



Roj: **STSJ CANT 1593/2005 - ECLI: ES:TSJCANT:2005:1593**

Id Cendoj: **39075340012005101019**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Santander**

Sección: **1**

Fecha: **14/11/2005**

Nº de Recurso: **905/2005**

Nº de Resolución: **1161/2005**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **RUBEN LOPEZ-TAMES IGLESIAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TSJ CANTABRIA SALA DE LO SOCIAL

SANTANDER

Sentencia Núm. 1.161/05

Rec. Núm. 905/05

Sec. Sra. Colvée Benlloch.

PRESIDENTE

Ilmo. Sr. D. Rubén López Tamés Iglesias

MAGISTRADOS

Ilma. Sra. D^a. Mercedes Sancha Saiz

Ilma. Sra. D^a. M^a Jesús Fernández García

EN NOMBRE DE SU MAJESTAD EL REY, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de

Justicia de Cantabria compuesta por los Ilmos. Sres. citados al margen ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A

En Santander, a catorce de noviembre de dos mil cinco.

En el recurso de suplicación interpuesto por Unión Sindical Obrera en Solvay S.L. y otro contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social Núm. Uno de Santander, ha sido Ponente el Ilmo. Sr. D. Rubén López Tamés Iglesias, quién expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por Unión Sindical Obrera en Solvay S.L. y otro, siendo demandados Solvay S.L. y otro, sobre Tutela de Derechos, y que en su día se celebró el acto de la vista, habiéndose dictado sentencia por el Juzgado de referencia en 8 de julio de 2.005 en los términos que se recogen en su parte dispositiva.

SEGUNDO.- Que como hechos probados se declararon los siguientes:

1º.- Que la empresa demandada Solvay, S.L., ha llevado a cabo un proceso de selección de personal a través de la empresa TEACEGOS, para cubrir los puestos de trabajo en las unidades de fabricación a través de una oferta pública de empleo público.

Dicha oferta de empleo se publica a través de una hoja informativa en el Boletín informativo del personal del complejo Solvay en Torrelavega tablón de anuncios en la que se hacen constar los siguientes extremos:



"La empresa va a proceder en breves fechas a contratar una serie de trabajadores para diversas Unidades de Fábrica.

Al dorso se recoge el texto del anuncio que, además de la difusión que se hace a través de esta hoja informativa se publicará el próximo domingo en los diarios regionales. Igualmente el anuncio será remitido al INEM como trámite preceptivo.

El proceso de selección será realizado por la Delegación de la empresa TEA-CEGOS en Bilbao, a cuya dirección los candidatos deben enviar la documentación requerida antes de la fecha límite de 27 de julio de 2004.

Aquellos que sean hijos de trabajadores en activo, jubilados o fallecidos, deberán hacerlo constar en el curriculum que remitan"

En los periódicos "Alerta" (página 11) Y "El Diario Montañés" (página 9) del día 18 de julio de 2004 se publica el anuncio de oferta de empleo donde figura como oferente SOLVAY, referente entre otros puestos a Operador de Planta Química (OPQ), donde se indica:

"Requisitos:

Profesionales jóvenes con iniciativa y buena capacidad para el aprendizaje y la poli valencia.

Formación profesional de grado Superior o FP II.

Conocimiento de informática como usuario.

Valoraremos la realización previa de prácticas en el sector industrial y los conocimientos de inglés.

Abstenerse personas con titulación Media y Superior".

2º.- Al proceso selectivo se presentan 420 curriculum vitae, de los que 331 son hombres y 89 son mujeres. De esos 420 C.V., se convocó a 158 candidatos para el desarrollo de la siguiente fase consistente en la realización de una serie de pruebas psicotécnicas, de las cuales 146 eran hombres y 12 mujeres. A dicha prueba se presentaron 151 candidatos (141 eran hombres y 10 eran mujeres). Posteriormente, se convocó a los 36 candidatos a la fase de entrevista personal, distribuidos en 35 hombres y una mujer.

Finalmente se puso en conocimiento de Solvay Química S. L., los resultados del conjunto del proceso de selección, seleccionando a los 12 candidatos que finalmente contrató, sin que ninguno de ellos fuera mujer.

3º.- El proceso de selección ha consistido en las siguientes fases:

1) Por parte de Solvay Química, S.L., en la persona de D. Antonio se solicita a TEA CEGOS S.A., oferta de colaboración en la selección de Operarios de Planta Química y otros.

2) Los requisitos para poder presentarse a los distintos puestos aparecen resumidos en el anuncio de reclutamiento y en información enviada por SOLVAY QUÍMICA, S.L.

3) Publicación de anuncio en prensa local el 18 de julio de 2004.

4) Recepción en TEA CEGOS de los curriculum para comprobar el cumplimiento de los requisitos de la convocatoria, debiendo adjuntar: Fotocopia D.N.I, documentación acreditativa del nivel de formación alcanzado y expediente académico y escrito indicativo del grado de consanguinidad.

5) Elaboración de dos listados:

Uno con los aspirantes que reúnen los requisitos de FP II.

Otro con los aspirantes que no tienen la especialidad técnica.

6) Realización de pruebas psicotécnicas que consisten en dos ejercicios tendentes a medir determinadas aptitudes:

Razonamiento, dotes verbales, aptitud numérica, capacidad especial.

Una prueba donde se evalúa la capacidad para resolver problemas mecánicos.

7) La siguiente fase es la entrevista personal con el consultor, en proporción de 4 a 6 candidatos por puesto a cubrir. A quienes obtengan una puntuación inferior a la establecida para realizar el corte, se les informa por carta.

8) Los candidatos que superan el corte se les realiza una entrevista individual analizando 5 competencias: orientación a resultados, estabilidad y control, trabajo en equipo, iniciativa y decisión y adecuación al puesto de trabajo. La empresa Solvay S. L., solo interviene en la fase final de la entrevista de los preseleccionados por TEA-CEGOS.



9) Escrito contestación de fecha, Bilbao a 30 de agosto de 2004, donde se indica que "De acuerdo con el proceso de selección de O.P.Q., para vuestra planta de Torrelavega, te adjunto con la presente la relación de los candidatos más idóneos para la cobertura de los citados puesto a:

Tomás . Pedro Antonio . Everardo . Raúl . Juan Manuel . Eduardo . Oscar . Ángel Jesús . Gabriel . Sergio . Pedro Miguel . "

Por escrito continuación de fecha Bilbao a 8 de septiembre de 2004 se expone " En el caso de que tuvierais necesidad de incorporar a otro candidato como operario de fabricación, el candidato que os proponemos es D. Imanol ".

Dichos candidatos propuestos fueron los elegidos por la empresa SOLVAY QUÍMICA S.L.

4º.- La empresa rige su actividad por el pacto de Aplicación del XVI Convenio Colectivo de la Industria Química, en cuyo artículo 18 C.G.I.Q , prevé como cláusula de acción positiva "... de modo que en igualdad de condiciones de contratación, salariales, formación, promoción y condiciones de trabajo en general, de modo que en igualdad de condiciones de idoneidad tendrán preferencia a las personas del género menos representado en el grupo profesional de que se trate".

El artículo 21 y 22 de dicho convenio establece como grupo profesional I. En cuanto a la exigencia para la contratación en materia de Formación: "conocimientos a nivel de educación primaria o secundaria obligatoria. Grupo profesional 3. Formación: la formación básica exigible es la equivalente a la Educación secundaria Obligatoria completada con experiencia profesional o con un ciclo Formativo de grado medio.

5º.- La Comisión de seguimiento del Plan de empleo del Pacto de Aplicación del XIV Convenio general de la Industria Química para el Complejo Industrial de Solvay en Torrelavega , responde a los hechos de la demanda formulada afirmando la empresa y los sindicatos firmantes (UGT, CCOO y CC-AMT), que:

- a) Se valora y respeta el desempeño de las trabajadoras exactamente igual que el de los trabajadores.
- b) El empleo femenino en la Fábrica se encuentra, al menos, al mismo nivel que puede estar en cualquier otra fábrica de similares características de nuestra Región.
- c) En los últimos años se han contratado para la plantilla de la fábrica mujeres en diversos departamentos, utilizándose el mismo proceso que cuando el contratado finalmente ha sido un hombre.
- d) Confianza en la Comisión de que en todo momento se ha seleccionado a las personas más idóneas para cada puesto, siendo prueba de ello que todos y cada uno de los operarios contratados han superado sin problemas el período de prueba.
- e) En Solvay la remuneración se rige por grupos profesionales, cobrando lo mismo, a igual Grupo, el hombre que la mujer"

6º.- Existe un informe de fecha Madrid, a 21 de abril de 2005, sobre posible discriminación por razón de sexo, en el proceso de selección de puestos de trabajo, en la empresa Solvay, elaborado por el Instituto de la mujer en cuanto Órgano autónomo adscrito al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, a instancia de escrito remitido por la Organización Sindical UNIÓN SINDICAL OBRERA (Sección sindical USO-SOLVAY), donde fija como conclusión que "a la vista de la documentación obrante en el Instituto de la Mujer, este Organismo estima que existen indicios que pueden permitir afirmar la posibilidad de existencia de una situación de discriminación indirecta por razón de sexo en el proceso de selección de Operarios/as de fabricación, realizado en el año 2004, en la empresa Solvay sita en la provincia de Cantabria.

Por otro lado, y en la medida en que no se han aportado datos al respecto, este Organismo lamenta profundamente que, existiendo un conjunto de medidas tan novedosas en el propio Convenio Colectivo, teniendo, por tanto, un refrendo legal, además de un apoyo constitucional, no se hayan adoptado actuaciones dirigidas a erradicar la categorización y masculinización de determinados puestos de trabajo, fenómeno que tiene su origen en los prejuicios infundados que responden a una división sexista del trabajo cuyos efectos, tristemente, a día de hoy no dejan de sentirse... "

7º.- El puesto de O.P.Q puede cubrirse perfectamente por mujeres.

En la empresa Solvay existen en plantilla al menos 29 mujeres, sin que conste una relación detallada de esos puestos, categorías, salarios, forma de selección, su control por los agentes sociales, periodo de formación y ello en relación con la totalidad de los trabajadores de la empresa.

No consta si para los otros puestos de trabajo objeto de proceso de selección sólo se contrataron a hombres y si se hicieron a mujeres en qué proporción.



La selección se realiza por una empresa externa y especializada, entre otras causas, como forma de garantía.

La empresa siempre ha elegido al candidato más idóneo.

No constan demandas o denuncias por discriminación por razón de sexo contra las empresas demandadas.

8º.- No resulta probada el perjuicio sindical que dé lugar a la indemnización reclamada.

9º.- La demanda se formula el día 7 de marzo de 2005.

TERCERO.- Que contra dicha sentencia anunció recurso de suplicación la parte demandada, siendo impugnado por la parte contraria, pasándose los autos al Ponente para su examen y resolución por la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La primera de las modificaciones que se solicitan ha de ser atendida. Se basa en el informe de la Inspección de Trabajo cuyo contenido no contradice la sentencia de instancia sino que lo acoge e incluso de forma expresa en algún aspecto que ahora quiere transcribirse con mayor concreción en el texto alternativo, referido a la incidencia del criterio de formación de rama técnica en el proceso selectivo (punto 5 del ordinal tercero de los hechos probados, elaboración de dos listados). No puede obviarse que, al margen de los requisitos dispuestos en el anuncio publicado en los periódicos, la elaboración de un listado, con los aspirantes que no tenían la especialidad técnica, es circunstancia que la sentencia (hecho probado tercero) ya reconoce que fue introducida durante el proceso selectivo. En la misma fundamentación jurídica reconoce este hecho cuando, tratando de desvirtuar los argumentos de la parte actora, manifiesta que la "empresa podría solicitar en la convocatoria personas con la especialidad de rama técnica", al margen de considerar que no era un requisito definitivamente excluyente porque también se habían contratado a personas, hombres, no mujeres, que carecían de esa titulación. Pero es que, además, el acta recoge las declaraciones de la empresa respecto a que la falta de selección de titulados de FP en materias no técnicas es una medida que se adopta de consuno con la empresa de selección ante "lo desproporcionado de los puestos a cubrir y los aspirantes y que lo conocen los representantes" (folio 184), de forma que el Inspector se limita a transcribir lo que la empresa ahora niega.

En definitiva, no niega la sentencia de instancia el hecho del requisito adicional e inexistente en la convocatoria inicial, porque entre otras razones, se relata en el acta de la Inspección y lo que controvierte es su relevancia cuando se trata de resolver sobre la alegada discriminación. No desvirtúa en este aspecto la presunción de certeza del acta de infracción sino que básicamente ya lo acoge dicha resolución y, desde luego, a diferencia de lo señalado en la impugnación, la exigencia de la rama técnica, introducida a lo largo del proceso selectivo, no es una "pura invención".

El ordinal segundo expresará entonces, y conforme al texto alternativo propuesto, lo siguiente: "Al proceso selectivo se presentan, en el año 2004, 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 TEACEGOS, de 10 candidatos pasa 1 mujer y finalmente son contratados por Solvay 12 hombres".

La redacción alternativa que se solicita para el hecho probado séptimo también debe ser acogida porque refleja una situación que la demandada no niega y que es reveladora de la situación del personal femenino en la empresa. Indicará el hecho séptimo "El puesto de Operador de Planta Química puede cubrirse perfectamente por mujeres. En la empresa Solvay existen en plantilla al menos 29 trabajadores del sexo femenino que son personal empleado con turno de día, ninguna mujer que presta sus servicios a fuego continuo u otros relevos ni ninguna empleada como personal obrero de fabricación. El personal obrero son hombres en su totalidad ascendiendo a 259 hombres sin que exista ninguna mujer en el proceso de fabricación, pues realizan su trabajo como administrativos mayoritariamente, y en dicha empresa entre personal obrero, personal empleado y CADRES, hay 511 hombres y sólo 29 mujeres".

La redacción del ordinal noveno se justifica a tenor del certificado de la Consejería de Educación y al margen de la inexactitud en algunos de los datos que se relatan a lo largo del tercer motivo del recurso y el baile de cifras que delata la parte impugnante. Lo cierto, sin controversia apreciable, es la conclusión que se propone como texto alternativo y en términos no numéricos y precisos, sino genéricos, pero significativos: "Conforme se establece en la certificación de la Consejería de Educación y Juventud del Gobierno de Cantabria, las mujeres tienen un menor acceso a la formación profesional grado II en rama técnica, siendo mayoritariamente



cursadas y obtenidas dichas titulaciones por los hombres, siendo escaso el número de mujeres que tienen dicha titulación".

De una especial virtualidad la adición de un nuevo hecho probado, que se justifica a través de la misma documental aportada por la demandada y atinente a la selección de de varios contratados masculinos que no tenían la especialidad técnica, en concreto tres: "De los 12 trabajadores contratados (hombres), 3 de ellos no tienen la formación profesional II en rama técnica sino que dos son administrativos y otro informático".

SEGUNDO.- Se denuncia infracción por inaplicación de lo dispuesto en el artículo 14 y 35 de la Constitución española, en relación con el artículo 4.2.c) y 17.1 del Estatuto de los Trabajadores , artículo 96 y 179.2 de la Ley de Procedimiento Laboral , de los artículos 18, 76, f) y Capítulo XVI del Convenio Colectivo de la Industria Química al que se remite la Disposición Final Quince del pacto de aplicación del Convenio de la Industria Química en la empresa Solvay , así como reiterada doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre materia de discriminación.

La Convención de Nueva York de 18 de diciembre de 1979 , sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, ya estableció determinadas pautas respecto a la mujer que desea integrarse en el mundo laboral y en ciertos sectores todavía esencialmente masculinos. De la misma forma, la Recomendación de la OIT, de 1965, sobre el empleo de las mujeres con responsabilidades familiares, parte precisamente de la base de que es la mujer la única titular de tales responsabilidades.

El Convenio OIT núm. 156 de 1981 alude, por su parte, a la realidad fáctica de la discriminación indirecta, y establece determinadas vías de tutela contra la misma. La normativa comunitaria en materia de igualdad entre hombres y mujeres, nacida al amparo del art. 119 (igualdad de remuneración) del Tratado de Roma, surge a partir de 1975 (Directiva 75/117/CEE, de 10 de febrero de 1975 . Especialmente trascendente para la resolución de la controversia actual es la Directiva 76/207/CEE, de 9 de febrero de 1976 (modificada por Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002), 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. La Directiva proscribire las discriminaciones directas e indirectas.

Las indirectas han sido interpretadas por la jurisprudencia comunitaria con fundamento en el método estadounidense del "advers impact" (efecto negativo). La discriminación indirecta parte del levantamiento del velo de la apariencia como conducta objetiva, para incidir en lo que realmente constituye una causa de discriminación, de manera que se usa de forma contextualizada, no abstracta, el principio de no discriminación. La discriminación indirecta comprende "aquellos tratamientos formalmente no discriminatorios de los que derivan, por las consecuencias fácticas que tienen lugar entre trabajadores de diversos sexos, consecuencias desiguales perjudiciales por el impacto diferenciado y desfavorable que tratamientos formalmente iguales o tratamientos razonablemente desiguales tienen entre trabajadores de uno u otro sexo a causa de la diferencia de sexo". Los supuestos típicos de discriminaciones indirectas se producen en los procedimientos de selección de empleo (por ejemplo, exigiendo una determinada estatura común para ambos sexos) y en la determinación de las categorías profesionales («feminizadas»). Ha de citarse también la doctrina del TJCE, contenida en varias sentencias (17.10.1995 [TJCE 1995, 172] , asunto Kalanke, 11.11.1997 [TJCE 1997, 136] , asunto Marschall, 28.3.2000 [TJCE 2000, 56] , asunto Badeck y 6.7.2000 [TJCE 2000, 166] , asunto Abrahamsson y Anderson vs. Fogelqvist) y relativa a la igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a empleos en la Administración pública. Justifica tal doctrina toda acción encaminada a promover prioritariamente (cláusula de apertura para reducir o eliminar desigualdades de hecho) a las candidatas femeninas en los sectores de la función pública en los que se encuentran infrarrepresentadas como medida de discriminación positiva.

La Directiva 97/80/ CE de 15 de diciembre de 1997 , relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo, dispone que la igualdad de trato comporta la ausencia de toda discriminación laboral por razón de sexo, directa o indirecta. Existe discriminación indirecta, conforme a esta Directiva (art. 3.2), "cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutral perjudica de un modo desproporcionado a las personas de un sexo determinado, a menos que el objetivo perseguido por la aplicación de dicha disposición, criterio o práctica esté objetivamente justificado y cuando los medios para alcanzarlo sean apropiados y necesarios". Se ha apreciado por ejemplo discriminación indirecta para las trabajadoras a tiempo parcial en el asunto resuelto por la STJCE de 27.5.2004 (asunto Edeltraud Elsner-Lakeberg vs Land Nordrhein- Westfalen), derivado de una norma alemana de dicho Land por la que los profesores a tiempo parcial no perciben (ni tampoco los que trabajan a tiempo completo) ninguna retribución por las horas extraordinarias que realizan cuando éstas no superan tres horas al mes, ya que la diferencia de trato afectaba a un número mucho mayor de mujeres que de hombres y tal diferencia de trato no puede justificarse por un objetivo ajeno a la pertenencia a un determinado sexo o no es necesaria para alcanzar el objetivo perseguido.



TERCERO.- La normativa española vigente contempla tanto la discriminación directa como la indirecta. En el Estatuto de los Trabajadores, en concreto, en su art. 4.2.c , y con reflejo también en el art. 17 de la misma norma estatutaria , se prevé la discriminación directa (trato de menor favor a una persona respecto a otra en situación análoga) y la discriminación indirecta :toda disposición normativa heterónoma, cláusula convencional o contractual, pacto individual o decisión unilateral que, aparentemente neutra, ocasione una desventaja particular a una persona respecto de otras por las referidas razones, siempre que objetivamente no respondan a una finalidad legítima y que los medios para su consecución no sean adecuados y necesarios.

El criterio de la discriminación indirecta fue acogido por la jurisprudencia constitucional en la STC 145/1991, de 1 de julio : Según ésta: "la prohibición constitucional de discriminación por características personales y en particular por el sexo, como signo de pertenencia de la mujer a un grupo social determinado objeto históricamente de infravaloración social, económica y jurídica, se conecta también con la noción sustancial de igualdad. Ello permite ampliar y enriquecer la propia noción de discriminación, para incluir no sólo la noción de discriminación directa, o sea, un tratamiento diferenciado perjudicial en razón del sexo donde el sexo sea objeto de consideración directa, sino también la noción de discriminación indirecta, que incluye los tratamientos formalmente no discriminatorios de los que derivan, por las diferencias fácticas que tienen lugar entre trabajadores de diverso sexo, consecuencias desiguales perjudiciales por el impacto diferenciado y desfavorable 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". En el ámbito de las relaciones jurídico-privadas, en el que nos movemos, "la empresa no está vinculada por un principio absoluto de igualdad de trato" (SSTC 34/1984 [RTC 1984, 34] y 166/1988 [RTC 1988, 166]), pero es necesario poner en el otro lado de la balanza el hecho de que "ello no excluye la prohibición de distinciones basadas en factores que el ordenamiento catalogue como discriminatorias" (SSTC 127/1987 [RTC 1987, 127] y 166/1988 [RTC 1988, 166]). De modo que «la conducta empresarial, fundada en motivos expresamente prohibidos como el sexo, no puede ser valorada como un mero acto de libertad indiferente para el Derecho» (STC 173/1994 [RTC 1994, 173]). En términos semejantes se manifiesta la STC 147/1995, de 16 de octubre . También las STC 145/1991, de 1 de julio (RTC 1991, 145), y las que la siguieron -la 58/1994, de 28 de febrero (RTC 1994, 58), la 286/1994, de 27 de octubre (RTC 1994, 286) , y la 147/1995, de 16 de octubre (RTC 1995, 147) .

La sentencia de de 4 mayo 2000 del Tribunal Supremo , cuya analogía con el supuesto actual se afirma por el recurrente y por el Ministerio Fiscal para solicitar la revocación de la sentencia, y con el que niega identidad de razón la parte impugnante, es la primera ocasión, en la que la doctrina judicial del Tribunal Supremo, se recoge, de una manera expresa, el concepto de discriminación indirecta, aunque, en su Sentencia de 1 de junio de 1999 (RJ 1999, 5057) confirmó la de 21 de octubre de 1998 (AS 1998, 4213), TSJ Cataluña, donde sí se hacía amplio desarrollo del concepto y se aplicaba a un supuesto de relegación en ascensos.

La recepción del concepto es expresa: "Las medidas que se articulan con una finalidad promocional de las mujeres en el trabajo, sólo se entienden desde la actual concepción del principio de no discriminación, que supera la prohibición de tratamientos diferentes no justificados, para contemplar la necesidad de atender la situación de determinados individuos o colectivos con el fin de hacer posible la igualdad sustancial de los mismos en la sociedad. Para ello, no es suficiente con que las normas de más alto rango prohíban las diferencias de trato injustificadas, sino que se hace necesario el establecimiento de medidas adicionales que tiendan a compensar la desigualdad de partida. En esta línea se inscribe la propia Constitución Española, donde, además de aparecer la prohibición de discriminaciones por razón de sexo (artículo 14), se establece el compromiso de los poderes públicos de facilitar la igualdad real y efectiva de los individuos y de los grupos en que se insertan (artículo 9.2) mediante la remoción de los obstáculos que la han venido impidiendo. Todo ello en coherencia con el actual concepto de discriminación (que no se identifica con una mera diferencia de trato), sino que pone el énfasis en el resultado de determinadas conductas, intencionadas o no, que sitúa o mantiene a determinados sujetos en una situación de inferioridad. El primer objetivo de la tutela antidiscriminatoria es perseguir y sancionar los actos que violan el derecho a la no discriminación, arbitrando medios suficientemente eficaces para conseguir su erradicación (artículo 14 de la Constitución); y el segundo objetivo que persiguen las medidas de tutela antidiscriminatoria es conseguir la igualdad de oportunidades y la remoción de los obstáculos, en nuestro caso en materia de acceso al trabajo (artículo 9.2). Conforme a tales consideraciones ha surgido la doctrina de la discriminación indirecta o de impacto adverso, a tenor de la cual para determinar la existencia de discriminación en función del resultado no es necesario un tratamiento inicial diferenciado, ya que un tratamiento formalmente igual, neutro, puede resultar sin embargo ilegítimo porque sus efectos son perjudiciales para determinado colectivo".

CUARTO.- Con dichos antecedentes, y para resolver la controversia actual acerca de la existencia de discriminación, puede acudir a la prueba de indicios, a la prueba estadística, o llegar a tal conclusión en virtud del informe de asesores expertos (art. 95.3 de la Ley de Procedimiento laboral), con el que contamos también en el supuesto actual (por ejemplo, informe del Instituto de la Mujer en cuanto órgano



autónomo adscrito al Ministerio de trabajo y de Asuntos Sociales). La prueba estadística (porcentaje hombres/mujeres afectados por una medida) opera como presunción de que existe una intencionalidad discriminatoria. Existen dos posibilidades de atender al número de hombres y mujeres contratados por la empresa -estadística intraempresarial- o a los suficientemente cualificados para el trabajo en el área cercana -estadística extraempresarial. Se corresponden tales criterios con los «pass rates» o «flow statistics» y «stock statistics» del derecho norteamericano.

En el supuesto actual es suficiente como prueba indiciaria la falta de contratación de siquiera una sola mujer para el proceso de fabricación que se denomina fuego continuo cuando dicho trabajo puede ser desarrollado por mujeres sin ninguna limitación. En concreto, de un inicial 78% de participantes masculino y 22% femenino, se pasa en las siguientes fases de selección a un 93% y 7%, 97 y 3%, respectivamente y al final a un 100% de personal masculino seleccionado.

A semejanza del caso citado del Tribunal Supremo, de 4 mayo 2000, en la fase de selección se introduce un requisito, la especialidad de rama técnica, no previsto en el convenio colectivo, que se limitaba a exigir para tal contratación meros conocimientos en el ámbito de educación primaria o secundaria obligatorio o un ciclo formativo de grado medio. Tal exigencia, no dispuesta inicialmente en la convocatoria del proceso, afecta mucho más restrictivamente a las mujeres porque éstas tienen un menor acceso a la formación profesional grado II en rama técnica, ya que son mayoritariamente cursadas y obtenidas dichas titulaciones por los hombres. Incluso en los términos iniciales de la convocatoria: formación profesional de grado superior o FP II y valoración de la realización previa de prácticas en el sector industrial y conocimientos de inglés e informática (fundamento de derecho tercero e), la sentencia reconoce que tales exigencias afectaban más a las mujeres que a los hombres.

Un tratamiento formalmente igual, neutro, posesión de rama técnica, resultaba sin embargo ilegítimo entonces porque sus efectos eran perjudiciales para determinado colectivo. De los elementos fundamentales de la discriminación sexista indirecta queda acreditado entonces el llamado impacto adverso.

Lo controvertido es en cambio la existencia de justificación, ya que no basta cualquier clase, sino sólo la que cumpla dos exigencias: los fines deben ser objetivos y no sexistas y los medios para alcanzar dichos fines deben ser adecuados y necesarios, de ahí que, de existir medios alternativos para alcanzarlos sin producir efecto discriminatorio, la utilización de otros medios con ese efecto es ilícita. Se trata, en consecuencia, de una justificación de necesidad estricta, que esta Sala, a diferencia de la resolución de instancia (fundada y minuciosa pese a llegar a otra conclusión) considera que no puede apreciarse en el supuesto actual.

Como expone la parte impugnante, es cierto que el acta de la Inspección de Trabajo debe ser leída en su integridad, y que el criterio de especialidad técnica puede tener un fundamento lógico, dado el puesto de trabajo que se pretende cubrir y porque se aplica por igual a los candidatos de ambos sexos. Sin embargo, siquiera cuando se reconozca que existe dicha adecuación y proporcionalidad de un requisito poseído mayoritariamente por los hombres, la justificación de necesidad queda incompleta o desvirtuada desde el momento y circunstancia, también acreditada, de la exclusión de la única mujer que accede a la fase final de entrevista, la cual poseía tal especialidad y la contratación de tres trabajadores que carecían, sin embargo, de ella. Parece que nos movemos ya incluso en el ámbito de la estricta discriminación directa, no indirecta, si la realidad del cumplimiento de especialidad en una mujer no sirve para su contratación cuando se prueba al contrario que la ausencia de la misma en tres hombres no impide que fueran seleccionados.

Frente a esa circunstancia, las otras alegadas (existencia en la empresa de mujeres contratadas en otros puestos, realización del proceso selectivo de la misma forma en los últimos años, falta de prueba sobre consignas o instrucciones de la empresa cliente para descartar a las mujeres, participación de mujeres en mayor número y proporción en lo que se refiere al año 2004), carecen de eficacia en cuanto se trata de datos meramente colaterales. Por ejemplo, respecto al último de los datos citados, lo relevante no son las participantes en el proceso selectivo sino las seleccionadas, en este caso ninguna, porque a mayor número de candidatas, la efectiva selección de alguna de ellas aparecía, como es lógico, más probable, de forma que este dato no beneficia a la empresa Solvay, sino que más bien le perjudica. También sin trascendencia el significado tradicional del proceso selectivo o que el empleo femenino se encuentre al nivel de otras empresas. Asimismo, resulta sin virtualidad para este litigio en concreto, porque no significan prueba cumplida, aquellos datos que refleja la Comisión de Seguimiento del Plan de Empleo respecto a la carencia de antecedentes discriminatorios, las pautas generales de igualdad o la falta de reclamaciones anteriores porque, a falta de selección de personal femenino para este puesto, alguna vez tendría que darse esta primera reclamación.

QUINTO.- A diferencia del supuesto de la jurisprudencia social citado, de 4-5-2000, no existía en este caso un compromiso formal de selección de personal femenino. Sin embargo, no puede obviarse el contenido de otro más amplio e incorporado al artículo 18 del Convenio General de Industrias Químicas, en el que se establece



una cláusula de discriminación positiva que exige, en igualdad de condiciones de idoneidad, la preferencia para la contratación del género menos representado en el grupo profesional del que se trate. Por ello, frente a dicho terminante mandato, las demandadas tuvieron que acreditar que no existía tal igualdad de condiciones que permitiera la efectividad del artículo 18, es decir, que los candidatos masculinos presentaban rasgos concretos y diferencialmente superiores en lo profesional que invitaban a su contratación (pese a que existían circunstancias que en algún caso, al menos, invitaban a pensar lo contrario porque tres de ellos no tenían la titulación en la rama técnica y una de las mujeres sí, la seleccionada hasta la última fase de entrevista).

No se aporta dicha prueba concreta (puntuaciones pruebas psicotécnicas), sino que, con amparo en una injustificada referencia a la protección de datos cuya divulgación pudiera afectar a terceros, las únicas pautas que conocemos y que se dicen utilizadas en el proceso selectivo son tan genéricas y susceptibles de utilización discriminatoria o arbitraria (cuando no se conoce su plasmación en candidatos concretos, es decir la utilización en la práctica) como las referidas a la orientación a resultados, trabajo en equipo, iniciativa y decisión o adecuación al puesto de trabajo. Queremos decir que la ponderación de bienes en litigio exigía incluso en este supuesto que la intimidad debiera ceder ante una eventual discriminación, considerando además el ámbito, judicial, en el que se solicitan tales datos. No sirven tampoco dichos datos para proporcionar un perfil (sexual, racial, etc.) que pueda, en determinadas circunstancias, representar un peligro. Por ello, la falta de prueba cumplida y concreta, que es la de la causa de que se contrate solamente a hombres, incluso sin titulación en rama técnica, el requisito que se introdujo en la fase selectiva, y que perjudica indirectamente a las mujeres, y que se descartase a todas las aspirantes femeninas, también a la que poseía dicha concreta titulación, sólo puede trascender negativamente para las empresas demandadas que estaban obligadas a probar y tenían la disponibilidad y facilidad probatoria (artículo 217.3 y 217.6 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

SEXTO.- Los hechos delatan entonces una actitud cuyas consecuencias han de ser motivo de declaración judicial de la actividad discriminatoria, condena al cese en la misma e indemnización. Precizando respecto a la segunda que la contratación directa de quien fue excluida en la entrevista personal puede afectar a los demás trabajadores seleccionados que no han sido convocados al proceso, de manera que se estima la pretensión subsidiaria, consideración de candidata en reserva, para su contratación preferente en las contrataciones previstas para los años 2005 y 2006, a quien superó las pruebas anteriores, incluida la psicotécnica y fue excluida en la entrevista personal. Respecto a la indemnización, no probado el perjuicio sindical, en el que se insiste en el recurso (ordinal octavo), no cabe la indemnización reclamada por tal concepto. Sí en cambio se reconoce el pago del coste estimado del procedimiento, dada la necesidad de contratar una Letrada y en concepto de perjuicio patrimonial motivado por la circunstancia extraprocesal, no procesal (las costas, por ejemplo) de tener que acudir a sus servicios para defender con éxito la pretensión estimada. Reconocido tal daño en la cantidad que se reclama de 1202,02 euros.

FALLAMOS

Que estimamos el recurso de suplicación interpuesto por Unión Sindical Obrera en la empresa Solvay S.L., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número Uno de Santander con fecha 8 de julio de 2.005, (Autos 173/05), en virtud de demanda formulada por dicho Sindicato contra SOLVAY S.L. y TEA-CEGOS, sobre tutela de derechos fundamentales, y en consecuencia declaramos:

Que la conducta de las empresas demandadas es contraria al principio de igualdad constitucional de acceso al empleo de las mujeres en las fabricaciones de producción en régimen de turnos de mañana, tarde y noche en los procesos de selección.

Condenamos al cese inmediato de la empresa demandada en la actitud de atentado a la igualdad en el acceso al empleo por razón de sexo aplicando el convenio colectivo en su art. 18 en cuanto a la acción positiva y la subsidiaria de que se considere como candidata en reserva a la trabajadora que superó las pruebas incluida la psicotécnica, y fue excluida en la entrevista personal, para su contratación preferente en las nuevas contrataciones previstas para los años 2.005 y 2.006.

Que se reparen las consecuencias derivadas de dicha conducta de atentado al principio de igualdad en el acceso al empleo mediante el abono de indemnización, que se fija en 1.202,02.

Notifíquese esta sentencia a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia, previniéndoles de su derecho a interponer, contra la misma, recurso de casación para la unificación de doctrina, ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, dentro del plazo de diez días hábiles contados a partir del siguiente a su notificación. El recurrente deberá acreditar mediante resguardo entregado en la secretaría de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo al tiempo de la personación, la consignación de un depósito de 300,51 Euros (50.000 pesetas) en la cuenta nº 2410/0000/60/0173/05, abierta en la entidad de crédito Banco Banesto, Sucursal de Madrid, C/ Barquillo nº 49 Oficina 1006, para la Sala Social del Tribunal Supremo. Igualmente,



deberá consignar en la cuenta del Banco Banesto núm. 3874/000/66/0173/05, Código Entidad: 0030, Código Oficina: 7001, la cantidad total importe de la condena.

Devuélvase, una vez firme la sentencia, los autos al Juzgado de procedencia, con certificación de esta resolución, y déjese otra certificación en el rollo a archivar en este Tribunal.

Así, por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ