

FACULTAD DE CIENCIAS DEL TRABAJO DE
PALENCIA

UNIVERSIDAD DE VALLADOLID

Curso Adaptación al GRADO EN RELACIONES
LABORALES Y RECURSOS HUMANOS.

Curso académico 2011-2012

Trabajo Fin de Grado.

Título:

“LA DISCRIMINACIÓN EN LA PROMOCION
PROFESIONAL POR RAZON DE SEXO Y
POR MOTIVOS SINDICALES, EN LAS
RESOLUCIONES JURISPRUDENCIALES.”

Autor: Isidoro Rioja García

SUMARIO

I INTRODUCCION.

II MARCO NORMATIVO.

III EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y LA PROHIBICION DE DISCRIMINACION.

IV DISCRIMINACIÓN EN LA PROMOCION POR RAZON DE SEXO.

V LIBERTAD SINDICAL Y DISCRIMINACION EN LA PROMOCION PROFESIONAL.

VI CONCLUSIONES.

VII RELACION DE SENTENCIAS MENCIONADAS.

VIII BIBLIOGRAFIA.

LA DISCRIMINACIÓN EN LA PROMOCION PROFESIONAL POR RAZON DE SEXO Y POR MOTIVOS SINDICALES, EN LAS RESOLUCIONES JURISPRUDENCIALES.

I INTRODUCCION

Con un paro de 5.639.500.,¹ hablar de derecho fundamental a la no discriminación por razón de sexo o sindical en la promoción laboral, parece un problema menor.

Con independencia de este dato, la discriminación en el trabajo es de gran relevancia, no solo laboral, sino también social, porque si bien es cierto que el derecho al trabajo no es un derecho fundamental (y por lo tanto especialmente protegido), sí lo es la no discriminación que por causas apuntadas en el art. 14 de la CE, se puedan dar en el trabajo. "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". El Tribunal Constitucional ha interpretado este principio en el ámbito de las relaciones de trabajo afirmando que la no discriminación pretende que, ante iguales supuestos, las soluciones sean iguales, respetándose la igualdad de los trabajadores.

Cuando leí las propuestas de trabajo de fin de grado, de todas las de la lista, la que más me interesó desde el primer momento fue "Los

¹ Encuesta de Población Activa (EPA) Primer trimestre de 2012 Principales resultados; La población activa baja en 8.400 personas. El número de parados aumenta en 365.900 personas y alcanza la cifra de 5.639.500. La tasa de paro se incrementa en 1,59 puntos hasta el 24,44%.

derechos fundamentales individuales y el contrato de trabajo”, en ese enunciado pude encajar claramente, el tema que a mí me interesaba, la discriminación en la promoción en el trabajo.

Este trabajo parte de una apreciación personal, y una experiencia profesional de más de 30 años. Desde una hipótesis, que a mi modo de ver es bastante creíble y es que existe discriminación en la promoción en el trabajo, desde esa apreciación subjetiva, me puse a indagar en que había de cierto en todo lo que yo presumía que existía (es decir indagar desde un punto de vista científico a lo que yo en mi entorno consideraba que sucedía).

Para ello me tuve que centrar primero en la normativa, desde los convenios de la OIT, Directivas de la Unión Europea, Constitución, Estatuto de los Trabajadores, Convenios Colectivos. Planes de igualdad y un alargo etc.

Una vez que ya había catalogado los derechos de los que yo quería hablar, como estaban encajados en nuestro ordenamiento jurídico, mi intención era basarme en las resoluciones jurisprudenciales, y por eso me puse a trabajar con todas las sentencias relevantes, ordenadas por fechas, conceptos, tribunales, etc., etc.,.

Esa cantidad de información, había que estructurarla, identificarla, hacer una criba y tratar de recoger de cada sentencia lo más relevante, lo que tenían de común y de distinto unas de otras.

El Art. 14 de la Constitución, recoge varias causas de discriminación, había que priorizar en función de las que son más relevantes en las resoluciones jurisprudenciales, y a las que a mí me resultaban más interesantes, he seleccionado dos la discriminación en la promoción por razón de sexo, por motivos sindicales.

Cuando las mujeres cobran el 22% menos que los hombres y sólo un 11% de mujeres son consejeras en las empresas del Ibex² y en los cargos de responsabilidad apenas superan el 10%, y donde la mayor visibilidad en esos cargos se da en la administración la relevancia del tema elegido se cae por su propio peso.

Si a esto añadimos otras tantas formas de discriminación no solo por razones de sexo, sino "razón de nacimiento, raza, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social", los trabajadores que pueden verse discriminados en su promoción profesional es muy elevado.

Dada la situación de crisis, precariedad y paro, resulta mas complicado defender estos derechos fundamentales, pero hay que tener en cuenta que estos es lo que diferencia a las sociedades socialmente mas avanzadas del resto. Se puede decir, que la no discriminación laboral, sería una line roja por la que no se podría pasar. No se pueden considerar de segundo orden en cuanto a su importancia.

Tradicionalmente se ha venido legislando para evitar la discriminación por razón de sexo, hasta llegar a la Ley de Igualdad, pero la normativa en cuanto a la discriminación en el trabajo por razón de sexo, viene de más lejos, fundamentalmente de nuestra incorporación a la Unión Europea, que es donde con la normativa

² Según la ultima Encuesta Anual de Estructura Salarial , la ganancia media anual fue de 25.001,05 euros para los hombres y de 19.502,02 euros para las mujeres. Por tanto, la ganancia media anual femenina supuso el 78% de la masculina. La desigualdad de la distribución salarial entre sexos es apreciable. Así, en el año 2009, el 15,2% de las mujeres tuvo ingresos salariales menores o iguales que el Salario Mínimo Interprofesional (SMI), frente al 5,6% de los hombres. Si se tienen en cuenta salarios más elevados, el 9,81% de los hombres presentaron unos ingresos cinco veces superiores al SMI, frente al 4,77% de las mujeres. Otras dos medidas completan la descripción de la desigualdad de la distribución salarial: el 18% es la Proporción de trabajadores con ganancia baja (Low pay rate)¹ y, de éstos, el 64,2% fueron mujeres².

¹ Proporción de asalariados cuya ganancia hora está por debajo de los 2/3 de la ganancia mediana.² Proporción de mujeres en el total de asalariados con ganancia baja

comunitaria de fondo los tribunales empiezan a pronunciarse contra este tipo de discriminación.

Con la Ley de Igualdad se da un paso importante en todos los ámbitos y por ende también en el laboral, fijando definiciones y parámetros (discriminación directa, indirecta, discriminación positiva, etc.).

Por el contrario tienen menos sentencias la discriminación en la promoción por otros motivos que señala el art. 14 de la CE, fundamentalmente en lo referente a la libertad sindical, que es donde yo me he fijado.

No hay que olvidar, que en el Artículo 38 de nuestra Constitución viene reflejado la libertad de empresa, y por tanto las facultades de los empresarios para organizar el trabajo es un principio muy relevante en nuestra normativa.

El derecho a la no discriminación, choca con el derecho a la libertad de dirección del empresario, esos dos derechos son lo que se tendrán que conjugar en las sentencias.

Tanto en un tipo de discriminación como otra, en las sentencias que yo he estudiado, detecto un problema y es que no reflejan toda la realidad. La mayoría de las sentencias, vienen dadas porque una parte ha iniciado el proceso de denuncia (la mayoría de las veces los sindicatos y en algunas ocasiones la inspección de trabajo).

Por ello son sentencias cuyos supuestos de hecho se dan en empresas con un cierto número de trabajadores (hay representación sindical), que no es el reflejo del tejido empresarial de España donde prevalecen las pequeñas empresas, y donde la implantación sindical es escasa, por ello este trabajo adolece de analizar que pasa en esas pequeñas empresas. También es cierto que en ese tipo de empresas,

la promoción es difícil porque el escaso número de trabajadores da pocas posibilidades de movilidad profesional.

Por otra parte hay un colectivo donde las situaciones de discriminación se dan en menor medida, son el personal de las Administraciones Públicas, en donde los procesos de selección y de promoción se someten por imperativo del art. 103 de la CE a los principios de igualdad, mérito y capacidad, de ahí, la significativa diferencia en la no discriminación en la promoción en este ámbito y en el ámbito privado, donde todavía resistente aceptación de la igualdad real, no teórica, en la promoción de la mujer y en la no discriminación en la promoción laboral.

En definitiva en el caso de la no discriminación tenemos dos polos opuestos: por un lado las pequeñas empresas, con una realidad difícil de conocer y por otra las administraciones públicas, donde este problema está mejor tratado, porque la propia administración ha de velar por que se cumpla en todas sus actuaciones.

Para finalizar, un dilema que se me plantea, es que como casi todo en la vida, mi orientación en el trabajo, no va a ser del todo neutral, pero espero y eso he tratado al menos, que no sea dogmática y sesgada, porque, como decía José Bergamín: "Soy subjetivo, porque soy sujeto, si fuera objeto sería objetivo".

Por eso en las sentencias que he elegido, he tratado de que fueran de todo tipo, las hay que dan la razón al empresario, a los trabajadores, a ninguno de los dos. Me ha parecido interesante, recoger los votos particulares de algún Magistrado del Tribunal Constitucional, discrepante con la mayoría del tribunal.

II MARCO NORMATIVO

La discriminación en las sociedades ha sido una constante a través de la historia, ha sido a principios del siglo pasado, cuando los

estados, han puesto la base para tratar de paliarla en lo posible. Para conseguir esta igualdad de oportunidades (que no es el igualitarismo), las administraciones se han dotado de instrumentos, que recogen tanto el derecho a la igualdad de oportunidades, como las medidas correctoras frente a situaciones de discriminación, y otras dirigidas a salvar los obstáculos y a promover la igualdad.

Voy a mencionar la normativa que ha contribuido a la mejora de la igualdad, la no discriminación y la defensa y consolidación de los derechos que ahora consideramos como fundamentales.

NIVEL INTERNACIONAL

En 1948, la Asamblea General de Naciones Unidas aprobó la Declaración Universal de Derechos Humanos, en su artículo 2, se establecía la igualdad de todos los seres humanos y la erradicación de la discriminación por cualquier motivo, entre ellos el origen racial, el idioma, la religión, el origen nacional o de nacimiento, o cualquier otra condición

En 1965, la Asamblea General de la ONU aprobó Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial que refuerza la búsqueda de la igualdad de las personas sean del origen que sean.

Convención sobre la eliminación de todas formas de discriminación contra la mujer, ratificada por España el 16-12-1983.

Convenio núm. 87 de la O.I.T, sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación.

Convenio núm. 98 de la O.I.T, sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva.

Convenio núm. 100 de la O.I.T, sobre igualdad de remuneración.

Convenio núm. 103 de la O.I.T, relativo a la protección de la maternidad.

Convenio núm. 111 de la O.I.T, sobre la discriminación empleo y ocupación

EN EL AMBITO DE LA UNION EUROPEA

Tratado de Ámsterdam, el 1 de mayo de 1999, donde las instituciones europeas adquirieron competencias para regular la igualdad de trato en el acceso al empleo, la formación y la promoción profesional, así como a las condiciones de trabajo.

Tratado de Lisboa en diciembre de 2009 ha reforzado las competencias de la UE en el ámbito de la igualdad de trato y no discriminación:

- El artículo 2 del Tratado define la no discriminación como uno de los valores que debe fundamentar la actuación de la Unión Europea.
- La Carta de Derechos Fundamentales, que en su artículo 21 prohíbe toda forma discriminación, adquiere el mismo valor jurídico que cualquier otro de sus artículos.

Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales y a las condiciones de trabajo, modificada por la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002. Última revisión.

Directiva del Consejo 2000/43/CE, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico.

Directiva del Consejo 2000/78/CE, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. Una directiva que establece un marco para evitar la discriminación en el empleo por motivos de religión o creencia, discapacidad, edad y orientación sexual

Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, modifica la Directiva 76/207 CEE, y también incluye el concepto de discriminación directa e indirecta. Mas recientemente la Directiva 2006/45, del Parlamento Europeo y del Consejo, del 5 de Julio del 2006, relativa a la aplicación del principio de de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos del empleo y ocupación, ha refundido diversas Directivas entre ellas 76/207 CEE modificado por la 2000/73 CE.

Directiva 2004/113/CE sobre aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios y su suministro.

Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de Julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación

Propuesta de Directiva de la Comisión Europea de 2 de julio de 2008 sobre la protección contra la discriminación por motivos de edad, discapacidad, orientación sexual y religión o convicciones fuera del lugar de trabajo.

Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de 3 de octubre de 2008, para modificar la Directiva 92/85/EEC del Consejo relativa a la introducción de medidas para promover la mejora de la seguridad y la salud de las trabajadoras embarazadas o que han dado a luz recientemente en el ámbito laboral

EN EL ENTORNO NACIONAL

La Constitución Española

- El artículo 1.1 de la Constitución Española de 1978 establece que “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político Además, la Constitución concreta este principio en cinco artículos que son fundamentales para cuando se habla de igualdad:
 - El artículo 9 especifica que “los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico” y que “corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”.
 - El artículo 10 indica que “la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”.
 - El artículo 14 establece 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”.
- Dentro del contenido esencial del derecho de libertad sindical, garantizado por el art. 28.1 de la CE, se encuadraría, pues el derecho del trabajador a no sufrir, por razón de su afiliación o

actividad sindical, menoscabo alguno en su situación profesional o económica en la empresa.

- Art. 35.1 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.

Estatuto de los Trabajadores (Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo)

Artículos 4: Prohíbe la discriminación directa o indirecta en el acceso al empleo y en el empleo por origen racial o étnico, entre otras.

Artículo 17: Considera nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que contengan discriminaciones directas o indirectas desfavorables por origen racial o étnico, entre otras.

Artículo 22. Sistema de clasificación profesional.

Artículo 24. Ascensos.

1. Los ascensos dentro del sistema de clasificación profesional se producirán conforme a lo que se establezca en convenio o, en su defecto, en acuerdo colectivo entre la empresa y los representantes de los trabajadores. En todo caso los ascensos se producirán teniendo en cuenta la formación, méritos, antigüedad del trabajador, así como las facultades organizativas del empresario.

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

Artículo 28. Igualdad de remuneración por razón de sexo.

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 aquélla.

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

III EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y LA PROHIBICION DE DISCRIMINACION:

Como ya se ha señalado, el art. 14 CE proclama 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 circunstancia personal o social». Precepto constitucional que, en interpretación conjunta con el art. 1 CE que proclama la igualdad como valor superior del ordenamiento jurídico, el art. 9.2 CE, que consagra la obligación de los poderes públicos de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, y el art. 10.1 CE que impone a los poderes públicos proteger la dignidad de la persona que puede verse afectada por tratos discriminatorios (art. 14 CE), han permitido diferenciar entre el

principio de igualdad en sentido estricto y el de no discriminación, como derechos que, aun teniendo una raíz común, parten de presupuestos distintos.

Mientras que la cláusula general de igualdad prohíbe los tratamientos desiguales carentes de justificación y exige que los supuestos de hecho iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas (de modo que cualquier diferencia entre ellos debe no sólo poseer una justificación objetiva y razonable, sino que, además, no puede provocar consecuencias desproporcionadas), el principio de no discriminación enlaza con valores inherentes a la dignidad de la persona humana y parte de la constatación de la existencia en la sociedad de grupos o colectivos de personas sistemática y tradicionalmente marginados, con lo que su vulneración supone, no sólo situar a sectores de la población en situaciones desventajosas carente de razonabilidad, sino contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10.1 CE. La prohibición de discriminación respecto de tales colectivos implica una violación más cualificada de la igualdad, que debe ser corregida y eliminada exigiendo, incluso, un trato desigual compensador o acción positiva para lograr que la igualdad de los colectivos marginados sea real y efectiva.

Por su parte la Ley de Igualdad define la discriminación por razón de sexo: " Se considera discriminación directa por razón de sexo la situación en que se encuentra una persona que sea, haya sido o pudiera ser tratada, en atención a su sexo, de manera menos favorable que otra en situación comparable".(art. 6.1 L.O.I.).

Además se considera "discriminación indirecta por razón de sexo la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pone a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro, salvo que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad

legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados". (art. 6.2 L.O.I.).

IV DISCRIMINACIÓN EN LA PROMOCION POR RAZON DE SEXO

Me ha parecido una buena forma de iniciar este apartado, con la introducción que hace el Profesor de Derecho Constitucional Don Fernando Rey Martínez: "La discriminación sufrida por las mujeres es la más antigua y persistente en el tiempo, la más extendida en el espacio, la que más formas ha revestido (desde la simple y brutal violencia hasta los más sutiles comportamientos falsamente protectores), la que afecta al mayor número de personas y la más primaria, porque siempre se añade a las demás discriminaciones. En la voluntad de acabar con esta arraigada situación histórica encuentran su sentido disposiciones constitucionales"³.

Para comenzar y como punto de partida voy a hacer mención a dos sentencias de gran valor simbólico e histórico⁴: la que considera que la inadmisión por el Ministerio de Defensa de una mujer a las pruebas para el ingreso en la Academia General del Aire es una medida contraria al art. 14 CE **(STC 216/1.991, de 14 de noviembre)**.⁵

³ EL DERECHO FUNDAMENTAL A NO SER DISCRIMINADO POR RAZON DE SEXO
Pág. 1. Fernando Rey Martínez. Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad de Valladolid.

⁴ Las dos sentencias son relativas a discriminación directa.

⁵ El TC se pronuncia contra escrito procedente del ministerio de defensa, y contra la sentencia de la sala quinta del tribunal supremo, que confirma el referido escrito del ministerio de defensa, por el que se comunicaba a la recurrente la devolución de su solicitud de acceso a las pruebas selectivas universitarias para el ingreso en la promoción de la academia general del aire, y se le significaba que «no es posible legalmente admitir su petición en tanto no se promulgue la ley a que se refiere el art. 36 de la lo 6/1980, de 1-7-1980, de criterios básicos de la defensa nacional.

La recurrente entiende que se ha realizado en su persona una discriminación por razón de sexo sin que se den las condiciones objetivas que justifiquen la discriminación sufrida y es la vulneración del derecho fundamental a la igualdad

Que se saldo con la incorporación de las mujeres a la carrera militar, y también a los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado (policía nacional y guardia civil), donde en la actualidad las mujeres son un colectivo importante.

La segunda sentencia es la que declara inconstitucional el art. 1 del Decreto de 26 de julio de 1.957 que prohibía el trabajo de la mujer en el interior de las minas **(STC 229/1.992, de 14 de diciembre)**.

⁶ En esta última Sentencia el TC concede el amparo a la recurrente, estimando su pretensión de ocupar en igualdad con los trabajadores varones una plaza de ayudante minero en HUNOSA, que le había sido denegada por la empresa (en aplicación del art. 1 del Decreto citado), a pesar de haber superado la prueba de admisión. Tanto la Sentencia laboral de instancia como la de suplicación habían considerado que la prohibición del trabajo de las mujeres en las minas era conforme con el art. 14 CE en la medida en que se trataba de una norma protectora de las mujeres. Pero el TC no lo entiende así; dicha prohibición, aunque responde históricamente a una finalidad, la de evitar la sobreexplotación del trabajo femenino, no es una medida de acción positiva o de apoyo para conseguir una igualdad real de oportunidades, ya que no favorece el trabajo de las mujeres, sino que le restringe. En el caso, el Tribunal señala como prejuicio sexista en

ante la ley.

⁶ Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, desestima la pretensión de una trabajadora de que se le reconozca un derecho a ocupar en igualdad con los trabajadores varones una plaza de ayudante minero en HUNOSA, que le había sido denegada por ésta, pese a haber superado las correspondientes pruebas de admisión. Argumenta dicha desestimación por cuanto el Decreto 26-7-1957 establece la prohibición de trabajo en las minas de la mujer. El TC plantea como una exigencia eliminar aquellas normas jurídicas que aunque históricamente respondieran a una finalidad de protección de la mujer como sujeto fisiológicamente más débil, suponen refrendar o reforzar una división sexista de trabajos y funciones mediante la imposición a las mujeres de límites.

presencia el de la menor fortaleza física de la mujer respecto del hombre; un estereotipo que más que reforzar una diferencia “real, natural o biológica”, limita o perjudica a la mujer en el mercado de trabajo.

El TC, señala que la igualdad que el art. 1.1 de la CE proclama como uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico no sólo se traduce en la de carácter formal contemplada en el art. 14 y que, en principio, parece implicar únicamente un deber de abstención en la generación de diferencias arbitrarias, sino asimismo en la de índole sustancial recogida en el art. 9.2 que obliga a los poderes públicos a promover las condiciones para que la de los individuos y de los grupos sea real y efectiva. La incidencia del mandato contenido en el art. 9.2 sobre el que encierra el art. 14, exige de los poderes públicos la adopción de una actitud positiva y diligente tendente a su corrección. El sexo en sí mismo no puede ser motivo de trato desigual, ya que la igualdad entre ambos sexos está reconocida expresamente por el art. 14 de la CE, y ha de haber una voluntad de finalizar con la histórica situación de inferioridad que, en la vida social y jurídica, se había colocado a la población femenina.

Mientras que en los hechos que se señalan en estas sentencias la discriminación directa es más evidente, la detección de la discriminación indirecta puede ser muy compleja y precisar de un estudio en profundidad de multitud de circunstancias y de situaciones. Una de las mas recurrente es la relativa a la discriminación salarial; especialmente cuando las funciones, categorías o grupos profesionales no son claramente equivalentes o se tienen en cuenta circunstancias muy diversas; también se da en la promoción y ascenso profesional de las trabajadoras de una empresa, donde hay veces que se trata de justificar situaciones de discriminación sobre todo indirecta con el cumplimiento de determinados preceptos de los convenios, y de otras normativas.

Para ahondar en este tipo de discriminación indirecta, voy a recorrer una serie de sentencias que lo que ponen de manifiesto es la aplicación de conductas discriminatorias, que, a veces, lo que parecen son actuaciones neutrales y objetivas, pero que en el fondo lo que los tribunales ven es una conducta discriminatoria hacia un colectivo en este caso el de las mujeres.

Para hacer un poco de historia empezare con la **STC 145/1.991,**⁷ **de 1 de julio:** las recurrentes en amparo son limpiadoras de un hospital público que pedían el mismo salario que los peones, pues venían realizando igual trabajo y, sin embargo, percibían, según convenio colectivo, inferior sueldo. El TC les otorga el amparo por entender que eran víctimas tanto de una discriminación directa (según el principio de igual retribución por trabajo de igual valor) como indirecta: desigual valoración (adoptando como criterio determinante el sexo) de trabajos equivalentes desde el punto de vista de la naturaleza y condiciones de la prestación.

No le satisface al TC la justificación de la razonabilidad de la diferencia entre las categorías de “peones” y de “limpiadoras”, que había observado el órgano judicial ordinario (la mayor penalidad y esfuerzo físico que caracteriza a la figura de peón). Este criterio, afirma el TC, es “una premisa no demostrada que otorga mayor valor injustificadamente a una cualidad predominantemente masculina, desconociendo otras características del trabajo (atención, cuidado, responsabilidad, etc.) más neutras en cuanto a su impacto en cada uno de los sexos”. La misma denominación de “limpiadoras” es calificada por el TC de discriminatoria.

⁷ En dicha sentencia el T.C declara discriminatoria la existencia de un salario inferior para la categoría profesional «Limpiadoras» que para la de «Peones» establecida en el Convenio Colectivo aplicable al Hospital Provincial de Madrid por cuanto el personal de ambas categorías realiza exactamente las mismas funciones.

En el mismo sentido la **STC 58/1.994, de 28 de febrero**, profundiza en los criterios de valoración sobre si han de considerarse o no de igual valor los trabajos desempeñados preferentemente por mujeres respecto de los trabajos, mejor retribuidos, realizados preferentemente por hombres. Sería discriminatorio que frente a un mismo trabajo de limpieza, a las mujeres se las clasificara como limpiadoras y a los hombres como peones, percibiendo estos últimos un salario superior.

Indica el TC que el esfuerzo físico en cuanto rasgo de la actividad humana puede ser tomado en consideración, pero su falta de neutralidad requiere de los órganos judiciales un especial rigor al estimar las alegaciones y pruebas para justificar una diferencia retributiva. No sólo debe tenerse presente la identidad de tareas, sino la igualdad de valor del trabajo debiéndose acudir a criterios de evaluación neutros.

Por su parte, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 27 de octubre de 1.993. Sobre el Caso Enderby, Esta sentencia plantea tres reglas generales, para discernir si estamos ante una discriminación indirecta, y que más adelante van servir de criterios seguidos en numerosas sentencias en España, son las siguientes: (1ª) En los supuestos en los que existan categorías predominantemente ocupadas por trabajadores de uno u otro sexo, desigualmente retribuidas, y no exista transparencia en la determinación de los criterios retributivos, corresponde al empleador la carga de poner de manifiesto los citados criterios, a fin de excluir cualquier sospecha de que el sexo haya podido ser el factor determinante de dicha diferencia. (2ª) El parámetro de igualdad no es aquí la igualdad de tareas, sino la igualdad del valor del trabajo. (3ª) En la valoración del trabajo ha de garantizarse que los criterios de evaluación no sean, por sí mismos, discriminatorios, sino que se trate de criterios neutros.

EL TC aplicó estos criterios en la Sentencia **147/1.995, de 16 de octubre**, al identificar como discriminación indirecta la diferencia retributiva del distinto trabajo, pero de igual valor, de las mujeres (envasado y control estadístico) y de los varones (mezclas, moldeado y bombas de satinado) dentro de una empresa. El empleador no logró probar que los criterios de diferencia retributiva fueran neutrales, ni su valoración fue objetiva y transparente, con lo que no consiguió despejar la apariencia discriminatoria.

Fundamenta su decisión en que hay diferencias, históricamente muy arraigadas, que, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, han situado a amplios sectores de la población en posiciones no sólo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona.

La discriminación por razón de sexo, no sólo incluye la noción de discriminación directa, esto es, un tratamiento diferenciado perjudicial en razón del sexo donde el sexo sea objeto de consideración directa. También la noción de discriminación indirecta, que incluye los tratamientos formalmente no discriminatorios que derivan de las diferencias de hecho que tienen lugar entre trabajadores de diverso sexo, que tratamientos formalmente iguales o tratamientos razonablemente desiguales tienen sobre los trabajadores de uno y de otro sexo a causa de la diferencia de sexo.

El principio constitucional de no discriminación por razón de sexo, abarca a todos aquellos supuestos en los que se produzca una desigual valoración de trabajos no estrictamente iguales, pero equivalentes o de igual valor desde el punto de vista de la naturaleza y condiciones de prestación, en cuya desigual valoración sea el elemento determinante el sexo o factores vinculados al mismo.

Pero, en ocasiones y aplicando estos mismos criterios, hay fallos del Tribunal Constitucional como en la Sentencia 250/2000⁸ que señala conforme a Constitución la utilización del esfuerzo físico como criterio diferencial del valor salarial atribuido a las categorías masculinizadas de “cargadores, descargadores y apiladores”, frente a las de “marcadoras, tiradoras y encajadoras”. Para el Tribunal es definitivo que es función de los “cargadores”, etc. “el permanente manejo de... cargas de 20 kilos de peso”, con el consiguiente “riesgo dorso lumbar que la constante exigencia física que esa actividad entraña”. El TC, después de reiterar su doctrina, confirmó la Sentencia del tribunal ordinario que había considerado que el criterio del mayor esfuerzo físico era, en el caso en examen, un factor esencial en la tarea de que se trataba y no era el único criterio de valoración, por lo que estaba correctamente establecido y por tanto, no había violación del art. 14 CE.

Otra sentencia muy similar es la de una trabajadora de la Comunidad de Madrid. **La STC 198/1.996, de 3 de diciembre**,⁹ que aprobando unas oposiciones de Auxiliar Administrativo, se ve “obligada” a realizar trabajos de basculera, al incorporarse este trabajo a la

⁸ Señala la Sentencia del TC Discriminación por razón de sexo: diferencia salarial en convenio colectivo: criterio basado en el esfuerzo físico: criterio, de entrada, sospechoso en cuanto no es neutral sexualmente, sino que implica una ventaja injustificada para los varones: no obstante, puede ser tomado en consideración, si bien supeditado a la doble condición de que dicho factor sea un elemento esencial en la tarea de que se trate, y de que en la valoración de ésta no se tenga en cuenta el esfuerzo como criterio único de valoración, sino que se combine con otras características más neutras en cuanto a impacto en cada uno de los sexos. Jurisdicción y procedimiento laboral: convenio colectivo para la manipulación y envasado de agrios de la Región de Murcia

⁹ Esta sentencia ofrece una solución criticable al problema planteado (esfuerzo físico), que, por otra parte, es bastante curioso: la recurrente se presentó y aprobó unas pruebas de auxiliar administrativo con destino en la administración autonómica madrileña; posteriormente dicha administración asimila el puesto de “basculero” al de auxiliar administrativo y adscribe la recurrente a dicho puesto; la Comunidad de Madrid, finalmente, decide resolver la relación laboral porque la actora no posee la fuerza física necesaria para realizar el trabajo de basculera

misma categoría profesional. EL TC no aprecia discriminación indirecta basándose en que el puesto de trabajo se ha definido conforme a criterios neutros y está abierto a trabajadores de ambos sexos (de hecho, la integración de los basculeros en la categoría de auxiliar administrativo se efectuó para evitar la “masculinización” de la tarea de basculero), y, además, si las funciones de basculero requieren poseer una fortaleza física superior a la media de las mujeres, ello por sí solo no resulta discriminatorio y contrario al art. 14 CE, toda vez que se trata de un factor requerido por la propia naturaleza del trabajo (otra cosa son las consecuencias que se atribuyan a esa mayor fortaleza física, pues si se valoran en exceso a efectos retributivos en detrimento de otras características más comunes y neutras en cuanto al impacto en ambos sexos, se lesionaría el art. 14 CE).

En su voto discrepante Vicente Gimeno entiende, por el contrario, que “cuando se oferta un puesto que no requiere esfuerzo físico alguno y posteriormente se le obliga a la mujer a realizar otro, (aunque se encuentre dentro de la misma categoría profesional), que no puede ejercitar porque carece de la fuerza necesaria, y se procede, por esa sola causa, a su despido, el empleador ha creado, en la práctica, una discriminación por razón de sexo que debiera haber sido amparada por este Tribunal”; máxime si dicha conducta la observa una Administración Pública.

A la luz de estas sentencias, en parte contradictorias, no está tan claro donde se encuentra el límite de la conducta empresarial, para dirimir si estamos ante una situación discriminatoria o no.

Parece ser que si las categorías profesionales lo que esconden no es una diferenciación real entre los trabajos, sino un diferenciación de sexos en su realización es discriminatorio. Mientras que si un mayor esfuerzo físico es un criterio y no el único no es contrario al art, 14 de la CE.

Después de abordar sentencias, donde el esfuerzo físico, y la denominación del puesto conllevan una discriminación, veamos otros supuestos, con otras connotaciones. Empiezo por la **Sentencia núm. 287/2008 de 11 septiembre** Juzgado de lo Social núm. 4.de Zaragoza, aborda una serie de cuestiones relacionadas con la discriminación por razón de sexo.¹⁰

Esta sentencia viene dada por un acta de infracción derivada de la Inspección de Trabajo, y la siguiente demanda del Director General de Trabajo del Gobierno de Aragón, contra las actuaciones de la Caja de Ahorros Inmaculada (CAI).

Cabe señalar, como en otras tantas sentencias que he podido revisar, que la primera acción no parte de las personas interesadas y supuestamente perjudicadas, sino del control de los poderes públicos, (ejercidos esta vez por la Inspección de Trabajo) que entre otras competencias tienen la de velar por el cumplimiento de la ley.

Entrando ya en los pormenores de la sentencia es significativo, que la CAI, no sea capaz de rebatir de forma lógica los datos estadísticos, que revelan que en los ascensos prevalecen de forma significativa los hombres a las mujeres. “En definitiva, en las categorías inferiores, esto es, niveles XII al VIII, hay un porcentaje de mujeres y hombres de forma más similar a la distribución total de la plantilla. En cambio, si se observan los porcentajes de mujeres en los niveles superiores (niveles VI al I) este porcentaje se invierte hasta llegar a ser en el nivel I del 95,65% hombres frente al 4,34 % mujeres”.

Por la defensa de CAI, se expuso que no se puede deducir de un mero dato estadístico que nos hallemos ante una práctica de discriminación indirecta, y que el acceso a cargos superiores lo realiza

¹⁰ Sentencia **ratificada** por el Tribunal Superior de Justicia de Aragón (Sala de lo Social, Sección 1ª). Sentencia núm. 1001/2008 de 19 diciembre.

la empresa aplicando el criterio establecido en el Convenio Estatal de Cajas de Ahorro, el cual consagra la libre designación como criterio selectivo, y la libre designación no puede constituir un criterio de discriminación indirecta. Entiende la CAI que un elemento neutro, no puede generar desigualdad.

El tribunal niega el argumento central de oposición de la CAI a la demanda, dado que el concepto jurisprudencial expuesto incluye una práctica, aparentemente neutra, siendo tal práctica la que de hecho está perjudicando a un colectivo en situación de desigualdad respecto a otro, y por lo tanto podrá ser enjuiciada como práctica discriminatoria y encuadrarse en el concepto de discriminación indirecta.

Pero una vez demostrada esta situación, recae en este caso sobre la empresa demandada la carga de la prueba, la de acreditar que la desproporción existente en el acceso a los niveles retributivos entre hombres y mujeres obedece a un criterio razonable y justificado. En el presente caso, la CAI no pudo demostrar, que en los hombres nombrados en los últimos años para puestos de nivel retributivo I a VI concurren especiales circunstancias de mérito, formación, o capacitación; o por el contrario que ofrecido el puesto a mujeres, éste hubiese sido rechazado.

Hay que mencionar también **la STC numero 41/1999 de 22 de marzo de 1999**, que ha concedido el amparo a un sindicato porque el TSJ que conocía de un proceso en el que se discutía la política de contratación casi exclusivamente en favor de varones de una empresa (Fasa), se negó a incorporar al proceso ciertos documentos que hubieran acreditado indicios suficientes de discriminación (por ejemplo, en un año Fasa contrató 120 varones y ninguna mujer) y hubieran permitido, en ese caso invertir la carga de la prueba, correspondiendo a la empresa probar que su política de contratación

era objetiva y ajena a toda intención discriminatoria. Finalmente, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 4 de mayo de 2000 estimó la pretensión del sindicato declarando que la empresa habría incurrido en una conducta discriminatoria indirecta en su política de contratación ya que la empresa no aportó una justificación objetiva y razonable de por qué exigía el título de FP-2 para realizar unas funciones que no requerían tan formación, siendo "desproporcionado y perjudicial para el colectivo femenino que por razones socio-económicas no suele poseer tan título".

De especial interés me ha resultado la sentencia del **Tribunal Superior de Justicia de Cantabria**, Sala de lo Social, me refiero a la **Nº: 1161/2005**, donde en la Empresa XX, S.L. de Torrelavega, ya no se enjuicia una discriminación indirecta en el puesto de trabajo, sino en la oferta pública de empleo que restringe el derecho de las mujeres a acceder a un puesto de trabajo, por carecer, generalmente, de la titulación exigida. Una cuestión que en principio es neutral (titulación exigida), pasa a ser discriminatoria. Pasemos un poco al fondo de dicha sentencia.

Hay un proceso selectivo al que se presentan, 420 curriculum vitae, de los que 331 son hombres y 89 son mujeres. De estos 420 CV, tras el criterio de formación de rama técnica y el resto de criterios de inadmisión por falta de requisitos, pasan las pruebas psicotécnicas 151, de los cuales 141 son hombres y 10 son mujeres; asimismo indicará 35 hombres y una mujer son seleccionados para las entrevistas sobre al base de candidatos con mayor puntuación en las pruebas. En la entrevista externa de 10 candidatos pasa 1 mujer y finalmente son contratados 12 hombres. Como se puede comprobar ninguna mujer pasa a trabajar en la empresa.

En el proceso de selección se introduce un requisito, la especialidad de rama técnica, no previsto en el convenio colectivo, una especialidad, que es cursada y obtenida mayoritariamente por

hombres. Un requisito en principio puramente neutral, pasa a considerarse discriminatorio para las mujeres, dándose además dos circunstancias: que una mujer sí tenía dicha especialidad y no es contratada, y por el contrario, tres hombres no la tienen, y en el proceso de selección, concretamente en la entrevista, son seleccionados para el trabajo.

Para definir mas claramente la discriminación indirecta, y con el valor que da una sentencia que deriva del Tribunal Supremo **Sentencia de 18 julio 2011** Recurso de casación para la unificación de doctrina **núm. 133/2010**,¹¹ y además es relativamente reciente (julio 2011), y que afecta a una gran empresa con centros en todo el estado (el Corte ingles).

Vamos a ver lo que a mi parecer hay de nuevo en los fundamentos que se tienen en cuenta, para entender que hay discriminación indirecta en el sistema de promoción profesional por razón de sexo los centros de trabajo, que el Corte ingles tiene en Cataluña.

En primer lugar lo que hace la inspección de Trabajo en su acta de sanción (hay que considerar que es esta acta el que desencadena todo el proceso), es dar datos estadísticos, sobre la plantilla de todos los centros, y que básicamente viene a demostrar que habiendo en plantilla mas mujeres que hombres, son estos últimos los que ocupan los cargos de responsabilidad y de mando.¹²

¹¹ Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1ª). Sentencia de 18 julio 2011 Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 133/2010 interpuesto por «El Corte Inglés, SA» contra la Sentencia del TSJ de Cataluña, de fecha 09-06-2010, dictada en autos promovidos por la Dirección General de Relaciones Laborales del Departamento de Trabajo de la Generalitat de Catalunya contra el recurrente y otras, sobre discriminación indirecta

¹² A titulo de ejemplo señalo los siguientes: El análisis estadístico de la evaluación de los ascensos en los años 2003, 2004 y 2005 en relación con la plantilla media de estos años, ofrece el siguiente resultado: Año 2003: El 38,59% de la plantilla son hombres. El 0,85% de los hombres han ascendido a los grupos de mandos, coordinadores y técnicos. El 61,41% de la plantilla son mujeres. El 0,47% de las mujeres han ascendido a los grupos anteriores. Sistema de libre designación al grupo de Mando: 6 hombres y 2 mujeres. Sistema de evaluación continúa al grupo

Pero al margen de que los datos estadísticos demuestran claramente que hay discriminación indirecta por razón de sexo, lo que para mí tiene si cabe aun mayor relevancia, es lo que la sentencia da como práctica habitual en los ascensos por libre designación (es decir de forma discrecional) Paso a detallar lo que la sentencia da como hechos probados.

Los ascensos a la categoría de técnicos y mandos se rigen por el sistema de libre designación, y el de evaluación continuada para el ascenso a coordinadores. En cuanto al sistema de evaluación continuada, la valoración se realiza por el Jefe inmediato. **La empresa no comunica a los sindicatos, ni a los Comités de Empresa, ni a ningún trabajador las vacantes para la promoción, ni los criterios seguidos en cada uno de los ascensos** y solo conocen, en su caso si se aplican, los criterios tal como indica la empresa, la dirección y los jefes que efectúan la propuesta y por supuesto el trabajador elegido es el único que conoce su promoción. **Tampoco informa a los sindicatos ni a los trabajadores sobre la normativa de valoración para la evaluación continua.** Ni así mismo da información y copia sobre los ascensos efectuados y los criterios utilizados para la adjudicación por la evaluación continuada. **Ni la relación de los trabajadores que han de ascender y sus méritos** y, solo al año, como a todos los trabajadores se entrega los representantes de los trabajadores una relación nominal de todos los ascensos que se han hecho en todos los grupos durante el año. **La participación en los cursos de formación se basa en la elección discrecional por parte de la empresa** de quienes asistirán a los mismos, aún cuando en ocasiones hay peticiones de los propios trabajadores.¹³

coordinador: 5 hombres y 3 mujeres. Destacar que en el resto de los años y de los centros los porcentajes son similares o más discriminatorios para las mujeres.

¹³ En mi opinión la empresa con la ocultación de datos a los representantes de los trabajadores, la falta de transparencia en los criterios de promoción, e incluso la

En su defensa el letrado de la empresa sostiene, que el sistema de promoción es el mismo en todo el estado, y que habiendo alguna demanda individual por este tema siempre han sido desestimadas, y por ello no entiende que esta se considere.

También y en relación a los datos estadísticos, cuestiona su validez al tiempo que señala que no demuestran una discriminación entre sexos.

Por otra parte indica, que los actos por los que se quiere sancionar a la empresa, se desarrollan en unos años donde la supuesta discriminación no estaba tipificada como infracción, al no estar en vigor la Ley de Igualdad.

Ante estas consideraciones por parte del abogado de la empresa, el tribunal sostiene que las pruebas aportadas en el caso de la sentencia recurrida fueron, seguramente, más consistentes, dados los medios con los que cuenta la autoridad laboral que promovió el proceso¹⁴. El tribunal recuerda a la otra parte que no es significativo que las demandas individuales por el mismo motivo se hayan desestimado, y además señala que el acta de infracción por la que se inició el proceso, al ser un acto de una autoridad laboral goza de presunción de certeza, y ellos no han aportado datos que demuestren lo contrario.

participación en los cursos de formación, que no proceden de una oferta pública donde puedan optar a ellos los que cumplan ciertos requisitos, sino que se hacen de forma discrecional por parte de la empresa. Estas prácticas que se hacen de forma arbitraria, y esa actuación va contra derechos fundamentales (en este caso por discriminación de sexo), pero que puede ir más allá y vulnerar otros derechos también fundamentales. Esta forma de actuar no solo perjudica a las mujeres, también a cualquier trabajador, porque el proceder de la empresa es el mismo, con independencia del sexo. En este caso la mujer es doblemente discriminada por mujer y por trabajadora.

¹⁴ Dirección General de Relaciones Laborales del Departamento de Trabajo de la Generalitat de Catalunya por el interés colectivo existente en él, sin que se deba olvidar que, conforme al art. 148-d) de la L.P.L. "las afirmaciones de hecho contenidas en la resolución administrativa iniciadora del proceso gozan de presunción de certeza".

Referente a los datos estadísticos probados, el Supremo argumenta que no pueden considerarse meramente estadísticos, imprecisos y aparentes, por cuanto reflejan una realidad: el número total de empleados de cada centro de trabajo, el número de mujeres ocupadas en cada uno, los ascensos producidos en cada centro en los años controvertidos, los puestos de ascenso ocupados por hombre y mujeres y el porcentaje de cada uno de esos sexos que han ascendido, tanto en función del total como del de empleados de cada sexo.

Estos datos son reales y conocidos por la empresa, quien ha podido rebatirlos y probar su incorrección o que los porcentajes están mal calculados, lo que no ha hecho más que con alegaciones generales que no ha concretado para precisar el número de mujeres que podían ascender, pese a que esos datos son conocidos por ella.

Por último el tribunal aclara a la otra parte, que la sanción no viene dada por el incumplimiento de la Ley de Igualdad. La infracción consiste en la discriminación indirecta por razón de sexo en el sistema de promoción profesional. Ese pronunciamiento debe aclararse en el sentido de que cuando habla de infracción el fallo recurrido no se refiere a la comisión de una infracción administrativa, sino a la vulneración de los preceptos legales (art. 4-2 y 17 del E.T.) que establecen el derecho de los trabajadores a no ser discriminados por razón de sexo.

Más allá de todas estas consideraciones el Tribunal entra en el mismo proceso de selección y señala: "El proceder de la empresa en materia de ascensos, el secretismo con el que se acuerdan estos y que los mismos se realizan principalmente por cooptación lo que es indicativo, igualmente, de la existencia de un proceso de promoción profesional discriminatorio".

“A la vista de lo anterior, se deduce, que el sistema de promoción profesional que se aplica sea neutro, porque aunque tenga apariencia de tal, produce resultados discriminatorios sin justificación objetiva. La cuestión no está en examinar el ascenso a categoría ordinaria, como la de profesional, sino el pase a la categoría de coordinador y a la de mando. Es en el ascenso a estas categorías donde se produce una desproporción adversa para las mujeres, porque esos puestos son ocupados, principalmente, por los hombres en porcentajes muy superiores a los cubiertos por mujeres, dado el número de personas de uno y otro sexo que emplea la empresa”.

Estos resultados se ven favorecidos por el sistema de selección: el ascenso a técnicos y mandos es por libre designación y el pase a coordinador es el resultado de la evaluación continuada del superior inmediato. **Así mismo, facilita estos resultados desproporcionados el secretismo y la falta de publicidad con la que los ascensos se llevan a cabo, sin que las plazas se oferten, ni sean conocidas por los sindicatos o por los trabajadores cuya asistencia a los cursos de formación depende del poder discrecional de la empresa.**

Una vez vistos todos estos datos y lo que la sentencia tiene de significativa en muchos aspectos ya señalados, voy a insistir en lo que a mi juicio es trascendente, ya que no solo se puede aplicar a este caso (discriminación en la promoción por razón de sexo), sino que va mas allá. Se trata de los límites que el empresario tiene en la promoción de cargos de libre designación que de forma discrecional (no se exige ninguna causa objetiva que justifique dicha forma de actuación) puede realizar, cuando ello puede suponer una discriminación.

En mi opinión, ninguna facultad discrecional puede ser utilizada para vulnerar un derecho fundamental. La discrecionalidad no es

conciliable con la arbitrariedad, cuando lo que esta en juego son derechos fundamentales, y la empresa demandada no expone las razones para que los ascensos se desarrollen de esta forma.

Ante una acción empresarial, incluso si tal facultad es discrecional, los poderes empresariales son inseparables del propio contrato de trabajo, y ello supone la superioridad del empresario. Pero la arbitrariedad, si tiene un resultado lesivo a los derechos fundamentales del trabajador, queda eliminada del poder unilateral del empresario.

Hay una definición que la doctrina viene haciendo de forma concluyente y es la proporcionalidad entre el sacrificio de dos derechos:

El derecho del empresario a la organización y gestión empresarial; y el derecho, fundamental, que eventualmente pueda haber sido objeto de lesión a través del incluso lícito, ejercicio de los poderes empresariales. Proporcionalidad que únicamente concurre, en palabras del Tribunal Constitucional, cuando: «la limitación (del derecho fundamental) por parte de las facultades empresariales derive bien del hecho de que la propia naturaleza del trabajo contratado implique la restricción del derecho, bien de una acreditada necesidad o interés empresarial, sin que sea suficiente su mera invocación para sacrificar el derecho fundamental del trabajador», acreditada necesidad o interés empresarial que en ningún caso puede ser la simple voluntad (arbitrariedad) empresarial.

V LIBERTAD SINDICAL Y DISCRIMINACION EN LA PROMOCION PROFESIONAL.

Después de leer varias sentencias, he visto que una parte fundamental del éxito o fracaso en la demanda, es la capacidad que los actores tienen para fundamentar de un modo creíble ante los

Tribunales, que se ha producido por la otra parte unos indicios fundados de discriminación. Por lo tanto entiendo que ha de cuidarse mucho fundamentar estos indicios, sabiendo que luego será la empresa la que ante estos exponentes razonables, tendrá que demostrar (y no solo intentarlo), que no había dicha discriminación.

La carga de la prueba se articula a través de lo que se ha denominado prueba de indicios de tal forma que aquel que alega la violación de un derecho fundamental le corresponde probar la existencia de indicios de que se ha producido tal violación. Indicio que no consiste sólo en la mera alegación de la vulneración constitucional, sino que debe permitir deducir la posibilidad de que dicha violación se ha producido.

La prueba a realizar por el demandante, no es la prueba total de la existencia de los hechos discriminatorios sino únicamente la aportación de unos datos de los que se pueda deducir la posibilidad de que se ha producido la violación alegada. Dichos datos en todo caso, no son meras sospechas ni simples hipótesis, conjeturas o razonamientos del trabajador, sino señales o acciones que manifiestan algo oculto y de los que se puede deducir la posibilidad de que aquella discriminación se ha producido.

Para ahondar en lo referente a la carga de la prueba voy a detallar varias sentencias, con resultados distintos.

Una de ellas es la **sentencia 87/1998 Tribunal Constitucional**, Sala Primera. En esta, un trabajador, que presta servicios para la entidad Caixa de Cataluña, presentó demanda sobre tutela de los derechos de libertad sindical, contra la citada entidad, por vulneración de los derechos fundamentales reconocidos en los arts. 14 y 28.1 CE, dado que desde su ingreso en la citada empresa había ido progresivamente subiendo de categoría, y que, a consecuencia de su afiliación al sindicato X, había sido perjudicado en su promoción

profesional por la empresa, padeciendo una degradación a puestos de trabajo de inferior categoría.

El Tribunal entiende que se ha producido una vulneración de los derechos fundamentales reconocidos en los arts. 14 y 28.1 CE, ya que la actuación empresarial que le ha discriminado en su promoción profesional como consecuencia de su afiliación y de su actividad sindical.

En lo que estamos analizando en este caso (la carga de la prueba) el tribunal dice “desde la TC S 38/1981,¹⁵ la doctrina de este Tribunal viene resaltando la importancia de las reglas de distribución de la carga de la prueba para la efectividad de la tutela del derecho fundamental de libertad sindical. En este sentido, se ha señalado que, cuando se alegue que una decisión empresarial encubre en realidad una conducta lesiva de los derechos fundamentales, incumbe al empresario la carga de probar que su actuación obedece a motivos razonables, extraños a todo propósito atentatorio de un derecho fundamental. Para imponer la carga probatoria expresada, el trabajador ha de aportar previamente un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona sus derechos fundamentales. No es, pues,

¹⁵ En esta sentencia del TC, lo que se viene a cuestionar no es la distribución de la carga de la prueba, sino el despido de tres trabajadores. La Procuradora en representación de X. Y. Z., presentó demanda de amparo, solicitando se declare por este Tribunal Constitucional que el despido laboral de que fueron objeto los demandantes es nulo, con nulidad radical, por vulnerar derechos constitucionales, debiendo ser readmitidos al trabajo, sin que quepa la indemnización como sustitutiva de la readmisión. Se trata de un despido que es nulo no por incumplimiento de requisitos formales, sino por violación de derechos constitucionales, por lo que la nulidad debe producir la readmisión, sin opción indemnizatoria tasada.

El Tribunal Constitucional fallo de la siguiente manera, declarar que los despidos de que fueron objeto los demandantes por parte de la empresa X. Y. Z. son nulos, con nulidad radical, reconocer el derecho de los demandantes a no sufrir discriminación por razón de su pertenencia a un sindicato y de presentarse como candidatos para cubrir puesto de representación obrera en la empresa, restablecer a los recurrentes en la integridad de su derecho o libertad, para lo cual deberán ser admitidos en la empresa, con todo lo demás que procede en los casos de despido nulo, con nulidad radical.

suficiente la mera alegación de la vulneración constitucional”.

Sigue fundamentando el Tribunal “Ahora bien, alcanzado el anterior resultado probatorio por el demandante, sobre la parte demandada recae la carga de poner de manifiesto la existencia de causas suficientes, reales y serias, para calificar de razonable la decisión, debe asumir, en estos supuestos, la carga de probar, sin que resulte suficiente el intentarlo, que su actuación tiene causas reales, absolutamente extrañas a la pretendida vulneración de derechos fundamentales, así como que aquéllas tuvieron entidad suficiente para adoptar la decisión, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios.

En definitiva el Tribunal está dando las pautas para “ordenar” la carga de la prueba, que en un principio tiene el demandante que aportar indicios razonables y no un mero enunciado inconstitucional, una vez aportado, el demandado ha de justificar su actuación, y que no esta motivada por razones contrarias a la Constitución.

En este caso el Tribunal entiende que el trabajador ha acreditado suficientemente la existencia de indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción a favor de sus pretensiones. Indicando que existe algún tipo de relación directa entre las decisiones empresariales de cambio de puesto de trabajo del recurrente y su afiliación y actividad sindical en la empresa.

Correspondía a la empresa la carga de probar que sus decisiones de movilidad funcional del trabajador se basaban en causas reales, serias y suficientes para destruir la apariencia de discriminación creada por el trabajador.

La Sentencia **núm. 225/2006 de 21** marzo Tribunal Superior de Justicia de Madrid, va ha desestimar el recurso de un trabajador afiliado al sindicato X, delegado sindical y miembro del Comité de Empresa, referido trato discriminatorio en ascenso de nivel

profesional, y que el trabajador argumentaba en la voluntad empresarial de obstaculizar su actividad sindical, y represaliándole a la no promoción profesional.

El trabajador argumenta que hay dos trabajadoras, con idéntica situación laboral, que habían sido ascendidas por la empresa. El demandante remitió un escrito al departamento de RR HH, en virtud del cual solicitaba que se procediera con él de igual manera.

En este caso el Tribunal llegó a la conclusión de que no se había acreditado indicio alguno de la lesión de derechos fundamentales que el trabajador sostiene. La simple circunstancia de formar parte del Comité de Empresa o de ser representante de una Organización Sindical no supone, por sí sólo, ningún indicio de la vulneración de derechos fundamentales. Como pone de relieve el Tribunal Constitucional en su sentencia 16/2006, de 19 de enero.¹⁶

En suma, en este caso el trabajador no ha conseguido demostrar ningún indicio de vulneración de derechos fundamentales que alegaba, y consideró razonable la decisión empresarial cuestionada,

¹⁶ Esta sentencia no tiene nada que ver con la discriminación en la promoción **por razón de sexo**, sino que los actores reclaman el amparo del tribunal **por la extinción del contrato de trabajo**, y lo fundamentan en represalias por el ejercicio de un derecho fundamental, el tribunal les concede el amparo, pero hay unos votos particulares que me llamaron poderosamente la atención.

Aun a sabiendas de que no tiene nada que ver con el tema tratado, en la lectura de los votos particulares, yo no he apreciado una justificación objetiva que indique que no se ha producido la discriminación, más bien opiniones personales que paso a detallar. "En primer lugar debo empezar expresando mi preocupación intelectual respecto a la línea jurisprudencial que viene consolidándose en este Tribunal en cuanto a la garantía de indemnidad de los trabajadores, que prácticamente viene convirtiéndose en un derecho fundamental autónomo de éstos, cada vez más desvinculado del derecho fundamental propiamente dicho. En una línea evolutiva, de la que la actual Sentencia puede considerarse nuevo eslabón, se va alejando cada vez más la tutela de la llamada garantía de indemnidad del derecho fundamental sustantivo con el que dice conectarse. Saltar del ejercicio personal de la acción al beneficio derivado para los trabajadores de acciones ejercitadas por sindicatos es, me parece, llevar demasiado lejos la base indiciaria para sostener que una determinada conducta empresarial pueda ser expresiva de una represalia contra el trabajador."

lo que basó en razones de titulación académica y dominio de idiomas, que en nada tenían que ver con una discriminación en la promoción.

Otra sentencia relevante es la del **Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sentencia: 2114/2006**¹⁷, en ella varios trabajadores, en concreto 14 todos ellos afiliados a X y miembros del comité de empresa, esta sentencia, entre otras cosas, tiene de relevancia, que tanto los demandantes como la empresa demandada, utilizan como medios de prueba, datos estadísticos para justificar tanto la discriminación, como la no discriminación. Datos que el tribunal pone en cuestión por diversos motivos. El Tribunal de alguna manera empieza a determinar y a cuestionar si la empresa de forma discrecional, puede promocionar a los trabajadores, aunque los cargos a los que se les promocionan sean de libre designación.

Empecemos por los datos estadísticos que aportan los demandantes, para justificar, lo que ellos entiende por discriminación "De los 5.140 trabajadores de la plantilla adscritos a 31 de diciembre de 2003 a las diferentes categorías profesionales, el 51,07% han sido promocionados discrecionalmente, más allá de la promoción obligatoria por antigüedad y no han sido promocionados discrecionalmente el 47,49% pues sólo han tenido los ascensos obligatorios por antigüedad.

"La probabilidad estadística de que, de un total de 71 trabajadores (la totalidad de los representantes de X en la empresa), escogidos al azar entre un colectivo de 5.140 que ha tenido un índice de promoción profesional discrecional del 51% no haya promocionado

¹⁷ Sentencia de instancia desestima la demanda de los actores, afiliados y miembros del Sindicato CCOO en la empresa demandada CAIXA D'ESTALVIS DE CATALUNYA, en la que solicitaban que se declarara la nulidad de la conducta de la empresa demandada, de no promocionar a los actores profesional y económicamente, el cese inmediato de dicha conducta en el futuro, la reposición del estatuto jurídico de los actores a la situación que les hubiere correspondido si la empresa no hubiere vulnerado las normas constitucionales, consistentes en que les reconociera a cada uno de ellos las categorías profesionales especificadas en la demanda y, por último, la indemnización de daños y perjuicios morales y materiales sufridos por los actores

discrecionalmente ninguno, es ya del orden de veintidós ceros, esto es; 0.0000000000000000000000009116".¹⁸En ninguno de los casos individuales de empleados con representación sindical en X, la categoría alcanzada ha sido por méritos apreciados por la empresa (promoción discrecional). Por el contrario, desde el inicio de la actividad sindical de los citados trabajadores, un porcentaje muy elevado (el 52,42%) de los empleados sin responsabilidad sindical de X, ingresados en el mismo año que cada uno de los representantes sindicales, se han beneficiado de esa promoción.

A la luz de estos datos estadísticos, parece lógico pensar, que sí que hay indicios suficientes para entender que hay discriminación.

Pero, ahora veamos lo que la otra parte, Caixa de Catalunya, argumenta también con datos estadísticos para demostrar lo contrario, y viene a señalar lo siguiente:

X cuenta con representación en la Asamblea General y Consejo de Administración de la demandada sin que en dichos órganos se hubiera planteado ninguna referencia a una posible discriminación sindical a pesar de que es frecuente el tratar temas relacionados con el personal. Desde el año 1995 la demandada ha firmado 28 pactos colectivos con X. Más del 30% de Directores y Subdirectores, puestos directivos, de la demandada pertenecen al sindicato X. En concreto, X cuenta con 306 directores de oficina y 382 subdirectores. De los actuales 71 trabajadores que son miembros del Comité de Empresa por X, 24 desempeñan cargos directivos y 9 de éstos han adquirido el cargo directivo después de ser miembros del Comité de Empresa.

¹⁸ La probabilidad (de 0 a 1), de que un cargo sindical de X disfrute de una promoción discrecional facultativa es nula (0), la del resto de trabajadores es de (0,5242).

Ante los datos estadísticos que las dos partes aportan, el tribunal se decanta por dar la razón a la parte demandada, y por consiguiente determinar que no hay discriminación y lo argumenta de la siguiente manera:

“Los indicios comparativos de cada uno de los actores, con los restantes trabajadores que ingresaron en la empresa en el mismo año y en las mismas categorías profesionales no pueden aceptarse, pues la discriminación para que pueda ser aceptada tiene que partir de una situación de igualdad entre los interesados. El término que se presenta de comparación es vago e impreciso, inconcreto e inadecuado, dada la diversificación de circunstancias profesionales y laborales que normalmente se produce a lo largo de los años de actividad profesional, que impide establecer un nexo de unión, y sobre esta base no se puede traer como dato homogéneo la situación de quienes son representantes de los trabajadores por X en un momento determinado, sino la evolución profesional de todos los que han sido representantes de dicho sindicato durante el mismo lapso de tiempo en que se mide la evolución profesional”.

Viene a decir el tribunal que no puede dar por buenos los datos aportados de forma global por los demandantes, porque cada situación de partida es distinta y por ello los datos no pueden ser homogéneos ya que, en una vida laboral tan amplia, seguro que han acontecido situaciones individuales muy distintas entre cada uno de ellos.

Pero el Tribunal, de acuerdo con sus planteamientos, va más allá, y después de describir el proceso para la promoción profesional, analiza de manera individual las características de cada demandante.

Llegando a fallar en la sentencia que en efecto la empresa no ha negado o vedado ni adoptado represalias por el ejercicio de actividades sindicales, en relación con la no promoción a los actores

profesional y económicamente, quienes nunca han solicitado por escrito su promoción desde el tiempo que llevan de acción sindical.

A título de ejemplo veamos algún argumento del Tribunal: primero señala cómo funciona el sistema de clasificación, resaltando que ha sido un pacto colectivo y firmado por X, después cita uno a uno a los demandantes, para concluir que ninguno ha solicitado por escrito su promoción, tal y como establece el propio estatuto de Empleados de Cajas de Ahorros, veamos la cuestión.

El sistema de clasificación profesional en la empresa demandada para el año 2002 era el establecido en el Estatuto de Empleados de Cajas de Ahorros, en lo que se refiere a categorías de jefatura, en el sistema de clasificación de oficinas regulado por pacto colectivo de empresa de fecha 28 de junio 1999 firmado, entre otros, por el Sindicato X

El acceso a los cargos de Director o Subdirector se realiza mediante un procedimiento interno, conocido por todos los empleados y por lo tanto con carácter de público. En concreto, el sistema de acceso a dichos cargos parte, en primer lugar, de una petición por escrito del empleado al departamento de Recursos Humanos en el que deben destacar su formación, experiencia y aptitudes. En segundo lugar, la empleadora valora las capacidades del candidato para acceder al puesto directivo. Queda claro pues, que si no hay una solicitud por escrito por parte del interesado, no se inicia el proceso de promoción profesional. Luego comienza a enumerar uno a uno los casos de cada uno de los demandantes.¹⁹

¹⁹ Es de resaltar la labor tan minuciosa del tribunal a la hora de enumerar caso por caso las situaciones de cada uno de los demandantes, a título de ejemplo señalo tres D. Iván nunca ha solicitado por escrito su promoción desde los 12 años que se encuentra liberado. Doña Aurora solicitó en el año 1996, antes de su actividad sindical, un puesto de Subdirector que le fue denegado. D. Diego ocupó el puesto de Subdirector en el período de 1980 a 1984 del que renunció voluntariamente.

Después de esta descripción tan detallada, queda claro que la sentencia del Tribunal desestima las pretensiones de los demandantes. Desestimación que yo entiendo se basa, fundamentalmente, en la no solicitud por escrito de dicha promoción (como bien señala el sistema de promoción), y no por la tardanza en solicitarlo, o porque el sindicato X, haya suscrito multitud de acuerdo con la empresa, incluido el que regula la promoción profesional. Con ello la empresa quiere dar a entender, su capacidad negociadora y de llegar a acuerdos, cosa que en esta demanda no se cuestiona.

El Tribunal Superior de Justicia de Islas Canarias, **Sentencia núm. 54/2003 de 22 enero**. Sobre discriminación en la participación de curso de promoción, desestimando la demanda, por considerar la inexistencia de indicios de actitud discriminatoria del empresario.²⁰

La sentencia desestima la demanda de los trabajadores, que se consideran discriminados con respecto al resto de sus compañeros de trabajo, al no ser seleccionados para realizar un curso de formación para la categoría de capataces-apuntadores que se iniciaba el 11-6-1998.

La empresa demuestra que uno de los trabajadores había sido convocado por dos veces, pero como estaba de vacaciones ese mes, el curso lo realizó el otro tractorista. Luego fue convocado al curso por segunda vez, pero el mismo se excluyó con una carta a la dirección de la empresa.

²⁰ La primera peculiaridad de esta sentencia, es que es de las pocas sentencias que yo he leído para realizar este trabajo, en la que los implicados no son miembros significativos de un sindicato y del comité de empresa. La segunda peculiaridad de este caso es que los trabajadores ya tenían en la actualidad la categoría que reclamaban desde el año 2000, y por ello lo que solicitaban era tener esa condición desde que la empresa realizó el curso de formación es decir junio del 98.

No se puede hablar de discriminación en la participación en curso de promoción cuando como ha sido el caso de los recurrentes, en ningún momento se solicita la participación en ningún curso a pesar de ser pública y notoria la convocatoria. De los hechos probados no se aprecia ni siquiera indicios de una actitud discriminatoria por parte de la empresa.

En la **Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Primera, Sentencia 74/1998**, trata sobre una discriminación (salarial y de promoción profesional), a delegados sindicales de UGT y de CC.OO, en relación con otros representantes sindicales de otros sindicatos, en concreto F.A.S.G.A. y F.E.T.I.C.O.

A mi modo de ver esta sentencia tiene relevancia por varios motivos, la demanda es presentada por dos sindicatos, contra las decisiones de la empresa que favorecía a los representantes de los trabajadores de otros sindicatos. Por lo tanto estamos ante una conducta que pretende premiar a unos representantes, y a sus afiliados, en detrimento de otros.

Por otro lado, en el momento de presentar la demanda los sindicatos UGT y CC.OO, tienen 16 representantes sindicales, por 64 de F.A.S.G.A. y F.E.T.I.C.O., lo que a mi modo de ver puede indicar que la empresa con este trato discriminatorio puede pretender ahogar la pluralidad sindical, y es de reconocer la labor del Tribunal Constitucional por el respeto a las minorías, que con esta sentencia se consagra.

Es importante señalar que la empresa recurre la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 21 de Madrid de 8 Feb. 1994, que había dado la razón a los demandantes, ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, y que este, atiende los argumentos de la Empresa y declara que no existe tal discriminación.

Los demandados presentan recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, y este reconoce el derecho de los recurrentes a no ser discriminados por razón sindical en sus salarios, y en su promoción profesional en la empresa, y declara la nulidad de la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

La demanda de amparo aduce, que la Sentencia del T.S.J. de Madrid de 30 Nov. 1994 impugnada no se ajusta a la doctrina del Constitucional, sobre la distribución de la carga de la prueba en los supuestos de decisiones empresariales lesivas de los derechos fundamentales de los trabajadores. Por lo tanto volvemos a ver la importancia que tiene en los procesos, buscar los indicios suficientes de discriminación, para que luego sea la parte demandada la que pruebe que no hay discriminación.

Vamos a detallar la evolución del proceso, destacando los argumentos de las partes, que hacen singular a esta sentencia.

Los 15 trabajadores de la empresa El Corte Inglés, S.A., interpusieron demanda de tutela de los derechos de libertad Sindical, los recurrentes, representantes de los trabajadores elegidos por U.G.T. o por CC.OO., en el período de tiempo comprendido entre los años 1978-1992, alegaban que la empresa les había dispensado un trato discriminatorio en materia salarial, de promoción profesional, y de formación, en relación con otros representantes de los trabajadores, que, en igual período, fueron elegidos por la Federación de Asociaciones Sindicales de Grandes Almacenes (F.A.S.G.A.), y la Federación de Trabajadores Independientes de Comercio (F.E.T.I.C.O.).

La Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 21 de Madrid, de 8 Feb. 1994, apreciando la alegada postergación económica y profesional, estimó la demanda, y declaró la nulidad radical del comportamiento empresarial, por ser constitutivo de una discriminación sindical;

ordenó el cese inmediato de tal conducta y la restauración de la situación al momento anterior de producirse la referida discriminación, para lo cual la empresa demandada debería incrementar el salario bruto de cada uno de los demandantes en un 50 por 100, a partir de la notificación de la Sentencia; y condenó al Corte Inglés, S.A., a indemnizar a cada uno de los actores, en la suma de 2.000.000 de pesetas, como consecuencia de los daños y perjuicios ocasionados por tal comportamiento.

En principio indicar que los demandantes también alegaban trato discriminatorio en materia de formación, lo que el tribunal no consideró al entender que con los indicios de prueba presentados no había lugar.²¹

Sin embargo y referido a la discriminación en materia salarial y de promoción profesional, el tribunal vio indicios de discriminación y al no demostrar la empresa de forma inequívoca que esa situación no era debida a una trato discriminatorio, y por ello estimo la demanda.²²

Correspondía a la empresa probar que la diferencia de trato en materia salarial apreciada se basaba en razones empresariales objetivas, ajenas a la condición de afilados o representantes

²¹ Detallo los porcentajes manejados por el tribunal para fundamentar su decisión: "Durante el período comprendido entre 1986 y 1992, un total de 32 representantes o candidatos a elecciones sindicales han recibido cursos de formación, y de ellos, 10 son del sindicato F.A.S.G.A. un 25 por 100 sobre 40 candidatos, 7 de F.E.T.I.C.O. un 15,21 por 100 sobre 46 candidatos; 6 de CC.OO. un 12 por 100 sobre 50 candidatos y 9 de U.G.T. un 23,65 por 100 sobre 38 candidatos"

²² También en esta caso se baso en datos estadísticos, que son los siguientes: Las subidas extra salariales han sido, para cada uno de los 64 representantes sindicales de F.A.S.G.A. y F.E.T.I.C.O. en diciembre de 1992, por cantidades que oscilan entre 198.688 ptas. Mensuales y 20.781 ptas. Las mismas subidas extra salariales han sido, para cada uno de los 15 actores, en diciembre de 1992, por cantidades que oscilan entre 0 ptas y 7.302 ptas.

sindicales, respectivamente, de los sindicatos U.G.T. y CC.OO., y de los sindicatos F.A.S.G.A. y F.E.T.I.C.O.

Era obligado en consecuencia hacer transparentes los criterios determinantes de tales incrementos salariales extra convenio, acreditándose por la empresa razones laborales o profesionales, o incluso relativas a la personalidad y características de los trabajadores, pero diversas entre los trabajadores comparados, y suficientes para desconectar las diferencias existentes en el disfrute de este concepto salarial, y su condición de afiliados o representantes de los trabajadores por diversos sindicatos.

Por lo que respecta a la discriminación en materia de ascensos denunciada, los recurrentes, fundamentan la diferencia existente entre el número de ascensos por ellos obtenidos, ningún ascenso, frente al número de ascensos obtenidos por los integrantes del grupo de comparación.

En relación con la diferencias acaecidas en la promoción profesional de los trabajadores comparados, los recurrentes han conseguido generar una sospecha o apariencia de discriminación, dadas las significativas diferencias entre los ascensos obtenidos por unos y otros trabajadores, y dada su condición de afiliados o representantes sindicales de diversos sindicatos.

El Juzgado de lo Social concluye que «la empresa no acredita que tal discriminación económica y profesional de los demandantes haya sido debido a causas objetivas y razonables, sino que invoca en todo momento la inexistencia de la referida discriminación. Como consecuencia de todo lo anterior y puesto que el demandado no ha llevado a cabo la actividad probatoria que a él correspondería, y en cambio los actores sí han aportado indicios más que suficientes en defensa de su pretensión, procede declarar producida la lesión de la libertad sindical”.

Contra dicha Sentencia se interpuso recurso de suplicación, por parte de la empresa, solicitando la revisión de los hechos declarados probados.

La defensa de la empresa descarta la desigualdad con base en los siguientes argumentos: la inexistencia de discriminación en la promoción profesional y económica, al entender que no existe homogeneidad de los grupos comparados, y que se revela en una etapa temporal excesivamente dilatada; en concreto, en lo relativo a incrementos económicos, se manifiesta que en el grupo de los teóricamente discriminados existen incrementos por encima de varios de los componentes de los no discriminados.

En lo relacionado con los ascensos, en unos casos los desvincula de la condición de representante y, en otros, los vincula a la movilidad de centro de trabajo y geográfica, contrapesando de esta forma el traslado de ciudad o de centro con la mejora profesional y económica.

En contraposición con la sentencia anterior (la del Juzgado de lo Social de Madrid), y para ver que el tribunal, en este caso, no ha visto prueba de inicios de discriminación en la demanda planteada por los trabajadores, y por lo tanto no entra a valorar la actuación de la empresa. Aunque luego el Tribunal Constitucional da la razón a los demandantes. Veamos el orden cronológico de los hechos:

En la Sentencia del T.S.J. de Madrid, de 30 Nov. 1994, estimó el recurso y revocó la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 21 de Madrid. El tribunal argumenta lo siguiente: "La Sentencia impugnada entiende que no ha existido trato discriminatorio dada la disparidad de situaciones de los colectivos comparados, así como en la inadecuación del término de comparación, lo que es congruente con la doctrina sobre la igualdad del Tribunal Constitucional, y así, al entender que la prueba de indicios no tiene esencia suficiente, ha omitido el estudio minucioso de la prueba de la empresa. Solamente

en supuestos de calificación manifiestamente errónea o valoración arbitraria sería posible entender vulnerado el derecho, lo que a su juicio, aquí no se produce”.

El Tribunal Superior de Justicia negó la existencia de indicios de discriminación que pusieran en juego el mecanismo de la distribución de la carga de la prueba. La falta de homogeneidad interna y externa de los términos de comparación, en relación a la antigüedad, categoría profesional, salario, puesto de trabajo, ascensos, formación, grupo profesional, sector de la empresa, etc., impediría, a juicio del Tribunal Superior de Justicia, apreciar, en este caso, indicio alguno de motivación antisindical.

Los demandantes ante esta sentencia interponen recurso de amparo, ante el Tribunal Constitucional. La demanda aduce, en concreto, que la Sentencia del T.S.J. de Madrid impugnada no se ajusta a la doctrina de este Tribunal sobre la distribución de la carga de la prueba en los supuestos de decisiones empresariales lesivas de los derechos fundamentales de los trabajadores.

El Tribunal Constitucional va a dar la razón a los demandantes, y hace un minucioso repaso por las distintas sentencias del tribunal relacionada con la tan reiterada y a la vez importante distribución de la carga de la prueba.

Voy a señalar a pie de pagina todas las sentencias a las que hace mención el Tribunal Constitucional, por entender que este caso es muy relevante, tanto por la empresa de la que se trata, como por la minuciosidad en la justificación de la sentencia que hace el TC.:

“Desde la STC 38/1981,²³ la doctrina de este Tribunal viene resaltando la importancia de las reglas de distribución de la carga de la prueba para la efectividad de la tutela del derecho fundamental de Libertad Sindical. En este sentido, se ha señalado que cuando se alegue que una decisión o práctica empresarial que encubre en realidad una conducta lesiva de los derechos fundamentales, incumbe al empresario la carga de probar que su actuación obedece a motivos razonables, extraños a todo propósito atentatorio de un derecho fundamental. Para imponer la carga probatoria expresada, el trabajador ha de aportar un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona sus derechos fundamentales (STC 90/1997).²⁴ ”

Ahora bien, no es suficiente la mera alegación de la vulneración constitucional; al demandante corresponde aportar, cuando alegue que un acto o una práctica empresarial ha lesionado su libertad

²³ Esta sentencia, no tiene nada que ver con la discriminación en la promoción por razones sindicales, es mas grave al tratarse de un despido de los candidatos a las elecciones sindicales. La defensa entiende que estamos en presencia de un despido, con origen causal encubierto en injerencias patronales vulneradoras de la libertad sindical. La empresa alegaba que los trabajadores no eran delegados sindicales, (eran candidatos en unas listas electorales) y por ello no eran trabajadores con especial protección, a lo que el TC contesta, la protección frente a los actos de discriminación, en lo que es propio de la libertad sindical, alcanza subjetivamente a todos los trabajadores, aunque los representantes adquiera la protección un especial reforzamiento.

²⁴ En este caso la trabajadora aporta mas que indicios razonables de la discriminación, la actora prestaba servicios como dependienta cajera fija en la empresa «Centros Comerciales PRYCA, SA», con una jornada en régimen de tiempo parcial. El Convenio Colectivo de Grandes Almacenes, disponía en su art. 11.1, en relación a los contratos de trabajo a tiempo parcial, que «En caso de aumento de plantilla o vacante a cubrir, a igualdad de condiciones y aptitudes profesionales, los trabajadores contratados a tiempo parcial tendrán preferencia sobre nuevas contrataciones a tiempo pleno».

La actora hoy recurrente envió un escrito a la empresa en los siguientes términos: «Por la presente vengo a comunicarle que, por motivos personales, necesito prorrogar mi jornada a tiempo parcial a tiempo completo indefinido, basándome en el art. 11.1 del Convenio Colectivo de Grandes Almacenes

Consta en los hechos probados que, con posterioridad a la solicitud de la recurrente, la empresa contrató para prestar servicios como dependientas cajeras con jornada a tiempo completo a cuatro trabajadoras; igualmente, que transformó en jornadas a tiempo completo los contratos a tiempo parcial de distintas trabajadoras (figurando los nombres de cuatro de ellas), sin que concurriese ninguna circunstancia que determinara su preferencia sobre la recurrente.

sindical, un indicio razonable de que la tal lesión se ha producido, un principio de prueba dirigido a poner de manifiesto, en su caso, el motivo oculto de aquel acto o práctica (STC 90/1997).

El demandante, que invoca la regla de inversión de la carga de la prueba, debe desarrollar, pues, una actividad alegatoria suficientemente, concreta, y precisa, en torno a los indicios de que ha existido discriminación (STC 266/1993).²⁵

Por el contrario, la empresa no ha alcanzado el resultado probatorio exigible para llevar al juzgador no a la duda sino a la convicción de que la diferencia era ajena a motivación sindical alguna (STC 114/1989).²⁶

²⁵ Esta sentencia viene a destacar la importancia de que el demandante aporte indicios razonables de que se ha producido discriminación, no sirviendo la mera alusión a la discriminación genérica y sin ningún dato que sustente dicha afirmación.

Señala el recurrente que no puede aportar una prueba concluyente de la motivación antisindical que inspiró la actuación de la Empresa. Como vemos, el recurrente no puede aportar pruebas y los indicios disponibles no son suficientes, las alegaciones del ministerio fiscal van en la línea del demandado, y la empresa prueba que su decisión no atenta contra la libertad sindical, señalar en esta caso que el demandante, no era miembro de ningún sindicato.

²⁶Esta sentencia es muy ilustrativa en cuanto a que no cabe cualquier alegación para invocar trato discriminatorio en relación con la libertad sindical. Este caso no está relacionado con la discriminación en la promoción, es un despido disciplinario que el juzgado calificó como improcedente por no quedar justificadas por el empresario las faltas alegadas, y rechazó la pretensión del demandante de que se considere radicalmente nulo por atentatorio al derecho de libertad sindical. Veamos un poco más en profundidad el caso. El trabajador, mucho antes de iniciarse su actividad sindical, había sido sancionado, por conducir vehículos de la empresa en estado de embriaguez. Si a tal conducta se añade que el despido se produjo, varios días antes de que la Empresa tuviera conocimiento de que el actor era presentado por UGT como candidato a Delegado de Personal, no parece que pueda defenderse la conexión o relación que se sugiere entre la actividad sindical del actor y su despido. Sin que por otra parte se haya acreditado actitud antisindical atentatoria de la libertad del actor por parte empresarial. Tampoco queda constancia que la empresa conociese que el trabajador tuviese intención de presentarse candidato a unas futuras elecciones sindicales.

Por consiguiente, en el presente supuesto ha quedado acreditada la existencia de una diferencia de trato en materia salarial y profesional entre representantes sindicales, de diversos sindicatos, y por parte de la empresa no se han acreditado causas objetivas y razonables suficientes que permitan destruir la apariencia discriminatoria creada, y alcanzar la convicción necesaria que la actuación empresarial ha sido ajena a todo propósito atentatorio de la libertad sindical.

VI CONCLUSIONES

Sin duda se ha avanzado en la no discriminación de los trabajadores. Los tribunales han manifestado en innumerables sentencias, que el poder de organización del empresario está limitado por los derechos fundamentales recogidos en la Constitución. El art. 1.1 de la CE proclama como uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico la igualdad, no sólo se traduce en la de carácter formal, sino que obliga a los poderes públicos a promover las condiciones para sea real y efectiva.

En nada tiene que ver las sentencias de los tribunales, donde se ponían de manifiesto discriminaciones directas, al haber normativas contrarias a la no discriminación, hasta entonces se daban por buenas conductas y normas que se entendían como protectoras de las mujeres, cuando en realidad lo que hacían eran limitar o perjudicar la incorporación de las mujeres al mercado de trabajo. En la actualidad son más numerosas las sentencias que tratan sobre la discriminación indirecta, poniendo de manifiesto conductas que con un aparente aire neutral, lo que hacen es ocultar conductas discriminatorias. Parecer ser que socialmente esta mal vista la discriminación directa, pero la indirecta, al ser más sutil, es más difícil de contrarrestar.

Aunque es cierto que se va progresando en la no discriminación por razón de sexo, también lo es que queda mucho camino por recorrer.

Las mujeres cobran el 22% menos que los hombres y sólo un 11% de mujeres son consejeras en las grandes empresas. Por no hablar de la temporalidad, los contratos a tiempo parcial no deseados y los contratos "basura", que afectan en mayor medida a las mujeres.

En lo referente a los convenios colectivos, es evidente que se han incorporado muchas cuestiones que tratan de paliar la discriminación, en el campo de la igualdad (a través de los planes de igualdad), y en la promoción a través de articulado que de forma más extensa o generalista, tratan de evitar la arbitrariedad en las promociones.

Resulta paradójico, que dos acciones fundamentales para fomentar por un lado la igualdad entre los sexos, como son los planes de igualdad²⁷, y por otro el derecho a la promoción y formación profesional, a través al disfrute de los permisos necesarios para concurrir a exámenes,²⁸ y una preferencia a elegir turno de trabajo,

²⁷ La promoción profesional de la mujer en la negociación colectiva de empresa. Consuelo Ferreiro Regueiro. Profesora Titular de Derecho del Trabajo (Universidad de Santiago de Compostela). Esta doctrina forma parte del libro *"Mujer, trabajo y Seguridad Social"*, edición nº1 Editorial La Ley, Madrid, Diciembre 2010

Dice la Autora: "Buenos, pero escasos, augurios sobre la promoción profesional de la mujer se encuentran con un inconveniente jurídico de primer orden: la eficacia jurídica de los planes de igualdad. Que los contenidos en un convenio colectivo constituyen una manifestación de la negociación colectiva. Todo lo cual permite afirmar que las medidas de igualdad en ellos contenidos son dudosamente exigibles."

²⁸ Promoción profesional, movilidad funcional, movilidad geográfica y modificación sustancial. Rafael Senra Biedma. Relaciones Laborales, Sección Doctrina, 1995, pág. 299, tomo 1, Editorial LA LEY: "En la nueva regulación del derecho a la promoción profesional puede resultar debilitado el principio de norma mínima que informaba la anterior redacción del punto 1 del artículo 22 ET (permiso de exámenes, elección de turno para asistencia a estudios y adaptación de la jornada ordinaria de trabajo), al modificarse, en el nuevo artículo 23 ET, el punto 2 del anterior artículo 22 y remitirse a la regulación que realicen los convenios colectivos para el posible disfrute de esos derechos, suprimiéndose la dicción anterior: «en los convenios colectivos podrán pactarse los términos concretos del ejercicio de estos derechos», por la nueva: «en los convenios colectivos se pactarán los términos concretos del ejercicio de estos derechos». Con la redacción anterior aparecía clara la existencia de estos derechos de promoción profesional ya que la dicción «podrán pactarse» referida a los convenios colectivos suponía que no era necesaria la regulación de los

no están ni mucho menos consolidados. Hay autores que cuestionan su viabilidad, en un caso por ser difícil que se cumplan si no forman parte del convenio colectivo, y, por otro de solicitar dichos permisos y cambios de turnos sino están recogidos en el propio convenio colectivo.

Parece como si los convenios colectivos, trataran de cumplir el expediente legal y esto se nota en que o transcriben literalmente la legislación vigente o se remiten a ella. Es más, dominan los convenios colectivos con declaraciones de principios al respecto, no habiendo medidas reales y efectivas. Esto significa que, aunque se dan los instrumentos necesarios para integrar mejoras relevantes, únicamente algunos convenios colectivos amplían los derechos previstos legalmente.

Esta realidad, que ya de por sí es un poco oscura, es la de las empresas grandes que cuentan con un convenio colectivo propio, y una presencia sindical, que en mayor o menor medida sirven de contrapoder a los intereses de la empresa. En las pequeñas empresas resulta difícil saber como se esta respondiendo a estas situaciones, pero es evidente que el poder de los trabajadores es mucho mas limitado, y posiblemente esto de la no discriminación sea un "lujo", que no se puedan permitir. Preocupados en el mejor de los casos en que se cumpla el convenio, sobre todo en lo referente al salario y a la jornada.

Respecto de la discriminación en la promoción por motivos sindicales, es difícil saber cual es verdaderamente su alcance, y si cuantitativamente es relevante. Por las sentencias que he estudiado, es evidente que se da con cierta frecuencia, y nos encontramos con

mismos por la autonomía colectiva. En la nueva dicción, la regulación por convenio colectivo aparece en forma imperativa, con lo que podría sostenerse que se está realizando una remisión a la negociación colectiva, cuya previsión expresa sería indispensable para el disfrute de esos derechos."

situaciones que evidencian persecución sindical y tratos de favor a sindicatos afines a la empresa. Dudo mucho que en las empresas del IBEX haya algún consejero que además sea "miembro activo" de un sindicato.

Esa promoción no se suele dar, pero también es cierto que hay organismos, sobre todo públicos, donde se da cabida a los agentes sociales (empresarios y sindicatos), y su comportamiento en ocasiones deja mucho que desear.

Darío Fo, en una entrevista decía: "Con el conocimiento se reta al poder". Esta frase, puede dar lugar a muchas interpretaciones. Entre ellas la última de la que tengo noticia y es lo que Soledad Gallego Díaz²⁹ denuncia en el artículo titulado: "La misma vergüenza, el mismo engaño", publicado en el diario "El país", el día 10 de Junio de 2012, donde de forma dramática, se indica lo que se está dispuesto a hacer para que una parte de la población siga en la ignorancia, concedores de que así pervivirá la desigualdad.

No tan dramático como lo anterior, pero esta frase me ha animado a elegir este tema. Conociendo de una cuestión, estudiándola, separando la información de la propaganda, podemos como dijo Darío Fo retar al poder, retar con argumentos, dar conocer, que tus ideas se tengan en cuenta, y esto modestamente es lo que trato de plasmar en este trabajo.

Y para terminar lanzo unas preguntas, que me han surgido tras la lectura de las sentencias, para que cada uno las respondamos como entendamos, y reflexionando, Podamos conocer más la realidad

²⁹ "Cerca de 120 niñas y profesoras fueron envenenadas, y algunas de ellas murieron, a finales del pasado mes de mayo en la provincia de Takhar, en Afganistán, posiblemente por grupos talibanes que quieren impedir que las niñas acudan a las escuelas y que reciban algún tipo de educación.

¿A igual de conocimientos igual de oportunidades?

¿Dónde acaba el poder de dirección y organización del empresario?

¿Hay límites a la promoción unilateral del empresario?

¿Límites a la designación puestos de confianza?

¿Cuando no se dan las condiciones de igualdad en la promoción, porque no están articuladas, y el empresario de forma arbitraria decide quien promociona y quien no con independencia del sexo, la mujer esta doblemente discriminada?.

VII RELACION DE SENTENCIAS MENCIONADAS

Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 21/1992 de 14 febrero.

Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 38/1981 de 23 noviembre.

Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 38/1981 de 23 noviembre.

Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 58/1994 de 28 febrero.

Tribunal Constitucional Sentencia núm. 90/1997 de 6 mayo.

Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 114/1989 de 22 junio.

Tribunal Constitucional Sentencia núm. 145/1991 de 1 julio.

Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 147/1995 de 16 octubre.

Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 229/1992 de 14 diciembre.

Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 250/2000 de 30 octubre.

Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 266/1993 de 20 septiembre.

Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 216/1991 de 14 noviembre.

Tribunal Constitucional Sentencia núm. 41/1999 de 22 marzo.

Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 16/2006 de 19 enero.

Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 41/1999 de 22 marzo.

Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 139/1992 de 25 mayo.

Tribunal Constitucional Sentencia núm. 198/1.996, de 3 de diciembre

Tribunal Constitucional Sentencia núm. 87/1998.

Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 74/1998 de 31 marzo.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea Sentencia Enderby del, de 27 de octubre de 1.993.

Tribunal Superior de Justicia de Aragón. Sentencia núm. 1001/2008 de 19 diciembre.

Tribunal Superior de Justicia de Cantabria. Sentencia de 14 Nov. 2005.

Tribunal Supremo. Sentencia de 18 julio 2011 Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 133/2010.

Tribunal Superior Justicia de Madrid Sentencia núm. 225/2006 de 21 marzo.

Tribunal Superior de Justicia de Cataluña Sentencia núm 2114/2006

El Tribunal Superior de Justicia de Islas Canarias, Sentencia núm. 54/2003 de 22 enero.

VIII BIBLIOGRAFIA

- FABREGAT MONFORT, Gemma: "La prohibición de discriminación como límite a la libre discrecionalidad empresarial en la promoción profesional". Revista de Derecho Social, nº 44 p. 207 y ss.

- LÓPEZ ORTEGA, M^o José "Empleo y discriminación salarial de la mujer", en AAVV " Mujer y trabajo" , Ed. Bomarzo, p.9 y ss.

- SALA FRANCO, Tomás y otros: "El principio de igualdad de trato. La relación laboral". Relaciones Laborales 2011 (www.tirantonline.com)

- SENRA BIEDMA, Rafael: "Promoción profesional, movilidad funcional, movilidad geográfica y modificación sustancial". Relaciones Laborales, 1995, Tomo 1, p.299 y ss

- FERREIRO REGUEIRO, Consuelo: "La promoción profesional de la mujer en la negociación colectiva de empresa" Mujer, trabajo y Seguridad Social, edición nº1 Editorial La Ley, Madrid, Diciembre 2010

- IGLESIAS CABERO, Manuel: "Discriminación indirecta, por razón de sexo". Actualidad Laboral, Nº 2, Sección Sentencias Ejemplares, Quincena del 16 al 31 Ene. 2012, Ref. 40, tomo 1, Editorial LA LEY.

- REY MARTINEZ, Fernando: "El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo" Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad de Valladolid. (www.uva.es).