

## **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra 137/2006, de 30 de mayo**

### **No se puede impedir a las trabajadoras el acceso a la cadena de montaje en base a una supuesta protección de la salud**

La empresa recurrente se dedica a la confección y montaje de asientos para vehículos de Volkswagen Navarra, SA, cuya actividad alcanza desde el cosido de las fundas hasta el montaje de los asientos. En la empresa existen dos grupos profesionales: el grupo 1, denominado habitualmente sección de cosido, constituido únicamente por mujeres, salvo tres hombres que realizan funciones de encargado o de calidad y perciben mayor retribución que las mujeres y el grupo 2 denominado de montaje, constituido exclusivamente por hombres, los cuales perciben un salario mayor que el grupo 1. A partir de 1995, varias trabajadoras del grupo 1 solicitaron pasar al grupo 2.

La dirección de empresa se reunió con el servicio de prevención y se adoptó un protocolo de actuación en el que se establecía: a) elección por sorteo de dos mujeres de las que solicitaron el cambio; b) certificación previa de los servicios médicos de que no existe contradicción médica en base a su historial médico; c) asignación de dos puestos de la sección; d) proceso de formación monitorizada, y e) elaboración de estudio ergonómico para poder evaluar el grado de esfuerzo a que se somete a las trabajadoras y, con él, determinar si tales trabajos repercuten negativamente en su salud y si pueden o no cumplir con las exigencias productivas.

El servicio médico se cuestionó si las solicitantes estarían capacitadas para la realización de dichos trabajos en dos vertientes: la fuerza punta a realizar por exigencias de la tarea y la capacidad de resistencia de las personas para asimilar la fatiga durante ocho horas de trabajo continuado y manteniendo el ritmo de las diversas líneas de producción, todo ello sin menoscabo en su salud. El estudio ergonómico previsto en el protocolo sólo se refiere al trabajo de la mujer en labores de montaje, no se ha previsto para otras tareas del grupo 2, menos exigentes físicamente, en las cuales nunca han existido mujeres, ya que esos puestos se reservaban para reubicar trabajadores de montaje con dolencias físicas.

El Tribunal Superior de Justicia de Navarra entiende que existen rasgos discriminatorios en la conducta de la empresa, al no permitir abiertamente el acceso de las trabajadoras de la sección de cosido a la sección de montaje. En consecuencia, la empleadora, manteniendo su poder de dirección, debe arbitrar medidas necesarias que eviten cualquier indicio discriminatorio con el fin de hacer realidad el principio de igualdad

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.** Ante el Juzgado de lo Social n.º DOS de los de Navarra, se presentó demanda por Jose María en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminaba suplicando se dicte sentencia por la que se declare que la empresa está vulnerando los derechos fundamentales a la igualdad y a la promoción a través del trabajo, declarando igualmente el derecho de las trabajadoras a promocionar a puestos de trabajo del grupo 2 en igualdad de condiciones con los hombres, condenando a la empresa a estar y pasar por esta declaración.

**Segundo.** Admitida a trámite la demanda, se celebró el acto del juicio oral en el que la parte actora se ratificó en la misma, oponiéndose la demandada según consta en el acta extendida a tal efecto por el Sr. Secretario. Recibido el juicio a prueba se practicaron las propuestas y declaradas pertinentes.

**Tercero.** Por el Juzgado de instancia se dictó sentencia, cuya parte dispositiva dice: Que, previa desestimación de la excepción de cosa juzgada formulada por la empresa demandada y estimando la demanda origen de las presentes actuaciones, promovida por la sección sindical de Jose María (LAB) frente a la empresa Tecnoconfort SA, sobre tutela de derechos fundamentales, debo declarar y declaro que se han vulnerado los derechos a la promoción profesional y la prohibición discriminatoria por razón de sexo de las trabajadoras de la sección de cosido. Declaro la nulidad radical de la conducta empresarial, ordeno su cese inmediato y declaro el derecho de las trabajadoras a promocionar a puestos de trabajo del grupo 2 en igualdad de condiciones con los hombres, condenando a la empresa a estar y pasar por esta declaración.

**Cuarto.** En la anterior sentencia se declararon probados: PRIMERO.- 1.- La empresa demandada está dedicada a la confección y montaje de asientos para vehículos de Volkswagen Navarra SA. Las labores realizadas alcanzan desde el cosido de las fundas hasta el montaje de los asientos (no controvertido).- 2.- La empresa se rige por Pacto de Empresa propio y, en lo no regulado en el mismo, por el convenio colectivo sectorial de la industria siderometalúrgica de Navarra (BON 5 de julio de 2004) (conformidad; en autos hay copia del pacto para los años 2000 a 2003 y los anteriores como doc. 1 de la parte actora, folios 72 a 94 y del convenio para los años 2004 a 2007 como doc. 2 de la parte actora, folios 95 a 112).- SEGUNDO.- 1.- Según el pacto de empresa, la clasificación profesional es la siguiente: existen dos grupos (1 y 2) En el grupo 1 (denominado habitualmente sección de cosido) se encuadran las personas que realizan tareas de cosido de fundas, trabajos de almacén, envarillado y trasvase de cabezales. En la práctica, sin embargo, y desde hace años, en tal sección únicamente se realizan tareas de cosido de fundas. En el grupo 2 (denominado habitualmente montaje) se integran, según el pacto de empresa, los trabajadores que realizan trabajos de premontaje, montaje de asientos delanteros o traseros, corte de tapicerías, forrado de cabezales, almacén o carretilleros, auditorías, calidad de recepción, resto de carretilleros, secuenciación, personal de mantenimiento y de suministro secuenciado en la cadena de Volkswagen Navarra. En la práctica, sin embargo, y también desde hace años, únicamente se realizan tareas de montaje (no existe ya premontaje ni forrado de cabezales), corte de tapicerías, auditoría, almacén o logística interna (incluidos los carretilleros), mantenimiento y suministro secuenciado en la cadena de montaje de Volkswagen Navarra (conformidad).- 2.- Todos los trabajadores, pertenezcan al grupo 1 o al 2, tienen categoría profesional de peón especialista (conformidad).- TERCERO.- 1.- Los trabajadores del grupo 1 perciben, según aplicación de las tablas aplicables, 15.882,88 € al año de salario base, salvo seis trabajadores que perciben además un plus específico por serlo antes de 1994 (conformidad y doc. 3 de la parte actora, folio 113).- 2.- Los trabajadores del grupo 2 perciben 22.422,04 € de sueldo base, salvo algunos que, por serlo antes de 1994, perciben además un plus específico personal (conformidad y doc. 3 de la parte actora, folio 113).- 3.- En ambos grupos se trabaja en sistema de rendimiento a prima. En el grupo 2 con rendimiento 133 y en el grupo 1 con rendimiento mínimo exigible 113 (interrogatorio de la empresa).- CUARTO.- 1.- El grupo 1 está compuesto exclusivamente por mujeres, salvo tres hombres, que no realizan funciones de cosido, sino de encargados o de calidad y perciben retribuciones

superiores. En el grupo 1 hay 47 mujeres (conformidad; doc. 6 de la parte actora, folios 145 a 150).- 2.- El grupo 2 está compuesto exclusivamente por hombres. La plantilla de este grupo es de 165 trabajadores (conformidad).- QUINTO.- 1.- En años anteriores (antes de 1994) hubo hombres en la sección de cosido. En 1994 la referida sección se externalizó; a los hombres que prestaban servicios allí se les ofreció trabajar en la sección de montaje y desde entonces, los que permanecen, prestan servicios integrados en el grupo 2 (testificales de D. Isidro y Dña. Paula).- 2.- Por el contrario, a las mujeres que integraban la sección de cosido antes de 1994 no se les ofreció la posibilidad de trabajar en la sección de montaje, sino que se procedió a la extinción de sus contratos y a integrarlas, las que así lo decidieron, en la empresa externa contratada (testificales de D. Isidro y Dña. Paula).- 3.- Años después, la empresa volvió a realizar directamente las funciones de cosido (interrogatorio de la empresa).- SEXTO.- La sección sindical ahora demandante impugnó en su día el pacto de empresa para los años 2000 a 2003 solicitando que se declarara la nulidad de las escalas retributivas con fundamento en una pretendida discriminación retributiva por razón de sexo. En fecha 29 de septiembre de 2001, el Juzgado de lo Social número 1 de Pamplona dictó sentencia (Autos 482/2001) desestimando la demanda. La referida sentencia fue confirmada por la de la sala de lo social del TSJ de Navarra de fecha 24 de enero de 2002 (Rollo 446/2001) (doc. 4 de la parte actora, folios 114 a 128 y 10 a 12 de la empresa, folios 400 a 429).- SÉPTIMO.- 1.- Ninguna mujer del grupo 1 ha pasado nunca a incorporarse al grupo 2 (no controvertido).- 2.- En abril de 2005 un grupo de 15 mujeres solicitaron pasar al grupo 2. Con posterioridad, otras trabajadoras realizaron idéntica reclamación, de modo que el 60% de la plantilla del grupo 1 ha solicitado prestar servicios en el grupo 2 (interrogatorio de la empresa y doc. 5 de la parte actora, folios 129 a 144 y 9 de la empresa, folios 398 y 399).- OCTAVO.- 1.- En la empresa no se publican las ofertas de trabajo ni los posibles ascensos o traslados a otros puestos en los tablones de anuncios o por cualquier otro canal (interrogatorio de la empresa).- 2.- La dirección entiende, sin embargo, que las trabajadoras de cosido conocen la posibilidad de pedir traslado para trabajar en montaje (interrogatorio de la empresa).- 3.- Dña. Paula, trabajadora de la sección de cosido, no había solicitado el cambio a la de montaje porque pensaba que no se permitía por la empresa. A raíz de la solicitud de algunas compañeras, se animó ella y otras (testifical de Dña. Paula).- 4.- En la sección de montaje hay contratación temporal. Se realizan entre 30 y 40 al año, habitualmente a través de ETT; algunos de los trabajadores así seleccionados pasan posteriormente a integrar la plantilla de la empresa (interrogatorio de la empresa y doc. 8 de la empresa, folios 396 y 397).- NOVENO.- 1.- La empresa, tras recibir las solicitudes mencionadas en el hecho séptimo, realizó consultas a sus técnicos en prevención de riesgos y a su servicio médico. Tras diversas reuniones, adoptó la decisión de abordar la cuestión sin prisas al no disponer de experiencia previa sobre el resultado de la incorporación de mujeres a las tareas de montaje y debido a la, a su entender, alta exigencia física de las tareas realizadas en la sección (interrogatorio de la empresa).- 2.- La empresa adoptó un protocolo de actuación al respecto, que se resume de la siguiente forma: a) elección por sorteo de dos mujeres de las que solicitaron el cambio; b) certificación previa de los servicios médicos de que no existe contraindicación médica en base a su historial médico; c) asignación de dos puestos de la sección: respaldo anterior y respaldo posterior; d) proceso de formación monitorizada y e) elaboración de estudio ergonómico para poder evaluar el grado de esfuerzo a que se somete a las trabajadoras y, con él, determinar si tales trabajos repercuten negativamente en su salud y si pueden o no cumplir con las exigencias productivas (interrogatorio de la empresa y doc. 2 de la empresa, folios 315 a 319 y doc. 7 de la parte actora, folios 151 153).- 3.- Siguiendo el referido protocolo, se

seleccionaron cuatro candidatas. Una de las seleccionadas, en el momento de ser reconocida médicamente, comunicó que renunciaba a su solicitud. Otra, tras pasar reconocimiento médico, fue calificada como apta con restricción temporal debido a un proceso de enfermedad por contingencia común. Las dos restantes iniciaron el proceso de formación en fecha 1 de septiembre de 2005 (Dña. Marí Juana) y 12 de septiembre de 2005 (Dña. Sonia) en labores de montaje de respaldo anterior y respaldo posterior respectivamente. Ambas renunciaron a su solicitud pocos días antes de la celebración del acto del juicio. Dña. Marí Juana, el día 13 de septiembre y Dña. Sonia, el 15 de septiembre (interrogatorio de la empresa y doc. 2 de la empresa, folios 315 a 319).- 4.- Las trabajadoras seleccionadas firmaron acuerdo en el que se disponía que si no se supera el periodo de formación o prueba, volverá a la sección de cosido y percibirá el mismo importe que si hubiese estado en la sección de cosido durante todo el periodo de formación (doc. 8 de la parte actora, folios 154 y 155).- 5.- El proceso de formación asistido por monitor es el mismo que se sigue con los varones que inician su actividad en labores de montaje (testifical de D. Esteban).- DÉCIMO.- 1.- La dirección de la empresa, su servicio médico y de prevención, dudan sobre la idoneidad de las mujeres para realizar los trabajos propios de montaje, al menos los más penosos de la sección (interrogatorio de la empresa, testifical de D. Esteban, responsable de producción y testigos-peritos D. Jesús Luis, médico de la empresa, y D. Lorenzo, responsable de prevención y doc. 1 a 3 de la empresa, folios 209 a 323).- 2.- Tales dudas se basan en que determinados puestos requieren una importante fuerza punta y capacidad de resistencia y provocan importantes patologías osteoarticulares (síndrome tunel carpiano, contracturas cervicales y dolencias en hombros) (testigo-perito D. Jesús Luis, médico de la empresa).- 3.- Algunos trabajadores, como, por ejemplo, D. Isidro, que realiza funciones de montaje en asiento posterior, entiende que tales tareas pueden ser realizadas por mujeres (testifical de D. Isidro).- UNDÉCIMO.- 1.- En las labores de corte y carretillero, también integradas en el grupo 2, no concurren las patologías osteoarticulares propias de las labores propias de montaje (testigo-perito D. Jesús Luis, médico de la empresa).- 2.- El estudio ergonómico previsto en el protocolo elaborado se refiere sólo a la labor de la mujer en labores propias de montaje. No se ha previsto para otras tareas del grupo 2 (interrogatorio de la empresa).- 3.- Los puestos más penosos de la sección de montaje o grupo 2 es el de montaje de asiento delantero. Para evitar la penosidad hacen rotaciones en las tareas de montaje (testifical de D. Esteban).- 4.- En las labores menos exigentes desde el punto de vista físico del grupo 2 (corte, carretillero, etc) nunca han existido mujeres. Tales puestos los suelen reservar en la empresa para reubicar trabajadores de montaje con dolencias o padecimientos físicos adquiridos en aquellas tareas (interrogatorio de la empresa).- 5.- Nunca se reubica en la sección de cosido o grupo 1 (testifical de D. Esteban y testigo-perito D. Lorenzo).

**Quinto.** Anunciado recurso de Suplicación por la representación letrada de la Empresa demandada Tecnoconfort, SA, se formalizó mediante escrito en el que se consignan nueve motivos, los siete primeros, al amparo del *artículo 191.b) de la Ley de Procedimiento Laboral*, para revisar los hechos declarados probados a la vista de las pruebas practicadas, y el octavo y noveno, amparados en el *artículo 191.c) del mismo Texto legal*, para examinar las infracciones de normas sustantivas o de la jurisprudencia, denunciando infracción del *artículo 222 y 207 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*; e interpretación errónea de lo dispuesto en los *artículos 14 y 35 de la Constitución Española* y doctrina contenida en Sentencia del Tribunal Constitucional de 3 de diciembre de 1996. SEXTO: Evacuado traslado del recurso fue impugnado por la parte demandante.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### **Primero.** Modificación de Hechos Probados.

La Sentencia de Instancia que, previa desestimación de la excepción de cosa juzgada y con estimación de la demanda interpuesta por el Sindicato LAB frente a la empresa Tecnoconfort SA y el Ministerio Fiscal, declaró que la demandada ha vulnerado el derecho a la promoción profesional y la prohibición de discriminación por razón de sexo de las trabajadoras de la sección de cosido, declarando la nulidad radical de la conducta empresarial, ordenando su cese inmediato y declarando el derecho de las trabajadoras a promocionar a puestos de trabajo del grupo 2 en igualdad de condiciones que los hombres, es recurrida por la empresa mediante la alegación de nueve motivos de Suplicación; los siete primeros, de carácter revisorio, amparados correctamente en el artículo 191.b) de la Ley de Procedimiento Laboral, con la finalidad, primeramente, de sustituir el hecho probado tercero en su apartado 3, por otro con la siguiente proposición literal: 3.- El grupo 2, Sección de Montaje trabaja mediante rendimiento a prima, y lo hace a rendimiento óptimo de 133 de la escala de valoración centesimal, percibiendo por ello una elevada prima pactada. Por el contrario el Grupo 1, Sección de Cosido no tiene establecido rendimiento a prima como consecuencia de las dificultades técnicas para su establecimiento que se detallan en el Informe Técnico que obra en los folios 386 a 395 de los autos, que se da por reproducido. En el Hecho Probado Quinto de la Sentencia del Juzgado de lo Social n.º 1 de Pamplona (Autos 482/2001 seguido contra la misma empresa), se declaró que La prima de producción se reconoce únicamente a los trabajadores del grupo profesional 2, no a los trabajadores del grupo 1....

Se solicita igualmente la revisión del hecho probado sexto, para adicionar un extremo omitido, que de admitirse tendría la siguiente redacción: SEXTO: La Sección sindical del Sindicato ELA-STV impugnó en su día el pacto de empresa para los años 2000 a 2003, mediante demanda formulada contra:

- La empresa Tecnoconfort, SA.
  - El Comité de Empresa de Tecnoconfort, SA.
  - La Sección Sindical de CCOO de Tecnoconfort, SA.
  - La Sección Sindical de UGT de Tecnoconfort, SA.
  - La Sección Sindical de LAB de Tecnoconfort, SA hoy demandante en este procedimiento. En tercer lugar, solicita la recurrente la sustitución del hecho probado octavo de la sentencia, por otro del siguiente tenor literal: OCTAVO.- 1.- En la empresa no se publican las ofertas de trabajo ni los posibles ascensos o traslados a otros puestos en los tablones de anuncios o por cualquier otro canal.
- 2.- La dirección entiende, sin embargo, que las trabajadoras de cosido conocen la posibilidad de pedir traslado para trabajar en montaje.

En el hecho probado sexto de la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social de Navarra n.º 1 de fecha 29-09-2001 (folios 114 a 128; 409 a 423) consta literalmente lo siguiente:

En el acta levantada con ocasión de la reunión entre la Dirección de empresa y el comité de 8 de marzo del presente año (folios 258 a 261 de los Autos) la empresa ofreció que en los puestos de trabajo de montaje que están cubiertos por personal eventual pudiesen optar personal del grupo 1 de plantilla fija, preguntando entonces si esas personas que optasen por esos puestos cobrarían lo estipulado para el grupo 2, manifestando la Dirección de empresa que se cobraría la retribución del grupo 2 una vez transcurrido el período de adaptación y conseguido el rendimiento.

En las solicitudes formuladas por un grupo de 15 trabajadoras del área de influencia del sindicato LAB demandante, del mes de abril de 2005, referidas en el correlativo precedente, interesaban el ingreso en la sección de montaje, con fundamento en lo declarado en el hecho probado sexto de la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social n.º 1 de Navarra de fecha 29-09-2001, que se ha transcrito en el párrafo anterior.

El primer ofrecimiento de la empresa se produjo en el año 1997.

4.- En la sección de montaje hay contratación temporal. Se realizan entre 30 y 40 al año, algunos de los trabajadores así seleccionados pasan posteriormente a integrar la plantilla de la empresa (Interrogatorio de la empresa y doc. 8 de la empresa, folios 396 y 397).

Como consta en los folios 396 y 397 de los Autos (documento n.º 8 de la prueba documental de la empresa demandada), los contratos de trabajo temporales existentes en la empresa, todos ellos se han concertado para prestar sus servicios en la sección de montaje, que es la que necesita temporal y coyunturalmente esta contratación de duración determinada.

Como consta en el cuadro obrante al folio 397, los contratos temporales existentes en la empresa en el año 2005 son los siguientes:

6 contratos de trabajo de relevo, para sustituir a trabajadores fijos en situación de jubilación parcial.

15 contratos eventuales, suscritos durante el proceso de adaptación del anterior sistema productivo al nuevo proyecto estratégico (FES) sustituyendo a trabajadores fijos durante el proceso de aprendizaje de este nuevo sistema productivo (pasar a trabajo en línea).

16 contratos de trabajo de interinidad, para sustituir a trabajadores fijos con reserva del puesto de trabajo (bajas de enfermedad, accidente, etc.)

5 contratos eventuales por acumulación de tareas derivadas de la implantación en la empresa del nuevo modelo organizativo de trabajo en línea (IT + ESP) 3 contratos de trabajo de interinidad para sustituir a otros

3 trabajadores fijos en situación de excedencia con reserva del puesto de trabajo. Asimismo se interesa la revisión del hecho probado noveno, que de admitirse quedaría redactado en los siguientes términos: NOVENO.- 1.- La Dirección de la empresa se reunió con los responsables del Servicio de Prevención (Servicio Médico de Empresa Dr. D. Jesús Luis -y Servicio de Prevención D. Lorenzo -), junto con la dirección industrial, para que se realice un estudio de dichas solicitudes al objeto de garantizar que el futuro pase de las trabajadoras de la sección de cosido solicitantes a la sección de

montaje, podría realizarse en las mejores condiciones posibles, tanto para las solicitantes como para la propia actividad de la planta.

El Servicio Médico de la empresa, como responsable de la vigilancia de la salud de los trabajadores, se cuestionó inicialmente si las solicitantes podrían estar capacitadas para la realización de dichos trabajos en dos vertientes: la fuerza punta a realizar por exigencias de la tarea y la capacidad de resistencia de las personas para asimilar la fatiga durante ocho horas de trabajo de manera continuada y manteniendo el ritmo de las diferentes líneas de producción, todo ello sin menoscabo en su salud a corto, medio o largo plazo.

Es decir si las trabajadoras solicitantes podrán realizar el trabajo en salud. El Servicio Médico eleva consulta al Instituto Navarro de Salud Laboral INSL, planteando la cuestión que le preocupaba, siendo informado por la técnico del INSL, Doña María Inés, que para dar la conformidad debía realizarse una evaluación de riesgos, remitiéndole a diferentes trabajos publicados sobre esta cuestión. Así mismo el Servicio Médico contacta con ANSME, indicándole los problemas para la salud de las trabajadoras solicitantes y la necesidad de arbitrar un sistema que pueda permitir un estudio detenido de los riesgos de este concreto trabajo en la salud.

El Servicio de Prevención cuyo titular es D. Lorenzo, recibida la información de la Dirección de la empresa, realizó consultas con el Asesor Técnico de Mutua Universal, D. Juan Enrique, y con el Responsable de Ergonomía de la Mutua, manifestando ambos servicios su gran preocupación por los problemas en la salud de las trabajadoras que pudieran derivarse por la realización de un trabajo físico tan exigente y que estaba produciendo numerosas patologías osteomusculares en trabajadoras de la empresa de constitución fuerte, que habían tenido que se reubicados en otros puestos (corte, secuenciación, carretilleros, etc.).

La Dirección de la empresa se reúne posteriormente con el Servicio Médico y con el Servicio de Prevención de Riesgos Laborales, los cuales le informan a la Dirección de los importantes riesgos para la salud enunciados tanto por el INSL como por los Servicios de Ergonomía de Mutua Universal.

2.- En esta reunión tanto el Servicio Médico como el Servicio de Prevención de Riesgos Laborales informan a la empresa la necesidad de valorar el tema mediante la realización del siguiente protocolo de actuación:

- Se seleccionarán de dos en dos personas entre las solicitantes de paso a la sección de montaje, mediante un sorteo en presencia del Comité de Empresa a objeto de comprobar su objetividad.
- Previamente las personas así seleccionadas por sorteo, serán examinadas por el Servicio Médico a fin de que acredite su aptitud para realizar el proceso de formación monitorizado.
- Una vez declaradas aptas para realizar este proceso de formación, se les asignarán a dos puestos representativos de la sección de montaje, intermedios entre los puestos más exigentes y los menos exigentes.

- Realizarán una formación monitorizada (es decir asistida permanente por un profesional que haga las funciones de monitor de la solicitante), conforme al sistema que viene aplicándose en la empresa para cualquier trabajador que vaya a acceder al puesto de trabajo de la sección de montaje.

- Este proceso de formación, debidamente asesorado por el monitor, se mantendrá hasta que la solicitante alcance el ritmo de producción que va a ser necesario durante su futuro trabajo en la línea, en el montaje de las fundas en los asientos del automóvil, es decir hasta que alcance los niveles de producción que se exigen en la cadena de montaje.

- Finalizado el proceso de formación monitorizada, se realizará un estudio ergonómico individual de la trabajadora para poder evaluar el grado de esfuerzo a que se someten las extremidades superiores, y poder comprobar de esta manera si la trabajadora podrá cumplir con las exigencias productivas, y, lo que es más importante, podrá desarrollar este trabajo en salud.

- 3.- Siguiendo el referido protocolo, se seleccionaron cuatro candidatas. Una de las seleccionadas, en el momento de ser reconocida médicamente, comunicó que renunciaba a su solicitud. Otra, tras pasar reconocimiento médico, fue calificada como apta con restricción temporal debido a un proceso de enfermedad por contingencia común. Las dos restantes iniciaron el proceso de formación en fecha 1 de septiembre de 2005 (Dña. Marí Juana) y 12 de septiembre de 2005 (Dña. Sonia) en labores de montaje de respaldo anterior y respaldo posterior respectivamente. Ambas renunciaron a su solicitud pocos días antes de la celebración del acto del juicio. Dña. Marí Juana, el día 13 de septiembre y Dña. Sonia, el 15 de septiembre (interrogatorio de la empresa y doc. 2 de la empresa, folios 315 a 319).

- 4.- Se suprime.

- 5.- El proceso de formación asistido por monitor es el mismo que se sigue con los varones que inician su actividad en labores de montaje. La parte recurrente interesa en quinto lugar la revisión del hecho probado décimo, a fin de solicitar a supresión del apartado tercero.

En sexto lugar se pretende la sustitución del hecho probado undécimo, por otro que tendría el siguiente tenor literal: UNDÉCIMO.- 1.- En las labores de corte, secuenciación en Volkswagen Navarra y carretillero, también integradas en el grupo 2, no concurren las patologías osteomusculares propias de las labores de montaje.

Como consecuencia de las numerosas patologías osteomusculares que presentan los trabajadores de la sección de montaje (240 casos procesos de enfermedades profesionales en el período quinquenal de 2000 a 2004, y 29 procesos en el presente año 2005), el Servicio Médico de la empresa propone y la Dirección atiende la propuesta, de reubicar a los trabajadores más afectados por sus procesos osteomusculares en otros puestos de trabajo de menor exigencia física.

Por esta razón todos los puestos de trabajo de corte y secuenciación en Volkswagen Navarra están ocupados por trabajadores provenientes de la sección de montaje, con

lesiones osteomusculares que les impiden realizar su trabajo en dicha sección por el riesgo de reagudización de sus dolencias y posteriores incapacidades permanentes.

Y el 60% de los puestos de trabajo de carretillero también se encuentran ocupados por personal provenientes de la sección de montaje que ha tenido que ser reubicado por sus patologías osteomusculares, siguiendo los consejos del Servicio Médico de empresa y del Servicio de Prevención de riesgos laborales. Y el 40% restante son tres trabajadores contratados expresamente para el servicio de carretillero, los cuales a su vez realizan sustituciones del encargado de almacén en cada turno durante sus ausencias (el encargado trabaja a jornada partida de lunes a viernes), siendo los restantes carretilleros polivalentes en montaje, acudiendo a trabajar en el puesto alternativo de montaje cuando las necesidades puntuales de producción así lo requieren.

2.- El estudio ergonómico previsto en el protocolo elaborado se refiere sólo a la labor de la mujer en labores propias de montaje. No se ha previsto para otras tareas del grupo 2 interrogatorio de la empresa.

Las trabajadoras de la sección de cosido que han solicitado su pase a otro puesto de trabajo, han pedido expresamente el ingreso en la sección de montaje a la mayor brevedad posible, motivo por el cual el estudio ergonómico previsto para atender dicha solicitud se refiere sólo para las trabajadoras de la sección de cosido que lo han solicitado.

Por otro lado los puestos de trabajo de corte, secuenciación en Volkswagen y carretilleros, se encuentran ocupados por trabajadores reubicados provenientes de la sección de montaje, y consecuentemente no existen vacantes permanentes en los mismos.

3.- Los puestos más penosos de la sección de montaje o grupo 2 es el de montaje de asientos delantero. Para evitar la penosidad hacen rotaciones en la tareas de montaje (testifical de D. Esteban).

4.- En las labores menos exigentes desde el punto de vista físico del grupo 2 (corte, carretillero, etc) nunca han existido mujeres. Tales puestos los suelen reservar en la empresa para reubicar trabajadores de montaje con dolencias o padecimientos físicos adquiridos en aquellas tareas (interrogatorio de la empresa).

5.- Nunca se reubica en la sección de cosido o grupo 1 (testifical de D. Esteban y testigo- perito D. Lorenzo).

Por último, se interesa la adición de un nuevo hecho probado, que de admitirse tendría la siguiente redacción: Duodécimo: La sección de cosido de la empresa demandada es altamente deficitaria. En informe elaborado con fecha 4 de septiembre de 2001 (folios 350 a 385), ya se señalaba que el coste actual de la sección de cosido de Tecnoconfort era de 68,1 pts./minutos, cifra notablemente superior a la que resulta en el proveedor subcontratado: 27,3 Pts. (media ponderada en 26.5 y 30 pesetas/min.) Esto conllevaba en el año 2000, fecha del estudio, un sobre coste de 227.000.000 de pesetas al año.

El recurso de Suplicación ha sido considerado por la doctrina emanada del Tribunal Constitucional, como de naturaleza extraordinaria, y debe interpretarse esa

configuración legal en tal sentido, lo que implica el objeto limitado del mismo, objeto en el que el Tribunal ad quem no puede valorar ex novo toda la prueba practicada, como si de una apelación se tratara, ni revisar in totum el Derecho aplicable (salvo que trascienda al orden público procesal), debiendo limitarse la Sala a estudiar y a decidir única y exclusivamente sobre las cuestiones, fácticas y/o jurídicas, concretamente planteadas por las partes, en especial por la recurrente, a la que la Ley le otorga el derecho soberano de construir el recurso en su integridad, soberanía la dicha que obliga a esa parte a fijar e individualizar con detalle bastante el o los hechos declarados probados cuya alteración, adición o supresión pretenda.

Pues bien, para concretar ese derecho soberano a construir el recurso de Suplicación en su integridad y para determinar esa obligación de detallar, fijar e individualizar fundadamente la revisión de hechos probados que tiene la parte recurrente, la *Ley de Procedimiento Laboral, en sus artículos 191 y 194.2 y 3* ha marcado unas pautas que la jurisprudencia ha ido decantando, exigiendo, aun cuando se atenúe en lo posible el rigor formal, si se solicita la revisión del relato judicial de hechos, la concurrencia de determinados requisitos, de los cuales unos son atinentes al hecho en sí objeto de revisión y otros concernientes a la forma en que se ha de llevar a cabo la pretensión revisora.

En este orden de cosas, examinando las sentencias dictadas por el ya extinguido Tribunal Central de Trabajo y las emitidas por los Tribunales Superiores de Justicia, se puede afirmar que los tales requisitos nombrados en el párrafo anterior son:

1.- Que se debe señalar en el motivo, con una absoluta claridad, cual sea el concreto hecho o hechos probados de los que se pretende obtener su modificación, con detalle en su caso del particular párrafo que se quiere hacer objeto de la misma. Y si lo postulado es su eliminación o su sustitución por otro texto alternativo, debe entonces ser ofrecido en su redacción literal, al igual que si lo que se pretende es adicionar al relato de hechos probados un determinado texto nuevo y particular, o añadir un completo hecho probado.

2.- Debe igualmente indicarse con detalle, el concreto documento obrante en los autos, o bien la pericia practicada contradictoriamente en el acto de juicio oral, que, en opinión de la parte recurrente, sirvan de soporte a la revisión fáctica pretendida en el motivo, al ser estos los únicos medios de prueba que permite el *artículo 191.b) de la Ley de Procedimiento Laboral citada* que pueden ser empleados para apoyar, en este particular trámite, una pretensión de revisión fáctica. De tal modo que, por ejemplo, no cabe una invocación genérica o inespecífica de la documental obrante en los autos (STS de 11-7-96). Y no siendo tampoco válida, a efectos de este recurso, la prueba de interrogatorio de parte, ni tampoco la prueba testifical; con independencia ello del eventual valor probatorio que, en ejercicio razonado de la función que le atribuye el artículo 97.2 de la norma procesal citada, le pueda conferir el Juzgador de instancia.

3.- Se tiene que tener en cuenta, en concreto respecto a la cita de documentos, lo siguiente: a) Que deben de tener realmente tal cualidad los que sean señalados, de tal modo que no cabe basarse en el contenido de la prueba testifical o en el interrogatorio de partes (*artículo 299.1.1.º LECiv*), pues pese a que se encuentre resumen suficiente de las mismas en el acta de juicio [como obliga el *artículo 89.1.)1.º de la Ley Procesal Laboral*], no pierden por ello su concreta cualidad probatoria (STS de 16-5-90), no transformándose por lo tanto en prueba documental; b) Que tampoco cabe acogerse a

meras fotocopias que no estén adveradas con su original, que carecen, a estos efectos de Suplicación, de esa naturaleza de documento (así, SSTS de 19-12-89, 2-11-90, 25-2-91 o 25-1-01, entre otras); c) Además, el soporte documental que sirva de base al motivo, debe ostentar, inexcusablemente, una literosuficiencia probatoria, de tal modo que se desprenda ineluctablemente la modificación pretendida del mismo, sin que exista necesidad de tener que acudir a conjeturas, razonamientos añadidos, deducciones o elucubraciones (SSTS de 19-7-85 o de 14-7-95).

4.- Dado el carácter de recurso extraordinario de la Suplicación, distinto de la Apelación (STC 18-10-93), no se puede pretender que se realice una nueva lectura, por parte de la Sala, de todo el material probatorio obrante, al no ser esa su función, que le viene normativamente atribuida al órgano judicial de instancia por el *artículo 97.2 LPL* citada; ni por tanto, tampoco cabe que sea este órgano judicial el que construya el recurso a la parte recurrente, pues ello iría en contra de su obligación esencial de imparcialidad, y vulneraría tanto el derecho a la defensa como a la contradicción de las demás partes personadas, con infracción del *artículo 24.1 del Texto Constitucional STS de 28-9-93*).

5.- Debe derivar claramente la modificación pretendida, sea de sustitución, de adición, o de eliminación, del apoyo útil alegado, sin necesidad de tener que acudir para ello a deducciones, elucubraciones o argumentaciones añadidas. De tal modo que se desprenda de ese apoyo probatorio señalado, de modo contundente e ineluctable, tanto la nueva situación fáctica propuesta, como la pertinente y paralela equivocación del órgano judicial de instancia al alcanzar su propia convicción, que se pretende revisar.

6.- Por último, se requiere que la modificación que se pide sea relevante a los efectos de la resolución de la causa, acreditando error, omisión o arbitraria interpretación de las pruebas por parte del Juzgador, de manera que lo pretendido no quede desvirtuado por otras probanzas que hayan podido ser consideradas por el Juzgador de instancia, de las que quepa deducir una interpretación distinta a aquella que obtiene la parte, pues ante posibles contradicciones debe prevalecer el criterio del órgano jurisdiccional, que actúa en el pleito de manera imparcial y objetiva frente a la parte; a su vez, no basta con aportar con la modificación una puntualización o matización, al ser preciso, como ya decíamos, que la revisión sea trascendente y de entidad suficiente para variar los hechos de la sentencia recurrida.

Debe insistirse, como tiene reiteradamente declarado este Tribunal Superior, que es doctrina constante de los Tribunales laborales la de que sólo de excepcional manera han de hacer uso los Tribunales Superiores de la facultad de modificar, fiscalizándola, la valoración de la prueba hecha por el Juzgador de instancia, facultad que les está atribuida para el supuesto de que los elementos señalados como revisorios, ofrezcan tan clara fuerza de convicción que, a juicio de la Sala, delaten claro error de hecho sufrido por el Juzgador en la apreciación de la prueba.

En su consecuencia, el error de hecho ha de ser evidente y fluir, derivarse y patentizarse por prueba pericial o documental eficaz y eficiente, pues dado el carácter extraordinario del Recurso de Suplicación y de que no se trata de una segunda instancia, no cabe llevar a cabo un análisis de la prueba practicada con una nueva valoración de la totalidad de los elementos probatorios, pues ello supondría, en definitiva, sustituir el criterio objetivo del Juzgador de instancia fruto de su personal convicción extraída de las pruebas practicadas, conforme a la facultad que le otorga el *art. 97.2 de la Ley de*

*Procedimiento Laboral* por el de la parte, lógicamente parcial e interesado, circunstancia que no puede admitirse al suponer un desplazamiento en la función de enjuiciar que tanto el *art. 2-1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial* como el *art. 117-3 de la Constitución Española* otorgan en exclusiva a los Jueces y Tribunales; para el éxito, pues, de la pretensión revisoria, los errores de hecho denunciados han de tener trascendencia suficiente para variar el signo del fallo, ya que de otro modo y salvo supuestos excepcionales que aconsejen su inclusión razones de economía procesal impiden que sean acogidos en revisión los errores fácticos denunciados que carezcan de dicha trascendencia, pues su acogida a nada práctico conduciría.

A la vista de la doctrina anterior, no puede accederse a las modificaciones pretendidas, bien por hacer referencia a errores que no tienen trascendencia suficiente a efectos de modificar el sentido del fallo motivo segundo del recurso, o bien por no revelar un error manifiesto del Juzgador de instancia en la valoración de los medios probatorios.

### **Segundo.Cosa Juzgada.**

Bajo la cobertura procesal del *artículo 191.c) de la Ley de Procedimiento Laboral*, denuncia el primer motivo de derecho infracción de los *artículos 222 y 207 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 de 7 de enero*, alegando, como ya se hizo en instancia, la excepción de cosa juzgada, al entender que el fondo de esta reclamación contiene exactamente la misma pretensión de la demanda interpuesta por el Sindicato ELA-STV en el 2001, que dio lugar a sentencia desestimatoria, del Juzgado de lo Social n.º 1 de fecha 29-9-2001, confirmada por la Sentencia de esta Sala de 24 de enero de 2002, en Recurso de suplicación 446/2001. Tal y como ya expuso la Sentencia del Tribunal Supremo de 14-2-1995, para un adecuado enfoque de la cuestión planteada sobre la cosa juzgada, conviene recordar, que además de su tradicional distinción, según afecte al momento procesal o al derecho ejercitado, entre cosa juzgada formal o material, esta última la cosa juzgada material, tiene distinto tratamiento, según se considere positiva o negativamente, pues, la cosa juzgada, negativamente entendida, es decir: la prohibición de seguir dos pleitos sobre idéntico objeto entre las mismas partes, goza de un carácter muy estricto, conceptualización rigurosa, apoyada, tanto en consideración de seguridad jurídica, como en los términos absolutos del *artículo 1252 del Código Civil* hoy derogado que exige la más perfecta identidad entre cosas, causas y personas, expresión extrema que ha llevado a la Sala 1.ª, en su Sentencia de 5 octubre 1972, a recordar la definición de identidad, dada por el doctor Eximius: *Identitas est, convenientia res cum se ipsa*, acentuando así, con una visión ontológica, la identidad para preservar el principio de non bis in idem.

Pero frente a este carácter riguroso, en todos sus términos, de la cosa juzgada negativa, que no conoce en principio, más excepción que el extraordinario remedio del recurso de revisión, la cosa juzgada positiva, entendida como la vinculación que en un proceso tiene, lo ya resuelto en otro precedente, alcanzando, en consecuencia, en el segundo proceso, un efecto prejudicial el sentido preclusivo de la cosa juzgada negativa, goza de mayor flexibilidad, incluso en el ámbito del Derecho Civil, así la Sentencia de la Sala 1.ª de 20 abril 1988 afirma: si bien los ordenamientos prefieren el efecto preclusivo de la res judicata como mal menor y que cuenta a su favor con el principio de seguridad jurídica, un elemental principio de justicia obliga a matizar este principio, y a establecer, como regla de excepción, aquella que predica que no es aplicable la cosa juzgada cuando, en el primer proceso, no se hubieran agotado todas las posibilidades fácticas y

jurídicas del caso, o haya surgido algún elemento posterior o imprevisto o extraño a la sentencia.

Es decir, el efecto preclusivo se da cuando el proceso terminado haya sido susceptible jurídicamente de un agotamiento del caso, y, en consecuencia, no existe cuando no se dé esa posibilidad y el proceso posterior, que completa el anterior, no vulnera el principio: non bis in idem. Este aspecto, que restringe la aplicación de la cosa juzgada positiva, en el ámbito del Derecho Laboral, adquiere un carácter preeminente, por la especial índole, generalmente perentoria, de los derechos reclamados, y la labilidad de su normativa, que tiene correspondencia en el proceso con una primacía de la celeridad y eficacia frente al agotamiento de las cuestiones discutidas en él.

Más recientemente la STS de 24-1-2005 recuerda que esta Sala ya había venido interpretando con criterio flexible el precedente legislativo (*art. 1252 del Código Civil*), y, tal como razonábamos en nuestra reciente Sentencia de 20 de octubre de 2004 de esta concepción amplia de la cosa juzgada se hace eco ahora la Ley de Enjuiciamiento Civil al enumerar las identidades que han de concurrir entre el primero y el segundo litigio; el texto del artículo 1252 citado, que consideraba necesario que entre el caso resuelto por la sentencia y aquel en que ésta sea invocada, concorra la más perfecta identidad entre las cosas, las causas, las personas de los litigantes y la calidad con que lo fueron, ha sido reemplazado por el *artículo 222 de la LECiv* que, en tono más condescendiente, ha mitigado el rigor en la apreciación de las identidades, con especial incidencia en la subjetiva pues, este precepto, en relación con el *artículo 10 del propio texto legal*, la cosa juzgada afecta a las partes del proceso en que se dicte y a sus herederos y causahabientes, así como a los sujetos, no litigantes, titulares de los derechos que fundamenten la legitimación de las partes, tanto de las que comparezcan y actúen en juicio como a los titulares de la relación jurídica u objeto litigioso. Con la nueva normativa cobra mayor vigor la doctrina que proclama la Sentencia de esta Sala de 29 de mayo de 1995, considerando necesaria su aplicación a una relación como la laboral, de tracto sucesivo susceptible de planteamientos sucesivos por distintos sujetos diferentes con idéntica pretensión. Otro tanto podemos decir respecto de la identidad objetiva, con referencia a la cual la expresión del *art. 1252 del Código Civil* las cosas y las causas (interpretada por la doctrina en el sentido de que se refería a la petición formulada y a la causa de pedir) ha venido a ser sustituida por la de cuyo objeto sea idéntico y la de que la cosa juzgada alcanza a las pretensiones de la demanda y de la reconvencción (*art. 222.1 y 2 LECiv*), dotando así el texto legal de una mayor flexibilidad, y también de mayor concreción, a la exigencia de las identidades objetivas. Pues bien, aplicando la anterior doctrina al caso que hoy nos ocupa, se observa que no existe la identidad objetiva entre ambos procedimientos, que viene a exigir el mencionado *artículo 222 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, pues el primero, se inició en virtud de demanda de impugnación de convenio colectivo, en cuyo suplico, efectivamente, se venía a solicitar la nulidad del pacto de empresa para el período 2000/2003, de 6 de abril de 2001, acordado entre la dirección de la empresa Tecnoconfort, SA, y los miembros del Comité de Empresa de CCOO y UGT, tal y como recoge la propia Sentencia de esta Sala de 24-1-2002, siendo claro que el presente procedimiento se refiere a un objeto distinto como es, en el marco de un procedimiento de tutela de derechos fundamentales, el determinar si la empresa respeta los derechos fundamentales y la igualdad de las trabajadoras para acceder del grupo 1 (cosido) al grupo 2 (montaje) en los que se divide la empresa.

### **Tercero.**Principio de no discriminación.

El segundo motivo de derecho, al amparo del *artículo 191.c) de la Ley de Procedimiento Laboral*, alega que la sentencia recurrida infringe el *artículo 14 y el 35 de la Constitución* y su doctrina jurisprudencial interpretativa, argumentando en esencia que no existe discriminación alguna hacia las trabajadoras, pues la dirección se ha limitado a seguir los informes técnicos elaborados por el servicio médico y el de Prevención de Riesgos Laborales, añadiendo que la sección de cosido es muy deficitaria y a pesar de ello la empresa prioriza la salud de los trabajadores, que la empresa no ha rechazado la petición de las trabajadoras, sino que está siguiendo los protocolos propuestos por los servicios médicos no existiendo actualmente vacantes de puestos fijos en la sección de montaje. Por último, señala que todas las trabajadoras solicitantes del ingreso en la sección de montaje, excepto una, han venido renunciando a dicha solicitud.

Una aspiración de los ciudadanos y el fundamento de los sistemas políticos democráticos es la igualdad o el deseo de recibir igual trato que quien se encuentra en las mismas circunstancias. En nuestro ordenamiento jurídico, es además, uno de los superprincipios constitucionales, (*artículos 1.1 y 9.2 de la Constitución Española*).

Esta misma aspiración de igualdad y rechazo de la discriminación tiene su correspondiente reflejo en el ámbito de las relaciones laborales. En el mismo, la igualdad como valor superior del ordenamiento al que la Constitución le dispensa el grado máximo de protección en sus artículos 14 y 53, reside las relaciones de trabajo desde su constitución hasta su extinción.

Ciertamente, el *artículo 14 de la Constitución Española* contiene una dualidad de preceptos jurídicos: uno, relativo al principio de igualdad, contenido fundamentalmente en el primer inciso, y otro relativo a la prohibición específica de discriminación y a la tutela antidiscriminatoria, contenido en su segundo inciso.

En el ámbito internacional, la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) consagra el principio de no discriminación y habla de derechos de todos los seres humanos. Por su parte el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966) y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) contienen referencias expresas al principio de no discriminación por razón de sexo y recogen el compromiso de los Estados partes del pacto ...a garantizar a hombres y mujeres la igualdad.

La primera definición de discriminación contenida en un acuerdo internacional de ámbito universal, aunque referida a un tema especializado, es la que establece el *artículo 1.1 del Convenio III sobre la discriminación* (empleo y ocupación de la Organización Internacional del Trabajo de 1958). A efectos de dicho Convenio, se define el término discriminación como cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación. Se contiene ya en esta definición, según entienden los Profesores Óscar y Sara, los tres elementos que vamos a encontrar en todas las definiciones internacionales de discriminación: 1) el tratarse de una desigualdad de tratamiento, consistente una distinción, exclusión o preferencia; 2) el que esa

desigualdad de tratamiento se base precisamente en una de las causas que menciona; 3) el que tenga por efecto anular ya sea la igualdad de trato, ya sea la igualdad de oportunidades, en los temas concretos a los que el convenio se refiere.

Especial mención, en el ámbito de las Naciones Unidas, debe hacerse a la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979), que ha recibido la denominación de Carta de Derechos de las Mujeres; dicha Convención parte de la base de que la discriminación contra la mujer viola los principios de la igualdad de derechos y del respeto de la dignidad humana, y del objetivo de eliminar tal discriminación en todas sus formas y manifestaciones. Esta Convención contiene en su artículo primero la siguiente definición de discriminación contra la mujer: toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural, civil o en cualquier otra esfera.

A juicio del Profesor Óscar, la primera novedad significativa es la exclusión del término preferencia en la definición, tema que se conecta con la vieja polémica de la licitud de las normas protectoras de la mujer, que ha tenido especial importancia en el campo laboral. En el seno de la OIT ha sido frecuente la adopción de convenios autónomos, o cláusulas de convenios que contenían normas específicas protectoras de la mujer, sin que tradicionalmente se hayan considerado estas normas como discriminatorias, sobre todo a la luz del artículo 5 del Convenio 111. Esta protección y asistencia, a su vez, puede cumplir una doble función, en relación con la eliminación de las desigualdades de hecho. En la acción positiva se trata de establecer medidas positivas especiales, que favorezcan a un grupo frente a otro, pero para lograr la equiparación del primero con el segundo, aplicándose la idea de igualdad sustancial de nuestro *artículo 9.2 de la Constitución Española*. Una segunda novedad de la definición se refiere al ámbito o campo de aplicación material. En el caso de la discriminación contra la mujer, respecto de la definición de discriminación racial, se ha añadido la esfera civil y se ha suprimido además la referencia a la vida pública, se acentúa el carácter erga omnes de la prohibición, mostrando cómo el concepto de discriminación ha ido adquiriendo un significado más extenso, más social, de mayor inserción en la esfera de los privados. Se comprueba así que no se trata sólo de eliminar las discriminaciones que son producto de la propia actuación de los poderes públicos en sus reglas y actos, sino que se trata de eliminar también la discriminación contra la mujer practicada por cualesquiera personas, organizaciones o empresas.

Una tercera novedad consiste en la insistencia de la parificación como instrumento para asegurar la eliminación de la discriminación.

No obstante, no todas las distinciones pueden ser consideradas discriminación. La Organización Internacional del Trabajo, que emitió en el año 2003 un informe global sobre discriminación, preparado con arreglo a la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, bajo el título de La hora de igualdad en el trabajo, entiende que el trato diferente basado en los requerimientos inherentes a un trabajo es una práctica perfectamente legítima. Las distinciones basadas en los méritos individuales no son consideradas discriminación. Tampoco pueden ser consideradas discriminación las medidas especiales adoptadas con el ánimo de asegurar

la igualdad de trato y oportunidades en la práctica para individuos con requerimientos particulares o para grupos con desventajas como consecuencia de una discriminación pasada o presente en el mercado de trabajo. Las medidas especiales pueden ser divididas en dos categorías: las medidas especiales de protección o asistencia y las medidas de acción positiva.

(ILO, 2003: 21-22).

La Organización Internacional del Trabajo (ILO 2003,19-21) distingue la discriminación directa frente a la indirecta. La discriminación es directa cuando las regulaciones, leyes y políticas excluyen o sitúan en desventaja a trabajadores en base a características como la opinión pública, el estado civil o el sexo. Por el contrario, la discriminación indirecta puede ocurrir cuando las normas y prácticas aparentemente neutrales tienen efectos negativos en un número desproporcionado de miembros de un grupo con independencia de si cumplen o no los requerimientos del trabajo.

Respecto a los indicadores que la doctrina ha ido decantando como muestras de discriminación por razón de sexo, Reskin y Padavic, mencionan tres factores: la asignación de tareas basada en el sexo de los trabajadores (división sexual del trabajo), el mayor valor otorgado al trabajo realizado por los hombres en relación al que realizan las mujeres (devaluación de la mujer y de su trabajo que desencadena un diferencial de salarios) y la construcción del género en el trabajo por parte de empresarios y trabajadores.

En nuestro país, el Consejo de la Juventud de España, en informe de 2001, presenta cinco indicadores representativos de la discriminación de género: 1) reparto del trabajo y responsabilidades:

trabajo productivo-trabajo reproductivo; 2) tasas de paro; 3) segregación del mercado de trabajo; 4) diferencias salariales; 5) representación política.

#### **Cuarto.Principio de igualdad.**

La doctrina emanada de nuestro Tribunal Constitucional, pone de manifiesto que el principio de igualdad de los españoles ante la Ley, que consagra el *artículo 14 de la Constitución*, ha sido considerado como límite al propio legislador, que no puede establecer desigualdades cuando la diferencia de trato carezca de una justificación objetiva y razonable sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional de 2 de julio de 1981, Boletín Oficial del Estado de 20 de julio, fundamento 3.º; Sentencia del Pleno de 10 de noviembre de 1981, Boletín Oficial del Estado de 19 de noviembre, fundamento 3.º; Sentencia de la Sala Primera número 7/1982, Boletín Oficial del Estado de 22 de marzo, fundamento 2.º Resulta evidente, sin embargo, que la prohibición de discriminaciones arbitrarias opera también en la aplicación de la Ley y, en general, de cualquier norma jurídica, como admite implícitamente la sentencia de la Sala Primera de dicho Alto Tribunal de 10 de julio de 1981, Boletín Oficial del Estado de 20 de julio, fundamentos 4.º y 5.º

Puede ocurrir, sin embargo, que esa desigualdad, exista de hecho. Hay que preguntarse entonces si la desigualdad existente tiene relevancia jurídica y si no está justificada (STC 59/1982 de 8 de julio).

Por su parte la Sentencia del Tribunal Constitucional 109/1988 de 8 de junio, expone: En el ATC de la Sala Segunda 12/1985, de 20 de marzo, se dice que el derecho a la igualdad ante la ley significa que en situaciones o supuestos de hecho iguales los ciudadanos tienen derecho a ser tratados por la ley de un modo igual, lo que entraña la interdicción de establecer diferenciaciones que sean arbitrarias, que estén faltas de justificación o que sean desproporcionadas en los supuestos de hecho o en las consecuencias jurídicas. De un modo similar la STC 148/1986, señaló que no se puede exigir una igualdad de trato al legislador cuando trata de extraer consecuencias jurídicas diversas de situaciones que estaban originariamente en una situación jurídica distinta, siempre que el criterio adoptado por el legislador sea esa diferenciación de régimen jurídico y la finalidad perseguida por la norma diferenciadora sea coherente con esa diferenciación de partida. Igualmente pueden recordarse las SSTC de la Sala Segunda de este Tribunal 29/1987 y 114/1987. En la primera de ellas se dice que la observancia y el acatamiento del principio y de su concreción como derecho de igualdad no impide que el legislador pueda valorar situaciones y regularlas distintamente mediante trato desigual, pero siempre que ello obedezca a una causa justificada y razonable, esencialmente apreciada desde la perspectiva del hecho o situación de las personas afectadas. Y en la última de las citadas Sentencias se afirma que el derecho a la igualdad ante la ley impone al legislador y a quienes aplican la ley la obligación de dispersar un mismo trato a quienes se encuentren en situaciones jurídicas equiparables, con prohibición de toda discriminación o desigualdad de trato, que, desde el punto de vista de la finalidad de la norma cuestionada, carezca de justificación objetiva y razonable.

El derecho a la igualdad y no discriminación contemplado en el *artículo 14 CE* no sólo es eficaz ante las normas estatales, sino también ante las normas profesionales emanadas de la autonomía colectiva.

Así mismo debemos hacer mención a la amplia Jurisprudencia del TJCE sobre esta materia, representadas, entre otras por las Sentencias de 7 de marzo de 1996; 6 de febrero de 1998; 17 de junio de 1998, y 9 de septiembre de 1999, y 20 de marzo de 2003, referida a la igualdad de trato entre hombres y mujeres.

**Quinto.**El poder de dirección. Interpretación y Límites. Movilidad funcional.

Tal y como pone de manifiesto la Profesora Alonso Bravo en su Ponencia La organización del trabajo en la empresa y el Principio de no discriminación XV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, el *artículo 38 de la Constitución Española de 1978* consagra el principio de libertad de empresa del que deriva el poder de dirección del empresario. El fundamento constitucional del derecho de libertad de empresa permite una configuración unitaria del poder de dirección como el conjunto de facultades que definen la posición jurídica del empresario en la relación laboral. El reconocimiento jurídico de la titularidad de la empresa conlleva necesariamente el de los mecanismos necesarios para asegurar su funcionamiento y el logro de sus objetivos. Así, el poder de dirección resulta ser el conjunto de facultades jurídicas a través de cuyo ejercicio el empresario dispone del trabajo realizado a su cuenta y riesgo, ordenando las singulares prestaciones de trabajo en la empresa para el ejercicio de sus actividades económicas.

El reconocimiento legal del poder de dirección se encuentra en el *artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores*, al establecer que la prestación de los servicios se llevará a

cabo dentro del ámbito de organización y dirección del empresario. El núcleo básico del poder de dirección está constituido fundamentalmente por el *artículo 20 del Estatuto de los Trabajadores*, según el cual, el trabajador está obligado a cumplir las órdenes instrucciones adoptadas en el ejercicio regular de las facultades directivas del empresario con la diligencia y colaboración que marquen las disposiciones legales y los Convenios Colectivos. Ello pone de relieve que existen unas facultades del empresario discrecionales, aunque no arbitrarias, que estarán limitadas por la ley o la negociación colectiva. Por otro lado, en la configuración básica del poder de dirección, es preciso tener en cuenta el correlativo deber de obediencia del trabajador establecido en el *artículo 5 ET* y las facultades de control previstas en el *artículo 18 ET*.

De otra parte, la recepción por la Constitución de un modelo pluralista y democrático de relaciones laborales va a afectar a los poderes empresariales derivados de la libertad de empresa y a su forma de ejercicio. El sistema de valores y principios reconocido en el texto constitucional introduce una nueva configuración de los poderes de organización empresarial que implica el establecimiento de una serie de límites y controles en su ejercicio. Dentro del sistema de límites que han de respetar ocupan un lugar preferente los derechos fundamentales de los trabajadores. El listado de tales derechos, recogido en el *artículo 14 y en el Título I, Capítulo II, Sección 1.ª de la Constitución*, reconoce junto a derechos específicamente laborales, otros atribuidos con carácter general a los ciudadanos que se convierten en derechos laborales cuando se hacen valer por los trabajadores en el seno de la relación laboral.

Con respecto al principio de igualdad y la prohibición de la discriminación del artículo 14, se aprecia que en el ámbito laboral, el empresario no está vinculado por el principio de igualdad material de trato, aunque sí lo estará al de no discriminación pudiendo, por tanto, ejercer un tratamiento diferenciado a los trabajadores, siempre que no sea discriminatorio. Tomando como punto de partida que los derechos fundamentales tienen eficacia en las relaciones entre particulares, el principio de no discriminación se configura así como límite general al ejercicio de los poderes empresariales que, como el resto de los derechos fundamentales, sólo podrá sufrir restricciones si ello es absolutamente imprescindible para el correcto funcionamiento de la organización productiva.

El principio general de no discriminación se concreta en las relaciones laborales en el artículo 17.1 ET, al prohibir la discriminación de los trabajadores por alguno de los motivos allí indicados, en una relación que no hay que entender cerrada sino simplemente ejemplificativa.

Según la posición asumida, el empresario estará limitado por este principio en el ejercicio de sus poderes sobre la organización de trabajo de manera que, de un lado, deberá abstenerse de tomar decisiones que supongan diferencias de trato entre los trabajadores por alguno de los motivos enumerados debiendo, al mismo tiempo, asumir ciertos comportamientos que de manera activa remuevan obstáculos para la efectiva paridad de trato en las condiciones laborales cuando exista una desigualdad fáctica por alguno de los motivos enumerados en este precepto.

En esta línea, el Profesor Baltasar, en su monografía *Los Derechos Fundamentales y el Contrato de Trabajo*, recuerda que en la relación laboral, pueden entrar en conflicto los derechos fundamentales de ambas partes. En cuanto ciudadano, el trabajador tiene

derechos fundamentales, como la libertad de expresión (*artículo 20.1 CE*), el derecho a la intimidad (*artículo 18 CE y 4.2 e del Estatuto de los Trabajadores*), o la libertad religiosa (*artículo 16 CE*).

Por otro lado, el derecho constitucional a la libertad de empresa fundamenta los poderes del empresario. Así lo determinan las Sentencias del Tribunal Constitucional 208/1993, 99/1994 y 126/2003.

Como ha destacado el Profesor Valdés, los poderes del empresario encuentran en la actualidad un claro cimiento constitucional, y según el Profesor De la Villa el *artículo 38 de la Constitución* reconoce el poder empresarial de gestión libre de la empresa, sin el cual no sería siquiera concebible el propio ordenamiento laboral.

Frente a la realidad constitucional anterior, la norma fundamental vigente en nuestro país reconoce abiertamente a favor del empresario, y en el marco total de los principios que la conforman, un poder que sintetiza y combina, con notable elasticidad, un haz o conjunto de facultades organizativas, una serie de posibilidades de acción en el empleo del factor trabajo, en vistas al desarrollo en sus propias iniciativas económicas o productivas.

En caso de colisión de los derechos fundamentales del trabajador y los intereses organizativos del empresario, el Tribunal Constitucional vela para que los derechos de una y otra parte no sufran una restricción injustificada o desproporcionada. El punto de partida de la jurisprudencia constitucional es que los derechos de una de las partes de la relación laboral, no pueden menoscabar, de forma indebida, los derechos de la contraparte.

Así, por un lado, el empresario no puede ampararse en la libertad de empresa para hacer ilusorios los derechos fundamentales del trabajador (SSTC 88/1985 de 19 de julio; 4/1996 de 16 de enero; 106/1996 de 12 de junio; 204/1997 de 25 de noviembre; 197/1998 de 13 de octubre; 98/2000 de 10 de abril; 80/2001 de 26 de marzo; 20/2002 de 28 de enero 126/2003 de 30 de junio).

Pero por otro lado, la invocación de los derechos fundamentales del trabajador no puede justificar la imposición de modificaciones de la relación laboral, la ruptura del marco normativo de la misma, o el incumplimiento de los derechos laborales que incumben al trabajador (Sentencias del Tribunal Constitucional 88/1985 de 19 de julio; 6/1988 de 21 de enero y 129/1989 de 17 de julio): el ejercicio de los derechos fundamentales por parte del trabajador no puede implicar una modificación unilateral de las obligaciones asumidas en el contrato (STC 6/1988 de 21 de enero); porque los derechos fundamentales no son ilimitados (STC 88/1985 de 19 de julio) y el ejercicio de los mismos ha de llevarse a cabo sin rebasar los límites que para ellos se establezcan (SSTC 6/1988 de 21 de enero y 126/1990 de 5 de julio).

El Profesor Pedro Antonio, en su monografía Principio de la buena fe y poderes del empresario, entiende, al hilo de lo anterior, que el principio de buena fe, que preside la ejecución del contrato de trabajo, impone al empresario, hasta donde sea posible y sea compatible con la libertad de empresa, un triple deber:

La prevención del menoscabo de los derechos fundamentales del trabajador.

La acomodación razonable de la organización del trabajo al ejercicio de los derechos fundamentales del trabajador.

Ejercer sus poderes con el fin de proteger los derechos fundamentales de sus trabajadores.

Con respecto a la legitimidad del actuar empresarial, la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales viene determinada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad. (SSTC 66/1995, 55/1996 y 207/1996 y las por ellas citadas). Como sintetizan las SSTC 66/1995, 55/1996, 207/1996, y 37/1998, para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres requisitos o condiciones siguientes: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida mas moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto).

Ahora bien, ese poder de dirección que, elevado cuantitativa y cualitativamente por la *Ley 11/1994, de 19 de mayo, y mantenido así por las Leyes citadas de marzo y abril de 1995*, tiene el empresario, puede ser por éste ejercitado, desplegado y llevado a cabo, sustancialmente, de dos maneras: o bien directamente por él mismo sin más limitaciones que las que deriven de la Ley, o bien sometiénolo, dentro del marco de la negociación colectiva, a nuevos y mayores requisitos que los que de la exclusiva Ley se infieran, autolimitando, con ello, ése su poder de dirección, dentro del cual no hay duda alguna que se incardina su poder de selección y ubicación posterior traslados del personal.

No hay duda, por tanto, de que ese poder de dirección del empresario constituye un derecho pleno limitado por la Ley, pero pleno al fin y al cabo, en tanto dibujado por la Ley sin sometimiento a más requisitos que los meramente formales y que, por ello, es perfectamente disponible por ese empresario, quien, por consiguiente, tanto lo puede ejercer directamente, como lo puede someter a limitaciones derivadas de la negociación colectiva.

Pero, estemos ante un ejercicio empresarial pleno y directo de ese poder, o estemos ante un ejercicio empresarial de ese poder autolimitado por conferido a la negociación colectiva, lo cierto es que lo que no cambia para nada es la materia sobre la que se despliega: la movilidad funcional. Es decir, ésta, la movilidad funcional como novación objetiva contractual que es, sea ejercida por el empresario en solitario, lo sea en combinación con los requisitos y maneras de hacer que deriven de la negociación colectiva, no cambia en lo que, por su fondo, es y constituye, aunque sí cambia la manera, la forma, el cómo se lleve a cabo. O dicho en otras palabras: no modifica para nada el fondo de una decisión consistente en que un trabajador cambie sus funciones o su ubicación laborales por el mero hecho de que ese cambio derive de una decisión unilateral aunque prenegociada sin vinculación al acuerdo del empresario, o derive de una decisión que el empresario somete en su manera de hacerse a los cánones de una negociación colectiva que indique la manera de hacerse ese cambio de funciones.

En suma: no muta el fondo de la decisión, aunque sí mute la forma en que se toma.

Y esta afirmación última no queda desvirtuada por el mero hecho de que el sistema de designación directa por el empresario de un cambio funcional tenga la calidad de forzosa para el trabajador designado, mientras que la voluntariedad del trabajador exista cuando el método o sistema de designación se autolimita por el empresario al someterlo, por el cauce de la negociación colectiva, a una forma específica de hacerlo.

La movilidad funcional unilateral impuesta por los trabajadores podía, a su vez, producirse en determinados supuestos de ascensos y por razones objetivas, esto es, por disminución de la capacidad laboral del trabajador, sobre medidas de fomento del empleo de los trabajadores minusválidos) o por disminución fisiológica del trabajador para el desempeño de determinados trabajos.

La movilidad funcional unilateral impuesta por el empresario, por su parte, podía ser de tres clases:

a) con base en el *ius variandi* del empresario, en los términos previstos en el *art. 39 ET*; b) a través del procedimiento establecido en el *art. 41 ET* para la modificación sustancial de las condiciones de trabajo; c) por razones disciplinarias.

De toda esta tipología de movilidad funcional la única que ha sido objeto de modificación por parte de la *Ley 11/1994 de 19 mayo*, ha sido la movilidad funcional impuesta unilateralmente por el empresario con base en su *ius variandi*, esto es, la regulada en el *art. 39 ET*.

En este sentido, la *Ley 11/1994 procedió a modificar el art. 39 Estatuto de los Trabajadores*, relativo a la movilidad funcional. En la Exposición de Motivos la propia Ley señala que el objetivo de las modificaciones introducidas es el de conseguir una mayor facilidad para adaptar la prestación laboral a la variación de las necesidades de las empresas, aunque siempre en el ámbito de lo que constituyen las aptitudes profesionales del trabajador contratado. Así pues, aumentar las posibilidades para el empresario de movilizar funcionalmente a los trabajadores, si bien respetando al máximo los derechos profesionales de éstos.

Respecto de la movilidad funcional interna viene recogida en el *art. 39.1*. La movilidad funcional en el seno de la empresa no tendrá otras limitaciones que las exigidas por las titulaciones académicas o profesionales precisas para ejercer la prestación laboral y por la pertenencia al grupo profesional. A falta de definición de grupos profesionales, la movilidad funcional podrá efectuarse entre categorías profesionales equivalentes.

Desaparecida la prevención de la disposición transitoria segunda del *Estatuto de los Trabajadores*, y *derogadas las Ordenanzas Laborales por la Ley 11/1994* no hay razón que permita desconocer el mandato del *art. 39.1*. Y conforme a él, es el denominado grupo el marco delimitador de la movilidad funcional que examinamos, pues sólo a falta de definición de los grupos podrá realizarse la movilidad entre las categorías profesionales equivalentes. Y el grupo, conforme a la definición del *art. 22.2* puede incluir diversas categorías profesionales. De donde se sigue que, por muy semejantes que sean las definiciones que del grupo y las categorías equivalentes realiza el *art. 22*, no son conceptos absolutamente equiparables de serlo la remisión del *art. 39.1* a las categorías equivalentes a falta de definición de los grupos, sería totalmente superflua y que, por tanto, será posible esta movilidad entre las diversas categorías, aunque no sean

totalmente equivalentes y tengan una jerarquización vertical, siempre que estén incluidas en un mismo grupo.

De la simple lectura del art. 39.1 se desprende que nos encontramos ante una movilidad:

a) Sin exigencias causales. Al contrario de lo que ocurre con la movilidad del número 2 sólo posible cuando concurren razones técnicas u organizativas, ningún condicionante causal se exige para la movilidad interna. De todos modos tal ausencia no supone la consagración de una movilidad arbitraria. El principio contractual de la buena fe que, aunque recogido en el art. 5.a) ET como obligación del trabajador, obliga a ambas partes, como ha reiterado en múltiples ocasiones el Tribunal Supremo, y las prohibiciones de discriminación de los arts. 4.2.c) y 17.1 del propio Estatuto, son límites que habrá de respetar el empresario.

b) Sin límites temporales. Al contrario que en la movilidad del 39.2 tampoco impone el precepto ninguna limitación temporal, lo que obliga a entender que la movilidad dentro del grupo podrá ser tanto transitoria como definitiva.

c) Y sin garantías salariales. En este número 1 no existe tampoco ningún condicionante económico.

Por lo que se refiere a los límites específicos de la movilidad interna.

El precepto sólo impone dos. Los de la pertenencia al grupo profesional y los derivados de la titulación necesaria para ejercer la profesión.

Respecto de la movilidad funcional externa. La movilidad funcional fuera del grupo, aparece regulada en los números 2 y 3 del art. 39:

La movilidad funcional para la realización de funciones no correspondientes al grupo profesional o a categorías equivalentes sólo será posible si existiesen razones técnicas y organizativas que la justificasen y por el tiempo imprescindible para su atención. En el caso de encomienda de funciones inferiores, ésta deberá estar justificada por necesidades perentorias o imprevisibles de la actividad productiva. El empresario deberá comunicar esta situación a los representantes de los trabajadores.

La movilidad funcional se efectuará sin menoscabo de la dignidad del trabajador y sin perjuicio de su formación y promoción profesional, teniendo derecho a la retribución correspondiente a las funciones que efectivamente realice, salvo en los casos de encomienda de funciones inferiores, en los que mantendrá la retribución de origen. No cabrá invocar las causas de despido objetivo de ineptitud sobrevenida o de falta de adaptación en los supuestos de realización de funciones distintas de las habituales como consecuencia de la movilidad funcional.

En cuanto a las características de la movilidad externa, se trata por tanto de una movilidad:

a) Con exigencias causales: el precepto sólo la autoriza cuando existan razones técnicas u organizativas que la justifiquen.

b) Con límites temporales: la movilidad externa sólo puede acordarse por el tiempo imprescindible para atender a las razones técnicas u organizativas por lo dicho, también las económicas y las de producción que la justifican.

c) Con garantías salariales. Expresamente advierte el apartado 3 que el trabajador tiene derecho a la retribución correspondiente a las funciones que efectivamente realice. Se trata evidentemente de una garantía para los casos de movilidad ascendente y horizontal.

Por lo que se refiere a los límites específicos de la movilidad externa descendente.

Son tres los previstos en la norma:

1) Que esté justificada por necesidades perentorias o imprevisibles de la actividad productiva. El legislador contempla esta modalidad sólo para supuestos de súbita aparición y que precisen de una solución urgente y a corto plazo.

2) Que se comunique a los representantes de los trabajadores. Reproduce el 39.3 el requisito que ya establecía el antiguo art. 23.4. Se quiere otorgar así al trabajador descendido el plus de protección que supone el conocimiento de la situación por sus representantes, como garantía de que la decisión va a ser justamente adoptada.

3) Que se mantenga la retribución de origen. Garantía que pone al trabajador a cubierto de todo riesgo en el plano económico. El concepto de retribución es tan amplio que comprende la totalidad de los ingresos del trabajador, incluidos los complementos de puesto de trabajo que perciba en el suyo de origen.

Y ello, aunque se tratara de complementos que el Código Civil hubiera calificado de no consolidables.

Y por último la movilidad extraordinaria. Se conoce como tal, la que el legislador contempla en el art. 39.5: El cambio de funciones distintas de las pactadas no incluido en los supuestos previos en este artículo requerirá el acuerdo de las partes o, en su defecto, el sometimiento a las reglas previstas para las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo o a las que a tal fin se hubieran establecido en Convenio Colectivo.

El precepto prevé que el empresario pueda utilizar tres vías distintas para poder efectuar esta movilidad extraordinaria:

1.º) El acuerdo entre las partes.

2.º) Con sometimiento a las reglas previstas para las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo. Se refiere como es lógico a las previstas en el art. 41.1.f) modificación de funciones, cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional prevé el art. 39 de esta Ley.

3.º) Sometiéndose a las reglas que a tal fin se hubieran establecido en el Convenio Colectivo. Como quiera que, como ya hemos apuntado, el art. 39 es una norma susceptible de mejora en beneficio del trabajador, es posible para la negociación

colectiva establecer límites más severos para este tipo de movilidad que deberán prevalecer sobre las prevenciones legales.

En cuanto a los límites comunes a toda clase de movilidad funcional podemos entresacar:

A) Las Titulaciones.

B) El respeto de la dignidad del trabajador.- *ex art. 4.2 e) de la Ley Estatutaria.*

Deberá considerarse menoscabada tal dignidad cuando se lesionen los derechos fundamentales del trabajador al honor, a la no discriminación, y la propia imagen.

C) El respeto de la formación y promoción profesional.

Por estar también recogido en el *art. 4.2 b) Estatuto de los Trabajadores*, será ilícita toda movilidad funcional que atente contra el derecho a la ocupación efectiva que reconoce al trabajador el *art. 4.2 a) ET*.

Y también toda movilidad que no permitiera al trabajador disfrutar de los derechos de promoción y formación profesional que le reconoce el *art. 23 ET*, es decir: permisos necesarios para concurrir a exámenes; preferencia para elegir turno de trabajo cuando se cursen con regularidad estudios para la obtención de un título académico o profesional; adaptación de la jornada ordinaria para la asistencia a cursos de formación profesional; y todo ello con sometimiento, por supuesto, a los términos pactados para su ejercicio en los convenios colectivos.

Y D) Derecho a la retribución.

**Sexto.**Anteproyecto de la Ley Orgánica de Igualdad entre Hombres y Mujeres.

Con el fin de procurar el siempre deseado correcto enjuiciamiento para dar una respuesta jurídicamente razonada y razonable, se hace mención, a título ilustrativo y clarificador, del anteproyecto de la Ley Orgánica de Igualdad entre Hombres y Mujeres en el que se trata de incorporar al ordenamiento jurídico español las Directivas Comunitarias en materia de igualdad de trato, *la 2002/73/CE, de reforma de la Directiva 76/207/CEE*, 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, y la *Directiva 2004/113/CE*, sobre aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios y su suministro. Su Exposición de Motivos alude al principio de igualdad contemplado en los textos internacionales, especialmente referidos a la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de entre los que se mencionan la Convención de derechos humanos, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en diciembre de 1979, ratificada por España en 1983, así como las Conferencias Mundiales de Nairobi (1985) y Beijing (1995).

La mayor novedad de esta Ley radica, sigue diciendo la Exposición de Motivos con todo, en la prevención de esas conductas discriminatorias y en la previsión de políticas activas para hacer efectivo el principio de igualdad. Tal opción implica necesariamente

una proyección del principio de igualdad sobre los diversos ámbitos del ordenamiento y de la realidad social en que pueda generarse o perpetuarse la desigualdad. De ahí la consideración de la dimensión transversal de la igualdad, seña de identidad del moderno derecho antidiscriminatorio, como principio fundamental del presente texto.

Especial atención presta la Ley a la corrección de la desigualdad en el ámbito específico de las relaciones laborales. Mediante una serie de previsiones, se reconoce el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral y se fomenta una mayor corresponsabilidad entre mujeres y hombres en la asunción de obligaciones familiares, criterios inspiradores de toda la norma que encuentran aquí su concreción más significativa.

La Ley pretende promover la adopción de medidas concretas a favor de la igualdad en las empresas, situándolas en el marco de la negociación colectiva, para que sean las partes, libre y responsablemente, las que acuerden su contenido.

Esta Ley tiene por objeto, según reza su artículo 1.º hacer efectivo el principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, en particular mediante la eliminación de la discriminación de la mujer en cualesquiera ámbitos de la vida y, singularmente, en las esferas política, civil, laboral, económica, social y cultural para, en desarrollo de los *artículos 9.2 y 14 de la Constitución*, alcanzar una sociedad más democrática, más justa y más solidaria.

El Artículo 5 ofrece un concepto de discriminación directa e indirecta. Y así define la discriminación directa por razón de sexo como la situación en que se encuentra una persona que sea, haya sido o pudiera ser tratada, en atención a su sexo, de manera menos favorable que otra en situación comparable.

Y la discriminación indirecta por razón de sexo como la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pone a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro, salvo que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados.

Este concepto es acorde con la doctrina declarada por el Tribunal de la Comunidad Europea que considera discriminación indirecta de la mujer la sustentada en normas, aparentemente neutras, pero que sin embargo afectan negativamente a un número mayor de mujeres que de hombres, salvo que tal previsión esté justificada en factores objetivos y ajenos a toda discriminación (Sentencias Meyers, de 13 de julio de 1995 y Van Damme, de 1 de febrero de 1996).

#### **Séptimo.** Aplicación al caso.

Es hora ya de aplicar lo anteriormente expuesto al caso en el que, de conformidad con la versión judicial de los hechos, se trata de una empresa dedicada a la confección y montaje de asientos para vehículos de Volkswagen Navarra SA, cuya actividad alcanza desde el cosido de las fundas hasta el montaje de los asientos. La empresa se rige por el Pacto de Empresa propio y en lo no previsto en el mismo por el Convenio Colectivo de la Industria Sidero-Metalúrgica de Navarra (BON de 5 de julio de 2004).

En la empresa existen dos grupos profesionales. El grupo 1, denominado habitualmente sección de cosido, lo constituyen aquellas personas que realizan tareas de cosido de fundas, trabajos de almacén, envarillado y trasvase de cabezales. El grupo 2, denominado montaje, lo integran las personas que realizan trabajos de premontaje, montaje de asientos, corte de tapicerías, forrado de cabezales, almacén o carretilleros, auditorías, calidad de recepción, resto de carretilleros, secuenciación, personal de mantenimiento y de suministro secuenciado en la cadena de Volkswagen Navarra; aunque, desde hace años, únicamente se realizan tareas de montaje.

El grupo 1, está constituido exclusivamente por mujeres, (47) salvo tres hombres que no realizan funciones de cosido sino de encargados o de calidad y que perciben retribuciones superiores a las mujeres.

El grupo 2, está constituido exclusivamente por hombres (165).

Los trabajadores del grupo 1 perciben mayor percepción económica que los del grupo 2.

La misma sección sindical ahora demandante impugnó en su día el pacto de empresa para los años 2000 a 2003 solicitando se declarara la nulidad de las escalas retributivas en base a un pretendida discriminación retributiva por razón de sexo, pretensión desestimada por sentencia del Juzgado de lo Social N.º 1 de Navarra de fecha 29 de septiembre de 2001, confirmada por esta Sala en su sentencia de 24 de enero de 2002.

Con ocasión de haber solicitado, en su día, un grupo de mujeres (15) pasar al grupo 2, la empresa adoptó un protocolo de actuación en el que se establece: a) elección por sorteo de dos mujeres de las que solicitaron el cambio; b) certificación previa de los servicios médicos de que no existe contradicción médica en base a su historial médico; c) asignación de dos puestos de la sección: respaldo anterior y respaldo posterior; d) proceso de formación monitorizada y e) elaboración de estudio ergonómico para poder evaluar el grado de esfuerzo a que se somete a las trabajadoras y, con él, determinar si tales trabajos repercuten negativamente en su salud y si pueden o no cumplir con las exigencias productivas.

Pues bien, sobre estos necesarios antecedentes, esta Sala entiende que existen rasgos discriminatorios en la conducta de la empresa, al no permitir abiertamente el acceso de las trabajadoras de la sección de cosido a la sección de montaje. En su consecuencia, la empleadora, manteniendo su poder de dirección, debe arbitrar medidas necesarias fundamentalmente en la elaboración pactada de ese protocolo que eviten cualquier indicio discriminatorio con el fin de hacer realidad aquel principio de igualdad interpretado a la luz de cuanto antes se ha venido razonando.

Cuanto antecede provoca la desestimación del Recurso de Suplicación interpuesto frente a la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social que debe confirmarse en su integridad.

## **FALLAMOS**

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de Suplicación formulado por la representación letrada de TECNOCONFORT, SA, frente a la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social n.º DOS de los de Navarra, en el Procedimiento n.º 463/05,

seguido a instancia de José María, contra TECNOCONFORT, S.A. y MINISTERIO FISCAL sobre TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES, confirmando la sentencia recurrida.

Notifíquese a las partes y al Ministerio Fiscal la Sentencia dictada, con la advertencia que contra la misma, puede interponerse Recurso de Casación para la unificación de doctrina ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, anunciándolo a través de esta Sala por escrito, dentro de los DIEZ DÍAS hábiles siguientes a su notificación debiendo, la parte condenada si recurre y no tuviese reconocido el beneficio de justicia gratuita, constituir un depósito de 300,51 € en la cuenta corriente que a nombre de la Presidencia de la Sala IV del Tribunal Supremo figura abierta en la oficina del Banco Español de Crédito (Banesto), calle Barquillo, n.º 49 de Madrid, bajo el n.º 2410 debiendo hacer entrega del resguardo acreditativo en la Secretaría de la Sala al tiempo de personarse en ella.

Firme que sea esta resolución, devuélvase los autos al Juzgado de lo Social de procedencia con certificación de la misma, dejándose otra certificación en el rollo a archivar por esta Sala.