

Resumen

Derecho a puesto de trabajo. Igualdad. Declara el TSJ que existiendo igualdad de méritos y capacidades entre la actora y el trabajador finalmente seleccionado para el puesto controvertido, procede la aplicación de la previsión contenida en el art. 37 -acción positiva de género- prevista en el convenio de empresa en relación con la normativa nacional e internacional (FJ 3).

NORMATIVA ESTUDIADA

Ley 36/2011 de 10 octubre de 2011. Ley reguladora de la jurisdicción social art.193.b

Ley 1/2000 de 7 enero de 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC art.348

ANTECEDENTES DE HECHO FUNDAMENTOS DE DERECHO FALLO

☰ Índice

- ANTECEDENTES DE HECHO	1
- FUNDAMENTOS DE DERECHO	2
- FALLO	9

📄 Documentos relacionados

- Legislación

Aplica art. 193.b de Ley 36/2011 de 10 octubre de 2011. Ley reguladora de la jurisdicción social
 Aplica art. 348 de Ley 1/2000 de 7 enero de 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC
 Cita Ley 36/2011 de 10 octubre de 2011. Ley reguladora de la jurisdicción social
 Cita art. 43 de LO 3/2007 de 22 marzo de 2007. Igualdad efectiva de mujeres y hombres
 Cita art. 191.b de RDLeg. 2/1995 de 7 abril de 1995. TR Ley de Procedimiento Laboral
 Cita art. 266.1 de LO 6/1985 de 1 julio de 1985. Poder Judicial

- Jurisprudencia

Cita STS Sala 4ª de 23 abril de 2012 (J2012/78257)
 Cita STS Sala 4ª de 22 diciembre de 2011 (J2011/333405)
 Cita STS Sala 4ª de 26 septiembre de 2011 (J2011/242436)
 Cita STC Sala 2ª de 3 abril de 2006 (J2006/42679)
 Cita STC Sala 1ª de 2 octubre de 2000 (J2000/28781)

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Según consta en Autos, se presentó demanda por Dª Apolonia frente a UNION ELECTRICA DE CANARIAS GENERACION SAU y Daniel.

SEGUNDO.- En la citada sentencia y como hechos probados, se declaran los siguientes:

"PRIMERO.- La actora presta servicios para la demandada, UNION ELECTRICA DE CANARIAS GENERACION SAU, desde el 18/10/04, con categoría profesional de técnico gestor de operación de nivel II y salario mensual bruto prorrateado de 3.661,43 €.

La actora presta sus servicios en la central Salinas de Puerto del Rosario.

La actora realiza su jornada a turno cerrado continuo.

SEGUNDO.- El 25/02/15 la empresa demandada publicó oferta para la cobertura de vacante de técnico/a gestor/a del Servicio de Prevención Mancomunado (SPM) y centro de trabajo Las Palmas-Alboreda.

En dicha oferta se indicaba que se valoraría la Titulación Universitaria Técnica, preferiblemente Ingeniero Técnico Industrial, Titulado Superior en Prevención de Riesgos Laborales, con las especialidades de Seguridad, Higiene y Ergonomía y Psicología.

Y se señalaba como procedimiento de selección: entrevista por competencias.

TERCERO.- 24 trabajadores solicitaron participar en el proceso de selección, ocho de ellos fueron preseleccionados, entre ellos la actora y codemandado.

CUARTO.- La consultora externa Ranstad emitió informe sobre la adecuación del perfil de los 8 candidatos para el puesto de trabajo. Los 8 candidatos resultaron adecuados al perfil.

QUINTO.- La actora es Ingeniero Técnico de Telecomunicación y posee titulación en Seguridad e Higiene Industrial (máster en prevención de riesgos laborales en las tres especialidades).

SEXTO.- Daniel es Ingeniero Técnico Industrial y posee un título del máster en sistemas integrados de gestión de la prevención de riesgos laborales, la calidad el Medio Ambiente y la Responsabilidad Social Corporativa, certificado en sistemas integrados de Gestión, Certificado de Auditor Interno en Sistemas de Gestión de la Seguridad y la Salud en el Trabajo según el estándar OHSAS 18001-2007, certificado de Auditor Interno de sistemas de Gestión de la Calidad según la Norma ISO 9001, Auditor Interno de Sistemas de Gestión Ambiental según la Norma ISO 14001.

SEPTIMO.- En la selección del candidato para el puesto de trabajo se valoró en primer lugar la titulación de Ingeniero Técnico Industrial.

Asimismo se valoró la mayor experiencia en las distintas líneas de negocio y la mayor experiencia profesional.

OCTAVO.- Daniel venía prestando sus servicios en la central de Granadilla de Abona.

El Sr. Daniel tiene su domicilio en Las Palmas y es padre de un hijo nacido el NUM000 /15.

NOVENO.- El padre de la actora tiene reconocido un grado de minusvalía del 38% según dictamen técnico facultativo del EVO del año 1997.

DECIMO.- A nivel nacional y a 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 el territorio de Canarias y a fecha de la publicación de la vacante el número de Técnicos Gestores del Servicio de Prevención Mancomunado era de 4 trabajadores, de los cuales 1 son hombres y 3 mujeres.

A nivel nacional y a 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.

En el territorio de Canarias y a fecha de la publicación de la vacante el número de Técnicos Gestores de Operación era de 85 trabajadores, de los cuales 81 son hombres y 4 mujeres.

UNDECIMO.- Se intentó la conciliación previa con el resultado de sin avenencia.

TERCERO.- En el fallo de la sentencia de la instancia, literalmente se recoge:

"DESESTIMAR INTEGRAMENTE la demanda interpuesta por Apolonia contra UNION ELECTRICA DE CANARIAS GENERACION SAU y Daniel, absolviendo a los demandados de los pedimentos efectuados en su contra".

CUARTO.- Contra dicha Sentencia, se interpuso Recurso de Suplicación por D^a Apolonia, y recibidos los Autos por esta Sala, se formó el oportuno rollo y pase al Ponente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La actora, D^a Apolonia formaliza recurso de suplicación frente a la sentencia de fecha 20 de septiembre de 2016 dictada por el juzgado de lo social nº 1 de Las Palmas de Gran Canaria en cuyo fallo se desestima la demanda planteada por la parte actora en materia de reclamación de derecho a cubrir la plaza de técnico/a gestor/a de Servicio de Prevención Mancomunado (SPM) cuya oferta se convocó por la empresa demandada en fecha 25 de febrero de 2015 siendo finalmente asignada al candidato codemandado Don Daniel.

En la sentencia recurrida se desestimó la demanda planteada al entender que el candidato finalmente elegido acreditó una mayor cualificación para el puesto a cubrir, en relación a la cualificación de la actora, motivo por el cual no eran de aplicación las previsiones contenidas en los arts. 25.2º d) y 37 (medida de acción positiva a favor de las mujeres) del Convenio colectivo de la empresa demandada.

El recurso ha sido impugnado por la empresa demandada y por el codemandado Don Daniel.

SEGUNDO.- Mediante el primero de los motivos del recurso, al amparo de lo previsto en el art. 193 b solicita la revisión de hechos probados al amparo de prueba documental y pericial. Específicamente, se propone la adición de un nuevo hecho probado, con el siguiente tenor literal:

"La expresada empresa consultora "Ranstad" indica en su informe que la Sra. Apolonia tiene, como punto fuerte, experiencia en prevención de riesgos laborales desde el punto de vista de usuario, mientras que el Sr. Daniel no tiene gran experiencia en servicios de prevención, y ello significa un punto débil según dicha consultora."

Se ampara la recurrente en prueba documental folios 209 y 216 que obran en autos.

Solicita la recurrente la inclusión de un nuevo hecho probado para incluir que la consultora externa Ranstad (que gestionó el proceso de selección de candidatos/as para la cobertura de la plaza ofertada), recogió en su informe en relación a la actora su experiencia en prevención de riesgos laborales desde un punto de vista de usuario, que además se destaca entre los puntos fuertes de esta candidata.

La empresa demandada impugnó este concreto motivo destacando que se trata de una apreciación subjetiva de la recurrente y sesgada en cuanto a la valoración de méritos que no debe apreciarse pues lo determinante es efectuar una valoración completa y en conjunto, destacando que la titulación preferente en la convocatoria era la de "Ingeniero técnico Industrial" que era la titulación del candidato seleccionado, a diferencia de la actora cuya titulación era la de "Ingeniera Técnica de telecomunicaciones". Se añade, además, que esta concreta cuestión (la de valorar la experiencia de la actora en prevención de riesgos), tampoco fue alegada ni en la demanda ni se debatió en el acto de juicio, por lo que no cabe su admisión en esta fase procesal.

Don Daniel también se opuso en su escrito de impugnación destacando que la valoración de la prueba corresponde a la juzgadora de la instancia, por lo que no evidenciándose error en su valoración no procede la edición del hecho probado propuesto por la recurrente que evidencia una valoración probatoria diferente a la efectuada en la sentencia recurrida.

Como viene señalando esta Sala en reiteradas sentencias de fechas 23 de julio de 2015 (rec. 148/15, 15 de diciembre de 2015 (rec. 1014/2015, o 30 de marzo de 2015 (rec. 1265/14), entre otras:

"A) En cuanto a los motivos de revisión fáctica con fundamento en el apartado b) del artículo 193 LRJS (Ley 36/11), que constituye reproducción literal del Art. 191.b LPL, la Jurisprudencia relativa a los requisitos que han de darse para la procedencia de la reforma de los hechos probados en el recurso de casación (SSTS 23/04/12, Rec. 52/11 y 26/09/11, Rec. 217/10), cuya doctrina resulta aplicable al de suplicación, dado su carácter extraordinario y casi casacional (STC 105/06, 230/00), subordina su prosperabilidad al cumplimiento de los siguientes requisitos:

a) Indicar el hecho expresado u omitido que el recurrente estime equivocado, siendo posible atacar la convicción judicial alcanzada mediante presunciones, si bien para ello resulta obligado impugnar no solo el hecho indiciario de la presunción judicial sino también el razonamiento de inferencia o enlace lógico entre el mismo y el hecho presunto (STS 16/04/04, RJ 2004\3694 y 23/12/10, Rec. 4.380/09)

Debe tratarse de hechos probados en cuanto tales no teniendo tal consideración las simples valoraciones o apreciaciones jurídicas contenidas en el factum predeterminantes del fallo, las cuales han de tenerse por no puestas (STS 30/06/08, RJ 138/07), ni tampoco las normas jurídicas, condición de la que participan los convenios colectivos, cuyo contenido no debe formar parte del relato fáctico (SSTS 22/12/11, Rec. 216/10)

b) Citar concretamente la prueba documental o pericial que, por sí sola, demuestre la equivocación del juzgador, de una manera evidente, manifiesta y clara, sin que sean admisibles a tal fin, las meras hipótesis, disquisiciones o razonamientos jurídicos.

c) Al estar concebido el procedimiento laboral como un proceso de instancia única, la valoración de la prueba se atribuye en toda su amplitud únicamente al juzgador de instancia, por ser quien ha tenido plena inmediatez en su práctica, de ahí que la revisión de sus conclusiones únicamente resulte viable cuando un posible error aparezca de manera evidente y sin lugar a dudas de medios de prueba hábiles a tal fin que obren en autos, no siendo posible que el Tribunal ad quem pueda realizar una nueva valoración de la prueba, por lo que, debe rechazarse la existencia de error de hecho, si ello implica negar las facultades de valoración que corresponden primordialmente al Tribunal de Instancia, siempre que las mismas se hayan ejercido conforme a las reglas de la sana crítica, pues lo contrario comportaría la sustitución del criterio objetivo de aquél por el subjetivo de las partes.

Como consecuencia de ello, ante la existencia de dictámenes periciales contradictorios, ha de aceptarse normalmente el que haya servido de base a la resolución que se recurre, pues el órgano de instancia podía optar conforme al artículo 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por el que estimara más conveniente y le ofreciera mayor credibilidad, sin que contra la apreciación conjunta de la prueba quepa la consideración aislada de alguno de sus elementos y solo pudiendo rectificarse aquel criterio por vía de recurso si el dictamen que se opone tiene mayor fuerza de convicción o rigor científico que el que ha servido de base a la resolución recurrida.

d) El contenido del documento a través del que se pretende evidenciar el error en la valoración de la prueba por parte del Juzgador de instancia no puede ser contradicho por otros medios de prueba y ha de ser literosuficiente o poner de manifiesto el error de forma directa, clara y concluyente.

Además, ha de ser identificado de forma precisa concretando la parte del mismo que evidencie el error de hecho que se pretende revisar, requisito este último que se menciona de manera expresa en el Art. 196.3 LRJS al exigir que en el escrito de formalización del recurso habrán de señalarse de manera suficiente para que sean identificados el concreto documento o pericia en que se base el motivo.

e) Fijar de modo preciso el sentido o forma en el que el error debe ser rectificado requiriendo expresamente el apartado 3 del Art. 196 LRJS que se indique la formulación alternativa que se pretende.

f) Que la rectificación, adición o supresión sean trascendentes al fallo es decir que tengan influencia en la variación del signo del pronunciamiento de la sentencia recurrida.

g) La mera alegación de prueba negativa -inexistencia de prueba que avale la afirmación judicial- no puede fundar la denuncia de un error de hecho".

Debe estimarse la adición propuesta por la recurrente por ser de relevancia para el asunto que nos ocupa, además de las titulaciones académicas que si se incluyen en los hechos probados de la actora y el candidato finalmente seleccionado (hechos probados cuarto y

quinto), también la experiencia práctica en materia de PRL, que además en el caso de la demandante fue objeto de valoración "como punto fuerte del perfil" por la empresa contratada por la demandada para la gestión del proceso de selección de las personas candidatas para el puesto, y cuya valoración fue negativa por la misma consultora en el informe emitido en relación al perfil del candidato elegido (Sr. Daniel). Ello es así de acuerdo con los informes que obran en las actuaciones (folios 209, 215 y 216 que obran en autos).

Entiende esta Sala que la experiencia profesional relacionada con la materia de PRL, es un dato esencial a valorar entre los méritos y excelencias del candidato elegido y la demandante a efectos de llegar a una conclusión razonada sobre la valoración de méritos de uno y otro en relación a la oferta para la cobertura de vacante de Técnico/a gestor/a de Servicio de Prevención Mancomunado, cuyas actividades básicas (folio 131), según la convocatoria de fecha 25/2/15 son: "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 como tareas del área/unidad, se especifican: "Apoyar la gestión de los procesos del servicio de Prevención Mancomunado, participando en los equipos de proyecto. Asesorar a las líneas de negocio en temas relacionados con la seguridad y la prevención. Realizar los indicadores asociados a la prevención. Participar en la redacción de los procedimientos comunes y participar en los procesos de implantación de los mismos. Apoyar los cursos específicos de prevención y seguridad laboral".

En base a lo anterior y a las características del puesto a cubrir, es obvio y razonable pensar que la experiencia práctica en materia de PRL, es un elemento sustancial en la valoración curricular de los candidatos y candidatas, motivo por el cual la propia empresa consultora (Ranstad), incluyó tal elemento como un "punto fuerte respecto a perfil" en el caso de la actora y coherentemente, como un "punto débil respecto a perfil", en el caso del candidato Don Daniel.

Por tanto, se estima la adición del relato fáctico propuesto por la recurrente, por ser sustancial para una correcta y completa valoración de méritos y capacidades para el puesto a cubrir de los candidatos referidos. Y no se aprecia indefensión respecto de la demandada, pues aunque tal concreto elemento no fuera expresamente referido en la demanda, es lo cierto que la misma impugna la decisión final de la empresa en la elección de candidato para la cobertura del puesto a cubrir, bajo el alegato (reiterado a lo largo de la demanda), del error en la valoración curricular y de méritos de la actora en relación a los que ostenta el candidato seleccionado. Por ello, y conociendo la demandada los "curriculum vitae" de ambos candidatos, así como los informes expedidos por la empresa consultora externa, también era conocedora de la experiencia práctica de la actora en materia de PRL.

En base a lo expuesto, se estime este primer motivo del recurso

TERCERO.- En el segundo y tercer motivo del recurso, con amparo en lo previsto en el art. 193 c) de la LRJS, se denuncia la infracción de normas sustantivas y jurisprudencia y específicamente se denuncia la infracción del art. 25.2º d) y 37 del IV Convenio Colectivo del Grupo Endesa de ámbito nacional (BOE 13 de febrero de 2014).

Entiende la recurrente que a tenor de la valoración efectuada por la empresa externa Ranstad (folios 210 a 216), tanto el candidato seleccionado finalmente como la actora se adecuan a los requerimientos del perfil requerido para la cobertura de la plaza de técnico/a gestor/a del Servicio de Prevención Mancomunado (SPM). Además en el caso de la actora, y tal como ha quedado probado (hecho probado primero), esta viene prestando sus servicios desde el mes de octubre 2004 (es decir hace más de diez años) en régimen de turno cerrado, motivo por el cual ante la situación de igualdad de méritos y capacidad con el trabajador codemandado, debió por aplicación del art. 25.2º d) del Convenio de aplicación, adjudicarse la plaza a la demandante.

De igual modo se esgrime por la recurrente que también se llega a la misma conclusión por aplicación del art. 37 del Convenio, pues de acuerdo con lo contenido en el hecho probado décimo, que avala la subrepresentación de mujeres en la categoría profesional a cubrir, debió aplicarse la acción positiva a favor de las mujeres prevista en el citado concepto, habiéndose evidenciado una situación de igualdad de mérito y capacidad entre la actora y el candidato finalmente seleccionado por la empresa demandada. Además, se añade que carece de importancia para el desarrollo de las funciones correspondientes a la vacante a cubrir, la preferencia porque la titulación universitaria técnica requerida, sea "preferiblemente" la de "ingeniero técnico industrial", pues la actora (Ingeniera técnica de telecomunicaciones), dispone de una titulación equivalente, a la que debe añadirse la experiencia en materia de PRL, como se ha dicho, que sí tiene una relación clara con los requerimientos del puesto de trabajo a cubrir.

La empresa impugnante se opuso destacando que en el presente caso no partimos de una situación de igualdad de mérito y capacidad entre el candidato elegido y la actora, tal y como se recoge en la fundamentación jurídica de la sentencia recurrida, motivo por el cual al no darse este requisito objetivo previo, no procede en modo alguno aplicar ninguna de las previsiones convencionales alegadas por la recurrente, que solo son aplicables en caso de empate de méritos. Destaca también que la diferencia sustancial se halla en el hecho de que el codemandado Sr. Daniel reúne el requisito de ser Ingeniero Técnico Industrial, que se indicaba en la oferta para la cobertura de vacante, "es una titulación preferible", y por tanto frente a cualesquiera otras titulaciones, como la que acredita tener la recurrente Ingeniera técnica de telecomunicaciones. Por este motivo, entiende la impugnante que el candidato varón supera en méritos a la actora, por lo que no serían de aplicación al caso las medidas del art. 25.2º d) ni del art. 37 (acción positiva de género) del convenio aplicable. También se pone énfasis en el hecho de que las bases de la convocatoria, como criterio preferente para resolver el concurso, no fueron impugnadas por la actora por lo que tales bases constituye "ley entre las partes", invocándose 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 por razón de la convocatoria, una vez precluido el plazo, citándose la vieja sentencia de 28/1/98 del Tribunal Supremo (Rec. 2232/97), y ello porque la mera participación en la convocatoria sin impugnar sus bases, implica aceptación tácita de todos sus términos.

El trabajador codemandado también se opuso a los motivos de infracción jurídica en su escrito de impugnación, reiterando, en la línea mantenida por la empresa demandada, que no se está ante una situación de igualdad de méritos y capacidad (empate) para poder aplicar los preceptos convencionales que esgrime la trabajadora recurrente.

A)- OBJETO DEL RECURSO:

La parte actora reclama en su demanda su derecho a ocupar la plaza de Técnico/a gestor/a del servicio de prevención mancomunado cuya publicación de oferta se produjo en fecha 25/2/15, al entender 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, al tratarse de una categoría profesional en la que las mujeres están infrarrepresentadas.

"El artículo 25.2º d) del IV. Convenio colectivo del Grupo Endesa, dispone:

"Cobertura de vacantes: principios de ordenación y preferencias

En igualdad de condiciones de mérito y capacidad, los trabajadores que lleven a turno cerrado más de diez años tendrán preferencia, en la adjudicación de las vacantes que soliciten fuera de dicho régimen de trabajo, siempre que cumplan con los requisitos y capacidades exigidos para el desempeño del puesto solicitado."

"El artículo 37 del IV Convenio colectivo del Grupo Endesa, dispone:

"Sección I - Medidas tendentes al favorecimiento de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres. Políticas de Recursos Humanos.

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:

1º En materia de Selección y Promoción Profesional:

a. Garantizar la inexistencia, en las ofertas de empleo y en la publicación de las vacantes que se generen, de cualquier requisito relacionado directa o indirectamente con el sexo, incluidas las referencias a la exigencia de esfuerzo físico.

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:

1. Utilización de canales de comunicación y difusión de ofertas de trabajo que faciliten la captación de personal femenino: universidades con mayores porcentajes de mujeres, asociaciones, colegios profesionales o instituciones dedicadas a la promoción e impulso de la mujer.

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.

3. Informar, formar y motivar a las mujeres para que participen en procesos de selección o promoción a puestos de trabajo tradicionalmente masculinos.

c. Posibilitar la participación de las trabajadoras y trabajadores, en situación de excedencia o con reducción de jornada, en ambos casos por motivos familiares o maternidad, en los procesos de cobertura de vacantes que se produzcan en el ámbito de Endesa. Se instrumentará un procedimiento para garantizar la efectividad de este derecho, dando traslado del mismo a la Representación Social en el seno de la Comisión de Clasificación Profesional y Necesidades Ocupacionales.

d. Facilitar la incorporación de las mujeres a puestos de decisión y con mayores cuotas de responsabilidad (...)"

B)- INFRARREPRESENTACION DE LAS MUJERES EN LA CATEGORIA PROFESIONAL, A CUBRIR, IMPACTO DE GENERO

Haya que partir de un dato objetivo de relevancia que debe ser tenido en cuenta en el caso que nos ocupa de acuerdo con los datos contenidos en el hecho probado décimo de la sentencia recurrida que literalmente recoge:

"a nivel nacional, y a la fecha de 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".

Obviamente el requisito de infrarrepresentación debe medirse de acuerdo con el ámbito de la empresa, que en el caso que nos ocupa es de carácter nacional, y no provincial o autonómico, pues ello sería un dato sesgado y no representativo del ámbito geográfico de la demandada, siendo un elemento clarificador su propio Convenio colectivo, cuyo ámbito de aplicación territorial es de carácter nacional (art. 5 Convenio Colectivo Endesa). En base a lo anterior, y de acuerdo con el relato fáctico transcrito, las mujeres son un 41% del total de personas que ocupan la categoría profesional a cubrir.

Lo anterior evidencia que estamos ante una categoría profesional subrepresentadas, y por ende una categoría en la que procede aplicar la acción positiva prevista en el art. 37 del Convenio, en casos en los que exista un empate de méritos entre un candidato y candidata, como medida de promoción del principio de igualdad, por razón de género, tal y como se establece en las medidas previstas en el Plan de Igualdad, que expresamente refiere a facilitar la incorporación de las mujeres en las vacantes que se produzcan en los puestos de trabajo en los que se encuentren subrepresentadas.

Además del art. 37 del Convenio de la demandada, también el artículo 29 del mismo convenio reitera en la regulación de los principios generales en materia de empleo y contratación, lo siguiente: "Establecimiento de cláusulas de acción positiva que fomenten el acceso de las mujeres, en condiciones de igualdad de méritos, en aquellos puestos de trabajo en los que se encuentren subrepresentadas (...)"

Ello evidencia que estamos ante unas medidas "tendientes al favorecimiento de la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres" (arts. 37 Convenio de empresa).

Y debe recordarse aquí la previsión del art. 43 de la LO 3/2007 de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, que dispone:

"Artículo 43 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 y también visibiliza aquellas discriminaciones opacas o infravaloradas, que en muchas ocasiones aparecen 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 hombres y mujeres.

Los planes de igualdad en las empresas, y la inclusión en los mismos de actuaciones concretas para promover la igualdad de oportunidades e igualdad de trato 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 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 1/2007 de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, se regulan también con el siguiente tenor literal:

"Artículo 11 Acciones positivas

1. 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.

2. También las personas físicas y jurídicas privadas podrán adoptar este tipo de medidas en los términos establecidos en la presente Ley."

Y 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 ponen a la igualdad real o de hecho, entre hombres y mujeres.

C)- OFERTA INTERNA COBERTURA DE VACANTE Y VALORACION DE MERITOS Y CAPACIDADES

La sentencia recurrida desestima la demanda de la actora concluyendo que no cabe aplicar al presente caso la previsión del art. 25.3º d) ni la acción positiva de género regulada en el art. 37 del Convenio de empresa, porque los méritos del candidato seleccionado por la empresa al momento del concurso, eran superiores a los de la actora. Y el amparo jurídico de dicha superioridad descansa sustancialmente en el hecho de disponer el candidato de la titulación de ingeniero técnico industrial, del que carecía la actora, que era Ingeniera Técnica pero de Telecomunicaciones.

Para hacer una correcta valoración de méritos y capacidades debemos partir de la Convocatoria de oferta de empleo interna efectuada por ENDESA en fecha 25/2/15 (folio 130 y 131 de autos). 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. Realizar cualquier otro cometido que, dentro del ámbito de sus aptitudes profesionales y nivel de competencia y de acuerdo con la normativa que le sea de aplicación le sea indicado por sus superiores por necesidades del servicio; así como participar activamente en el cumplimiento de la normativa establecida en materia medioambiental y de prevención de riesgos laborales".

Como tareas del "área/Unidad":

"Apoyar la gestión de los procesos del servicio de Prevención Mancomunado, participando en los equipos de proceso. Asesorar en las líneas de negocio en temas relacionados con la seguridad y la prevención. Realizar los indicadores asociados a la prevención. Participar en la redacción de los procedimientos comunes y participar en los procesos de implantación de los mismos. Apoyar los cursos específicos de prevención y seguridad laboral".

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"

De acuerdo con el hecho probado tercero de la sentencia recurrida, a la convocatoria se presentaron un total de 24 candidatos, de los que 5 eran mujeres y 19 varones (folio 132 - prueba documental ENDESA). Ninguna de las 5 candidatas tenía la titulación de Ingeniera Técnica Industrial (folios 133, 145, 164, 174 y 195), 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 (folios 137, 142, 148, 155, 158, 161, 171, 177, 179, 183 y 190).

Posteriormente, tal y como se recoge en el hecho probado cuarto, la consultora Ranstad 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 (folios 206, 211, 218, 223, 232, 238 y 242).

Centrando ahora la atención en relación a los méritos y capacidades de la actora en relación con el candidato Don Daniel (folios 206 a 217 de autos) según se recoge en los informes expedidos al respecto por parte de la empresa consultora:

Formación Académica

- D^a Apolonia : Ingeniera Técnica de Comunicaciones y Especialista en seguridad e Higiene en el trabajo, además de FP administración de sistemas informáticos.

- D. Daniel : Ingeniero Técnico Industrial especialista en Electrónica Industrial y "otros masters".

Formación Complementaria

- D^a Apolonia : varios cursos de programación informática (3 meses), mantenimiento industrial (270 horas); inteligencia emocional y control del estrés (25 horas), autocad 2010 (3 meses) (hecho probado quinto)

- D. Daniel : Energía Solar Térmica (20 horas); Energía eólica (100 horas); Sistemas de detección y extinción de incendios (16 horas); seguridad contra incendios (20 horas); Cursos de planes de autoprotección y equipos (18 horas); diseño de instalaciones de protección (20 horas); prevención de riesgos laborales (50 horas); certificado auditor interno sistemas de calidad (15 días); certificado auditor interno sistemas de gestión del medio (15 días); certificado auditor interno en SGSST OHSAS 18001 (hecho probado sexto)

Puntos Fuertes respecto a perfil

- D^a Apolonia :

Titulación académica y master en PRL

Experiencia en PRL desde un punto de vista de usuario

Predisposición y buena capacidad para trabajar en equipo

Responsable y resolutive

- D. Daniel :

Titulación académica y Master en PRL (3 especialidades)

Conocimientos de ofimática y autocad

Predisposición para trabajar en equipo

Flexibilidad

Puntos débiles respecto a perfil

- D^a Apolonia :

Desarrollo de personas

Negociación

Debe actualizar los conocimientos de normativa de PRL

- D. Daniel :

Toma de decisiones

Desarrollo de personas

Actualizar sus conocimientos en nueva normativa de PRL

No tiene gran experiencia en SPM o similar

En ocasiones debe centrarse más en el resultado de su trabajo, antes de realizar/aprender nuevas funciones.

Y lo más importante es que ambos candidatos fueron valorados por igual como "Adecuados" a los requerimientos del perfil para el puesto a cubrir, sin que en tal informe se hiciese una mejor valoración curricular del candidato varón respecto de la mujer

D) 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 ENDESA 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 del informe:

- Superior al perfil

- Inferior al perfil

- No adecuado

En base a lo anterior es claro que el criterio de la consultora, (tras haber hecho una valoración razonada de todos los méritos y titulaciones de los y las candidatas de acuerdo con la convocatoria de fecha 25/2/15), es que la actora y el candidato finalmente seleccionados estaban en condiciones de igualdad curricular y méritos (empate) para el acceso a la plaza a cubrir, y ante ello debió la demandada aplicar la previsión del art. 37 (acción positiva de género) del Convenio aplicable, pues la candidata demandante reunía el requisito de ser mujer aspirante a un puesto infrarepresentado por las mujeres (hecho probado décimo) y al no hacerlo se incurrió en la infracción de la acción positiva prevista en el art. 37 del Convenio aplicable. En base a lo expuesto hasta el momento procede estimar también este segundo motivo del recurso.

Lo anterior no queda neutralizado por la Doctrina contenida en la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 2006 (RJ 2007/222), en la que se subraya que las condiciones de la convocatoria no impugnada son la ley del concurso, y por tanto la mera participación en la convocatoria, sin impugnar sus bases implica aceptación tácita de todos sus términos. Ello es así porque como se ha dicho, no se eliminan o cambian las bases de la convocatoria sino que se ponderan de acuerdo con el informe emitido por la propia consultora externa que determinó que la actora y Don Daniel eran igualmente "Adecuados" para el puesto a cubrir.

Por último, hay que recordar aquí la sentencia del TJUE de 6 de julio de 2000 (Caso Abrahamson 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 infrarepresentado 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".

En base a lo expuesto y existiendo igualdad de méritos y capacidades entre la actora y el trabajador finalmente seleccionado, procede la aplicación de la previsión contenida en el art. 37 (acción positiva de género) prevista en el convenio de empresa en relación con la

normativa nacional e internacional referida anteriormente y jurisprudencia aplicable, porque la categoría profesional a cubrir se halla infrarrepresentada por el sexo femenino (hecho probado décimo -un 41% de mujeres-), y existía una equivalencia de méritos entre el candidato seleccionado por la empresa y la actora. Por tanto debió adjudicarse la vacante a la actora y no al candidato Don Daniel, de acuerdo con lo expuesto.

Estimado el recurso en virtud de las razones expuestas, se hace innecesario analizar el segundo alegato de la recurrente, por la vía del art. 25.º d) del Convenio aplicable, aunque debe destacarse que no se ha cuestionado que la demandante llevase más de diez años adscrita al turno cerrado (hecho probado primero) por lo que al declararse la equivalencia de méritos, también sería de aplicación el caso que nos ocupa a efectos de la selección final, por la prevalencia de la actora también en base a este otro precepto convencional.

Por todo ello, procede estimar la demanda planteada

CUARTO.- En aplicación de lo dispuesto en el Art. 235 LRJS (L. 36/11), no procede la imposición de costas.

QUINTO.- A tenor del Art. 218 LRJS (L. 36/11) frente a esta resolución podrá interponerse recurso de casación para unificación de doctrina.

VISTOS: los artículos citados y los demás que son de general aplicación

FALLO

Se estima el recurso de suplicación interpuesto por D^a Apolonia, contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Las Palmas de fecha 20 de septiembre de 2016, dictada en Autos nº 57/16 que revocamos estimando la demanda y reconociendo el derecho de la actora a ocupar el puesto de Técnica Gestora del Servicio de Prevención Mancomunado (SPM) en el centro de trabajo de Las Palmas-Alboreda, ofertado para la cobertura de vacante mediante resolución de fecha 25 de febrero de 2015, condenando a la empresa UNION ELECTRICA DE CANARIAS GENERACION SAU y al codemandado Don Daniel a estar y pasar por la anterior declaración. Sin costas.

Notifíquese la Sentencia a la Fiscalía de este Tribunal y líbrese testimonio para su unión al rollo de su razón, incorporándose original al Libro de Sentencias.

Devuélvanse los autos originales al Juzgado de lo Social Nº 1 de Las Palmas de Gran Canaria, con testimonio de la presente una vez notificada y firme a las partes.

ADVERTENCIAS LEGALES

Contra esta sentencia cabe Recurso de Casación para Unificación de doctrina, que se preparará por las partes o el Ministerio Fiscal por escrito ante esta Sala de lo Social dentro de los DIEZ DIAS siguientes a la notificación de la sentencia de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 220 y 221 de la Ley 36/2011 de 11 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social.

Para su admisión será indispensable que todo recurrente que no tenga la condición de trabajador o causahabiente suyo, o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, y no goce del beneficio de justicia gratuita efectúe, dentro del plazo de preparación del recurso, el depósito de 600 € previsto en el artículo 229, con las excepciones previstas en el párrafo 4º, así como el importe de la condena, dentro del mismo plazo, según lo previsto en el artículo 230, presentando los correspondientes resguardos acreditativos de haberse ingresado en el BANCO DE SANTANDER c/c Las Palmas nº 3537/0000/66/0520/17 pudiéndose sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval bancario en el que se hará constar la responsabilidad solidaria del avalista, y que habrá de aportarse en el mismo plazo. Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social.

Para el supuesto de ingreso por transferencia bancaria, deberá realizarse la misma al siguiente número de cuenta:

IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274

Consignándose en el campo Beneficiario la Cuenta de la Sala y en Observaciones o Concepto de la Transferencia los 16 dígitos que corresponden al procedimiento.

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

DILIGENCIA.- En Las Palmas de Gran Canaria, a

Dada ha sido la anterior sentencia por el Ilmo/a Sr/a Presidente que la suscribe a los efectos de su notificación, uniéndose certificación literal de la misma a los autos originales, conforme a lo dispuesto en los Art. 266.1 de la LOPJ y 212 de la LEC, archivándose la presente en la Secretaría de este Juzgado en el Libro de su clase. Doy fe.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 35016340012017100777