

LOS PRINCIPALES MECANISMOS DE TUTELA FRENTE A LA DISCRIMINACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO LABORAL

*THE MAIN PROTECTION MECHANISMS AGAINST
DISCRIMINATION IN THE LABOR LEGAL SYSTEM*

RICARDO PEDRO RON LATAS

Profesor Titular. Universidade da Coruña

Magistrado suplente (Sala de lo Social) del TSJ de Galicia

Fecha envío: 07/02/2022

Fecha aceptación: 28/02/2022

SUMARIO: 1. LA PROSCRIPCIÓN DE DISCRIMINACIÓN EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO LABORAL. 2. LA LABOR DE LOS NEGOCIADORES SOCIALES EN LA MATERIA. 3. LA ACTUACIÓN DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL. 4. LA TUTELA EN LA LEY REGULADORA DE LA JURISDICCIÓN SOCIAL. 4.1. La inversión de la carga de la prueba. 4.2. El informe de expertos. 4.3. La modalidad procesal de tutela. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: La discriminación encuentra en nuestro ordenamiento jurídico-laboral un amplio abanico de normas proscribiéndola, y los mecanismos necesarios para hacer efectiva esa prohibición son múltiples y variados. Así, existen tanto procedimientos judiciales como extrajudiciales instaurados con la finalidad exigir el cumplimiento de tales obligaciones normativas. Entre estos últimos merecen especial atención los convenios colectivos y la Inspección de Trabajo. Por lo que se refiere al ámbito judicial, la normativa adjetiva laboral contiene un específico procedimiento judicial de tutela, así como artifi-

cios procesales creados con el fin de imponer un régimen probatorio favorable a la parte demandante.

ABSTRACT: Discrimination finds in our legal-labour system a wide range of regulations proscribing it, and the mechanisms necessary to make this prohibition effective are multiple and varied. Thus, there are both judicial and extrajudicial procedures established in order to demand compliance with such regulatory obligations. Among the latter, collective agreements and the Labour Inspection deserve special attention. With regard to the judicial sphere, the adjective labor regulations contain a specific legal guardianship procedure, as well as procedural devices created in order to impose a favorable evidentiary regime on the plaintiff.

PALABRAS CLAVE: Discriminación, convenios colectivos, inspección de trabajo, proceso laboral, tutela judicial efectiva, carga de la prueba.

KEYWORDS: Discrimination, collective agreements, labour inspection, labour process, effective legal remedies, burden of proof.

1. LA PROSCRIPCIÓN DE DISCRIMINACIÓN EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO LABORAL

Como es sabido, la discriminación encuentra en nuestro ordenamiento jurídico un amplio abanico de normas proscribiéndola. Obviamente, el referente en la materia resulta ser nuestra Carta Magna, si bien la misma sólo utiliza el término en dos ocasiones. La primera en el Capítulo 2º de su Título I, relativo a “derechos y libertades”, señalando que “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”. Es cierto que, si leída apresuradamente, su sintaxis no se revela especialmente afortunada, ya que su análisis gramatical no permite apreciar de manera evidente que igualdad y discriminación son términos jurídicamente heterónomos. Así, no es de extrañar que el Tribunal Constitucional en una primera etapa haya interpretado “el art. 14 CE en clave unitaria, identificando igualdad y no discriminación como entidades inescindibles e incluso intercambiables y haciendo caso omiso a la colocación de una coma entre ambos postulados”¹, no siendo “hasta 1991 cuando el TC por primera vez ofrece una nítida visión dual del art. 14 CE, cuando advierte que la alegación de vulneración del derecho a no ser discriminado no es correcta en tanto no se base en alguno de los criterios (nacimiento, raza, sexo, religión, etc.) expresamente prohibidos por el art 14 CE de modo que lo que verdaderamente puede estar en entredicho es el derecho a la igualdad de trato”².

En la actualidad, la doctrina utiliza como elemento real de distinción conceptual entre la igualdad y la prohibición de discriminación las causas que originan la exigencia de defensa de uno u otro derecho. De este modo, “la causa de la igualdad o la desigualdad ... dependerá por tanto de los caracteres esenciales o no esenciales que deben ser tomados en consideración para evaluar la existencia de una manifiesta desigualdad justa o injusta, lo que exige, en todo caso, la puesta en práctica de juicios de valor ...; por el contrario, una diferencia de trato será discriminatoria solo cuando los sujetos preteridos, excluidos

1 DOMÍNGUEZ MORALES, A., *La vinculación de la negociación colectiva con la igualdad y la no discriminación*, Tesis doctoral (Sevilla, 2017), pág. 57, localizable en <https://idus.us.es>.

2 DOMÍNGUEZ MORALES, A., *La vinculación de la negociación colectiva con la igualdad y la no discriminación*, Tesis doctoral (Sevilla, 2017), pág. 60, localizable en <https://idus.us.es>.

o peor tratados reúnan un rasgo personal o social estigmatizante, que se convierte en circunstancia de segregación con el paso del tiempo y contraviene la esencialidad de la persona o su dignidad ..., sin que sea preciso aplicar ningún juicio de valor al presumirse negativo cuando el factor de discriminación ya se encuentra plenamente consagrado a pesar de que la discriminación así definida se concibe como un fenómeno social antes que jurídico”³.

La jurisprudencia constitucional, por su parte, entiende a día de hoy (por ejemplo, en STCo 128/1987, de 16 de julio), de acuerdo con la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 2017⁴, que “el art. 14 CE contiene dos normas diferenciadas. La primera, enunciada en el inciso inicial, prescribe la igualdad ante la ley y en la aplicación de la ley (o de otras disposiciones jurídicas) por parte de los poderes públicos. La segunda norma del art. 14 CE, que se extiende al ámbito de las relaciones entre particulares, establece la prohibición de discriminaciones, ordenando la eliminación de las conductas discriminatorias en función del carácter particularmente rechazable de los motivos de diferenciación que las inspiran. Estos motivos son los específicamente enunciados en el art. 14 CE ... y los que deban ser incluidos en la cláusula genérica final («cualquier otra condición o circunstancia personal o social») ... [, y] la cláusula final del art. 14 CE no comprende cualquier tipo de condición o circunstancia de los individuos o de los grupos sociales, pues en ese caso la prohibición de discriminación se confundiría con el principio de igualdad de trato afirmado de forma absoluta. Los factores de diferenciación comprendidos en ella son aquellas condiciones o circunstancias que históricamente han estado ligadas a formas de opresión o de segregación de determinados grupos de personas. En los términos de STC 166/1988, se trata de «determinadas diferenciaciones históricamente muy arraigadas» que han situado a «sectores de la población en posiciones no sólo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10 CE»”.

Esta distinción no resulta en absoluto baladí. No debe olvidarse que la propia CE remarca en su art. 53.1 que “Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos”, y además que “sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a)”;

o lo que es lo mismo, el Tribunal Constitucional es el competente para conocer: “b) Del recurso de amparo por violación de los derechos y libertades referidos en el artículo 53, 2, de esta Constitución, en los casos y formas que la ley establezca”. Por su parte, cualquier ciudadano “podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo

.....

3 DOMÍNGUEZ MORALES, A., *La vinculación de la negociación colectiva con la igualdad y la no discriminación*, Tesis doctoral (Sevilla, 2017), pág. 68, localizable en <https://idus.us.es>.

4 Rec. núm. 1326/2015.

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”.

La segunda de las referencias anunciadas se ubica en el art. 35.1 de la CE, donde se señala 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”. Lógicamente la trascendencia judicial del precepto no se asemeja a la del art. 14 que hemos indicado, por cuanto que “el reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen”⁵.

La normativa común laboral, por su parte, también contiene múltiples referencias a la prohibición de discriminación. Y ello, ya se trate de normas sustantivas, ya se trate de normas adjetivas. Entre las estrictamente materiales la norma social por antonomasia, el ET, utiliza el término “discriminación” (o cualquiera de sus derivados semánticos) hasta en una veintena de ocasiones. Entre ellas merece ser destacada (¡cómo no!) la expresa prohibición de discriminación que, entre los derechos laborales de los trabajadores, se contiene en el art. 4 de la norma estatutaria, señalando como derechos de los trabajadores, entre otros, “A no ser discriminados directa o indirectamente para el empleo, o una vez empleados, por razones de sexo, estado civil, edad dentro de los límites marcados por esta ley, origen racial o étnico, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, afiliación o no a un sindicato, así como por razón de lengua, dentro del Estado español. Tampoco podrán ser discriminados por razón de discapacidad, siempre que se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate” (art. 4.2.c)]. Resulta curioso (y sin duda criticable), en cualquier caso, que la norma estime como simple derecho de los trabajadores el de la no discriminación, cuando el mismo debiera aparecer entre los “básicos” del número 1 del precepto.

Sea como fuere, lo cierto es que la norma estatutaria laboral presta especial atención a la prohibición de discriminación en las relaciones laborales, dedicando un amplísimo precepto —su art. 17—, en su sección relativa a “derechos y deberes derivados del contrato”, precisamente a la “No discriminación en las relaciones laborales”, aunque lo cierto es que en él la norma se ocupa de más cuestiones. Así, su art. 17 dedica varios de sus apartados

.....
5 Art. 53.3 CE.

a: 1) señalar como “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 desfavorables por razón de edad o discapacidad o a situaciones de discriminación directa o indirecta por razón de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación o condición sexual, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con personas pertenecientes a o relacionadas con la empresa y lengua dentro del Estado español”⁶; y 2) habilitar a los negociadores colectivos a “establecer medidas de acción positiva para favorecer el acceso de las mujeres a todas las profesiones”⁷.

Más allá de esa concreta, amplia y omnicomprensiva (esta última como simple propósito legislativo) regulación, el ET continúa ahondando, de manera claramente redundante en la prohibición de discriminación, haciendo expresa mención de la misma en sus preceptos relativos a la nulidad del contrato de trabajo⁸, al contrato a tiempo parcial⁹, el sistema de clasificación profesional¹⁰, promoción y formación profesional en el trabajo¹¹, ascensos¹², igualdad de remuneración por razón de sexo¹³, adaptación

6 Art. 17.1, que además sigue señalando que “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”.

7 Art. 17.4. Asimismo, continúa el precepto, “la negociación colectiva podrá establecer este tipo de medidas en las condiciones de clasificación profesional, promoción y formación, de modo que, en igualdad de condiciones de idoneidad, tengan preferencia las personas del sexo menos representado para favorecer su acceso al grupo profesional o puesto de trabajo de que se trate”.

8 “En caso de nulidad por discriminación salarial por razón de sexo, el trabajador tendrá derecho a la retribución correspondiente al trabajo igual o de igual valor” (art. 9.3). Obviamente, aunque la norma no lo indique, se trataría de una nulidad parcial del contrato de trabajo.

9 “Las personas trabajadoras a tiempo parcial tendrán los mismos derechos que los trabajadores a tiempo completo. Cuando corresponda en atención a su naturaleza, tales derechos serán reconocidos en las disposiciones legales y reglamentarias y en los convenios colectivos de manera proporcional, en función del tiempo trabajado, debiendo garantizarse en todo caso la ausencia de discriminación, tanto directa como indirecta, entre mujeres y hombres” (art. 12.4.d)].

10 “La definición de los grupos profesionales se ajustará a criterios y sistemas que, basados en un análisis correlacional entre sesgos de género, puestos de trabajo, criterios de encuadramiento y retribuciones, tengan como objeto garantizar la ausencia de discriminación, tanto directa como indirecta, entre mujeres y hombres. Estos criterios y sistemas, en todo caso, cumplirán con lo previsto en el artículo 28.1” (art. 22.3).

11 “En la negociación colectiva se pactarán los términos del ejercicio de estos derechos, que se acomodarán a criterios y sistemas que garanticen la ausencia de discriminación, tanto directa como indirecta, entre trabajadores de uno y otro sexo” (art. 23.2).

12 “Los ascensos y la promoción profesional en la empresa se ajustarán a criterios y sistemas que tengan como objetivo garantizar la ausencia de discriminación, tanto directa como indirecta, entre mujeres y hombres, pudiendo establecerse medidas de acción positiva dirigidas a eliminar o compensar situaciones de discriminación” (art. 24.2).

13 “1. El empresario está obligado a pagar por la prestación de un trabajo de igual valor la misma retribución, satisfecha directa o indirectamente, y cualquiera que sea la naturaleza de la misma, salarial o extrasalarial, sin que pueda producirse discriminación alguna por razón de sexo en ninguno de los elementos o condiciones de aquella. Un trabajo tendrá igual valor que otro cuando la naturaleza de las funciones o tareas efectivamente encomendadas, las condiciones educativas, profesionales o de formación exigidas para su ejercicio, los factores estrictamente relacionados con su desempeño y las condiciones laborales en las que dichas actividades se llevan a cabo en realidad sean equivalentes. 2. El empresario está obligado a llevar un registro con los valores medios de los salarios, los comple-

de jornada para hacer efectivo el derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral¹⁴, etc.

Las normas internacionales, en particular aquellas contenidas en tratados internacionales válidamente celebrados —ya que los mismos una vez publicados oficialmente en España forman parte de nuestro ordenamiento interno¹⁵—, merecen igualmente una especial atención, ya no solo por el hecho de que (como se acaba de indicar) las mismas pueden formar parte de nuestro ordenamiento jurídico-laboral, sino también porque la propia CE ordena que “las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”¹⁶.

De entre esa amplia panoplia de tratados y acuerdos, merece especialmente nuestra atención, lógicamente, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, cuyo art. 2 proclama abiertamente el principio de no discriminación y de igualdad ante la ley¹⁷, luego reiterado en su art. 7¹⁸. Y decimos que merece toda nuestra atención porque, al margen de otros intentos más o menos afortunados¹⁹, con ella se inicia una imparable cascada de instrumentos normativos internacionales relativos a la prohibición expresa de tratamiento diferenciado²⁰. Y es que, resulta que la igualdad en la ley “aportó el peldaño teórico necesario para la construcción, después de la Segunda Guerra Mundial, de una prohibición

.....

mentos salariales y las percepciones extrasalariales de su plantilla, desagregados por sexo y distribuidos por grupos profesionales, categorías profesionales o puestos de trabajo iguales o de igual valor. Las personas trabajadoras tienen derecho a acceder, a través de la representación legal de los trabajadores en la empresa, al registro salarial de su empresa. 3. Cuando en una empresa con al menos cincuenta trabajadores, el promedio de las retribuciones a los trabajadores de un sexo sea superior a los del otro en un veinticinco por ciento o más, tomando el conjunto de la masa salarial o la media de las percepciones satisfechas, el empresario deberá incluir en el Registro salarial una justificación de que dicha diferencia responde a motivos no relacionados con el sexo de las personas trabajadoras” (art. 28).

14 “En la negociación colectiva se pactarán los términos de su ejercicio, que se acomodarán a criterios y sistemas que garanticen la ausencia de discriminación, tanto directa como indirecta, entre personas trabajadoras de uno y otro sexo” (art. 34.8).

15 Cfr. Art. 96.1 CE.

16 Art. 10.2 CE.

17 “Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía”.

18 “Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación”.

19 Sobre los mismos, véase LOUSADA AROCHENA, J.F., *El enjuiciamiento de género*, Dykinson (Madrid, 2020), págs. 27 y ss.

20 Con relación al ámbito internacional, puede verse, entre otros muchos estudios, BAYEFESKY, A.F., “The Principle of Equality or Non-Discrimination in International Law”, en *Human Rights Law Journal*, Vol. 11, n.º. 1-2, 1990, págs. 1 y ss.; WEIWEI, L., “Equality and Non-Discrimination Under International Human Rights Law”, localizable en <https://www.jus.uio.no>; o VIJAPUR, A.P., “The Principle of NonDiscrimination in International Human Rights Law: The Meaning and Scope of the Concept”, localizable en <https://journals.sagepub.com>.

expresa de tratamiento diferenciado –incluso legislativo– por una serie de motivos –entre ellos el sexo– en relación con los derechos humanos reconocidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) y en los Pactos de Derechos Civiles y Políticos y Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), y, específicamente, en el Convenio 111 sobre discriminación en el empleo de la OIT (1958), en el Convenio sobre discriminación en la educación de la UNESCO (1960), y en el Convenio sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (1965)”²¹.

Por lo que se refiere ya más específicamente a Europa Occidental “el Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950) garantizó la igualdad en el goce de los derechos y libertades reconocidos en el mismo, sin distinción alguna en especial por –entre otras– razones de sexo. Inicialmente no se protegía la igualdad en derechos no reconocidos en el CEDH –como eran los derechos sociales–. La Carta Social Europea (1960), referida a los derechos sociales pero con menor fuerza vinculante, reconocía la igualdad retributiva sin distinción de sexo –artículo 4.3–, pero, por las rémoras propias de la época, prohibía –en su artículo 8.4.d)– el empleo de la mano de obra femenina en trabajos subterráneos en las mismas y en aquellos peligrosos, malsanos o penosos”²².

Esa construcción de la no discriminación, que obliga “a tratar igual a todas las personas, y, de admitirse alguna excepción, su justificación se sujeta a enjuiciamiento muy estricto”²³, se traduce finalmente en un auténtico derecho humano fundamental a no ser discriminado que –por ejemplo, en lo relativo al sexo– se concreta en la prohibición de discriminaciones y el mandato de acciones positivas y la licitud de ciertos regímenes de cuotas²⁴. Curiosamente, se trata de una tradicional construcción jurídica que en su momento fue recogida de manera tímida (por no decir, descuidada) por el legislador comunitario, que se limitó a establecer la igualdad de retribución “sin discriminación por razón de sexo” en el art. 119 del Tratado de Roma de 1957²⁵. Y no resulta ser esta, la del tratamiento de la Unión Europea sobre el derecho a la no discriminación, una particularidad que no debe ser pasada por alto, habida cuenta el hecho de que “la propia jerarquía normativa aplicable en nuestro derecho a partir de la entrada de España en la UE. El Derecho de la UE en materia antidiscriminatoria es de obligatoria aplicación por parte

21 LOUSADA AROCEHA, J.F., *El derecho fundamental a la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Tirant lo Blanch (Valencia, 2014), pág. 43.

22 LOUSADA AROCEHA, J.F., *El derecho fundamental a la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Tirant lo Blanch (Valencia, 2014), pág. 44.

23 LOUSADA AROCEHA, J.F., *El derecho fundamental a la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Tirant lo Blanch (Valencia, 2014), pág. 45.

24 Cfr. REY MARTÍNEZ, F., *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, McGraw-Hill Interamericana de España (Madrid, 1995), pág. 110.

25 Sobre el mismo, y su antecedente inmediato, el Tratado de la CECA de 1951, véase CERDÁ MARTÍNEZ-PUJALTE, C.M., “Los principios constitucionales de igualdad de trato y de prohibición de la discriminación. Un intento de delimitación”, en *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, nº 50-51, 2005, págs. 200 y ss.

de los Tribunales de Justicia españoles, sin que tengan que esperar o solicitar su previa derogación por el legislador”²⁶.

Porque, en efecto, cuando los tribunales laborales españoles tengan dudas “acerca de la acomodación o no de la norma española al derecho de la UE los Tribunales de Justicia tienen la posibilidad de elevar al TJUE una cuestión prejudicial al respecto. Los jueces españoles tienen, pues, plena capacidad para dejar de aplicar una norma interna que consideren contraria al derecho de la UE o para plantear una cuestión prejudicial incluso cuando el Tribunal Constitucional español se haya pronunciado sobre la adecuación a la Constitución de dicha norma”²⁷. Y así, “la jurisprudencia del TJUE sobre las directivas antidiscriminatorias por razón de sexo ha aplicado rotundamente el principio de primacía del Derecho de la UE estableciendo la obligación del juez interno de sustituir la norma interna por la norma comunitaria incumplida”²⁸.

Pese a ello, lo cierto es que la normativa comunitaria acerca de la prohibición de discriminación no tuvo una verdadera construcción legal hasta las últimas décadas del siglo pasado. Que, por ejemplo, la OIT hubiese adoptado ya en el año 1958 su Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), no supuso motivación alguna al legislador comunitario para decidirse a abordar normativamente el problema. Hay que esperar hasta mediados de los años 70 del Siglo XX para encontrar las primeras (y verdaderas) manifestaciones normativas antidiscriminatorias europeas, que han “corrido de la mano de los programas sociales de la Comisión Europea y del activismo del Tribunal de Justicia. Los programas sociales de la Comisión Europea –el Primero de 1974 - han sido el germen de una importante normativa antidiscriminatoria por razón de sexo que, en una primera oleada –de 1975 a 1986-, se plasmó en las cinco directivas clásicas sobre igualdad de los sexos según la técnica legislativa de las «muñecas rusas» que permite la aplicación progresiva de las normas comunes acerca de la tutela de la igualdad a cada vez más ámbitos: igualdad retributiva, condiciones de trabajo, seguridad social pública y profesional, y trabajo autónomo”²⁹.

En cualquier caso, lo cierto es que la legislación comunitaria antidiscriminatoria resulta a día de hoy abrumadora. Empezando por el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 —que ha sufrido modificaciones y adiciones a través de diversos “Protocolos”—, cuyo art. 14 establece la prohibición de discriminación, y acabando con la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2000, que prohíbe la discriminación en su

.....

26 BALLESTER PASTOR, M.A., *Retos y perspectivas de la discriminación laboral por razón de género*, Tirant lo Blanch (Valencia, 2016), pág. 19.

27 BALLESTER PASTOR, M.A., *Retos y perspectivas de la discriminación laboral por razón de género*, Tirant lo Blanch (Valencia, 2016), pág. 19.

28 BALLESTER PASTOR, M.A., *Retos y perspectivas de la discriminación laboral por razón de género*, Tirant lo Blanch (Valencia, 2016), pág. 24.

29 LOUSADA AROCEHA, J.F., *El derecho fundamental a la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Tirant lo Blanch (Valencia, 2014), pág. 49.

art. 21, existe en el ámbito de la Unión Europea un amplio despliegue de instrumentos jurídicos, que se encuentran perfectamente sistematizados en el Manual de legislación europea contra la discriminación, publicado en 2010, y que encuentra una edición actualizada en 2018³⁰. Y todo ello está muy bien, sin duda, pero aquí lo que de verdad nos interesa son los instrumentos jurídicos con los que contamos con la finalidad de hacer efectivo ese amplio y extendido derecho a la no discriminación en el ámbito de las relaciones laborales.

Antes de entrar en ello, conviene hacer de nuevo una referencia a la legislación comunitaria. Porque, en el ámbito que nos ocupa, existe una Directiva que resulta especialmente relevante. Se trata de la Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación. Y decimos que resulta relevante porque su Título III, relativo a sus disposiciones horizontales, contiene una serie de lo que ella misma adjetiva como “recursos” en defensa de los derechos reconocidos en la misma, exigiendo a los Estados miembros velar “porque, tras el posible recurso a otras autoridades competentes, incluidos, cuando lo consideren oportuno, procedimientos de conciliación, existan procedimientos judiciales para exigir el cumplimiento de las obligaciones establecidas con arreglo a la presente Directiva en favor de toda persona que se considere perjudicada por la no aplicación, en lo que a ella se refiera, del principio de igualdad de trato, incluso tras la terminación de la relación en la que supuestamente se haya producido la discriminación”³¹. Del mismo modo, la norma impone a los Estados miembros introducir “en sus ordenamientos jurídicos nacionales las medidas necesarias para garantizar la indemnización o la reparación, según determinen los Estados miembros, real y efectiva del perjuicio sufrido por una persona a causa de una discriminación”³². Y eso es justo lo que vamos a tratar a partir de ahora, los mecanismos de exigibilidad y reparación existente en nuestro ordenamiento jurídico-laboral.

2. LA LABOR DE LOS NEGOCIADORES SOCIALES EN LA MATERIA

Aquí la primera línea de defensa la constituyen los convenios colectivos. Y dentro de ellos se puede hacer una doble distinción. Por un lado, nos encontramos con aquellas normas paccionadas que, de acuerdo con la normativa laboral, adecúan sus postula-



30 Localizable en <https://fra.europa.eu>, <https://op.europa.eu>, o en <https://www.inclusion.gob.es/oberaxe/ficheros/documentos/ManualLegislacionEuropeaContraDiscriminacion.pdf>.

31 Art. 17.1.

32 Art. 18.

dos a la concreta exigencia legal existente en materia de no discriminación. De otra parte, existen acuerdos colectivos que se ocupan de manera directa de instaurar ciertos recursos preventivos, de control o reparación de situaciones discriminatorias. Así, podemos distinguir el articulado convencional relativo a la no discriminación entre el necesario y el voluntario³³.

Entre ese contenido necesario, merece una especial atención el art. 85 del ET, ya que en el mismo se recoge (“sin perjuicio de la libertad de las partes para determinar el contenido de los convenios colectivos”³⁴) “el deber de negociar medidas dirigidas a promover la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el ámbito laboral o, en su caso, planes de igualdad con el alcance y contenido previsto en el capítulo III del título IV de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres”. Nos encontramos así con una fórmula ambivalente y relativamente confusa. En primer lugar, si se presta atención al contenido del precepto, este establece únicamente el “deber de negociar”, no de llegar a un acuerdo colectivo al respecto de las “medidas dirigidas a promover la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el ámbito laboral”. Por su parte, la expresión “en su caso” tiene que ver con lo dispuesto en el apartado 2 del art. 85 ET, que preceptúa (de nuevo “sin perjuicio de la libertad de contratación que se reconoce a las partes”) “el deber de negociar planes de igualdad en las empresas de más de doscientos cincuenta trabajadores”.

Y es que, a este respecto debe observarse que los tribunales laborales vienen concluyendo desde hace décadas que la obligación de negociar conforme a la buena fe no supone la obligación de llegar a un acuerdo³⁵. En estas ocasiones, el alcance de lo dispuesto colectivamente se agota cuando las partes han accedido a negociar de buena fe, sin que quepa confundir deber de negociar con deber de convenir. La redacción del precepto, pues, invita a entender que los negociadores sociales no se encuentran con la necesidad de acordar las medidas a las que se refiere la norma colectiva. No es esta, sin embargo, la hermenéutica del precepto que utiliza la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que viene concluyendo con relación a los planes de igualdad³⁶ que “una interpretación lógico-sistemática del cita-

.....

33 No obstante, según la doctrina “una práctica bastante habitual en la negociación colectiva es la de recoger cláusulas antidiscriminatorias generales que a veces refieren en exclusiva a igualdad por razón de sexo y, otras veces, son genéricas para toda forma de discriminación” (PÉREZ CAMPOS, A.I., “Igualdad y no discriminación en la negociación colectiva”, en *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, XLIII, 2010, pág. 146).

34 Art. 85.1, párr. 2º.

35 En efecto, el deber legal de negociar de buena fe debe interpretarse en el sentido de que “si bien el art. 89 del E.T., impone el deber de iniciar una negociación, cuando ésta sea procedente, imponiendo igualmente a las partes el deber de llevar a cabo esa negociación de buena fe, no significa, como esta Sala ha declarado reiteradamente, que exista un deber de llegar a alcanzar el acuerdo pretendido” (STS de 15 de septiembre de 2015 [Rec. núm. 218/2014]).

36 Utilizando como apoyo exegético lo dispuesto en los dos primeros números del artículo 45 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

do precepto nos muestra que es obligatoria la negociación del Plan de Igualdad en el supuesto de empresas de más de 250 trabajadores³⁷. En cambio, por lo que se refiere al resto de medidas dirigidas a promover la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el ámbito laboral, parece que en esta ocasión sí, los interlocutores sociales solo se encuentran obligados a negociarlos, pero no a convenirlos necesariamente. Así se desprende, además de lo dispuesto estatutariamente, del contenido del art. 45 de la Ley Orgánica 3/2007, cuyo apartado 5 establece que “la elaboración e implantación de planes de igualdad será voluntaria para las demás empresas, previa consulta a la representación legal de los trabajadores y trabajadoras”.

Este particular planteamiento jurídico da lugar necesariamente en la práctica a que “para unas empresas será obligatorio contener y aplicar todas estas medidas, mientras que en otras ni siquiera las van a contemplar”³⁸. A ello debe añadirse, además, la indeterminación conceptual del precepto estatutario, ya que con relación a las empresas de menos de 250 trabajadores estas simplemente deben negociar “medidas dirigidas a promover la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el ámbito laboral”, sin que sepamos a qué se refiere la norma, al no existir concreción alguna tampoco en la Ley Orgánica 3/2007. La única referencia concreta a tales medidas se contiene en el art. 48 de la norma orgánica, que exige a las empresas “promover condiciones de trabajo que eviten el acoso sexual y el acoso por razón de sexo y arbitrar procedimientos específicos para su prevención y para dar cauce a las denuncias o reclamaciones que puedan formular quienes hayan sido objeto del mismo”, y “con esta finalidad se podrán establecer medidas que deberán negociarse con los representantes de los trabajadores, tales como la elaboración y difusión de códigos de buenas prácticas, la realización de campañas informativas o acciones de formación”.

Así, no es de extrañar que la negociación colectiva haya recogido ese mandato legal, y se vengán incorporando a los convenios colectivos distinto clausulado relativo a medidas de prevención de acoso sexual y sexista, lo cual, según entienden algunos autores, resulta “una primera impresión bastante alentadora en relación con las medidas de prevención de acoso sexual y sexista, dada la aparición –sin duda a consecuencia de los mandatos obligatorios contenidos en el artículo 48 de la LOIEMH– de medidas antia-coso en numerosos convenios colectivos sectoriales estatales donde antes no existían o donde existían de una manera muy general”³⁹. En general, “la obligación establecida en el artículo 48 de la Ley de Igualdad se suele cumplir a través de la negociación colectiva,

37 STS de 9 de mayo de 2017 (Rec. núm. 85/2016).

38 AMAADACHOU KADDUR, F., *El contenido del convenio colectivo. Especial referencia al contenido mínimo legal necesario*, Tesis doctoral (Granada, 2014), pág. 221, localizable en <https://digibug.ugr.es>.

39 LOUSADA AROCHENA, J.F., “Acoso sexual y sexista en la negociación colectiva: el estado de la cuestión”, en *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, nº. 36, 2015, pág. 21.

incorporando el protocolo de actuación como parte del convenio colectivo, suscribiéndolo como anexo o como instrumento específico en virtud del compromiso asumido en el convenio”⁴⁰

Exceptuando, pues, todo lo relativo al acoso, la respuesta a la “invitación” normativa debe encontrarse en la negociación colectiva, y de ella resultan multitud de mecanismos de promoción, algunos de ellos directamente dirigidos a la proscripción de la discriminación en el ámbito de las relaciones laborales. Aquí la literatura jurídica al respecto resulta abrumadora, existiendo multitud de estudios acerca de la relación de simbiosis entre la negociación colectiva y la prohibición de discriminación⁴¹, de lo que se desprende una amplia panoplia de mecanismos convencionales antidiscriminación, entre otros, los relativos a materia retributiva, prevención de riesgos laborales, orientación sexual (e identidad de género), edad, discapacidad, enfermedad, apariencia física, origen racial o étnico, motivos religiosos y motivos sindicales⁴².

Aparentemente no sucede lo mismo en materia de infracciones y sanciones convencionales, habiendo advertido la doctrina que el “análisis de esta temática desde la perspectiva jurídico-laboral de la igualdad entre hombres y mujeres es estéril, y la búsqueda de previsiones convencionales específicas infructuosa”⁴³, ya que “no hay concreciones ciertas y directas relacionadas con el desigual trato que la empresa, en su dinámica laboral, dispensa a hombres y a mujeres, ni tampoco tipificación de actitudes que dañen otros derechos instrumentales relacionados con la igualdad, o con su puesta en valor: maternidad, paternidad, ejercicio de los derechos de conciliación de la vida familiar y laboral, etc.”⁴⁴. Advierte, sin embargo, esta misma doctrina que “más común ha sido común prever como falta laboral en el ámbito del convenio cualquier actuación discriminatoria que conlleve u ocasione un resultado lesivo al trabajador, cualquier conducta discriminatoria por motivos inconstitucionales”⁴⁵. No obstante, no puede afirmarse que se trate de una práctica habitual en la negociación colectiva española.

40 ORDÁS BERCIANO, E.D., “Los protocolos de acoso”, en BLÁZQUEZ AGUDO, E.M. (coord.), *La negociación colectiva como vehículo para la implantación efectiva de medidas de Igualdad*, Universidad Carlos III (Madrid, 2017), pág. 95.

41 Ya desde el temprano estudio de la CCNCC coordinado por LOUSADA AROCHENA, J.F., relativo a *El principio de igualdad en la negociación colectiva*, publicado en Madrid en 2008, la doctrina científica se ha venido preocupando de la relevancia de la Ley Orgánica 3/2007 en el ámbito de las relaciones laborales.

42 Mecanismos todos ellos estudiados con profundidad en SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. (dir.), *El principio de igualdad en la negociación colectiva*, MESS (Madrid, 2016), págs. 169 y ss., localizable en https://www.mites.gob.es/ficheros/ministerio/sec_trabajo/ccncc/B_Actuaciones/Estudios.

43 ARIAS DOMÍNGUEZ, A., “Procedimiento sancionador”, en SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. (dir.), *El principio de igualdad en la negociación colectiva*, MESS (Madrid, 2016), pág. 494.

44 ARIAS DOMÍNGUEZ, A., “Procedimiento sancionador”, en SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. (dir.), *El principio de igualdad en la negociación colectiva*, MESS (Madrid, 2016), pág. 495.

45 ARIAS DOMÍNGUEZ, A., “Procedimiento sancionador”, en SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. (dir.), *El principio de igualdad en la negociación colectiva*, MESS (Madrid, 2016), pág. 499.

III. LA ACTUACIÓN DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

Más allá de la protección convencional, se encuentra el recurso a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social⁴⁶. Así lo manifiesta de manera expresa la exposición de motivos de su norma reguladora: “La Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en cuanto servicio público encargado de la vigilancia y control de la normativa social, contribuye decisivamente a la preservación de los derechos de los trabajadores, que la legislación laboral consagra, y al sostenimiento del sistema de protección social, para lo que debe planificar adecuadamente su actividad de vigilancia y control, especialmente en aquellos ámbitos en los que existe una alta demanda de los ciudadanos, como son los relativos al régimen de contratación laboral, a la dualidad del mercado de trabajo, al acceso a puestos de trabajo y a la ejecución de la prestación laboral en condiciones de igualdad y no discriminación, al derecho a la seguridad y salud en el trabajo y a la garantía y pervivencia de un régimen público de Seguridad Social”⁴⁷.

Y así se reitera a lo largo de su articulado de cuatro maneras distintas: 1) estableciendo como objeto de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social ejercer la vigilancia del cumplimiento de las normas del orden social y exigir las responsabilidades pertinentes, entendiendo por normas del orden social, entre otras, “las relativas a materias laborales..., igualdad de trato y oportunidades y no discriminación en el empleo”⁴⁸; 2) instaurando como uno de los principios ordenadores del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social la “imparcialidad, objetividad e igualdad de trato y no discriminación en el ejercicio de la función inspectora”⁴⁹; 3) garantizando “la efectividad de los principios de igualdad de trato y no discriminación en el ejercicio de la actividad inspectora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social mediante una aplicación homogénea de la normativa del orden social”⁵⁰; y 4) señalando como cometidos de la función inspectora, entre otros, el de “vigilancia y exigencia del cumplimiento de las normas legales, reglamentarias y del contenido de los acuerdos y convenios colectivos, en [el ámbito de

46 Es de resaltar que “La Inspección de Trabajo nace en el seno del Instituto de Reformas Sociales, creado en 1903 con la misión de «preparar la legislación de trabajo en su más amplio sentido, cuidando de su ejecución, organizando para ello los necesarios servicios de inspección...»... [y] ya en las primeras Instrucciones dictadas a los Inspectores de Trabajo para el régimen y unidad del servicio en 1909 se observa la primera muestra de interés por la proporción de salarios o jornales de hombres y mujeres” (GARCÍA LOMBARDÍA, S., “El papel de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social ante la discriminación retributiva por razón de sexo: Un análisis a la luz del principio de transparencia”, en *Revista de Derecho UNED*, núm. 16, 2015, pág. 930).

47 Exposición de motivos II de la Ley 23/2015, de 21 de julio.

48 Art. 1.2 de la Ley 23/2015.

49 Art. 2.d) de la Ley 23/2015.

50 Art. 20.2 de la Ley 23/2015.

las] normas en materia de tutela y promoción de la igualdad de trato y oportunidades y no discriminación en el trabajo”.

La actuación de la Inspección de Trabajo en materia antidiscriminatoria no se acaba ahí. Tal y como recoge el Acuerdo del Consejo de Ministros de 6 de abril de 2018, por el que se aprueba el Plan Estratégico de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social para el período 2018-2020⁵¹, el Congreso de los Diputados, el 19 de septiembre de 2017, aprobó una Proposición no de Ley por la que insta al Gobierno a elaborar, en colaboración con las comunidades autónomas y los agentes sociales, una estrategia que incluya medidas normativas y planes de actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, y en cumplimiento de lo anterior se elaboró un Plan Estratégico de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social para el periodo 2018-2020, que contempla las prioridades del Ministerio de Empleo y Seguridad Social para ese período temporal, en el que se presta especial atención la actuación de la Inspección en materia de igualdad y no discriminación. Así, en dicho plan, entre sus objetivos estratégico se elabora el diseño de cuatro ejes⁵², que se estructuran en varios objetivos, y entre ellos “mejorar la garantía de cumplimiento de la legislación en materia de igualdad y no discriminación”⁵³, que se concreta en las siguientes actuaciones: 1) el establecimiento de sistemas de detección de la brecha salarial, el diseño de campañas con enfoque de género y la especialización funcional de funcionarios de los cuerpos de inspección en estas materias; 2) especialización funcional de inspectores de Trabajo y Seguridad Social en materia de igualdad, tanto en la relación laboral como en el acceso al empleo, priorizando actuaciones relativas a colectivos especialmente vulnerables, entre los cuales se encuentran mujeres, personas con discapacidad, e inmigrantes; 3) diseño de campañas específicas en materia de igualdad de género; 4) establecimiento de sistemas de detección de discriminación salarial por razón de género mediante nuevos procedimientos de selección de empresas que tengan en cuenta la información contenida en diversas fuentes de información; 5) diseño de acciones de formación específicas en materia de discriminación por razón de género; y 6) realización de campañas específicas, en colaboración con las Comunidades Autónomas y con la Dirección General de Empleo, que tengan por finalidad detectar, con carácter previo a la publicación de convenios colectivos, posibles cláusulas discriminatorias existentes en los mismos.

Posteriormente, el Consejo de Ministros en su reunión del día 16 de noviembre de 2021 adoptó un Acuerdo por el que se aprueba el Plan Estratégico de la Inspección

.....

51 Publicado en el BOE de 19 de abril de 2018, mediante Resolución de 11 de abril de 2018 de la Subsecretaría Ministerio Empleo y Seguridad Social.

52 Que afectan a: Eje 1: Actualización de la Organización y Funcionamiento. Eje 2: Calidad en el Servicio. Eje 3: Eficacia en la Actuación. Eje 4: Asistencia Técnica y Mediación.

53 Objetivo 7 del punto 4 de la Resolución de 11 de abril de 2018.

de Trabajo y Seguridad Social 2021-2023, publicado en el BOE de 3 de diciembre de 2021, mediante Resolución de 29 de noviembre de 2021, de la Secretaría de Estado de Empleo y Economía Social, por la que se publica el Acuerdo de Consejo de Ministros de 16 de noviembre de 2021, por el que se aprueba el Plan Estratégico de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social 2021-2023. En él se presta especial atención al acelerado progreso tecnológico, con la consiguiente necesidad de eliminar las brechas de género y avanzar hacia la igualdad efectiva de mujeres y hombres, lo que a su vez demanda una alta capacidad de respuesta y adaptación por parte de la Inspección. Y así, en su anexo se señala la actividad de la Inspección “puede favorecer de modo decisivo la implementación exitosa de políticas públicas que ayudarán a conseguir otros de los 17 Objetivos que plantea la Agenda 2030”, con especial atención “a la «Igualdad de Género» (ODS 5), por el papel central y determinante que asume la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en cuanto a evitar y perseguir discriminaciones por causa de género en el ámbito laboral, sean estas relativas al acceso, al salario, a las condiciones del puesto o a cualquier otro aspecto”.

No debe extrañar, pues, que ese mismo anexo añada que la finalidad del plan “busca atribuir a la ITSS un papel central como administración garante de la efectividad de los derechos sociales en su ámbito de gestión, en el marco de un proceso de reconstrucción económica y social del país y a la luz del compromiso del Gobierno con los Objetivos de Desarrollo Sostenible de la Agenda 2030, de modo muy especial los atinentes a conseguir trabajo decente para todos y todas y a la igualdad de género en el mundo del trabajo”. En consecuencia, el plan señala como objetivos estratégicos, entre otros, los siguientes: 1) Potenciar actuaciones sobre todas las materias competencia de la Inspección (laboral, empleo, Seguridad Social, seguridad y salud) en sectores de actividad afectados por condiciones de trabajo más precarias, teniendo en cuenta las experiencias ya realizadas en el sector agrario y sobre camareras de piso e incorporando perspectiva de género⁵⁴; 2) un procedimiento armonizado para la intervención de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en la investigación de enfermedades profesionales declaradas, que permita, no sólo la correcta identificación de sus causas y su origen, sino también el aprovechamiento epidemiológico de la información recogida durante la misma, con fines de planificación preventiva, en colaboración con dicho Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo y las autoridades sanitarias y laborales nacionales y autonómicas, siempre teniendo en cuenta la perspectiva de género⁵⁵; 3) proponer modificaciones que afectan al Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, que tendrán como objetivo la cobertura de lagunas en relación a los

.....

54 Cfr. Actuación 2.2.

55 Cfr. Actuación 2.5.

incumplimientos normativos en materia, por ejemplo, de procedimientos de prevención del acoso sexual y el acoso por razón de sexo en el trabajo y del registro salarial con el fin de combatir la discriminación retributiva por razón de género⁵⁶; 4) abordar el desarrollo reglamentario del artículo 46 bis dos del Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, para que pueda imponerse la sustitución de la sanción accesoria prevista en las infracciones muy graves por discriminación por razón de sexo, por la elaboración y aplicación de un plan de igualdad en la empresa, y siempre que la empresa no estuviere obligada a la elaboración de dicho plan⁵⁷; 5) intensificar la colaboración, principalmente con el Instituto de las Mujeres del Ministerio de Igualdad, y también con los órganos competentes en materia de igualdad de género a través de las autoridades laborales correspondientes, la cual deberá tener como objetivo el conocimiento mutuo y el aprovechamiento de los recursos de cada uno de los organismos, con la finalidad común de luchar contra cualquier tipo de discriminación en el entorno laboral⁵⁸; 6) se planificarán actuaciones con perspectiva de género⁵⁹; 7) se llevarán a acabo acciones de formación y sensibilización del personal de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social con funciones inspectoras, en materia de violencia contra las mujeres por razón de género en el entorno laboral, así como sobre los derechos laborales legalmente reconocidos a las víctimas de esta violencia⁶⁰; 8) se avanzará en las actuaciones destinadas a la igualdad por razón de género en colectivos especialmente vulnerables, prestando especial atención a los casos de discriminaciones múltiples, así como de discriminaciones interseccionales⁶¹; y 9) se creará, una Oficina Estatal de Lucha contra la Discriminación⁶².

Aunque pueda parecer que el legislador español resulta especialmente sensible en materia de no discriminación (que lo es), lo cierto es que el comunitario le ha dado un pequeño impulso en lo que a su actuación se refiere. Basta con echar un vistazo a la Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, para darse cuenta de la importancia que el derecho comunitario otorga a la lucha contra la discriminación en las relaciones laborales, imponiendo (mediante una serie de “disposiciones horizontales”⁶³ que la doctrina califica de “particular

56 Cfr. Actuación 4.4.

57 Cfr. Actuación 4.4.

58 Cfr. Actuación 5.2.

59 Cfr. Actuación 5.3.

60 Cfr. Actuación 5.4.

61 Cfr. Actuación 5.5.

62 Cfr. Actuación 7.1.

63 Así se rubrica su Título III. Según la doctrina, “la mayoría de las Directivas de la UE carecen de instrucciones de aplicación o cláusulas horizontales. Ello es consecuente con la naturaleza jurídica de las Directivas, que no pretenden configurar obligaciones concretas para los sujetos sino compromisos para la consecución de determinados objetivos.

intensidad”⁶⁴) a los Estados miembros la necesidad de velar “porque las asociaciones, organizaciones u otras personas jurídicas que, de conformidad con los criterios establecidos en el Derecho nacional, tengan un interés legítimo en velar por el cumplimiento de lo dispuesto en la presente Directiva, puedan iniciar, en nombre o en apoyo del demandante, y con su autorización, cualquier procedimiento judicial y/o administrativo establecido para exigir el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la presente Directiva”⁶⁵.

Cierto que la actuación de la Inspección de Trabajo es importante, cierto que la Unión Europea muestra una especial sensibilidad normativa en materia de no discriminación, pero, seamos honestos, una de las mejores maneras de garantizar un panorama laboral libre de cualquier tipo de discriminación —alejados incluso de la naturaleza a otorgar a las infracciones y sanciones laborales— no es otra que mediante el establecimiento de un completo y adecuado régimen de infracciones y sanciones. Así lo reconoce incluso (de nuevo) la propia Unión Europea, exigiendo a los Estados miembros el establecimiento de un “régimen de sanciones aplicable en caso de incumplimiento de las disposiciones nacionales adoptadas en cumplimiento de la presente Directiva, y adoptarán todas las medidas necesarias para garantizar su aplicación. Las sanciones, que podrán incluir la indemnización a la víctima, serán efectivas, proporcionadas y disuasorias”⁶⁶. No se debe olvidar, en cualquier caso, que “la responsabilidad administrativa es ... la que de manera más ágil, precisa y contundente reacciona frente a los incumplimientos del empresario”⁶⁷, y así la “obligación-incumplimiento-sanción actúan como trío del que la responsabilidad administrativa es el puente que los une, de modo que, si hay obligación e incumplimiento, habrá sanción siempre y cuando haya responsabilidad administrativa”⁶⁸.

En el ordenamiento laboral español el catálogo de responsabilidades se contiene, como se sabe, en el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social. Más en concreto,



Sin embargo tanto la Directiva 2006/54, para la discriminación por razón de género, como las otras dos Directivas sobre las otras causas de discriminación prohibida (Directiva 2000/43 y Directiva 2000/78) contienen cláusulas horizontales o instrucciones para los Estados miembros acerca del modo en que deben asegurar la efectividad de sus presupuestos. Ello en parte es consecuente con la especial naturaleza de las Directivas antidiscriminatorias que, como se ha expuesto en otro lugar, tienen atribuida eficacia directa horizontal entre particulares, superando la eficacia ordinaria de las Directivas clásicas y acercándose en cierto modo a la eficacia de los reglamentos UE” (BALLESTER PASTOR, M.A., *Retos y perspectivas de la discriminación laboral por razón de género*, Tirant lo Blanch [Valencia, 2017], pág. 203).

64 BALLESTER PASTOR, M.A., *Retos y perspectivas de la discriminación laboral por razón de género*, Tirant lo Blanch (Valencia, 2017), pág. 203.

65 Art. 17.2.

66 Art. 25 de la Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio.

67 PÉREZ HERNÁNDEZ, M.M., *La responsabilidad administrativa del empresario en prevención de riesgos laborales*, Tesis doctoral (Granada, 2019), pág. 111, localizable en <https://digibug.ugr.es>.

68 PÉREZ HERNÁNDEZ, M.M., *La responsabilidad administrativa del empresario en prevención de riesgos laborales*, Tesis doctoral (Granada, 2019), pág. 108, localizable en <https://digibug.ugr.es>.

las posibles infracciones y sanciones administrativas por incumplimiento de la normativa en materia de no discriminación se tipifican en dicha norma, de manera aunque escasa sí que con pretensión omnicompreensiva, siendo su “finalidad disuasoria y preventiva”⁶⁹. No se trata, sin embargo, de algo que pueda tacharse de novedoso, ya que la jurisprudencia viene recogiendo desde hace décadas la actuación de la Inspección de Trabajo en materia de discriminación.

Un ejemplo de que es así se puede apreciar en una STSJ Cataluña (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 8 de marzo de 1999⁷⁰, relativa a un acta de infracción levantada por la Inspección de Trabajo “en el hecho de proceder la empresa a publicar una oferta de empleo en el diario de «La Vanguardia» de 24 de octubre de 1993, con el siguiente texto: «Adjunto Jefe Exportación. Necesita importante empresa de prendas infantiles con experiencia para la venta. Con perfecto dominio escrito y hablado del inglés y francés. Se valorará conocimiento de italiano. Chico libre s.m., dinámico, facilidad de trabajo, dispuesto a viajar, vehículo propio. Interesados enviar currículum escrito a mano y fotografía reciente a la Ref. 891 de Publicidad Fermalli-Maresme. Apdo. 234, 08300 Mataró». Y en la que se concluyó que “la lectura del anuncio de la oferta de empleo publicada en un medio de comunicación por la empresa recurrente no permite advertir la concurrencia del ánimo volitivo doloso en perseguir una acción concreta de discriminación negativa por pretender favorecer exclusivamente el acceso al puesto de trabajo y la contratación laboral de personas de sexo masculino, que constituye un requisito nuclear en la exigencia de la imputabilidad y de reprochabilidad en la comisión del ilícito que constituye el objeto del procedimiento sancionador por infracción del artículo 28.2 de la referida Ley social”, ya que “la utilización del género masculino en abstracto, para identificar el puesto de trabajo, que puede tacharse de irregular desde la perspectiva lingüística, como reconoce la representación de la empresa recurrente en sede administrativa, no evidencia intención de discriminar a aquellas personas del sexo femenino que pretendan acceder a desempeñar ese puesto de trabajo en la empresa, ni la mención de la expresión «chico libre Servicio militar» deriva inmediatamente en la exclusión de las mujeres de la oferta de empleo”.

Hoy en día, el catálogo de infracciones y sanciones que contiene la LISOS en materia de no discriminación resulta, como se indicó, realmente escaso. Y es que, un vistazo a la norma nos revela que la discriminación solo se concreta como de manera específica como infracción laboral en muy pocos supuestos, que serían los siguiente: 1) resulta infracción muy grave en materia de derechos laborales “Las decisiones unilaterales de la empresa que impliquen discriminaciones directas o indirectas desfavorables por razón de edad o

69 BALLESTER PASTOR, M.A., *Retos y perspectivas de la discriminación laboral por razón de género*, Tirant lo Blanch (Valencia, 2017), pág. 206.

70 Rec. núm. 2233/1995.

discapacidad o favorables o adversas en materia de retribuciones, jornadas, formación, promoción y demás condiciones de trabajo, por circunstancias de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con otros trabajadores en la empresa o lengua dentro del Estado español, 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 discriminación⁷¹; 2) en materia de derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria, resulta infracción muy grave “las decisiones adoptadas en aplicación de la Ley 10/1997, de 24 de abril, sobre derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria, que contengan o supongan cualquier tipo de discriminación, favorable o adversa, por razón del sexo, nacionalidad, lengua, estado civil, condición social, ideas religiosas o políticas y adhesión o no a un sindicato, a sus acuerdos o al ejercicio, en general, de las actividades sindicales⁷²; 3) en materia de derechos de información, consulta y participación de los trabajadores en las sociedades anónimas y sociedades cooperativas europeas, resultan sancionables “las decisiones adoptadas en aplicación de la Ley sobre implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas, que contengan o supongan cualquier tipo de discriminaciones directas o indirectas desfavorables por razón de edad o discapacidad o favorables o adversas por razón de sexo, nacionalidad, origen,

.....

71 Art. 8.12 de la LISOS. Según dispone el art. 40.1.c) de la LISOS, tales infracciones se sancionarán con “multa, en su grado mínimo, de 7.501 a 30.000 euros; en su grado medio de 30.001 a 120.005 euros; y en su grado máximo de 120.006 euros a 225.018 euros”. Además, de acuerdo con el art. 46 bis de la norma sancionadora, se establecen una serie de responsabilidades accesorias, que en este caso el apartado 2 de la LISOS concreta del siguiente modo: “No obstante lo anterior, en el caso de las infracciones muy graves tipificadas en el apartado 12 del artículo 8 y en el apartado 2 del artículo 16 de esta Ley referidas a los supuestos de discriminación directa o indirecta por razón de sexo, las sanciones accesorias a las que se refiere el apartado anterior podrán ser sustituidas por la elaboración y aplicación de un plan de igualdad en la empresa, y siempre que la empresa no estuviere obligada a la elaboración de dicho plan en virtud de norma legal, reglamentaria o convencional, o decisión administrativa, si así se determina por la autoridad laboral competente previa solicitud de la empresa e informe preceptivo de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en los términos que se establezcan reglamentariamente, suspendiéndose el plazo de prescripción de dichas sanciones accesorias. En el supuesto de que no se elabore o no se aplique el plan de igualdad o se haga incumpliendo manifiestamente los términos establecidos en la resolución de la autoridad laboral, ésta, a propuesta de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, sin perjuicio de la imposición de la sanción que corresponda por la comisión de la infracción tipificada en el apartado 17 del artículo 8, dejará sin efecto la sustitución de las sanciones accesorias, que se aplicarán de la siguiente forma: a) Pérdida automática, y de forma proporcional al número de trabajadores afectados por la infracción, de las ayudas, bonificaciones y beneficios a los que se refiere la letra a) del apartado anterior, con efectos desde la fecha en que se cometió la infracción. La pérdida de estas ayudas, bonificaciones y beneficios derivados de la aplicación de los programas de empleo afectará a los de mayor cuantía, con preferencia sobre los que la tuvieren menor en el momento de la comisión de la infracción. Este criterio ha de constar necesariamente en el acta de infracción de forma motivada. b) Exclusión del acceso a tales beneficios por un período de seis meses a dos años, a contar desde la fecha de la resolución de la autoridad laboral por la que se acuerda dejar sin efecto la suspensión y aplicar las sanciones accesorias”.

72 Art. 9.2.c) LISOS. Según dispone el art. 40.1.c) de la LISOS, tales infracciones se sancionarán con “multa, en su grado mínimo, de 7.501 a 30.000 euros; en su grado medio de 30.001 a 120.005 euros; y en su grado máximo de 120.006 euros a 225.018 euros”.

incluido el racial o étnico, estado civil, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, adhesión o no a un sindicato, a sus acuerdos o al ejercicio, en general, de las actividades sindicales, o lengua”⁷³; y 4) en materia de empleo, más en concreto, de los empresarios, de las agencias de colocación, de las entidades de formación o aquellas que asuman la organización de las acciones de formación profesional para el empleo programada por las empresas y de los beneficiarios de ayudas y subvenciones en materia de empleo y ayudas al fomento del empleo en general, aparece como sancionable la conducta consistente en “solicitar datos de carácter personal en los procesos de selección o establecer condiciones, mediante la publicidad, difusión o por cualquier otro medio, que constituyan discriminaciones para el acceso al empleo por motivos de sexo, origen, incluido el racial o étnico, edad, estado civil, discapacidad, religión o convicciones, opinión política, orientación sexual, afiliación sindical, condición social y lengua dentro del Estado”⁷⁴.

IV. LA TUTELA EN LA LEY REGULADORA DE LA JURISDICCIÓN SOCIAL

El postrero bastión antidiscriminatorio en el ámbito jurídico-laboral resultan ser los jueces y magistrados de lo social. Lo deseable sería que el acceso a la jurisdicción social apareciese como el último y extraordinario recurso obrero frente a cualquier conducta discriminatoria, pero lo cierto y verdad es que no es así, los pleitos sobre no discriminación (así en general) siguen siendo relativamente habituales en el foro. Si acudimos a cualquier base de datos jurídica de uso común (por ejemplo, en acceso abierto, a la base de datos jurisprudencial del CGPJ⁷⁵), resulta que la introducción del término “discriminación” en su motor de búsqueda nos proporciona un total de 2.829 resoluciones judiciales dictadas durante el año 2021. Sea como fuere, lo cierto es que ahora únicamente nos interesan los concretos mecanismos procesales que el legislador ha proporcionado al máximo intérprete del derecho a la hora de resolver pleitos en los que se discute la presencia de una situación de discriminación, proscrita por el ordenamiento jurídico-laboral español.

73 Art. 10 bis.2.d) LISOS. Según dispone el art. 40.1.c) de la LISOS, tales infracciones se sancionarán con “multa, en su grado mínimo, de 7.501 a 30.000 euros; en su grado medio de 30.001 a 120.005 euros; y en su grado máximo de 120.006 euros a 225.018 euros”.

74 Art. 16.1.c) LISOS. Según dispone el art. 40.1.c) de la LISOS, tales infracciones se sancionarán con “multa, en su grado mínimo, de 7.501 a 30.000 euros; en su grado medio de 30.001 a 120.005 euros; y en su grado máximo de 120.006 euros a 225.018 euros”.

75 Localizable en www.poderjudicial.es.

4.1. La inversión de la carga de la prueba

Porque esos mecanismos procesales existen, y merecen una especial atención⁷⁶. El primero de ellos resulta ya un clásico en la jurisprudencia laboral. Nos estamos refiriendo a la inversión de la carga de la prueba en pleitos relativos a vulneración de derechos fundamentales y no discriminación. Esa primera línea de defensa resulta ser, como es bien sabido, de construcción judicial⁷⁷. La sentencia iniciática resulta ser aquí la STCo 38/1981, de 23 de noviembre, donde se señalaba que “un principio de justicia, que opera en el tratamiento de las reglas de la prueba, apoya la conclusión de que asuma el empresario la carga de probar los hechos generadores de la extinción de la relación laboral ... se presenten razonablemente como ajenos a todo propósito discriminatorio atentatorio a un derecho constitucional”. Posteriormente, la STCo 38/1986, de 21 de marzo, proclamó abiertamente que “es el demandante el principal gestor de su propio derecho, de ahí que siempre le sea exigible la diligencia suficiente, también en el terreno probatorio, incluso cuando alega la existencia

.....

76 No debe olvidarse, sin embargo, que “en el proceso laboral «los órganos judiciales han de estar especialmente comprometidos en el descubrimiento de la totalidad de la relación jurídico-material debatida, a cuyo fin deben ser también exhaustivos en la introducción del material probatorio ... a fin de obtener dicha plenitud del material instructorio sobre los hechos controvertidos en el proceso» (STC 227/1991, de 28 de noviembre, F. 4). De ahí que, ante situaciones en las que «las fuentes de prueba se encuentran en poder de una de las partes, la obligación constitucional de colaboración con los Jueces y Tribunales en el curso del proceso (art. 118 de la Constitución)» determine como lógica consecuencia que, en materia probatoria, «la parte emisora del informe esté especialmente obligada a aportar al proceso con fidelidad, exactitud y exhaustividad la totalidad de los datos requeridos, a fin de que el órgano judicial pueda descubrir la verdad, pues en otro caso se vulneraría el principio de igualdad de armas en la administración o ejecución de la prueba», sin que «las deficiencias y carencias en el funcionamiento de un órgano administrativo» puedan «repercutir en perjuicio del solicitante de amparo, porque a nadie es lícito beneficiarse de la propia torpeza» (STC 227/1991, de 28 de noviembre, F. 3, y STC 116/1995, de 17 de julio, F. 1)” (STCo 61/2002 de 11 marzo). Así, según una STSJ Cataluña de 5 de abril de 2019 (Rec. núm. 30/2019), “esta finalidad de búsqueda de la verdad material, autoriza al Juzgador/a a acordar medios de prueba que estime necesarios como diligencias finales..., acordar el informe del médico forense... o acordar el informe de expertos..., por lo que el principio dispositivo y el principio de aportación de parte se ven intensamente matizados, sin que ello quiebre la imparcialidad, puesto que tales facultades vienen a hacer real y efectiva ..., la igualdad de armas en un proceso entre desiguales. No puede obviarse, a tal respecto, que en el proceso laboral se resuelven pretensiones entre partes formalmente iguales pero en pie material de desigualdad, sea cuando tratamos de procesos que se ventilan entre empresarios y trabajadores, sea cuando tratamos de procesos que se sustancian entre la administración y el ciudadano. En materia de carga de la prueba, tales desigualdades materiales se traducen en situaciones hegemónicas de una parte respecto de las fuentes de prueba, que han servido para que el TC tenga en consideración dicha realidad en orden a evitar que las normas de carga de la prueba, unida a dichas situaciones hegemónicas, desemboquen en supuestos de indefensión material”.

77 De acuerdo con la doctrina más autorizada, las construcciones judiciales y doctrinales europeas en materia de distribución de la carga de la prueba tienen como ejemplo y precedente la jurisprudencia estadounidense; así “el Tribunal Supremo, en el Caso Green vs McDonnell Douglas, 411 US 792 (1973), consideró que al demandante le basta demostrar un «prima facie case of discrimination» –en el caso, el rechazo a contratar a un solicitante cualificado perteneciente a una minoría quedando vacante el puesto de trabajo o ocupado por alguien que no era de esa minoría- y, hecho esto, se desplaza la prueba al empleador porque, como todo empleador actúa racionalmente, conoce y puede explicar las razones de su decisión y, si no lo hace, el motivo más probable del rechazo es la discriminación. La doctrina ha sido matizada en el Caso St. Mary’s Honor Society vs Hicks, 509 US 502 (1993), en el sentido de que, aún si el empleador ofrece una explicación que el demandante demuestra injustificada, el órgano judicial puede concluir –según las circunstancias- que no hay discriminación, sin que exista un derecho automático del demandante basado en la normativa antidiscriminatoria a obtener sentencia favorable ante la ausencia de una prueba plena” (LOUSADA AROCEHA, J.F., *El derecho fundamental a la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Tirant lo Blanch [Valencia, 2014], pág. 552).

de una discriminación ... , [y] esa actividad probatoria ha de recaer, sobre la existencia real y efectiva de una diferenciación de trato, y por lo menos, sobre la existencia de indicios racionales de los que pueda deducirse que esa desigualdad está vinculada a algún factor prohibido de diferenciación”, de este modo, “desenvuelta por el afectado la actividad probatoria que le era razonablemente exigible, era posible deducir la presunta discriminación sufrida y ello hubiera debido bastar para que pesase sobre la parte demandada la carga de desvirtuar esa presunción”, iniciando así de manera eficiente la construcción de una doctrina constitucional que la STCo 114/1989, de 22 de junio, concluirá afirmando que “cuando ante un despido se invoque por el trabajador su carácter discriminatorio ..., de modo tal que aquella invocación genere una razonable sospecha o presunción en favor del alegato de discriminación, ha de trasladarse al empresario «la prueba de la existencia de un motivo razonable de despido»”. No se trata aquí, finaliza la sentencia, “de situar al empresario ante la prueba diabólica de un hecho negativo, la no discriminación, pero sí de entender (ibidem) «que es el empresario el que debe probar que el despido tachado de discriminatorio obedece a motivos razonables, extraños a todo propósito atentatorio a la libertad sindical», principio que si bien es aplicable a todos los trabajadores, lo es aún más a aquellos que podríamos considerar más vulnerables por ser candidatos o «haber sido presentados como candidatos a la elección o al nombramiento de representantes de los trabajadores» (ibidem). En aplicación de tal doctrina hemos afirmado que en supuestos como los así acotados el Tribunal del orden social ha de llegar a la convicción, no de que un despido razonablemente tachado de discriminatorio no fue «absolutamente extraño a la utilización del mecanismo disciplinario, sino (a la convicción) de que el despido es absolutamente extraño a una conducta de carácter antisindical, de modo que pueda estimarse que, aun puesta entre paréntesis la pertenencia o actividad sindical del trabajador, el despido habría tenido lugar verosímilmente, en todo caso, por existir causas suficientes, reales y serias, para entender como razonable desde la mera perspectiva disciplinaria, la decisión empresarial»⁷⁸.

Esta doctrina judicial se trasladó en su momento a la normativa adjetiva laboral, y hoy se contiene en el art. 96.1 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción

.....

78 Según la doctrina, “la referencia a los «indicios racionales» se completó, en la STC 114/1989, de 22 de junio, con la referencia a «una razonable sospecha» como palancas ambas válidas para desplazar la carga de la prueba. También en la STC 21/1992, de 14 de febrero, se alude a «unos hechos de los que resulte una presunción o apariencia de... discriminación o lesión». ¿Quiere esto decir que, además de la prueba de indicios, se admite otro mecanismo probatorio sustentado en la sospecha o apariencia? Alguna doctrina ni se plantea la posibilidad de más mecanismos que el de los indicios, mientras otra admite la posibilidad de usar el mecanismo del principio de prueba. Obvio es decir se trata de mecanismos diferentes. Después de cierta ambigüedad jurisprudencial, la STC 90/1997, de 6 de mayo, claramente introduce la expresión principio de prueba cuando se refiere a «la necesidad por parte del trabajador de aportar un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental ... principio de prueba dirigido a poner de manifiesto, en su caso, el motivo oculto de aquel; un indicio que, como ha venido poniendo de relieve la jurisprudencia de este Tribunal, no consiste en la mera alegación de la vulneración constitucional, sino que debe permitir deducir la posibilidad de que aquella se haya producido». Un párrafo el transcrito que, por su reiteración en sentencias posteriores, se ha convertido en tópico judicial” (LOUSADA AROCEHA, J.F., *El derecho fundamental a la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Tirant lo Blanch [Valencia, 2014], pág. 556).

social, conforme al cual “en aquellos procesos en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por razón de sexo, orientación o identidad sexual, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad, acoso y en cualquier otro supuesto de vulneración de un derecho fundamental o libertad pública, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad”. Como decimos, no se trata de una previsión normativa novedosa, por cuanto que el Real Decreto Legislativo 521/1990, de 27 de abril, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral, ya señalaba en su art. 96 que “en aquellos procesos en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios de discriminación por razón de sexo corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad”.

El problema en aquel momento era que, al igual que sucedía con el art. 96, el art. 178.2 de la norma procesal de 1990, con relación a la modalidad procesal de tutela de los derechos de libertad sindical, señalaba que “en el acto del juicio, una vez constatada la concurrencia de indicios de que se ha producido violación de la libertad sindical, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad”. Resultaba así evidente que “ambas normas diferían, además de en los derechos contemplados, en su sede iuris –aquella entre las normas procesales comunes, mientras esta en el proceso de tutela-, y en su contenido –aquella invertía la prueba cuando de las alegaciones de la parte actora se dedujese la existencia de indicios fundados, mientras esta era una vez constatada la existencia de indicios”⁷⁹. Hoy en día, sin embargo, la norma adjetiva laboral “ha resuelto estas discordancias normativas. En primer lugar, tanto su artículo 96.1 como el 181.2, se refieren a todos los derechos fundamentales y libertades públicas –aunque el 96.1, de manera más omnicompreensiva, alude especialmente a las discriminaciones y el acoso-. Y, en segundo lugar –y más importante-, el 181.2 no dice –como el 179.2- «una vez constatada la existencia de indicios», sino «una vez justificada la existencia de indicios», lo cual supone una recepción de la técnica del principio de prueba que se sustenta en justificaciones dirigidas a trasladar al juez la sospecha de la lesión, permitiendo incluso que las justificaciones surjan de las alegaciones de la parte actora –como admite el artículo 96.1”⁸⁰.

Resulta así, pues, que en la actualidad y en el seno del proceso laboral, “la protección de los derechos fundamentales [y la no discriminación] halla un instrumento procesal nece-



79 LOUSADA AROCEHA, J.F., *El derecho fundamental a la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Tirant lo Blanch (Valencia, 2014), pág. 580.

80 LOUSADA AROCEHA, J.F., *El derecho fundamental a la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Tirant lo Blanch (Valencia, 2014), pág. 580.

sario en la distribución de la carga de la prueba que es propia de este tipo de controversia ..., según la cual en el acto del juicio, una vez justificada la concurrencia de indicios de que se ha producido violación del derecho fundamental o libertad pública, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad. Consiguientemente, la afirmación de la vulneración del derecho ha de ir acompañada de la acreditación de indicios de los que quepa deducir la posibilidad de que la vulneración constitucional se haya producido; esto es, que genere una razonable sospecha, apariencia o presunción en favor de semejante afirmación (STC 92/2008, 125/2008 y 2/2009). Sólo entonces surge para el demandado la carga de probar que los hechos motivadores se presentan razonablemente ajenos a todo móvil atentatorio de derechos fundamentales (STC 183/2007, 257/2007, 74/2008, 125/2008 y 92/2009)”⁸¹.

4.2. El informe de expertos

El segundo de esos mecanismos procesales —cuya aparente finalidad podría ser, de acuerdo con el derecho comunitario, “imponer un régimen probatorio más favorable a la parte demandante”⁸²— se encuentra ubicado en el art. 95.3 de la LRJS, cuyo contenido es el siguiente: “cuando en el proceso se haya suscitado una cuestión de discriminación por razón de sexo, orientación sexual, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad o acoso, el juez o tribunal podrá recabar el dictamen de los organismos públicos competentes”. Aquí no se trata más que de la actualización de lo dispuesto en el art. 95.3 del Real Decreto Legislativo 521/1990, de 27 de abril, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral, en el que se indicaba que “cuando en el proceso se haya suscitado una cuestión de discriminación por razón de sexo, el Juez o Tribunal podrá recabar el dictamen de los organismos públicos competentes”. Porque, como es fácilmente advertible, la norma procesal del siglo pasado se refería únicamente la discriminación por razón de sexo, y en “la redacción vigente —que proviene de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, y se mantiene en la LRJS- se [incluye ahora] —en consonancia con las discriminaciones prohibidas en el derecho comunitario: sexo en Directiva 2006/54/CE, origen racial o étnico en Directiva 2000/43/CE, y religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual en Directiva 2000/78/CE”⁸³.

81 STS de 27 de octubre de 2021 (Rec. núm. 3493/2018). En este mismo sentido puede verse, entre otras muchas (esta ya referida a un caso concreto de discriminación por razón de género) una STS de 4 de abril de 2017 (Rec. núm. 3466/2015).

82 Art. 19.2 de la Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio.

83 LOUSADA AROCHENA, J.F. y RON LATAS, R.P. (coord.), *Sistema de Derecho Procesal Laboral*, 2ª ed., Laborum (Murcia, 2019), pág. 140.

A falta de previsión expresa en la norma, resulta evidente que “la decisión del [juez o] tribunal de requerir el dictamen de expertos sobre la cuestión objeto de pleito puede acordarse en el momento del acto del juicio”⁸⁴, o incluso antes del mismo, pero en todo caso (que será lo aconsejable) “puede reservarla como diligencia final a la vista del examen del material probatorio”⁸⁵. Siendo así, el informe que se requiera “puede versar sobre cualquier aspecto vinculado a la cuestión de discriminación que se dirime en el proceso”⁸⁶, e incluir “la información sobre datos estadísticos, como los referidos a la situación de la mujer en determinado sector profesional o la situación de infra representación o el nivel retributivo respecto de trabajadores del otro sexo ..., [debiendo destacarse] la importancia del recurso a la prueba estadística, que ha sido admitida como criterio relevante en las decisiones sobre la existencia de discriminación, especialmente en los supuestos de discriminación indirecta”⁸⁷.

En cualquier caso, a la vista de la letra de la norma, parece evidente que la decisión sobre la práctica de este medio probatorio queda al arbitrio discrecional del juzgador⁸⁸, tal y como confirma una STSJ Galicia de 10 de junio de 2020⁸⁹, según la cual “en el caso que nos puede concluirse que fuera necesaria la práctica de la emisión del informe por la Inspección de Trabajo, a la vista de la existencia de otros medios de prueba. En tal sentido, el magistrado en auto de 8 de mayo de 2019 señala que la LRJS no establece con carácter preceptivo la emisión de tal informe; y así el art. 95 LRJS recoge la posibilidad de recabar informe de expertos -entre ellos la Inspección de Trabajo- si el juez o tribunal «lo estima procedente», y tanto en el acto de juicio como mediante diligencia final. En el caso de autos, lo cierto es que el magistrado tuvo a su disposición medios de prueba suficientes como para fijar las funciones realizadas por el actor y otros trabajadores, tal y como resulta del hecho probado segundo, todo ello con suficiente detalle. En tal sentido, se practicó prueba documental y testifical de diversos trabajadores ... En definitiva, entendemos que

84 GONZÁLEZ GONZÁLEZ, C, “Artículo 95. Informe de expertos”, en BARRIOS BAUDOR, G.L. (dir.), *Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social*, Aranzadi (Pamplona, 2020), pág. 661.

85 GONZÁLEZ GONZÁLEZ, C, “Artículo 95. Informe de expertos”, en BARRIOS BAUDOR, G.L. (dir.), *Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social*, Aranzadi (Pamplona, 2020), pág. 661.

86 GONZÁLEZ GONZÁLEZ, C, “Artículo 95. Informe de expertos”, en BARRIOS BAUDOR, G.L. (dir.), *Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social*, Aranzadi (Pamplona, 2020), pág. 664.

87 GONZÁLEZ GONZÁLEZ, C, “Artículo 95. Informe de expertos”, en BARRIOS BAUDOR, G.L. (dir.), *Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social*, Aranzadi (Pamplona, 2020), pág. 664.

88 En este sentido, véase STSJ Andalucía (Granada) de 9 de julio de 2020 (Rec. núm. 2561/2019). No obstante, para la doctrina “lo que sí es un defecto, y grave, es la redacción potestativa del artículo 95.3 de la LJS porque, si el dictamen de los organismos públicos competentes es –salvo cuando actúa como asesoramiento institucional– un auténtico medio de prueba a cuyo través se aportan al juicio hechos –prueba de informes– o máximas de experiencia –prueba pericial–, existe un derecho a su admisión si la prueba es útil y pertinente, de modo que, si siéndolo se deniega, se vulnera el artículo 24 de la CE, y eventualmente el 14. Conclusión avalada en la letra del artículo 13.1 de la LOIEMH, que obliga al órgano judicial a recabar el dictamen «si lo estimase útil y pertinente». En consecuencia, el dictamen es, en estos casos, preceptivo” (LOUSADA AROCEHA, J.F., *El derecho fundamental a la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Tirant lo Blanch [Valencia, 2014], pág. 583).

89 Rec. núm. 4741/2019.

no se ha ocasionado indefensión real alguna a la parte por no admitirse el citado medio de prueba, puesto que las funciones y tareas desempeñadas, que era el extremo fundamental a dilucidar, se pudo determinar con suficiente detalle por el magistrado de instancia, como consta en los hechos probados y en la fundamentación jurídica, siendo suficiente la prueba practicada para ilustrar sobre tal extremo”⁹⁰.

Por otra parte, tales organismos públicos competentes pueden serlo “cualquiera cuyas competencias se correspondan con la utilidad de la prueba, y no solo los organismos de igualdad”⁹¹. Sea como fuere, lo cierto es que tal dictamen presenta, según su utilidad, una diferente naturaleza jurídica: 1) Como prueba de informes acerca de determinados datos estadísticos cuando se utiliza para verificar la existencia de impacto adverso sobre los colectivos protegidos en los supuestos alegación de discriminación sexista indirecta, o cuando se utiliza para verificar la justificación en la concreta realidad social de una medida de acción positiva; 2) como prueba pericial para acreditar el igual valor de los trabajos, uno masculino y otro femenino, sometidos a una comparación, a los efectos de verificar si existe discriminación retributiva en los términos establecidos en el artículo 28 del ET; y 3) como asesoramiento institucional, si bien aquí la utilidad del dictamen es mucho menor, al no aportar al juicio ni hechos, como en la prueba de informes, ni máximas de experiencia, como en la prueba pericial, sería un asesoramiento institucional no vinculante que, eso sí es una ventaja, valdría para cualquier conducta de discriminación⁹².

4.3. La modalidad procesal de tutela

El último mecanismo de protección resulta ser la modalidad procesal de los arts. 177 y ss. de la LRJS⁹³, que como se sabe viene referida a la tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas⁹⁴, y que permite a cualquier trabajador o sindicato que, invocando un

.....

90 Ahora bien, según una STSJ Galicia de 8 de junio de 2018 (Rec. núm. 7/2018), dicho informe, “pese a ser potestativo para el Juez de instancia, de ser aportados por las partes y solicitada la declaración para aclaraciones, entra dentro de las pruebas admisibles en derecho que éstas pueden proponer para su defensa, en cualquier caso y deberán ser admitidas de ser necesarias”.

91 LOUSADA AROCHENA, J.F. y RON LATAS, R.P. (coord.), *Sistema de Derecho Procesal Laboral*, 2ª ed., Laborum (Murcia, 2019), pág. 145.

92 Cfr. LOUSADA AROCHENA, J.F. y RON LATAS, R.P. (coord.), *Sistema de Derecho Procesal Laboral*, 2ª ed., Laborum (Murcia, 2019), págs. 145 y ss.

93 A la que debe añadirse lo dispuesto en el art. 240.4 de la LRJS: “El Ministerio Fiscal será siempre parte en los procesos de ejecución derivados de títulos ejecutivos en que se haya declarado la vulneración de derechos fundamentales y de libertades públicas, velando especialmente por la integridad de la reparación de las víctimas”.

94 “La LRJS se propuso «la asignación al juez social de la función de garante ordinario de los derechos fundamentales» –según se afirma en su Exposición de Motivos-, a cuyo efecto acomete tanto una reestructuración profunda del proceso laboral de amparo laboral ordinario regulado en el Capítulo XI del Título II del Libro Segundo, que de ser un proceso solo pensado para la libertad sindical que se extendía sin realizar las oportunas acomodaciones a los demás derechos fundamentales, pasa a ser un proceso pensado para todos ellos –arts. 177 a 183 de la LRJS-, como el fortalecimiento de la tutela al extenderse las garantías del proceso de tutela de derechos fundamentales en las modalidades procesales especiales a las cuales se remite el art. 184 de la LRJS” (LOUSADA AROCHENA, J.F. y RON LATAS, R.P. [coord.], *Sistema de Derecho Procesal Laboral*, 2ª ed., Laborum [Murcia, 2019], pág. 319).

derecho o interés legítimo, considere lesionados los derechos de libertad sindical, huelga u otros derechos fundamentales y libertades públicas, incluida la prohibición de tratamiento discriminatorio y del acoso, recabar su tutela a través precisamente de esa modalidad procesal, siempre y cuando “la pretensión se suscite en el ámbito de las relaciones jurídicas atribuidas al conocimiento del orden jurisdiccional social o en conexión directa con las mismas, incluidas las que se formulen contra terceros vinculados al empresario por cualquier título, cuando la vulneración alegada tenga conexión directa con la prestación de servicios”⁹⁵.

Una de las mejores garantías para la víctima de discriminación es que “el Ministerio Fiscal será siempre parte en estos procesos en defensa de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, velando especialmente por la integridad de la reparación de las víctimas e interesando la adopción, en su caso, de las medidas necesarias para la depuración de las conductas delictivas”⁹⁶; y así lo confirma la doctrina recaída en unificación, para la cual “la importancia de la integridad en la reparación de las víctimas de los vulnerados derechos fundamentales y libertades públicas, incluida la indemnización procedente, se refleja en la esencial función atribuida al Ministerio Fiscal en el proceso social declarativo y de ejecución”⁹⁷.

Pese a todo, no es el momento ni el lugar para realizar una disección de la modalidad procesal de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas⁹⁸, pero sí para dejar apuntadas algunas reflexiones particulares. La primera de ellas tiene que ver con lo dispuesto en los arts. 182 y 183 de la norma procesal. Según lo dispuesto en el primero de ellos, si la sentencia estimase la demanda, uno de sus necesarios efectos es el de disponer “el restablecimiento del demandante en la integridad de su derecho y la reposición de la situación al momento anterior a producirse la lesión del derecho fundamental, así como la reparación de las consecuencias derivadas de la acción u omisión del sujeto responsable, incluida la indemnización que procediera en los términos señalados en el artículo 183”⁹⁹. Ese art. 183, por su parte, señala, en primer lugar, que “cuando la sentencia declare la existencia de vulneración, el juez deberá pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización que, en su caso, le corresponda a la parte demandante por haber sufrido discriminación u otra lesión de sus derechos fundamentales y libertades públicas, en función tanto del daño moral unido a la vulneración del derecho fundamental, como de los daños y perjuicios adicionales derivados”¹⁰⁰, añadiendo un poco más adelante, precisamente con relación a la

95 Art. 177.1 LRJS.

96 Art. 177.3 LRJS.

97 STS de 19 de mayo de 2020 (Rec. núm. 2911/2017).

98 Al respecto, véase LOUSADA AROCHENA, J.F. y RON LATAS, R.P. (coord.), *Sistema de Derecho Procesal Laboral*, 2ª ed., Laborum (Murcia, 2019), págs. 319 y ss.

99 Art. 182.1.d) LRJS.

100 Apartado 1.

cuantía del daño, que el mismo deberá determinarse “prudencialmente cuando la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa, para resarcir suficientemente a la víctima y restablecer a ésta, en la medida de lo posible, en la integridad de su situación anterior a la lesión, así como para contribuir a la finalidad de prevenir el daño”¹⁰¹.

Con relación a esa exigencia legal acerca del reconocimiento y cuantificación de las indemnizaciones por vulneración de derechos fundamentales y discriminación en el orden social de la jurisdicción, sobre la que se ha afirmado que “ha sido, desde siempre, y por diferentes razones, una cuestión especialmente compleja”¹⁰², resulta que la jurisprudencia en unificación de doctrina sostiene que, tratándose de indemnización por daño moral en la infracción de derechos fundamentales, “tras una etapa inicial de concesión automática en la que se entendió procedente la condena al pago de la indemnización por los daños morales causados, sin necesidad de que se acreditara un específico perjuicio, considerando que éste debía de presumirse ..., se pasó a exigir la justificación de la reclamación acreditando indicios o puntos de apoyo suficientes en los que se pudiera asentar la condena ..., no obstante, la jurisprudencia se ha ido decantando por entender que dada la índole del daño moral, existen algunos daños de este carácter cuya existencia se pone de manifiesto a través de la mera acreditación de la lesión... lo que suele suceder, por ejemplo, con las lesiones del derecho al honor o con determinadas conductas antisindicales”¹⁰³. Lo que se corrobora “en atención a la nueva regulación que se ha producido en la materia tras el art. 179.3 LRJS -y 183.1 y 2 LRJS-, en la medida que, si bien es exigible identificación de circunstancias relevantes para la determinación de la indemnización solicitada, se contempla la excepción en el caso de los daños morales unidos a la vulneración del derecho fundamental cuando resulte difícil su estimación detallada”¹⁰⁴.

Así, el Tribunal Supremo ha pasado de una inicial fase de concesión automática en la que se entendió procedente la condena al pago de la indemnización por los daños morales causados, sin necesidad de que se acredite un específico perjuicio, dado que éste se presume, a una posterior exigencia de bases y elementos clave de la indemnización reclamada que justifiquen suficientemente la misma y que estén acreditados indicios o puntos de apoyo suficientes en los que se pueda asentar la condena, pero “en los últimos tiempos esta doctrina de la Sala también ha sido modificada, en primer lugar atendiendo al criterio aperturista que actualmente informa el resarcimiento del daño moral ... y por la consideración acerca de la «inexistencia de parámetros que permitan con precisión traducir en

101 Apartado 2.

102 LÓPEZ TERRADA, E., “La controvertida indemnización por lesión de los derechos fundamentales de las personas trabajadoras”, en *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, 11(1), 2–39. <https://doi.org/10.46661/lexsocial.5412>, pág. 4.

103 STS de 24 de octubre de 2019 (Rec. núm. 12/2019).

104 STS de 24 de octubre de 2019 (Rec. núm. 12/2019).

términos económicos el sufrimiento en que tal daño [moral] esencialmente consiste ... [lo que] lleva, por una parte, a un mayor margen de discrecionalidad en la valoración ... y, por otra parte, diluye en cierta medida la relevancia para el cálculo del quantum indemnizatorio de la aplicación de parámetros objetivos, pues los sufrimientos, padecimientos o menoscabos experimentados no tienen directa o secuencialmente una traducción económica ..., y sobre todo, en atención a la nueva regulación que se ha producido en la materia”¹⁰⁵.

De este modo para el alto tribunal resulta claro que la norma procesal laboral “viene a atribuir a la indemnización -por atentar contra derechos fundamentales- no sólo una función resarcitoria [la utópica restitutio in integrum], sino también la de prevención general”¹⁰⁶. Y con relación a la fijación de dicha indemnización “la utilización del criterio orientador de las sanciones pecuniarias previstas por la LISOS para las infracciones producidas en el caso ha sido admitido por la jurisprudencia constitucional..., a la par que considerado idóneo y razonable en precedentes decisiones de esta Sala.... De esta forma, la más reciente doctrina de la Sala se ha alejado más -en la línea pretendida por la ya referida LRJS- del objetivo propiamente resarcitorio, para situarse en un plano que no descuida el aspecto preventivo que ha de corresponder a la indemnización en casos como el presente”¹⁰⁷.

El problema así se plantea a la hora de fijar el quantum indemnizatorio. En estas ocasiones la doctrina del Tribunal Supremo entiende que el tribunal debe pronunciarse sobre la cuantía del daño, “determinándolo prudencialmente cuando la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa, para resarcir suficientemente a la víctima y restablecer a ésta, en la medida de lo posible, en la integridad de su situación anterior a la lesión, así como para contribuir a la finalidad de prevenir el daño... deduciéndose que respecto al daño..., tratándose especialmente de daños morales..., debe ser suficiente no solo para la reparación íntegra, sino, además para contribuir a la finalidad de prevenir el daño, es decir, fijando expresamente los principios de suficiencia y de prevención”¹⁰⁸. Por lo tanto, probada la discriminación debe acordarse el restablecimiento del demandante en la integridad de su derecho. Tal integridad comporta, “entre otros extremos, la reparación de las consecuencias derivadas de la acción u omisión del sujeto responsable, incluida

.....

105 STS de 19 de diciembre de 2017 (Rec. núm. 624/2016). Según la doctrina “en la modificación de la doctrina de la Sala de lo Social había influido, además de los cambios legislativos, el criterio aperturista que actualmente informa el resarcimiento del daño moral, cuya aplicación, según señalaba el propio Tribunal, incluso se recomienda en el ámbito de los incumplimientos contractuales por los PETL -«Principles of European Tort Law» o principios de derecho europeo de responsabilidad civil- y por UNIDROIT -Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado- (STS de 19 de diciembre de 2017, Rec. 624/2016)” (LÓPEZ TERRADA, E., “La controvertida indemnización por lesión de los derechos fundamentales de las personas trabajadoras”, en *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, 11(1), 2-39. <https://doi.org/10.46661/lexsocial.5412>, pág. 17).

106 STS de 19 de diciembre de 2017 (Rec. núm. 624/2016).

107 STS de 19 de diciembre de 2017 (Rec. núm. 624/2016).

108 STS de 5 de octubre de 2017 (Rec. núm. 2497/2015).

la indemnización que procediera ..., y por lo que se refiere a la cuantía indemnizatoria, debemos... fijar la cuantía de la indemnización en función tanto del daño moral unido a la vulneración del derecho fundamental, como de los daños y perjuicios adicionales derivados..., en cualquier caso, el importe del resarcimiento fijado prudencialmente por el órgano judicial de instancia únicamente debe ser corregido o suprimido cuando se presente desorbitado, injusto, desproporcionado o irrazonable. Asimismo, la utilización del criterio orientador de las sanciones pecuniarias previstas por la LISOS para las infracciones producidas en el caso ha sido admitida por la jurisprudencia constitucional y puede seguir teniéndose como parámetro razonable¹⁰⁹.

En consecuencia, aquí el daño moral resulta ser aquel que está representado por el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual que en la persona pueden desencadenar ciertas conductas, actividades o, incluso, resultados, tanto si implican una agresión directa a bienes materiales, como al acervo extrapatrimonial de la personalidad. En orden a la indemnización derivada del daño moral provocado, hemos visto que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha flexibilizado la exigencia de bases y elementos clave de la indemnización, existiendo algunos daños de carácter moral cuya existencia se pone de manifiesto a través de la mera acreditación de la lesión, lo que suele suceder, por ejemplo, con las lesiones del derecho al honor o con determinadas conductas antisindicales, o, en definitiva, con la vulneración de derechos fundamentales o la presencia de una situación discriminartoria. Por su parte, la fijación del importe de la indemnización por daños morales corresponde al órgano judicial que conoce del procedimiento en instancia, y solo debe ser corregido cuando resulte manifiestamente irrazonable, desproporcionado e injustificado, lo que significa que su cuantía ha de ajustarse a parámetros de razonabilidad que no resulten excesivos y desorbitados en función de las circunstancias del caso, considerando que el empleo a efectos orientadores de las cuantías de las multas pecuniarias previstas en la LISOS en principio es un parámetro de cálculo razonable y avalado tanto por el Tribunal Constitucional como por el Tribunal Supremo, sin que tal uso orientativo signifique que haya que examinarse el asunto desde la misma óptica que cuando se está imponiendo una sanción administrativa (legalidad, tipicidad, non bis in ídem, etc.), sino que hay que partir de una vulneración de derechos fundamentales y de que se debe fijar la indemnización asociada a ello.

La jurisprudencia de suplicación¹¹⁰, sin embargo, destaca que ni de los artículos 179.3 o 183 de la LRJS, ni de la jurisprudencia del Tribunal Supremo se desprende que, para condenar al pago de una indemnización adicional por daño moral, baste con la mera invocación de que el mismo se ha producido y que haya en todo caso de acogerse el importe in-

109 STS de 5 de octubre de 2017 (Rec. núm. 2497/2015).

110 Por todas, véase STSJ Galicia de 1 de febrero de 2021 (Rec. núm. 3912/2020).

demnizatorio que la parte demandante haya calculado a su libre arbitrio. Lo que se atenúa es el requisito de fijar las bases de la cuantificación del daño cuando el mismo es moral, pero no la de describir con cierto detalle cuales son los daños morales que se consideran producidos, o los hechos concretos de los que se deduce ese daño moral, principalmente cómo se ha producido la vulneración del derecho fundamental o la discriminación y qué incidencia ha tenido la vulneración en la persona demandante. Así se desprende de que el artículo 179.3 de la LRJS hable primero en general, y para toda clase de daños, de “la adecuada especificación de los diversos daños y perjuicios”, es decir, una descripción de los hechos o circunstancias concretas, susceptible de ser acreditadas o, sobre todo, desvirtuadas por los medios de prueba admitidos en derecho (porque que un daño moral sea muy difícil de probar no significa que sea, por el contrario, relativamente fácil por la parte demandada probar hechos que desvirtúen la existencia de tal daño o su entidad), de los que se pueda deducir de forma razonada por un observador imparcial que se ha producido o podido producir un daño o perjuicio, sea material o moral, y hacer un juicio, siquiera indiciario, de la mayor o menor gravedad del mismo. Mientras que por otro lado la ley habla de “las circunstancias relevantes para la determinación de la indemnización”, lo cual viene referido a la traducción económica del perjuicio. Es solo esta exposición de las “circunstancias relevantes para la determinación de la indemnización”, o parámetros de cuantificación económica, que el artículo 179.3 de la LRJS permite excepcionar o relativizar para los daños morales, y ello además solo “cuando resulte difícil su estimación detallada”.

Pero es que incluso cuando se habla por el Tribunal Supremo de daños de carácter moral cuya existencia se pone de manifiesto a través de la mera acreditación de la lesión, exige al propio tiempo una implicación directa entre conducta lesiva del derecho fundamental y daño moral, y para apreciar la existencia de daño moral, el Tribunal Supremo suele atender a las concretas circunstancias acreditadas en las que se produjo la vulneración del derecho fundamental y la incidencia de la vulneración para el titular del derecho; o todo lo más atiende a máxima de experiencia como “las normales consecuencias” de la vulneración de un concreto derecho fundamental en unas determinadas circunstancias. Así, tal y como se afirma en una STS de 19 de mayo de 2020 (Rec. núm. 2911/2017), dada la índole del daño moral, existen algunos daños de este carácter cuya existencia se pone de manifiesto a través de la mera acreditación de la lesión, “lo que suele suceder, por ejemplo, con las lesiones del derecho al honor”, si bien, se hace necesario que consten “los hechos constitutivos de la vulneración del derecho fundamental..., el derecho fundamental infringido ... [y] la cuantía de la indemnización pretendida”.

La segunda de las reflexiones apuntadas tiene que ver con uno de los mandatos contenidos en la Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio. En concreto, con aquel que ordena a los

Estados miembros introducir “en sus ordenamientos jurídicos nacionales las medidas necesarias para garantizar la indemnización o la reparación, según determinen los Estados miembros, real y efectiva del perjuicio sufrido por una persona a causa de una discriminación por razón de su sexo, de manera disuasoria y proporcional al perjuicio sufrido”¹¹¹, ya que para la norma “dicha indemnización o reparación no podrá estar limitada por un tope máximo fijado *a priori*, excepto en aquellos casos en que el empresario pueda probar que el único perjuicio sufrido por el demandante como resultado de la discriminación en el sentido de la presente Directiva sea la negativa a tomar en consideración su solicitud de trabajo”¹¹². Y se mire como se mire, independientemente de la justificación que se pueda otorgar a la indemnización debida, y con abstracción de su naturaleza jurídica¹¹³, acudir a la LISOS al efecto de determinar la cuantía indemnizatoria pugna directamente con la previsión de la normativa comunitaria. Si bien la automaticidad en el resarcimiento del daño moral sigue pudiendo ser batallada jurídicamente, lo que ya no resulta batallable es la necesidad de que la indemnización pueda encontrarse topada, y sin duda las cuantías de la LISOS se encuentran con un límite máximo indisponible, lo que sin duda pugna abiertamente con lo que entiende el legislador comunitario.

Conviene indicar, sin embargo, que, para cierto sector doctrinal, una eventual generalización del baremo de la LISOS como sistema homogéneo en la determinación del daño provoca que “se estaría de nuevo contrariando lo establecido en el art. 18 Directiva 2006/54”¹¹⁴. Sin embargo, esa misma doctrina entiende que “no parece que sea ésta la tendencia dado que, aunque el baremo de la LISOS es el más utilizado, no es el único instrumento reconocido como válido para la cuantificación del daño”¹¹⁵, más bien “el fenómeno que podría estar produciéndose es la diversificación de las indemnizaciones ante situaciones muy similares como consecuencia de la utilización de parámetros de referencia diferentes. Es previsible, en definitiva, que ante situaciones parecidas se produzcan diferentes indemnizaciones”¹¹⁶. Y ello se refuerza por la propia formulación del art. 183.2 LRJS, ya que “al respecto, el TS admite la aplicación de diferentes baremos o incluso la no aplicación de ninguno de ellos y además refiere que no procede alterar los criterios para la determinación de la indemnización aplicados en instancia a menos que

.....

111 Art. 18.

112 Art. 18.

113 Al respecto, véase LÓPEZ TERRADA, E., “La controvertida indemnización por lesión de los derechos fundamentales de las personas trabajadoras”, en *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, 11(1), 2–39. <https://doi.org/10.46661/lexsocial.5412>, págs. 24 y ss.

114 BALLESTER PASTOR, M.A., *Retos y perspectivas de la discriminación laboral por razón de género*, Tirant lo Blanch (Valencia, 2016), pág. 227.

115 BALLESTER PASTOR, M.A., *Retos y perspectivas de la discriminación laboral por razón de género*, Tirant lo Blanch (Valencia, 2016), pág. 227.

116 BALLESTER PASTOR, M.A., *Retos y perspectivas de la discriminación laboral por razón de género*, Tirant lo Blanch (Valencia, 2016), pág. 227.

exista manifiesta arbitrariedad”¹¹⁷. En suma, “teniendo en cuenta que las circunstancias concurrentes en cada caso son diferentes para la determinación de los daños morales, por la propia naturaleza de los mismos, aunque la conducta de origen sea la misma; teniendo en cuenta también que el hecho de que la indemnización sea impredecible refuerza su carácter disuasorio porque imposibilita que la cuantía de una eventual indemnización se incorpore al listado de gastos ordinarios de la empresa; teniendo en cuenta asimismo que la determinación prudencial de las indemnizaciones forma parte de la formulación del art. 183.2 LRJS; y teniendo en cuenta, finalmente, que éste es el modo en que se actúa en la jurisdicción civil la incertidumbre no parece un problema demasiado grave. Más bien parece constituir un nuevo escenario al que probablemente convendría acostumbrarse”¹¹⁸.

BIBLIOGRAFÍA

- AMAADACHOU KADDUR, F., *El contenido del convenio colectivo. Especial referencia al contenido mínimo legal necesario*, Tesis doctoral (Granada, 2014), localizable en <https://digi-bug.ugr.es>.
- ARIAS DOMÍNGUEZ, A., “Procedimiento sancionador”, en SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. (dir.), *El principio de igualdad en la negociación colectiva*, MESS (Madrid, 2016).
- BALLESTER PASTOR, M.A., *Retos y perspectivas de la discriminación laboral por razón de género*, Tirant lo Blanch (Valencia, 2016).
- BAYEFSKY, A.F., “The Principle of Equality or Non-Discrimination in International Law”, en *Human Rights Law Journal*, Vol. 11, nº. 1-2, 1990.
- CERDÁ MARTÍNEZ-PUJALTE, C.M., “Los principios constitucionales de igualdad de trato y de prohibición de la discriminación. Un intento de delimitación”, en *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, nº 50-51, 2005.
- DOMÍNGUEZ MORALES, A., *La vinculación de la negociación colectiva con la igualdad y la no discriminación*, Tesis doctoral (Sevilla, 2017), localizable en <https://idus.us.es>.
- GARCÍA LOMBARDÍA, S., “El papel de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social ante la discriminación retributiva por razón de sexo: Un análisis a la luz del principio de transparencia”, en *Revista de Derecho UNED*, núm. 16, 2015.

.....

117 BALLESTER PASTOR, M.A., *Retos y perspectivas de la discriminación laboral por razón de género*, Tirant lo Blanch (Valencia, 2016), pág. 227.

118 BALLESTER PASTOR, M.A., *Retos y perspectivas de la discriminación laboral por razón de género*, Tirant lo Blanch (Valencia, 2016), pág. 227.

- GONZÁLEZ GONZÁLEZ, C, “Artículo 95. Informe de expertos”, en BARRIOS BAUDOR, G.L. (dir.), *Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social*, Aranzadi (Pamplona, 2020).
- LÓPEZ TERRADA, E., “La controvertida indemnización por lesión de los derechos fundamentales de las personas trabajadoras”, en *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, 11(1), 2–39. <https://doi.org/10.46661/lexsocial.5412>.
- LOUSADA AROCHENA, J.F., *El enjuiciamiento de género*, Dykinson (Madrid, 2020).
- LOUSADA AROCEHA, J.F., *El derecho fundamental a la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Tirant lo Blanch (Valencia, 2014).
- LOUSADA AROCHENA, J.F., “Acoso sexual y sexista en la negociación colectiva: el estado de la cuestión”, en *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, nº. 36, 2015.
- LOUSADA AROCHENA, J.F. y RON LATAS, R.P. (coord.), *Sistema de Derecho Procesal Laboral*, 2ª ed., Laborum (Murcia, 2019).
- ORDÁS BERCIANO, E.D., “Los protocolos de acoso”, en BLÁZQUEZ AGUDO, E.M. (coord.), *La negociación colectiva como vehículo para la implantación efectiva de medidas de Igualdad*, Universidad Carlos III (Madrid, 2017).
- PÉREZ CAMPOS, A.I., “Igualdad y no discriminación en la negociación colectiva”, en *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, XLIII, 2010.
- PÉREZ HERNÁNDEZ, M.M., *La responsabilidad administrativa del empresario en prevención de riesgos laborales*, Tesis doctoral (Granada, 2019), localizable en <https://digibug.ugr.es>.
- REY MARTÍNEZ, F., *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, McGraw-Hill Interamericana de España (Madrid, 1995).
- SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. (dir.), *El principio de igualdad en la negociación colectiva*, MESS (Madrid, 2016), págs. 169 y ss., localizable en <https://www.mites.gob.es>.
- VIJAPUR, A.P., “The Principle of NonDiscrimination in International Human Rights Law: The Meaning and Scope of the Concept”, localizable en <https://journals.sagepub.com>.
- WEIWEI, L., “Equality and Non-Discrimination Under International Human Rights Law”, localizable en <https://www.jus.uio.no>.