las empresas de la igualdad efectiva entre mujeres y hombres⁶⁵. Un aspecto a corregir es la necesidad de aplicar unas pautas para permitir que las actuaciones logren una mayor efectividad y mejores resultados, es decir, realizar un número más reducido de actuaciones pero perfectamente controladas. De esta manera, se podrán obtener datos reales que muestren la situación actual en materia de discriminación por razón de género en los centros de trabajo.

La instrucción establece que las actuaciones inspectoras en esta materia se convertirán en un área de actuación permanente dentro de la programación anual de todas las CCAA, sin perjuicio de que se puedan planificar campañas de carácter temporal sobre aspectos o materias concretas de esta. La actividad rogada -derivada de denuncias, petición de informes de otras Administraciones o de los Juzgados- se complementará de forma permanente con una actividad programada o planificada basada en criterios de selección de los sectores y empresas a inspeccionar. Además se verá incrementado el número de actuaciones selectivas cuyo origen sean informaciones previas para actuar sobre empresas con obligaciones normativas de adoptar medidas o planes de igualdad o con indicios de irregularidades. Se mantendrán los programas fijados para el Plan anterior que son: Planes de igualdad y otras obligaciones de la Ley de Igualdad, discriminación en la relación laboral –comprobaciones de carácter integral para la constatación de cualquier modalidad de discriminación-, discriminación salarial –plan específico-, prevención de riesgos laborales con enfoque de género, acoso sexual y por razón de sexo, discriminación en la negociación colectiva –doble objetivo: seleccionar empresas con obligaciones sobre planes de igualdad o prevención del acoso sexual y control de cláusulas discriminatorias-, discriminación en el acceso al empleo –ofertas de empleo discriminatorias- y derechos sobre conciliación de la vida familiar y laboral –

⁶⁵ Una instrucción en el ámbito de la ITSS se configura como un protocolo de actuación para el personal inspector.

número determinado de empresas a inspeccionar debido a su difícil planificación-. Por último, se fijará un número mínimo de inspecciones en cada provincia.

3.2. Plan estratégico 2018-2020: Desarrollo y objetivos

Actualmente existe un Plan de actuación vigente en materia de discriminación por razón de género, entre otras, que es el Plan Estratégico para la Inspección de Trabajo y Seguridad Social para el período 2018-2020⁶⁶.

Este Plan se encuentra estructurado en 4 ejes, 12 objetivos y 100 líneas de actuación, es decir, dentro de cada eje se configuran unos objetivos y dentro de cada objetivo se han definido diferentes líneas de actuación. Lo que pretenden lograr los 4 ejes de manera común es “garantizar el cumplimiento del conjunto de la legislación social a través de un amplio grupo de acciones a todos los niveles” (García-Perrote Escartín & Mercader Uguina, 2018). Los ejes a partir de los cuales se ha diseñado el Plan son los siguientes: Actualización de la organización y funcionamiento (Eje 1), Calidad en el servicio (Eje 2), Eficacia en la actuación (Eje 3) y Asistencia técnica y mediación (Eje 4). Cada uno de ellos cumple su función y tiene su importancia dentro del Plan pero nos vamos a centrar en el tercer eje que es donde se encuadran las medidas que afectan a nuestro objeto de estudio.

El eje 3, relativo a la eficacia de la actuación inspectora, se considera nuclear para la salvaguardia eficaz de la normativa socio laboral, además de orientar la actuación inspectora hacia el impulso del empleo de calidad como objetivo. De los 6 objetivos que componen este eje, las actuaciones en materia de igualdad y no discriminación aparecen contempladas de manera específica en el séptimo objetivo aunque esta materia impregna transversalmente todas las actuaciones de la ITSS.

El objetivo 7, rubricado “Mejorar la garantía de cumplimiento de la legislación en materia de igualdad y no discriminación” está compuesto a su vez por 5 líneas de actuación que establecen medidas específicas para hacer frente a situaciones discriminatorias en las empresas mediante su detección y prevención. Las líneas de actuación se explican en detalle a continuación.

- ❖ Línea 62: Igualdad y no discriminación; se prioriza la actividad programada en esta materia para colectivos vulnerables como las mujeres y se busca una mayor especialización funcional del personal inspector.

⁶⁶ El 19 de abril se publica en el BOE la Resolución de la Subsecretaría, a 11 de abril de 2018, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros del 6 de abril de 2018 que aprueba dicho Plan.

- ❖ Línea 63: Igualdad de género; se pretende el lanzamiento de campañas específicas que abarquen las materias de Planes de igualdad –vigilancia del cumplimiento de la obligación de elaborarlo y aplicarlo- y acoso sexual y por razón de sexo –verificar el cumplimiento de la obligación de elaborar protocolos de prevención- y cualquier campaña que tenga un enfoque de género.
- ❖ Línea 64: Brecha salarial; se pretende reforzar la supervisión de la brecha salarial mediante el establecimiento de sistemas de detección basados en nuevos criterios de selección de empresas y diseñar acciones de formación específicas que logren ampliar los conocimientos en esta materia.
- ❖ Línea 65: Discriminación en la negociación colectiva; se pretende monitorizar la negociación colectiva mediante la aplicación de campañas específicas para detectar, previa publicación de los convenios colectivos, la existencia de cláusulas discriminatorias y elaborar informes anuales que recojan los resultados de las mismas.
- ❖ Línea 66: Conciliación de la vida familiar y laboral. Se pretende garantizar el cumplimiento efectivo de la normativa en esta materia mediante el diseño y aplicación de campañas específicas –centradas en el disfrute de permisos de maternidad y paternidad- con posibles cruces de datos que faciliten la programación de actuaciones.

Debido a que todavía no ha sido publicado el informe correspondiente a la actuación inspectora llevada a cabo en 2018, no podemos analizar si la aplicación de este nuevo plan, que pretende introducir mejoras en las diferentes materias relativas a discriminación por razón de género, está suponiendo un avance positivo.

IV. Conclusiones

La discriminación por razón de género en el ámbito laboral sigue siendo una problemática no resuelta. Y ello pese a las leyes y sus reformas, todas ellas dirigidas a hacer efectivo el principio de igualdad efectiva entre hombres y mujeres en el ámbito laboral, como se ha podido comprobar en nuestro estudio. Ejemplo de lo que se acaba de señalar, son las últimas reformas que modifican la regulación de los Planes de Igualdad, con el objetivo de ampliar a muchas más empresas su obligatoriedad y con ello hacer efectiva la igualdad. Así como las reformas en materia de derechos de conciliación fortaleciendo el principio de corresponsabilidad, entre otras medidas. No es suficiente con lograr una igualdad formal sino que debe seguirse implantando medidas encaminadas a la igualdad real.

En dicha tarea, es sumamente importante la labor de la ITSS. En mi opinión, por dos motivos. En primer lugar, porque, para realizar sus funciones, puede acceder a las empresas y obtener información y, en su caso, sancionar los incumplimientos advertidos. En segundo lugar, por su importante función de prevención contra estos comportamientos o hechos discriminatorios. Las medidas preventivo-cautelares se tienden a aplicar de manera preferente frente a las sancionadoras.

Las actuaciones inspectoras, aunque pueden ser derivadas de denuncias – actividad rogada-, la mayor parte de ellas se incluyen dentro de la actividad programada ya que es la propia ITSS la que decide en qué empresas actuar en función de determinados criterios de selección. En este sentido, es adecuado el hincapié que se está poniendo en la actividad planificada o rogada, aumentando el número y la efectividad de las actuaciones, como forma de prevenir este tipo de conductas. Pero se debería estudiar cómo potenciar la denuncia por parte de las víctimas de discriminación, pues existen materias concretas en las que planificar una actuación es muy complicado. Este es el caso de las conductas de acoso sexual o por razón de sexo, acciones llevadas a cabo generalmente en la clandestinidad, lo cual dificulta sobremanera su detección.

Aunque a lo largo de los años hayan aumentado las actuaciones de la ITSS (como muestran los informes), si se compara con el total teniendo en cuenta todas las materias inspeccionadas, el porcentaje que suponen las actuaciones para detectar y prevenir conductas discriminatorias por razón de género es ínfimo. A diferencia de otras actuaciones de la inspección, pueden citarse como causas que expliquen la menor actuación inspectora en nuestra materia, disponer de menos de recursos para tales

actuaciones por parte de la ITSS, la falta de denuncias y la necesidad de una formación que permita una mayor especialización del personal inspector en esta materia.

Considero, por tanto, que se debería ampliar la dotación de recursos a este organismo, favorecer y facilitar la interposición de denuncias por parte de aquellas personas víctimas de un trato discriminatorio mediante la aplicación de protocolos específicos en las empresas y fomentando la formación en este aspecto. Existe una clara desinformación tanto de las acciones que puede llevar a cabo una persona que ha sufrido una situación de discriminación, así como reticencia a denunciar por miedo a posibles represalias.

Por otro lado, se debe valorar positivamente el último Plan de actuaciones para el período 2018-2020 que pretende introducir mejoras para corregir algunos de los aspectos previamente mencionados. Este Plan busca conseguir una mayor formación de los inspectores en gran parte de las materias relacionadas con la discriminación por razón de género, dotando así de mayor eficacia a sus actuaciones, el desarrollo de campañas específicas y un aumento de la actividad programada.

Cabe destacar también la campaña específica que se puso en marcha en 2009 para luchar contra la discriminación retributiva en el ámbito laboral que está teniendo unos resultados positivos, por lo que es interesante que se mantenga con carácter de campaña permanente.

En definitiva, los poderes públicos tienen que tener un compromiso muy claro con esta materia: el legislativo elaborando buenas leyes que permitan alcanzar la igualdad efectiva y faciliten las denuncias; el judicial mediante la aplicación de la normativa antidiscriminatoria por los jueces en esta dirección; y el ejecutivo y en concreto, la Administración Laboral. Esta se encarga de la vigilancia y control del cumplimiento de la normativa laboral pero, para su correcto desarrollo, es necesario dotarla de más recursos y proporcionar una formación más especializada sobre la materia, para que no dependa del compromiso personal de cada inspector la eliminación de la discriminación por razón de género en el ámbito laboral.

V. Bibliografía

- AAVV (dir. González Martín, A.) (2010). *El plan de igualdad y la responsabilidad social de la empresa*. Valladolid: ed. Lex Nova.
- AAVV (dir. García Murcia, J.) (2016). *La inspección de trabajo: regulación española y perspectiva internacional*. Navarra: ed. Aranzadi.
- AAVV (dir. Romero Burillo, A. M., & Rodríguez Orgaz, C.) (2018). *Trabajo, género e igualdad*. Pamplona: ed. Aranzadi.
- Albiol Montesinos, I. (2007). *Los aspectos laborales de la Ley de Igualdad*. Valencia: ed. Tirant lo blanch.
- Balaguer Callejón, M. (2010). *Igualdad y Constitución española*. Madrid: ed. Tecnos .
- Ballester Pastor, M. A. (2017). *Retos y perspectivas de la discriminación laboral por razón de género*. Valencia: ed. Tirant lo blanch.
- Crespo Martínez, I., & Oñate Rubalcaba, P. (2015). *El mainstreaming de género en España*. Valencia: ed. Tirant lo Blanch.
- Fernández López, M. F. (2008). *La tutela laboral frente a la discriminación por razón de género*. Madrid: ed. LA LEY.
- Fernández Orrico, F. J. (2015). El sistema de inspección se renueva: Ley 23/2015, de 21 de julio. *CEF-Revista de Trabajo y Seguridad Social*, 389-390, 112.
- García Ninet, J. I. (2007). *Comentarios a la Ley de igualdad : Ley Orgánica 3-2007, de 22 de marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*. Valencia: ed. CISS.
- García-Perrote Escartín, I., & Mercader Uguina , J. R. (2018). Plan estratégico de la inspección de trabajo y seguridad social para el período 2018-2020: respuesta para nuevas realidades. *Revista de información Laboral num. 5/2018 para Editorial*, 1.
- Lousada Arochena, J. F. (2007). *Ley de igualdad y contrato de trabajo : modificaciones del Estatuto de los Trabajadores, Seguridad Social, infracciones y sanciones, prevención de riesgos y procedimiento laboral*. Madrid: ed. Francis Lefebvre.

Lousada Arochena, J. F. (2014). *El derecho fundamental a la igualdad efectiva de mujeres y hombres*. Valencia: ed. Tirant lo blanch.

Martín Valverde, A., Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, F., & García Murcia, J. (2018). *Manuel de Derecho del Trabajo*. Madrid: ed. Tecnos.

Menéndez Sebastián, E. M. (2012). *La administración promotora de la igualdad de género*. Valencia: ed. Tirant lo Blanch.

Merino Segovia, A. (2009). *Igualdad de género, empresa y responsabilidad social*. Albacete: ed. Bomarzo.

Murcia Clavería, A. (2008). "La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres: un hito legislativo en la consecución de la igualdad real entre mujeres y hombres en el derecho español". Documentación laboral Nº 82, p. 11-46.

Pérez-Ugena Coromina, M. (2015). *Igualdad entre mujeres y hombres: instrumentos jurídicos y régimen de garantías*. Granada: ed. Comares.

Poquet Catalá, R. (2011). *La actual configuración del poder disciplinario empresarial*. Valencia: ed. Tirant lo blanch.

Webgrafía

Instituto de la mujer. (s.f.). Recuperado el 2 de Febrero de 2019, de Instituto de la mujer:
<https://bit.ly/1ESBHWF>

Ministerio de Trabajo, migraciones y seguridad social: Inspección de Trabajo y Seguridad Social. (s.f.). Recuperado el 4 de Marzo de 2019, de Ministerio de Trabajo, migraciones y seguridad social: Inspección de Trabajo y Seguridad Social:
<https://bit.ly/2VCgO1o>

Ministerio de Trabajo, migraciones y seguridad social: Inspección de Trabajo y Seguridad Social. (s.f.). Recuperado el 4 de Marzo de 2019, de Ministerio de Trabajo, migraciones y seguridad social: Inspección de Trabajo y Seguridad Social:
<https://bit.ly/2VGUjsf>

Ministerio de Trabajo, migraciones y seguridad social: Inspección de Trabajo y Seguridad Social. (s.f.). Recuperado el 4 de Marzo de 2019, de Ministerio de Trabajo, migraciones y seguridad social: Inspección de Trabajo y Seguridad Social: <https://bit.ly/2Ev5PQh>

Ministerio de Trabajo, migraciones y seguridad social: Inspección de Trabajo y Seguridad Social. (26 de junio de 2009). Recuperado el 28 de mayo de 2019, de Ministerio de Trabajo, migraciones y seguridad social: Inspección de Trabajo y Seguridad Social: <https://bit.ly/2Qu9CTp>

Ministerio de Trabajo, migraciones y seguridad social: Inspección de Trabajo y Seguridad Social. (s.f.). Recuperado el 28 de mayo de 2019, de Ministerio de Trabajo, migraciones y seguridad social: Inspección de Trabajo y Seguridad Social: <https://bit.ly/2JLbJls>

Organización Internacional del Trabajo . (s.f.). Recuperado el 26 de Febrero de 2019, de Organización Internacional del Trabajo : <https://bit.ly/2xEYQ3Z>

VI. Anexo: Cuestionario al Inspector de Trabajo y Seguridad Social Gonzalo Merino

1. ¿Qué tipos de actuaciones lleva a cabo la ITSS en materia de discriminación por razón de género? ¿Con cuál se consigue una mayor efectividad?

Diferenciamos dos tipos de actuaciones: rogada y programada o planificada. La más habitual es la actividad programa, la cual está basada en indicios entre los que se encuentran el volumen de la empresa, cotización a la Seguridad Social o indicios de discriminación. La actividad rogada se produce con menor frecuencia y es aquella derivada de denuncias tanto personales como sindicales.

2. En cuanto a la actividad planificada o programada desarrollada por la ITSS y que ha adquirido importancia en los últimos años, ¿cuáles son los criterios para determinar los sectores, empresas y actividades a inspeccionar en materia de discriminación por razón de género?

Para su determinación se tienen en cuenta elementos como la temporalidad, parcialidad de la jornada, cotización y retribución. Siempre estudiando las diferencias entre mujeres y hombres en cada uno de estos elementos, es decir, predominio de un sexo en una u otra. También se tendrían en cuenta aquellas ocupaciones en las que predominan mujeres u hombres.

3. Dentro de la discriminación por razón de género, podemos diferenciar diferentes tipos que derivan en diferentes líneas de actuación: discriminación retributiva, en la negociación colectiva, acoso sexual y por razón de sexo, discriminación en los derechos de conciliación. Por su experiencia, ¿En cuál se detectan más incumplimientos? ¿Por qué?

Dentro del acoso sexual y por razón de sexo, la actividad suele ser más rogada ya que resulta complicado prevenir este tipo de conductas discriminatorias. Se suelen ayudar del apoyo informático en las empresas.

La discriminación en los convenios colectivos se evita y corrige mediante la revisión de los convenios colectivos provinciales elaborando un informe sobre si contienen o no cláusulas discriminatorias.

La discriminación en relación a los derechos de conciliación supone un gran problema en las empresas pequeñas porque, si llega un momento en el que todos quieren reducir la jornada, sería el empresario el que cargaría con toda la política de conciliación resultando en un perjuicio económico importante. En las

empresas grandes al haber suficientes empleados como para cubrir dichas ausencias, no existiría un problema.

La discriminación retributiva es la más difícil de detectar aunque en la que disponen de un mayor número de instrumentos objetivos para acreditar su existencia. Algunos de los indicios a tener en cuenta es la parcialidad, que haya más mujeres a tiempo parcial en la empresa que hombres, o que haya más hombres que mujeres ocupando puestos directivos. Salvo en las empresas importantes, por regla general, existen sistemas de clasificación por grupos muy amplios lo que permite un mayor margen de maniobra para mover a los empleados favoreciendo así situaciones de discriminación retributiva. Ejemplos de empresas en las que se suele producir discriminación retributiva son aquellas dedicadas al telemarketing, en las que el perfil trabajador que predomina son mujeres jóvenes. En FASA también existe este tipo de discriminación basada en la connivencia de la representación sindical que sólo protege a los trabajadores de puestos más altos –los que menos lo necesitan- dejando desprotegidos y vulnerables a los trabajadores de nuevo ingreso.

- 4. Como forma de proteger a los trabajadores evitando que se produzcan estas situaciones discriminatorias, ¿se han desarrollado planes preventivos? En caso afirmativo; ¿en qué consistió? ¿áreas de enfoque? ¿método de actuación? ¿resultados? ¿información relevante?**

El Plan preventivo es un todo dentro de la actividad programada por lo que no se puede hablar de ello por separado.

- 5. ¿Qué campañas específicas en materia de acoso sexual y por razón de sexo estáis desarrollando actualmente?**

En materia de acoso sexual y acoso por razón de sexo, como ya se ha señalado, la actividad suele ser rogada siendo difícil definir medidas específicas.

- 6. Recientemente se ha aprobado un RDL que modifica la LOI y la LISOS en materia de planes de igualdad. ¿Cómo estáis afrontándolo?**

Se ha producido una modificación en el tipo de empresas a inspeccionar. En este sentido, es la Comisión Territorial la que marca los planes de actuación y se compromete a inspeccionar un determinado número de empresas dentro de cada sector. No obstante, aunque no esté dentro de lo marcado por la Comisión Territorial se pueden inspeccionar otra empresas que la Dirección Territorial organice.

7. Si pudiera introducir alguna mejora a los planes que se están desarrollando actualmente, ¿qué cree que merece una mayor atención o qué aspectos no han sido tenidos en cuenta?

Sería necesario un mayor compromiso por parte de los que intervienen y, en especial, de los sindicatos. El problema es que los sindicatos han organizado la representación de las mujeres desde arriba pero no se han preocupado desde abajo. El resultado de esto es que las mujeres salen desfavorecidas y los sindicatos como UGT y COO pierden en aquellos sectores donde hay más mujeres. Actualmente el prototipo de representante de los sindicatos es un hombre y esto está ofreciendo resistencia al cambio.