

Glòria Poyatos Matas

Magistrada Especialista del TSJ Canarias

ACCIONES POSITIVAS, EL ANTÍDOTO FRENTE A LAS DESIGUALDADES

A propósito de la **sentencia de la Sala Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (Las Palmas) de 27 de julio de 2017 (Recurso 520/ 2017)**

I- LA SENTENCIA RECURRIDA. El juzgado de lo Social desestimó la demanda planteada por mujer frente a decisión empresarial (Grupo ENDESA) que tras concurso de méritos interno para la cobertura de vacante de una plaza de técnico/a gestor/a de servicio de Prevención Mancomunado (SPM), decide asignar la misma a candidato varón, al entender que acreditó una mayor cualificación para el puesto a cubrir, en relación a la cualificación de la actora.

La demandante reclamaba en su demanda el derecho a ocupar la plaza de Técnico/a gestor/a del servicio de prevención mancomunado, partiendo de que el candidato codemandado y la trabajadora demandante tenían igualdad de condiciones de mérito y capacidad en relación a la plaza a cubrir, motivo por el cual debió aplicarse las previsiones del art. 25.2º d) del Convenio aplicable (por llevar la actora más de 10 años en turno cerrado), **y también la acción positiva prevista en el art 37 del mismo convenio (acción positiva de género) , al tratarse de una categoría profesional en la que las mujeres están infrarrepresentadas.**

II- OBJETO DEL RECURSO. Frente a la sentencia desestimatoria, se plantea recurso de suplicación por la demandante, alegando que no fueron valorados correctamente sus méritos en relación a los del candidato elegido, destacando su equivalencia curricular con el mismo y se denuncia, entre otros, la infracción del art. 37.1º b) del IV Convenio Colectivo del Grupo ENDESA (acción positiva de género) por inaplicación, que dispone:

“Sección I -Medidas tendentes al favorecimiento de la Igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres.

El principio de igualdad efectiva entre mujeres y hombres y su correlato de no discriminación por razón de género informará con carácter transversal todas las actuaciones empresariales y estará presente en cualesquiera de las políticas de Recursos Humanos de la Empresa y de modo muy especial en las que hagan referencia a los procesos de selección, formación, promoción profesional, retribución y prevención del acoso sexual y del acoso por razón de sexo. Al objeto de hacer efectivo el principio de igualdad y no discriminación a que hace referencia el punto anterior, la Empresa

pondrá en marcha las actuaciones necesarias para la consecución de los siguientes objetivos:

1.º En materia de Selección y Promoción Profesional:

(...) b. **Facilitar la incorporación de las mujeres en las vacantes que se produzcan en aquellos puestos de trabajo en los que se encuentren subrepresentadas.** A estos efectos se adoptarán, entre otras, las siguientes medidas:

(...) 2. **En los supuestos de igualdad de condiciones de idoneidad, mérito y capacidad, tendrán preferencia para la contratación o adjudicación de las vacantes que se generen, en el Nivel Competencial de que se trate.(...)**”

La empresa impugnante se opuso destacando que en el caso de autos no partimos de una situación de Igualdad de mérito y capacidad entre el candidato elegido y la actora, por lo que no procede aplicar la acción positiva que se activa sólo en empate de méritos. Y justifica la superioridad del varón en su titulación de **“Ingeniería Técnica Industrial”**, que se indicaba en las bases de la convocatoria como **“titulación preferible”**, y por tanto frente a cualesquiera otras titulaciones, como la que acredita tener la recurrente de **“Ingeniería Técnica de Telecomunicaciones”**. Se invoca la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2006 (RJ 2007/222), que establece que una vez publicada la convocatoria para la cobertura de vacantes, sin que la misma haya sido impugnada, se convierte en ley del concurso y no puede atacarse, porque la mera participación en la convocatoria sin impugnar sus bases, implica aceptación tácita de todos sus términos.

III-INFRRARREPRESENTACIÓN DE LAS MUJERES EN LA CATEGORÍA PROFESIONAL A CUBRIR. IMPACTO DE GÉNERO

Hay que partir de un dato objetivo de relevancia que debe ser tenido en cuenta en el caso que nos ocupa pues de acuerdo con el relato fáctico:

“a nivel nacional, y a la fecha de la publicación de la vacante el número de técnicos gestores del servicio de prevención mancomunado era de 41 trabajadores de los cuales 24 son hombres y 17 mujeres “

En base a lo anterior se cumple el requisito de infrarrepresentación femenina en el puesto a cubrir pues las mujeres son un 41%, siendo éste uno de los requisitos objetivos para la aplicación de la acción positiva prevista en el artículo 37 del convenio aplicable como medida incluida en el Plan de Igualdad empresarial.

Un plan de igualdad y unas medidas para lograr una representación equilibrada entre hombres y mujeres en todos los puestos de trabajo de ENDESA, que parecen no tener el efecto que debiera, pues del relato de hechos probados se concluye no sólo que existe infrarrepresentación de mujeres en la vacante a cubrir sino también y en mayor proporción, en otras categorías profesionales:

“a nivel nacional y a la fecha de la publicación de la vacante el número de Técnicos Gestores de Operación era de 276 trabajadores, de los cuales 268 son hombres y 8 mujeres”

IV- ACCIONES POSITIVAS, EL ANTÍDOTO FRENTE A LA IGUALDAD FORMAL.

El artículo 43 de la LO 3/2007 de 22 de marzo, para la Igualdad efectiva de mujeres y hombres, que dispone:

“Promoción de la igualdad en la negociación colectiva

De acuerdo con lo establecido legalmente, mediante la negociación colectiva se podrán establecer medidas de acción positiva para favorecer el acceso de las mujeres al empleo y la aplicación efectiva del principio de igualdad de trato y no discriminación en las condiciones de trabajo entre mujeres y hombres.”

El contexto objetivo de infrarrepresentación femenina no puede ser olvidado a la hora de efectuar una correcta valoración de méritos y capacidades de la actora en relación con el candidato seleccionado, pues permite detectar discriminaciones indirectas en la fase previa de valoración, es decir con anterioridad a la aplicación, en su caso, de la acción positiva de género. **Hay que recordar que las discriminaciones indirectas son la modalidad discriminatoria más abundante en nuestro siglo, se trata de discriminaciones soterradas bajo estereotipos y prejuicios banalizados en una sociedad que tan solo ha sido capaz de conquistar, hasta el momento, la igualdad formal. Esta nueva forma de discriminar en nuestro siglo, indirecta y más sutil, se oculta muchas veces tras decisiones aparentemente neutras que discriminan por razones de género perpetuando por ejemplo, la infrarrepresentación de las mujeres en determinados puestos de trabajo.** Y ello tiene su reflejo incuestionable en la brecha salarial existente en el s.XXI entre ellos y ellas.

Los planes de Igualdad de las empresas, y la inclusión en los mismos de actuaciones concretas para promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, debe ser una herramienta real y no formal.

Las Acciones Positivas o afirmativas, son una estrategia temporal destinada a remover situaciones, prejuicios, comportamientos y prácticas culturales y sociales que impiden a un grupo social minusvalorado o discriminado (en función de la raza, sexo, situación física de minusvalía, etc.), **alcanzar una situación real de igualdad de oportunidades. Tienen como objetivo alcanzar la igualdad sustancial. Tratan diferente a lo diferente como mecanismo para generar mayor igualdad.** Por ello se configuran como medidas correctivas de situaciones de desigualdad generadas a lo largo de una historia de relegación y subordinación de un grupo social, al cual se trata de compensar, eliminando o minimizando un estado de desigualdad estructural, es decir un estado en el que participa la sociedad en su conjunto y la padece todo un sector de la misma. La acción positiva protege al sector desventajado en su totalidad y siempre son medidas temporales pues únicamente están justificadas hasta el momento en que se elimine la desventaja que las originó.

La Convención sobre la eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), también llamada “Carta Internacional de los derechos humanos de las mujeres”, fue aprobada por la Asamblea General en 1979 y entró en vigor en 1981, siendo ratificada por España en 1.984 y señala que las acciones afirmativas no se considerarán discriminatorias y las define en su art. 4.1º como **“medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer”**

En la LO 3/2007 de 22 de marzo, para la Igualdad efectiva de mujeres y hombres, se regulan también con el siguiente tenor literal:

*“Artículo 11 Acciones positivas. **Con el fin de hacer efectivo el derecho constitucional de la igualdad, los Poderes Públicos adoptarán medidas específicas en favor de las mujeres para corregir situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto de los hombres.** Tales medidas, que serán aplicables en tanto subsistan dichas situaciones, habrán de ser razonables y proporcionadas en relación con el objetivo perseguido en cada caso.(...)”*

La Directiva comunitaria 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 (refundición), recoge en su artículo 3:

*“Acción positiva. Los Estados miembros podrán mantener o adoptar las medidas indicadas en el artículo 141, apartado 4, del Tratado **con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral.**”*

De acuerdo con lo expuesto, las acciones positivas son medidas que tienen por finalidad eliminar los obstáculos que se oponen a la igualdad real o de hecho, entre hombres y mujeres, y por tanto son elementos imprescindibles en la aplicación e integración (real) del principio de igualdad. Por ello su interpretación y aplicación debe hacerse en conexión con las normas reguladoras del principio de igualdad, de aplicación transversal, como ordena el artículo 4 de la LO 3/2007 de Igualdad efectiva entre Mujeres y Hombres (LOIMH), mediante una interpretación del derecho contextualizada y conforme al principio pro persona que garantice los derechos humanos.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 216/1991, de 14 de noviembre recoge: *“la igualdad que el art. 1.1 de la Constitución proclama como uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico -inherente, junto con el valor justicia, a la forma de Estado Social que ese ordenamiento reviste, pero también, a la de Estado de Derecho- 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 diferenciaciones arbitrarias, sino asimismo en la de índole sustancial recogida en el art.12. 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”.*

Y, en relación a la LOIMH señala la Sentencia del Tribunal Constitucional 12/2008, de 29 de enero (RTC 2008, 12), que *“el art. 9.2 CE expresa la voluntad del constituyente de alcanzar no sólo la igualdad formal sino también la igualdad sustantiva, al ser consciente de que únicamente desde esa igualdad sustantiva es posible la realización efectiva del libre desarrollo de la personalidad; por ello el constituyente completa la vertiente negativa de proscripción de acciones discriminatorias con la positiva de favorecimiento de esa igualdad material ”*

VI-OFERTA INTERNA COBERTURA DE VACANTE Y VALORACIÓN DE MÉRITOS Y

CAPACIDADES . Para hacer una correcta valoración de méritos y capacidades debemos partir de la Convocatoria de oferta de empleo interna efectuada por la empresa en fecha 25/2/15 . En la misma se incluyen las características de la plaza a cubrir y al respecto se recoge como “actividades básicas” de la misma:

“Coordinar realizar y supervisar los procesos del servicio de prevención mancomunado, participando en los equipos de proyecto, asesorando las empresas del grupo en temas relacionados con la seguridad y la prevención, de acuerdo con los procedimientos y legislación vigentes. (...)”

Y en la citada convocatoria se añade que **“se valorará”**:

“Titulación Universitaria técnica, preferiblemente Ingeniero Técnico Industrial. Titulado Superior de Prevención de Riesgos laborales con las especialidades de Seguridad, Higiene y ergonomía y Psicología”

A la convocatoria se presentaron un total de 24 candidatos, de los que 5 eran mujeres y 19 varones. Ninguna de las 5 candidatas tenía la titulación de Ingeniera Técnica Industrial, aunque había 2 Ingenieras técnicas de telecomunicaciones y una Ingeniera técnica naval. En cambio entre los 19 varones candidatos, 11 de ellos disponían de la titulación de Ingeniero técnico industrial.

Posteriormente la consultora Ranstad, contratada por la demandada para hacer la selección, emitió informe sobre la adecuación del perfil de un total de 8 candidatos, de los cuales 2 eran mujeres (una de ellas la actora), y los restantes 6 eran varones y de entre éstos había 4 con la titulación de Ingeniero Técnico Industrial, todos varones.

VII- RESOLUCIÓN DEL RECURSO.

De acuerdo con lo expuesto hasta el momento puede concluirse que la empresa externa consultora contratada por la demandada en el proceso de selección de candidatos , teniendo en consideración los requerimientos exigidos por la empresa en la convocatoria de la plaza a cubrir, llega a la conclusión de que hay 8 personas candidatas que se definen: ***“Adecuado: El candidato se adecua a los requerimientos del perfil, siendo previsiblemente capaz de desarrollar las funciones en un plazo breve”***. En los 8 casos la “valoración del grado de adecuación psicoprofesional a la posición” se expresa de forma idéntica, descartándose otras tres opciones (superior, inferior o no adecuado) .**Por tanto la actora y el candidato seleccionado estaban en condiciones de igualdad curricular y méritos (empate) para el acceso a la plaza a cubrir**, y por ello debió la demandada aplicar la previsión del acción positiva convencional, al hallarse el puesto a cubrir subrepresentado por las mujeres.

La sentencia del TJUE de 6 de julio de 2.000 (caso Abrahamsson y Anderson -C-407/98), en la que se analizan determinadas medidas de acción positiva, considerándose contrarias al derecho de la UE dos medidas de acción positiva y calificando de válida la tercera, se recoge lo siguiente:

“no se opone a una práctica jurisprudencial nacional, según la cual a un candidato perteneciente al sexo infrarrepresentado puede concedérsele la preferencia frente a un competidor del sexo opuesto, siempre que los candidatos posean méritos equivalentes o sensiblemente equivalentes y cuando las candidaturas sean objeto de una

apreciación objetiva que tenga en cuenta las situaciones particulares de naturaleza personal de todos los candidatos. “

Pero a mayor abundancia, **para eludir la aplicación de la acción positiva, se toma un criterio “preferible” según las bases de la convocatoria de 25/2/15, para convertirlo en excluyente de la candidata mujer, generadora de un perjuicio particular de la candidata mujer en un contexto en el que sólo los candidatos varones (10 de un total de 19), disponen de la titulación de Ingeniería técnica Industrial, frente a las 5 candidatas mujeres.** Tal titulación aparece como “preferiblemente” en la convocatoria. No obstante, este concreto mérito ya valorado por la consultora no había sido destacado por la consultora entre los puntos fuertes o débiles de los candidatos/as **sustancialmente por carecer de relevancia real y razonable proyección en relación a las características y tareas correspondientes a la vacante a cubrir.**

Además tampoco se razona por la demandada los motivos de la preferencia de esta concreta ingeniería técnica (la Industrial), respecto de la ingeniería técnica (de telecomunicaciones) que ostenta la actora, en relación a las exigencias del puesto a cubrir y funciones a desarrollar en el mismo, máxime si tenemos en cuenta que la vacante a cubrir es de Técnico/a Gestor/a del Servicio de Prevención Mancomunado. De otro lado, y por lo que respecta a la actora sí se ha valorado su experiencia en PRL entre los puntos fuertes de su perfil y ello aparece como un punto débil en el perfil del candidato varón, sustancialmente porque este es un elemento con impacto y proyección respecto a la concreta vacante a cubrir.

VIII-CONCLUSIONES.

El supuesto analizado es un ejemplo práctico de inaplicación de una acción positiva de género, en materia de concurso para la cobertura de vacante en categoría profesional infrarrepresentada por las mujeres y donde a pesar de disponer el Convenio colectivo de empresa de una concreta medida afirmativa, que establece la prevalencia femenina en caso de empate de méritos, en puestos infrarrepresentados por mujeres, se impide su aplicación a la candidata mujer en una fase previa, desvinculándose para ello de la valoración curricular ya realizada por la empresa consultora contratada a tales efectos, que dio como resultado un empate entre la actora y el candidato varón seleccionado. Para ello la empresa realiza una segunda valoración de méritos (arbitraria) convirtiendo un requisito prevalente de la convocatoria (titulación de ingeniería técnica industrial) en excluyente para la trabajadora.

La Sentencia analizada, estima el recurso de la trabajadora realizando una interpretación y aplicación de la acción positiva de género convencional, como medida incluida en el Plan de Igualdad empresarial, para lograr una verdadera representación equilibrada de hombres y mujeres en todos los puestos de trabajo del grupo ENDESA.

