

EL TRACTAMENT DE LES QÜESTIONES D'IGUALTAT DE GÈNERE EN LES REFORMES LABORALS DEL 2010

Mònica Polo Mercader. Professora Associada de Recursos Humans del Àrea d'Organització d'Empreses de la Facultat de Ciències Econòmiques i Empresariales de la Universitat de Girona.

**Comunicació presentada en les XXII Jornades Catalanes de Dret Social.
Universitat de Lleida. Lleida 10 i 11 de març de 2011.**

SUMARI. 1.INTRODUCCIÓ. 2. EL TRACTAMENT DE LES QÜESTIONES D'IGUALTAT DE GÈNERE EN LES REFORMES LABORALS DEL 2010.2.1. Discriminació en l'accés a l'ocupació i intermediació laboral. 2.2. Absència de discriminació en la classificació professional. 2.3. Absència de discriminació en la promoció i formació professional. 2.4. Absència de discriminació en els ascensos. 3. CONCLUSIONS.

1.INTRODUCCIÓ.

Segons la Memòria sobre la situació socioeconòmica y laboral d'Espanya¹, “en el año 2009 se perdieron 4,5 millones de empleos en la UE-27, de los cuales 1,2 millones correspondieron al mercado de trabajo español”. Esmenta també la citada memòria que s'està donant el fenomen d'entrada de la mà d'obra femenina al mercat de treball per limitar l'efecte de la desocupació masculina en les economies familiars. Tot i això, si analitzem la taxa d'ocupació a la Unió Europea (en endavant UE), per grups d'edat i sexe, trobem que hi ha més homes que dones amb ocupació, de fet entre els 15 i 24 anys d'edat el percentatge està distribuït en un 39,4% per als homes i un 33,2% per a les dones. En el següent tram d'edat corresponent entre els 25 i 54 anys d'edat, el percentatge també és més gran per als homes amb un 85,9% i un 70% per a les dones. I finalment per al tram comprès entre els 55 i 64 anys d'edat, el percentatge està comprès amb un 52,6% per als homes i un 34,8% per a les dones².

A nivell nacional, la taxa d'ocupació femenina durant els anys 2000 a 2009 te un caràcter expansiu, amb un creixement de 10,4 punts, però a partir del quart trimestres del 2009, aquesta taxa hauria retrocedit 2,6 punts en el bienni de crisi. Tal vegada, les dades més recents (tercer trimestre del 2010) de l'Enquesta de Població Activa espanyola, aquesta es situa al voltant dels 23.121.500 persones, de les quals, 18.546.800³ estan ocupats, amb una taxa d'activitat del 60,08%. De les persones actives, 10.376,2 són homes amb una taxa d'activitat del 68,28%, i la resta (8.170,6)

1 Consejo Económico y Social: Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral. España 2009. Colección memorias. Número 17. <http://www.ces.es> (Darrera consulta: 22/02/2011).

2 Dades obtingudes d'Eurostat, enquesta de població activa, mitjana anual, UE-27 per a l'any 2006. El 2006, més del 64,3% de les persones en edat de treballar de l'Europa dels Vint tenia ocupació. Dinamarca registrava el nivell més elevat i Polònia el més baix. La situació varia també entre els homes i les dones.

3 Institut Nacional d'Estadística. Enquesta de Població Activa: Tercer trimestre any 2010: valors absoluts en milers i taxes en percentatge. (<http://www.ine.es/daco/daco42/daco4211/epa0310.pdf>): (Darrera consulta: 17.01.2011).

són dones, és a dir, una taxa d'activitat del 52,22%, nou màxim, però només augmenta tres centèsimes respecte del segon trimestre del 2010.

Segons les anteriors dades, la participació de les dones al mercat laboral ha anat augmentant fins l'any 2009, a partir del qual, i fruit de la situació de crisi econòmica global, ha provocat tant la disminució de l'ocupació d'homes com de dones; però l'ocupació femenina continua estant per sota de l'ocupació masculina, les dones ocupen sectors laborals pitjor remunerats⁴, tot i els seus èxits en l'educació i formació⁵, estan pitjor representades en llocs de responsabilitat i en ocupacions científiques i tecnològiques, la maternitat continua sent una barrera pel seu desenvolupament professional, i el repartiment de les responsabilitats familiars és encara molt desigual.

És a dir, com s'estableix en l'informe intermedi sobre la situació en què es troba el pla de treball per a la igualtat entre les dones i els homes (2006-2010)⁶, "los estereotipos sexistas influyen la orientación hacia determinados itinerarios de educación, contribuyendo a que haya más mujeres en profesiones peor remuneradas, (...) para reducir los estereotipos de una manera global, se ha incluido la igualdad entre las mujeres y los hombres como prioridad específica en los programas comunitarios en materia de educación y formación⁷".

D'altra banda, les dones tenen més probabilitat de patir una posició de desavantatge en el mercat de treball per diverses raons: una major incidència de contractes precaris i de treball a temps parcial, així com unes disparitats salarials persistents, amb les conseqüents repercussions sobre els ingressos al llarg de la seva carrera laboral, la protecció social i les pensions, i en conseqüència, un índex més elevat de risc de pobresa, especialment després de la jubilació. De fet, el 2007, l'índex de risc de pobresa va ser més elevat per les dones (un 17%) que per als homes (un 15%). Aquest desequilibri va ser especialment elevat en relació amb les persones de més edat (el 22% de les dones en comparació amb el 17% dels homes) i de les famílies monoparentals (un 34%), majoritàriament dones⁸.

4 Segons les dades d'Eurostat, a nivell europeu, les dones segueixen cobrant de mitjana un 17,8% menys que els homes per hora treballada i aquesta xifra no varia.

5 De les persones actives que han finalitzat l'ensenyament secundari superior, respecte de l'any 2005 a l'any 2009, s'ha produït un increment de 1.814,3 persones, de les quals 788,6 són homes i 1.025,6 són dones. Cal destacar que hi ha una major participació femenina en les àrees formatives de serveis personals, socials i de salut, així com, en ciències socials, ensenyament comercial i administració. Això ens porta a concloure sobre la persistència de la segregació horitzontal en determinats àmbits del mercat de treball. <http://www.ine.es/jaxiBD/tabla.do>; (Darrera consulta: 18/01/2011)

6 COM(2008)760 final, Brussel·les, 26 de novembre de 2008.

7 Decisió n° 1720/2006/CE.

8 Parlament Europeu: Comissió de Drets de la Dona i Igualtat de Gènere. Informe sobre la dimensió de gènere de la recessió econòmica i la crisi financera (2009/2204 (INI)), de 12 de maig de 2010. p.18.

D'aquesta manera, amb el reconeixement constitucional⁹ del principi d'igualtat formal i com a principi informador de l'ordenament jurídic espanyol, la Llei Orgànica 3/2007, de 22 de març per a la igualtat entre dones i homes¹⁰ (en endavant LOI), té com a finalitat eliminar els obstacles reals que tenen les dones com a conseqüència dels estereotips històrics que s'han anat creant a la societat espanyola, desenvolupant el principi d'igualtat real en tots els seus àmbits. Conseqüentment, la LOI és una llei transversal, que és la seva característica principal així com, la novetat principal que incorpora la norma, ja que, com exposa el seu article 1.1 el que pretén és establir el dret a la igualtat efectiva entre dones i homes en tots els àmbits de la vida de les persones.

Per això, hi ha autors¹¹ que consideren que la LOI “no es una ley laboral”, tot i que hi dona una “especial atención” i “abarca todas las políticas públicas e incide en las relaciones entre particulares¹²”; sinó que, és una llei que aglutina en un mateix text normatiu regulacions molt heterogènies, amb la finalitat de donar resposta a la situació de desigualtat i discriminació de les dones, i poder trencar amb els hàbits i barreres socials que no han permès aconseguir la igualtat d'oportunitats real entre dones i homes.

D'aquesta transversalitat de la LOI, es considera que és una llei plena de intencions i recomanacions, però amb poca claredat a l'hora d'especificar com s'han de realitzar les mesures que en ella s'exposen i quins procediments s'han de realitzar. Caldrà veure en el present estudi si les novetats introduïdes per les Reformes Laborals aprovades pel Govern el passat any 2010, donen resposta a aquestes mancances.

2. EL TRACTAMENT DE LES QÜESTIONS D'IGUALTAT DE GÈNERE EN LES REFORMES LABORALS DEL 2010.

Mitjançant el present apartat s'analitzaran les reformes introduïdes en el nostre ordenament jurídic, a partir dels nous preceptes i disposicions addicionals de les diferents normes que el legislador va aprovar el passat 2010, centrant l'estudi en les novetats vers la igualtat de tracte i d'oportunitats entre dones i homes.

9 En el nostre ordenament jurídic, la Constitució Espanyola (CE), amb especial referència al seu article 14, estableix que els espanyols són iguals davant la llei sense que pugui prevaler cap discriminació per raó de raça, sexe, religió, opinió o qualsevol altra condició o circumstància personal o social, escamentent als poders públics, les accions oportunes per la seva consecució (article 9.2 CE), i garantint la protecció a la dignitat de la persona que s'hagi vist afectada per tracte discriminatori (article 10.1 CE). (B.O.E., núm.311, de 29 de desembre de 1978).

10 (B.O.E., núm.71, de 23 de març de 2007).

11 BASTIDA DOMINGUEZ, M.: “Esa famosa Igualdad”. *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. Núm. 301 de 2008, p. 153.

12 RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: “La Igualdad efectiva de mujeres y hombres y la Ley Orgánica 3/2007”. *Relaciones Laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica*. Núm.8 de 2007, p. 100.

2.1. Discriminació en l'accés a l'ocupació i intermediació laboral.

En contraposició o part implicada en la discriminació d'accés a l'ocupació està l'empresari, de fet el mateix article 38 CE el protegeix en establir que els poders públics garantiran la llibertat d'empresa, així com la defensa de la productivitat, d'acord amb les exigències de l'economia general i, si s'escau, de la planificació. Això vol dir, que existeix un "poder empresarial"¹³, que es concreta amb la lliure elecció de la persona a contractar, és a dir, l'empresari és lliure d'oferir o no uns determinats llocs de treball, però aquesta amplitud o poder que té, no pot ser exercit de manera discriminatòria, ja que el mateix Tribunal Constitucional (TC) en la seva sentència 173/1994 de 7 de juny¹⁴, entén que si això succeís es deixaria sense tutela algunes de les conseqüències més notòries de la discriminació, com l'accés a l'ocupació.

L'empresari, en principi pot contractar lliurement i pot realitzar les proves de selecció que consideri oportunes, a excepció de les característiques i particularitats que s'hagin establert en un conveni col·lectiu. Segons reiterada jurisprudència del TC, " la empresa no está vinculada por un principio absoluto de igualdad¹⁵", la qual cosa no exclou "la prohibición de distinciones en base a factores que el ordenamiento considere como discriminatorias¹⁶", i per això, "la conducta empresarial fundada en motivos expresamente prohibidos como el sexo, no puede ser valorado como un mero acto de libertad indiferente al Derecho¹⁷".

És a dir, no es pot imposar a l'empresari a qui ha de contractar però els seus actes de direcció no poden ser discriminatoris, així, del que es tracta és de trobar un punt d'unió o connexió entre la no intromissió de l'ordenament jurídic en la llibertat de contractació empresarial, i la prohibició de discriminació directa o indirecta als candidats reals o potencials a contractar¹⁸. Apuntem aquí, que la doctrina considera que "el empresario sólo está obligado en sus actuaciones por el principio de igualdad de trato cuando lo impone la ley o el convenio¹⁹".

13 MONTOYA MELGAR, A.: El poder de dirección del empresario. *Ed. Instituto de Estudios Políticos*. Madrid, 1965. El poder de direcció de l'empresari, en un sentit ampli del terme, està constituït pel conjunt de potestats empresarials (directives, novatori, sancionadores, etc) que defineixen l'empresari com la part forta de la relació laboral. Entre aquest conjunt de potestats o llibertats que té reconegudes l'ocupador com a subjecte que assumeix un risc econòmic es troba, com ja vaig exposar, la llibertat d'elecció de la persona a contractar.

14 (B.O.E., núm. 163, 9 de juliol de 1994)

15 STC 34/1994 de 9 de març. (B.O.E., núm. 80, de 3 de març de 1984).

16 STC 166/1988 de 26 de setembre. (B.O.E., núm. 247, de 14 d'octubre de 1988).

17 STC 147/1995 de 16 d'octubre. (B.O.E., núm. 269, de 10 de novembre de 1995).

18 FABREGAT MONFORT, G.: *La discriminación de género en el acceso al mercado de trabajo: La posibilidad de una nueva tutela a la luz de la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo, para la igualdad entre mujeres y hombres*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2007. p. 74.

19 AA.VV (MONTOYA MELGAR, A.; SEMPERE NAVARRO, A.V.; GALIANA MORENO, J.M.; RIOS SALMERON, B.): *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores, octava edición*. Ed. Aranzadi SA. Pamplona, 2010. p. 201.

Conseqüentment, davant de situacions de discriminació en l'accés a l'ocupació, i segons alguns autors²⁰, la càrrega de demostrar el caràcter justificat de la diferenciació recau sobre qui assumeix la defensa de la desproporció, es a dir l'empresari, el qual haurà d'acreditar que la seva actuació està justificada mitjançant criteris tècnics raonables desvinculats de tota consideració al sexe del treballador i eliminant tota sospita que aquella decisió va ocultar una lesió d'un dret fonamental del treballador. Però a més la STC 38/1981, de 23 de novembre²¹, considera que "no basta que el actor tilda a la decisión impugnada de discriminación, sino que debe acreditar la existencia de indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción a favor de lo alegado para que entre en juego el desplazamiento de la carga probatoria". Així doncs, i segons la jurisprudència nacional i internacional, davant l'existència d'indicis de discriminació, l'empresari haurà d'acreditar mitjançant prova estadística²² (percentatge de dones i homes afectats per una mesura) que no opera la discriminació.

A continuació passem a exposar les reformes introduïdes en els preceptes de referència del nostre ordenament jurídic, en quan a la no discriminació en l'accés a l'ocupació:

a) Pel que fa a l'article 4 ET sobre drets laborals, les modificacions introduïdes per la LOI fan referència al dret que tenen els treballadors al respecte a la seva intimitat i a la consideració deguda a la seva dignitat, però és important esmentar aquí que anteriorment a la LOI, la Llei d'Ocupació 56/2003²³, de 16 de desembre, va introduir en aquest precepte que els treballadors tenen dret a no ser discriminats directament o indirectament per a l'ocupació, o una vegada ocupats, per raons de sexe, estat civil, edat, dins dels límits marcats per aquesta Llei, origen racial o ètnic, condició social, religió o conviccions, idees polítiques, orientació sexual, afiliació o no a un sindicat, així com per raó de llengua, dins l'Estat espanyol. Estem davant d'un precepte legal de dret a la no discriminació, tant en el moment previ a la contractació, com una vegada contractats.

En aquest dret a la intimitat i dignitat dels treballadors, cal incloure el tractament de les dades de caràcter personal en els processos de selecció o publicació d'ofertes de

20 PERÁN QUESADA, S.: "La prohibición de discriminación indirecta". *Aranzadi Social*, núm. 38 de 2009.

21 (B.O.E., de 22 de desembre de 1981).

22 Es considera la prova estadística com un mecanisme que mesura la intensitat de l'efecte de l'ús d'un factor aparentment neutre i, en principi legítim, en l'adopció de la determinada mesura, en aplicar aquesta mesura a un col·lectiu determinat, caracteritzat per una situació històrica de discriminació. STJCE de 20 de març de 2003, en l'assumpte Helga Kutz-Bauer vs. Freie und Hansestadt Hamburg. STSJ de Cantàbria, de 14 de novembre de 2005. (AS 2005.3000).

23 (B.O.E., núm. 301, de 17 de desembre de 2003).

treball referides a un dels sexes, perquè les modificacions introduïdes per la Llei 35/2010, de 17 de septiembre de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo²⁴ (L35/2010), introdueix una modificació sobre l'article 16.2 de la Llei sobre infraccions i sancions en l'ordre social²⁵(LISOS), tipificant aquests actes com a infracció molt greu.

Tal vegada la disposició addicional vuitena de la L35/2010, modifica l'article 4.2.b del ET, mitjançant el qual es reconeix el dret a la formació i promoció professional de tots els treballadors: doncs bé, les pràctiques empresarials utilitzen sistemes similars als processos de selecció d'entrada a l'empresa per a la promoció dels seus empleats; conseqüentment, aquestes polítiques empresarials han de promoure la promoció i el desenvolupament professional respectant la prohibició de discriminar per raó de sexe, tenint en compte la casuística del mercat de treball espanyol, configurat per la segregació vertical i horitzontal que pateixen les dones.

b) Paga la pena esmentar també com a mecanisme de ingrés al mercat de treball la intermediació laboral i conseqüentment, citar l'article 16 del ET; així, un dels instruments bàsics d'unió entre les ofertes de treball requerides per l'empresari, i els demandants d'ocupació, és la intermediació laboral, que té com a finalitat proporcionar als treballadors una feina adequada a les seves característiques i facilitar als empresaris, els treballadors més apropiats als seus requeriments²⁶.

Doncs bé, la Llei 56/2003, estableix en el seu nou precepte 22 bis²⁷ que un dels principis bàsics d'aquesta intermediació laboral, realitzat pels serveis públics d'ocupació i les agències de col·locació, així com les accions d'intermediació que puguin realitzar altres entitats col·laboradores d'aquells, s'han de dur a terme d'acord amb els principis constitucionals d'igualtat d'oportunitats d'accés a l'ocupació i no discriminació, garantint la plena transparència en el funcionament dels mateixos i considerant discriminatòries les ofertes referides a un sol dels sexes, llevat que es tracti d'un requisit professional essencial i determinant de l'activitat a desenvolupar, sent així mateix discriminatòries les exigències del lloc de treball relacionades amb l'esforç físic²⁸.

24 (B.O.E., núm. 227, de 18 de setembre de 2010)

25 (B.O.E., núm. 189, 8 d'agost de 2000).

26 Article 20 de la Llei 56/2003 de 16 de desembre, en substitució de la Llei bàsica d'ocupació 51/1980.

27 Aquest precepte ha estat modificat per l'article 14 del Real Decreto Ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo. (B.O.E., núm. 147, de 17 de juny de 2010), el qual ha estat novament substituït pel mateix article 14 de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo. (B.O.E., núm.227, de 18 de setembre de 2010).

28 Encara que la STC 250/2000 de 30 d'octubre de 2000 (BOE, núm. 281 d'1 de desembre de 2000), on s'accepta que l'esforç físic sigui una causa suficient per a justificar una diferent valoració i per tant retribució de les tasques.

Una vegada més s'incorpora la jurisprudència del TC, més particularment la seva STC 58/1994 de 28 de febrer de 1991, que estableix que "no puede hacerse uso, salvo para supuestos muy específicos en que sea elemento determinante de aptitud, el criterio de mayor esfuerzo físico para que se corresponda única y exclusivamente con un estándar de trabajo del hombre y no tiene la exigida neutralidad, (...) garantizando y exigiendo, por tanto, que los propios criterios de evaluación del trabajo, no sean por sí mismo discriminatorios"²⁹.

Per acabar de completar el contingut de l'article 22 bis de la Llei d'Ocupació 56/2003, la pròpia LOI, en el seu article 5 garanteix el principi d'igualtat per raó de sexe, encara que amplia la informació al respecte, entenent que no constituirà discriminació en l'accés a l'ocupació, inclosa la formació necessària, una diferència de tracte basada en una característica relacionada amb el sexe quan, a causa de la naturalesa de les activitats professionals concretes o al context en que es duguin a terme, aquesta característica constitueixi un requisit professional essencial i determinant sempre que l'objectiu sigui legítim i el requisit proporcional.

Reprement l'estudi en la intermediació laboral apuntada per l'esmentat precepte de la Llei d'Ocupació 56/2003, el mateix ha estat modificat novament, primerament, pel Reial Decret Llei 10/2010³⁰ (RDL10/2010), el qual ha estat substituït per la Llei 35/2010³¹ (L35/2010), on es dóna una avanç en la matèria, en facilitar als serveis públics d'ocupació l'autorització de les entitats col·laboradores i agències privades de col·locació, i tot això respectant els principis constitucionals de igualtat d'oportunitats en l'accés a l'ocupació i no discriminació, la intimitat i dignitat dels treballadors, complint la normativa aplicable en matèria de protecció de dades i garantint als treballadors la gratuïtat per la prestació dels serveis, perquè en cas contrari la LISOS, en aplicació del seu article 16, determina que l'agència de col·locació que exigeixi una contraprestació econòmica incorreria en una infracció administrativa molt greu.

És a dir, la Llei 56/2003 no va incorporar al redactat de l'article 16.2 del ET, el que estableix el Conveni número 181 de l'OIT sobre les agències privades de col·locació³²,

29 Del mateix contingut trobem les STC 59/1982, 28 de Juliol de 1982, assenyalant que no es pot establir desigualtats quan la diferència de tracte no tingui una justificació objectiva i raonable (Sentències 22/1981, 34/1981 i 7 / 1982). STC 147/1995, 16 d'octubre de 1995, a partir de la qual li correspon a l'empresari acreditar que s'ha recorregut a criteris de valoració neutres, que garanteixin la igualtat de condicions de treballadors d'ambdós sexes.

30 (B.O.E., núm. 147, de 17 de juny de 2010).

31 (B.O.E., núm. 227, de 18 de setembre de 2010).

32 VALDÉS DEL-RE, F.: "La reforma de la intermediación Laboral". *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 21-22, de 2010. Segons l'autor, la reforma fins ara analitzada, "no lograba delimitar con la obligada precisión y seguridad jurídica el círculo de las instituciones dotadas de la necesaria capacidad legal para el ejercicio de las funciones de puesta en contacto de ofertas de trabajo con demandas de empleo", de manera que la intermediació laboral quedava reservada a les agències de col·locació i entitats sense fins lucratiu. Per això, l'article 15 de la L35/2010, modifica novament

però el Govern ha aprofitat el RDL10/2010 i posteriorment la L35/2010 per iniciar " una apertura de colaboración público-privada en esta materia preservando la centralidad y el fortalecimiento de los servicios públicos de empleo de carácter estatal y autonómico³³". De fet, s'especifiquen diverses qüestions: a) reconeix com a agents de la intermediació laboral als serveis públics d'ocupació, a les entitats col·laboradores i les agències de col·locació, amb l'obligació de vetllar sobre el principi d'igualtat en l'accés a l'ocupació; b) detalla que es considera com a oferta d'ocupació discriminatòria, entenent com a tal les que es refereixin a un dels sexes, llevat requisit essencial i determinant de l'activitat a desenvolupar, i c) s'obliga als agents de la intermediació a comunicar als oferents l'existència de discriminació en les ofertes d'ocupació³⁴. Caldria afegir una lletra d) per incorporar l'apartat j) de l'article 5 del Reial Decret 1796/2010³⁵, de 30 de diciembre, por el que se regulan las agencias de colocación, que estableix també, com a obligació de les esmentades agències, "velar por la correcta relación entre las características de los puestos de trabajo ofertados y el perfil académico y/o profesional requerido".

A més, cal tenir citat que el Real Decreto-ley 3/2011, de 18 de febrero, de medidas urgentes para la mejora de la empleabilidad y la reforma de las políticas activas de empleo³⁶, modifica l'article 24 de la L56/2003, establint com a principi de les polítiques activas d'ocupació, la igualtat d'oportunitats i no discriminació en l'accés a l'ocupació (...) "en particular se tendrá en cuenta de manera activa el objetivo de la igualdad de trato entre mujeres y hombres para garantizar en la práctica la plena igualdad por razón de sexo"; principi que, segons el seu apartat segon, hauran de contemplar totes les actuacions de les entitats col·laboradores dels serveis públics d'ocupació.

De tot això se'n desprèn l'obligació de les agències de col·locació de garantir l'aplicació del principi d'igualtat en l'accés a l'ocupació, ampliant a més els drets constitucionalment reconeguts quan contempla el dret a la intimitat i dignitat dels treballadors en el correcte tractament de les seves dades, mantenint la gratuïtat de l'activitat desenvolupada.

aquest article 16.2 del ET, eliminant la prohibició de les agències de col·locació amb ànim de lucre, de manera que el nou redactat de l'article 21 bis de la Llei 56/2003, especifica com a agents de la intermediació laboral les entitats públiques o privada amb o sense ànim de lucre. p.137.

33 AA.VV (PUEBLA PINILLA, A., GÓMEZ ABELLEIRA, F.J.): *Memento Experto, Nueva Reforma Laboral RDL 10/2010 L35/2010*. Ed. Francis Lefebvre. Madrid, 2010. p. 18.

34 AA.VV (Director: SAMPERE NAVARRA, A.V.): *La Reforma Laboral de 2010*. En especial referència a l'estudi realitzat per GARCIA GIL, B.: "Servicios públicos de empleo, agencias privadas de colocación y empresas de trabajo temporal". Ed. Aranzadi SA. Cizur Menor, 2010. p.91.

35 (B.O.E., núm.318, de 31 de diciembre de 2010).

36 (B.O.E., núm. 43, de 19 de febrero de 2011).

c) Pel que fa referència a la no discriminació en les relacions laborals, la disposició addicional onzena de la L35/2010 modifica novament l'article 17 del ET, atribuint a les normes o actes discriminatoris la seva nul·litat³⁷, establint detalladament que s'entén per una actuació discriminatòria, a més de les conseqüències sancionadores/indemnitzatòries³⁸. I tot això, sense perjudici que la negociació estableixi mesures d'acció positiva per afavorir l'accés de les dones a totes les professions. Es a dir, es important que l'empresari adopti mesures encaminades a aconseguir la igualtat d'oportunitats entre homes i dones, mitjançant la participació i acord amb els seus representants, a fi i efecte, que de les seves decisions no es formalitzin en un resultat no desitjat, com per exemple, un conflicte col·lectiu³⁹.

A aquest efecte es podran establir reserves i preferències en les condicions de contractació de manera que, en igualtat de condicions d'idoneïtat, tinguin preferència per ser contractades les persones del sexe menys representat en el grup o categoria professional de què es tracti.

d) En referència a les empreses de treball temporal (ETT) com a via per accedir al mercat de treball de les persones desocupades, la Llei 27/2009, de 30 de diciembre, de medidas urgentes para el mantenimiento y el fomento del empleo y la protección de las personas desempleadas⁴⁰, cita en la disposició addicional quarta, (que té per objecte transposar al nostre ordenament jurídic la Directiva 2008/104/CE), que el Govern ha de portar a terme les actuacions necessàries per assegurar que les condicions de treball i ocupació dels treballadors contractats per ser posats a disposició per les empreses de treball temporal, incloent el principi d'igualtat de tracte, l'accés a l'ocupació, les instal·lacions i la formació professional, la representació dels treballadors cedits per empreses de treball temporal i la informació als representants dels treballadors .

37 AA.VV (MONTROYA MELGAR, A.; SEMPERE NAVARRO, A.V.; GALIANA MORENO, J.M.; RIOS SALMERON, B.): *Comentarios al Estatuto de los ...* Op.cit. p. 205.

38 STSJ de les Illes Canàries, sentència núm. 1860/2008 de 22 de desembre. AS/2009/310, L'empresa va rebutjar a l'actora - que reunia els requisits exigits en la seva oferta d'ocupació-, per la sola raó de no disposar l'obra on es necessita personal, de bany per a dones, l'empresa no va provar, com li incumbia, que la seva valoració obeís a criteris neutres d'aptitud laboral en suma, a la major capacitat de la resta de seleccionats o d'alguna d'ells, ni tan sols ho va al·legar, és que al costat del panorama discriminatori no conflueixen eventuais motius concomitants de justificació, condemnat a l'empresa a la immediata contractació de l'actora com a peó de la construcció, i l'abonament d'una indemnització per lucre cessant a raó de 36,26€ per cada dia que transcorre des de (...) i una indemnització per danys morals de 6.000€.

39 La STSJ de Catalunya de 21 d'octubre de 1998 sobre l'entitat bancària Caixa d'Estalvis de Catalunya, va determinar que la demanda presentada sobre conflicte col·lectiu era correcta en un cas de discriminació a la promoció de les dones ingressades en aquesta entitat des del 1986 a 1998, doncs considera el tribunal que es donen les característiques del conflicte col·lectiu que són: afectació a un grup genèric de treballadors, considerat en el seu conjunt i en abstracte, a més ha d'existir un interès col·lectiu del qual participen aquests integrants per la seva pertinença al mateix; i finalment, que el conflicte col·lectiu faci referència a la aplicació i interpretació d'una norma estatal, conveni col·lectiu, qualsevol que sigui la seva eficàcia, o una decisió o pràctica d'empresa.

40 (B.O.E., núm. 315, de 31 de desembre de 2009)

Un dels aspectes de major rellevància de la Directiva 2008/104/CE⁴¹ és la millora de la igualtat de tracte recollit en els seus preceptes 4 i 5, de manera que la L35/2010 modifica l'article 11 de la Llei 14/1994, d'1 de juny per la qual es regulen les empreses de treball temporal⁴², per millorar l'estatus legal dels treballadors cedits⁴³ establint unes condicions mínimes equiparables als treballadors "directes" de l'empresa usuària, entre els quals cal destacar a més, el ser informats de les possibles vacants existents en l'empresa usuària per tal d'accedir en igualtat de condicions a les ofertes de treball. Com a conclusió del present apartat, i a mode de reflexió, cal que la direcció de recursos humans de les empreses, utilitzin sistemes de selecció transparents, eliminant l'ús sexista del llenguatge en les ofertes de treball, construint perfils professionals neutres i objectius en quan a l'activitat a desenvolupar, formant a les persones encarregades de dur a terme els processos de selecció en l'àmbit de la igualtat d'oportunitats, informar als representants dels treballadors sobre els processos i resultats, i garantir en tot el procés l'aplicació dels principis de necessitat, legitimitat i proporcionalitat.

La professionalització de l'àrea de gestió dels recursos humans ens permetria utilitzar polítiques, pràctiques o sistemes més neutres i objectius que garantissin el test de igualtat i una absència de discriminació directe i indirecte entre dones i homes: Entre elles, i tenint en compte que es una eina bàsica pel desenvolupament de les persones, trobem el disseny i la valoració de llocs de treball.

Així, l'anàlisi de llocs de treball és un procés sistemàtic de recopilació de informació per prendre decisions relatives al treball: identifica tasques, obligacions i responsabilitats d'un determinat treball⁴⁴. Per altra banda, la valoració o qualificació de llocs de treball és una tècnica de gestió de recursos humans que consisteix, "como su nombre indica, en determinar el valor relativo de los puestos de trabajo en una organización, de forma objetiva, es decir, independientemente de la persona que ocupa el lugar en un determinado momento"⁴⁵.

Es a dir, el fet que ens trobem davant d'una eina que valora el lloc de treball independentment de qui l'ocupi (home o dona), ja pressuposa la no discriminació. A

41 DOUEL 327/9, de 5 de desembre de 2008.

42 (B.O.E., núm.131, de 2 de juny de 1994).

43 GALGO GALLEGO, F.J., RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: "La adaptación del marco normativo de las Empresas de Trabajo Temporal". *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 21-22, de 2010. p.179.

44 AA.VV: Coordinadors; MURRAY M.D., CUBEIRO J.C., FERNANDEZ G.): *Las competencias: Clave para una gestión integrada de los recursos humanos*. Ed. Deusto. Bilbao, 1996., p. 77.

45 AA.VV: (COROMINAS A., COVES A.M., LUSA A., MARTINEZ C., I ORTEGA M.A.): "Herramientas para detectar la discriminación salarial. La valoración de puestos de trabajo". https://recerca.upc.edu/giopact/publicacions/docs/1madrid_ivis_2000.pdf. (Darrera consulta: 10/02/2011).p.37.

més esmentar que incloure els mapes de llocs de treball i sistemes de valoració en els convenis col·lectius pot contribuir a millorar l'objectivitat en la gestió dels recursos humans de les organitzacions empresarials.

Tanmateix, el disseny i valoració de llocs de treball permet utilitzar altres tècniques de gestió de recursos humans que poden contribuir a la neutralitat i objectivitat de tots els seus procediments. Paga la pena esmentar aquí la gestió per competències professionals⁴⁶, que juntament amb el disseny i valoració de llocs de treball, ens permet crear el perfil professional per competències, essent un model concís, fiable i vàlid per predir l'èxit en el lloc de treball. En els processos de selecció, ens permet escollir el candidat que millor s'adeqüi a l'esmentat perfil professional, independentment, de si es home o dona; és a dir, obtindrem el "millor" pel lloc de treball a cobrir, d'aquí la seva objectivitat i neutralitat.

2.2. Absència de discriminació en la classificació professional.

La disposició addicional onzena de la Llei 35/2010 modifica l'article 22 del ET, que en el seu apartat quart estableix que la definició de les categories i grups professionals s'ajustaran a criteris i sistemes que tinguin per objecte garantir l'absència de discriminació directa o indirecte entre homes i dones.

El propi precepte, en el seu apartat segon i tercer perfila el grup i la categoria professional. Cal aquí fer un parèntesi sobre el present estudi, per tal de fer unes puntualitzacions pel que fa als grups professionals.

Així, l'apartat 4 de l'Acord per a l'ocupació i la negociació col·lectiva pels anys 2010, 2011 i 2012⁴⁷, considera el grup professional com l'agrupació unitària d'aptituds professionals, titulacions i contingut general de la prestació, podent incloure diferents categories professionals amb diferents funcions i especialitats; o el que és el mateix, segons la sentència del Tribunal Suprem (Sala 4^a) de 23 de juny de 2010, introdueix el concepte *dimensió funcional* com a terme que ha substituït al grup professional.

Conseqüentment, podríem afirmar la possibilitat que s'atorga a qui ostenta el poder de direcció de moure lliurement als treballadors entre diferents categories professionals però englobades en un mateix grup professional o dimensió funcional. Aquesta amplitud no es tal, doncs la mateixa jurisprudència ho ha acabat matisant de tal

46 AA.VV (Centro de Estudios Adams): *Gestión y Desarrollo de los Recursos Humanos*. Ed. Valbuena. Madrid, 2005 Les competències són les capacitats humanes, susceptibles de ser mesurades, que necessiten per satisfer amb eficàcia els nivells de rendiment exigits en el treball. L'anàlisi de competències i el desenvolupament de models de competències són el instrument per a identificar i estudiar aquestes capacitats. Els models es poden aplicar a una àmplia varietat de sistemes de gestió de recursos humans, com la planificació de personal, selecció, desenvolupament d'empleats, gestió del rendiment i retribució.

47 Resolució de 11 de Febrer , de la Direcció General de Treball, pel qual es registra l'Acord per a l'ocupació i la negociació col·lectiva 2010, 2011 i 2012. (B.O.E., núm. 46, de 22 de febrer de 2010).

manera que, la mobilitat funcional entre el grup no es absoluta sinó que està circumscrita a l'exercici d'aquelles "tareas descritas en una área funcional inscrita en un grupo profesional"⁴⁸. Cal tenir en compte que l'article 39 del ET permet la mobilitat funcional per a la realització de funcions no corresponents al grup o categoria professional equivalents, quan existeixin raons tècniques u organitzatives que ho justifiqui, i sempre i quan es respecti la dignitat del treballador, i el seu dret a la formació i promoció professional.

Per acabar de configurar el sistema de classificació professional s'atorga a la negociació col·lectiva, o bé, per acord entre empresari i treballadors, la seva fixació, però a diferència de l'anterior redactat que feia referència a un sistema de classificació professional ajustat a regles comuns per a treballadors d'un i altre sexe, ara aquesta disposició addicional onzena de la Llei 35/2010 introdueix en l'article 22 del ET la prohibició de discriminar tant directa com indirectament, demostrant el legislador la seva preocupació, amb l'objectiu, segons autors⁴⁹, d'evitar que els sistemes de classificació professional, estableixin grups o categories professionals masculinitzants o feminitzats.

Tal vegada, aquesta modificació de l'article 22.4 ET, permet incorporar al nostre ordenament jurídic l'article 1.2. de la Directiva 75/117/CE, segons la qual quan s'utilitzi un sistema de classificació professional per determinar les retribucions, aquest sistema s'ha de basar sobre criteris comuns als treballadors masculins i femenins, i establir mesures de manera que exclogui la discriminació per raó de sexe. Paga la pena esmentar, que mitjançant la negociació col·lectiva es podran establir mesures de preferència i reserva en matèria de classificació professional a favor de les persones del sexe menys representat (article 17.4 del ET), en el grup, categoria o lloc a que es faci referència.

Tanmateix, la LOI mitjançant l'article 46.2 estableix que el pla de igualtat ha de incidir en la classificació professional, tant des d'un punt de vista de classificació professional objectiva o sistemes objectiu de classificació, com també, des del punt de vista de classificació professional subjectiva.

Per tant, en el pla de igualtat del que es tracta és que s'adoptin mesures per evitar que una determinada categoria o un determinat grup estigui conformat únicament per

48 STSJ de Catalunya de 17 de Febrer de 2009 (AS 2009,328).

49 AA.VV (MONTROYA MELGAR, A.; SEMPERE NAVARRO, A.V.; GALIANA MORENO, J.M.; RIOS SALMERON, B.: *Comentarios al Estatuto de los ...*Op.cit. p. 236.

dones o únicament per homes⁵⁰, llevat que existeixi un motiu objectiu i raonable que pugui explicar amb claredat perquè no és discriminatori el fet puntual i concret que en un grup o categoria només existeixin dones o homes, tot recordant que, uns elements classificatoris discriminatoris incideixen en la segregació vertical i horitzontal del mercat de treball⁵¹.

Pel que fa a la discriminació professional subjectiva, te a veure amb l'acord entre les parts per la qual se li assigna al treballador una prestació laboral i se'l classifica en un dels grups o categories, la discriminació es produeix al reconèixer condicions laborals més favorables als homes que a les dones, inclús en el salari assignat per atribució d'un concret nivell retributiu.

Caldrà doncs desenvolupar o proposar bones pràctiques, entre d'altres, establir mecanismes que ens permetin plasmar criteris objectius a l'hora de classificar els grups professionals per no incorre en criteris, directament o indirectament, discriminadors. Un cop s'ha garantit que els elements classificatoris no són constitutius de discriminació⁵², s'hauria de incidir en les condicions laborals inherents a cada grup o categoria, especialment, establint mecanismes per analitzar i replantejar la fixació de certs nivells retributius si en la seva assignació per grups o categories resultessin discriminatoris; és necessari que els nivells retributius siguin idèntics en referència a funcions de igual valor⁵³. Tanmateix, s'haurien d'articular procediments per garantir que l'acte de classificació en un grup o categoria professional no doni resposta a un mòbil directa o indirectament discriminatori, sinó què, la categoria o grup que se li atorga a un treballador és el que, efectivament li correspon segons les funcions que exerceixi en l'empresa.

Perquè un sistema de classificació professional no resulti discriminatori en el seu conjunt, ha de tenir en consideració, en la mesura en que les funcions a realitzar en

50 STC 145/1991 de 1 de juliol, (*B.O.E.*, núm.174, de 22 de juliol de 1991): on l'alt Tribunal va establir que no s'havien utilitzat criteris de valoració neutres en l'assumpte jutjat, de manera què, s'havia partit d'una premissa no demostrada, la major pensat i esforç físic, donant més valor injustificadament a una qualitat predominantment masculina que ha produït conseqüències perjudicials per la dona, desconeixent altres característiques de treball (atenció, cura, assiduïtat, responsabilitat, etc) més neutres en quan al seu impacte en cadascú dels sexes.

51 STC 58/1994 de 22 de febrer, (*B.O.E.*, núm.71, de 24 de març de 1994) on la denúncia de diferència salarial existia en relació a un complement de qualitat i quantitat entre categories professionals masculines i femenines (amb un treballador home, de recent ingrés a l'empresa).

52 SÁEZ LARA C., BENAVENTE TORRES I.; "Género y trabajo: Jurisprudencia reciente". Per a les autores, l'admissió d'aquest exigeix acreditar, primer, de forma indubtable, que és un element determinant absolut de l'aptitud pel desenvolupament de la tasca, o bé que sigui un element essencial d'aquesta. I tot i així, en segon lloc, cal també que es combini amb altres trets tipificadors neutres des de la perspectiva sexual.

http://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl/observatorio/49_GENERO_Y_TRABAJO/doc/G%C3%A9nero%20y%20Trabajo.pdf. (Darrera consulta: 20/12/2010)

53 STJCE C-262/88, de 17 de maig de 1990, Barber contra Guardian Royal Exchange Assurance Group, el Tribunal reconeix que totes les formes de pensions d'empresa constitueixen un element de retribució a efectes de l'article 119 del Tractat.

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31996L0097:ES:HTML>. (Darrera consulta: 20/12/2010).

l'empresa ho permeti, criteris per els quals els treballadors de cada sexe són susceptibles de presentar aptituds particulars⁵⁴. Es a dir, segons la jurisprudència del TJCE, la Directiva 75/1977 no s'oposa a que un sistema de classificació professional utilitzi per a determinar el nivell de remuneració, el criteri d'esforç o cansament muscular o el grau de penositat física del treball, si tenint en compte la naturalesa de les funcions del treball a desenvolupar, exigeix efectivament, una certa utilització de la força física, a condició de que mitjançant altres criteris s'arribi al resultat d'excloure en el seu conjunt, tota discriminació basada en el sexe⁵⁵.

Cal eliminar la discriminació, perquè pot afectar a qüestions tan importants com la divisió vertical i horitzontal de l'empresa per gènere; per la qual cosa s'hauran de tenir en consideració altres característiques del treball com l'atenció, cura, assiduitat, regularitat, responsabilitat, etc, més neutres pel que fa al seu impacte en cada un dels sexes⁵⁶, i no prioritzar altres factor com la força física, la disponibilitat horària, etc. Per això s'hauran d'examinar les pràctiques empresarials i extraure els factors que es valoren més i els que els valoren menys i el per què de la diferenciació, tenint en compte tan els grups professionals, les categories com els propis llocs de treball.

A mode de conclusió del present apartat, el major problema en aquesta matèria està en la discriminació indirecta per raó de sexe⁵⁷. Així, com podem detectar aquest tipus de discriminació en la classificació professional?. Segons alguns autors⁵⁸, com a primer element configurador de la discriminació indirecta per raó de sexe, serà l'existència d'un impacte advers sobre un col·lectiu definit pel seu sexe, i on tindrà rellevància, per a la seva verificació, la prova estadística. Com a segon element configurador, serà la falta de justificació del impacte advers, no existint discriminació, si la disposició, criteri o pràctica es pot justificar objectivament en atenció a la seva finalitat legítima i que els mitjans per assolir aquesta finalitat siguin necessaris i adequats (article 6.2 de la LOI).

54 GARCIA NINET, J.I. ET AL.: *Comentarios a la Ley de Igualdad*, Ed. Ciss Praxi, Wolters Kluwer. Valencia 2007, p.372.

55 STJCE C-237/85, de 1 de juliol de 1986; on la Sra. Rummlers contra Dato Druck GBMH planteja la demanda davant d'un sistema de classificació de llocs de l'empresa, conforme al conveni col·lectiu sectorial de impremta que establia set grups salarials, classificats en base a criteris que anaven des del nivell de coneixement, esforç muscular, la fatiga i la responsabilitat, i es considera si aquests criteris son compatibles amb el principi de igualtat. [http:// europa.eu.int/](http://europa.eu.int/). (Darrera consulta: 20/05/2009).

56 CUBO, A., PÉREZ, J.P., y MATEOS, S.: "Diagnóstico y tramamiento de situaciones de discriminación". *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 9 de 2009. p.118.

57 CARDONA RUBERT, M.B.: "Discriminación por razón de sexo: discriminación indirecta en la promoción profesional por práctica de empresa". <http://www.westlaw.es>. (Darrera consulta: 07/02/2011).

58 LOUSADA AROCHENA, J.F.: "La discriminación indirecta por razón de sexo en la promoción profesional". <http://www.westlaw.es>. (Darrera consulta: 07/02/2011).

2.3. Absència de discriminació en la promoció i formació professional.

El Real Decret-Llei 10/2010, introdueix com a novetat mitjançant la seva disposició final tercera la modificació del articles 23.2 del ET, sobre la promoció i la formació professional en el treball, en quan als drets de gaudir dels permisos necessaris per a la realització d'exàmens, la preferència a escollir torn de treball quan s'estigui realitzant amb regularitat estudis per a l'obtenció d'un títol acadèmic o professional, i l'adaptació de la jornada ordinària per poder assistir a cursos de formació, puguin ésser negociats mitjançant criteris i sistemes que garanteixin l'absència de discriminació directa i indirecta entre treballadors d'un i altre sexe.

Tanmateix, la Llei 35/2010, torna a modificar l'esmentat precepte 23.2 del ET, de tal manera que mitjançant la negociació col·lectiva s'hauran de pactar els drets esmentats en el paràgraf anterior, en base a criteris i sistemes que tinguin per objectiu garantir l'absència de discriminació directa o indirecta entre treballadores dones i homes. Així doncs, els agents socials hauran de tenir en compte el que disposa la LOI sobre les definicions de discriminació directa i indirecta, tenint en compte també que aquesta matèria està recollida en l'article 46.2 de la mateixa LOI, com una de les possibles matèries a incidir mitjançant els plans de igualtat, perquè la discriminació en la promoció i formació professional del treballador, es manifesta amb la segregació del treball en l'empresa de forma vertical.

Així, quan el diagnòstic de la realitat de l'empresa, demostrí l'existència d'aquesta divisió vertical de l'ocupació, el pla de igualtat haurà de contemplar mesures que han de incidir en les regles o pautes de les promocions i en els criteris de selecció dels destinataris de la formació. Es a dir, establir bones pràctiques que incideixin favorablement en el disseny d'un sistema de promoció objectiu i no discriminatori, vessant-se: a) en un sistema complex que anés més enllà de la simple entrevista entre empresari i treballador; b) determinar criteris selectius no discriminatoris per poder establir la superació de les proves o fases de la promoció; i c) garantir la presència dels representants del treballadors en el procés de promoció.

Per acabar de precisar amb detall, altrament, la nostra doctrina constitucionalista ens ve a dir que "la prohibición de discriminación excluye el recurso a criterios de evaluación sexualmente caracterizados, imponiendo el uso de criterios neutros, basándose en atributos igualmente predicables de ambos géneros, sin la utilización

real y efectiva, la evaluación de las tareas sería ilegítima para obstaculizar el logro de la igualdad de trato⁵⁹”.

Pel que fa a la formació professional, la modificació introduïda per la Llei 35/2010 en l'article 23.2 del ET permet afirmar que s'ha de incentivar la formació dels empleats del sexe menys representat en categories professionals de nivell més elevat, quan la titulació acadèmica sigui un requisit essencial per a la promoció⁶⁰.

Conseqüentment, per assegurar la plena incorporació de la dona en aquest nou context en el que es trobem degut a la crisi econòmica que pot afectar més a aquest col·lectiu, hem de ser capaços de fer un gran esforç per incloure a la població femenina en el desenvolupament de les seves competències professionals a través de plans de formació contínua.

Aquestes accions formatives han de valorar l'accés a professions tradicionalment masculinitzades, propiciar l'eliminació de la bretxa salarial, potenciar l'alfabetització informàtica de les dones, desenvolupar programes formatius que rescatin persones en risc d'exclusió social, reciclar a les dones que van abandonar la seva carrera professional per assolir càrregues familiars, ajudant-les a actualitzar les seves competències professionals i potenciar plans de carrera de directives que estan en situació de trencar el sostre de vidre, entre altres mesures.

A mode de conclusió, incloure la igualtat d'oportunitats en la formació significa:

a) Detecció de necessitats formatives: mitjançant un estudi que diferenciï les necessitats (personals i familiars) amb que es troben per respondre a aquestes mancances.

b) Planificació de la formació; la qual cosa vol dir que s'ha de prendre en consideració els interessos, la motivació i la disponibilitat dels empleats homes i dones. El moment de la planificació es clau per vigilar que els continguts de la formació tinguin un valor que permeti un desenvolupament professional independentment d'aquí es dirigeixi.

c) Horaris de la formació: considerant-ne la realització de la formació dins de la jornada laboral per oferir les mateixes oportunitats a totes les persones de l'empresa, incloses aquelles que tenen responsabilitats familiars.

59 STC 58/1994 de 28 de febrer de 1994; (B.O.E., núm. 71, de 24 de març de 1994), on s'estableix que la força física és admissible com a criteri si s'acredita de manera indubtable que l'esforç físic és un element determinant absolut de l'aptitud per al desenvolupament de la feina; el conveni col·lectiu de l'empresa pels treballadors que realitzen feines en la secció d'envasat perceben el mateix salari base però un complement de quantitat i qualitat diferent, de manera que, la sentència estableix la necessitat d'utilitzar criteris de valoració de llocs de treball neutres.

60 AA.VV. Coordinador: CAVAS MARTINEZ, F., I LUJÁN ALCARAZ, J.: *Guía práctica de la Reforma Laboral de 2010*. Ed. Laborum. Murcia, 2010. P.280

d) Difusió de les ofertes formatives: incorporant un llenguatge no sexista i garantint que amb l'elecció dels canals de comunicació, la informació dels cursos arribi a tota la plantilla.

e) Avaluació de la formació: caldrà identificar que la participació de les dones i homes s'ha realitzat per igual, que han millorat les seves competències, habilitats i coneixements, i finalment, s'han tingut en compte el nivell de satisfacció de la formació rebuda tant dels homes com de les dones.

Un cop la persona s'ha incorporat al nou lloc de treball, la gestió de recursos humans pot realitzar avaluacions periòdiques⁶¹ a fi i efecte de determinar el seu acompliment, utilitzant, entre d'altres, *l'assessment center* que es sustenta i dissenya a partir del model de competència definit per cada companyia, i es pot realitzar mitjançant test d'aptituds, qüestionaris d'autoavaluació, exercicis de simulació individuals i en grup, i amb entrevistes. Amb aquest procediment podem identificar els punts forts i febles dels nostres empleats i dissenyar el pla de formació de la nostra companyia per obtenir els millors resultats estratègics, establir ascensos i promocions, i en definitiva millorar el clima laboral i el rendiment dels nostres empleats.

2.4. Absència de discriminació en els ascensos.

La Llei 35/2010 ha modificat l'article 24.2 del ET, essent més descriptiu⁶², ampliant l'ascens amb la promoció professional, els quals s'hauran d'ajustar a criteris i sistemes que tingui per objectiu garantir l'absència de discriminació directe i indirecte entre dones i homes, s'adoptarà si fos necessari, mesures d'acció positiva dirigides a eliminar o compensar situacions de discriminació, que a tenor de la modificació de la LOI i la l'esmentada Llei 35/2010 a l'article 17.4 del ET, possibilitat que s'haurà d'establir mitjançant la negociació col·lectiva.

Però el percentatge de dones ascendides mitjançant promoció interna a categories professionals superiors és notablement inferior al dels homes, perquè en moltes ocasions els convenis col·lectius estableixen que la promoció a determinades categories queda reservada a la *lliure designació per part de l'empresa*. Això comporta que a vegades les places vacants d'ascens no es comuniquin a tot el personal, o bé, que els criteris d'ascens no estan establerts de forma clara, i en moltes ocasions s'utilitzen criteris diferents per un i altre sexe⁶³. En moltes altres situacions, les dones

61 .Mitjançant l'avaluació de l'acompliment, o el que és el mateix, a través de la comunicació, seguiment i avaluació de resultats i comportaments, l'empresa pot determinar que s'espera de cada empleat en el seu lloc de treball.

62 AA.VV (MONTROYA MELGAR, A.; SEMPERE NAVARRO, A.V.; GALIANA MORENO, J.M.; RIOS SALMERON, B.): Comentarios al Estatuto de los ...Op.cit. p. 246.

63 STS de 1 de juny de 1999, on el Tribunal va considerar discriminació indirecta, l'existència de més sol·licituds d'homes que de dones pel càrrec de Director de Sucursal, perquè l'empresa els havia alligonat prèviament.

no formen part dels processos d'ascens a l'empresa per causes derivades de la maternitat⁶⁴ o per l'assoliment de càrregues familiars.

Per tant, en aquesta matèria, torna a tenir un paper fonamental el poder de direcció de l'empresa vers els drets fonamentals de les persones treballadores. Conseqüentment, és essencial que el procediment d'ascens sigui transparent, o el que es el mateix, que es comuniqui a tot el personal de l'empresa les vacants d'ascens, així com els criteris que s'exigiran i com s'avaluaran, essent comuns i neutres tan per homes com per dones. Alhora que seria adequat que mitjançant el conveni col·lectiu o bé acord entre empresari i representants dels treballadors es proposessin mesures d'acció positives per aquells llocs on un dels dos sexes estigués menys representat.

Qualsevol mesura al respecte, i al igual que en les matèries apuntades en els apartats anteriors, haurà de garantir l'acompliment del tes de igualtat, això és, la legalitat, necessitat, raonabilitat i proporcionalitat de la mesura adoptada.

3. CONCLUSIONS.

A) Mitjançant les reformes introduïdes pel legislador el passat any 2010, s'ha pretès matisar aspectes que havien quedat buits per la LOI, especialment pel que fa referència a les situacions de discriminació indirecte en les àrees de selecció, classificació professional, promoció i formació professional, matèries, entre d'altres, que havien d'entrar a formar part del pla de igualtat de l'empresa.

Segons la reforma de la Llei 35/2010, totes aquestes mesures empresarials s'hauran d'ajustar a criteris o sistemes que tinguin per objectiu garantir l'absència de discriminació directa i indirecta entre dones i homes. Per tant, què hem d'entendre com a criteri o sistema que garanteixi l'absència de discriminació?. Aquí el legislador, no ha aprofitat les esmentades reformes per donar un pas endavant i establir la definició i les pautes a utilitzar. La resposta la trobem en la jurisprudència tan a nivell internacional com nacional, al determinar que totes aquestes pràctiques i polítiques empresarials, hauran d'utilitzar criteris neutres i comuns d'aptitud laboral tan per dones com per homes, i a més, hauran de superar el test de igualtat; això és, a) verificar la legitimitat i la idoneïtat de la mesura que ha de ser susceptible d'aconseguir la finalitat perseguida; b) la necessitat, en tant i en quan no ha d'existir una altra mesura més moderada; i c)

64 STC (Sala Primera) sentència núm. 182/2005, de 4 de juliol. RTC/2005/182, on s'exposa que l'argument de que els companys varen assumir més importants treballs, només es demostratiu del fet de que a ells, se'ls hi va encomanar aquestes funcions...la justificació objectiva i raonable d'aquesta decisió exigia que l'empresa demostrés perquè els citats treballs no es van encomanar també a l'actora...perquè aquest tipus de discriminació compren, sens dubte, aquells tractaments peyoratius que es fonamenten no només en la pura i simple constatació del sexe de la víctima, sinó en la concurrència de raons o circumstàncies que tinguin en el sexe de la persona una connexió directa i inequívoca, com passa amb l'embaràs, element o factor diferencial que, per raons obvies, incideix de forma clara en les dones".

el de proporcionalitat en sentit estricte en quan la seva aplicació atorga més beneficis que perjudicis.

Serà necessari que des de la direcció empresarial, s'afavoreixi la realització d'una diagnosi de la situació real en que es troba l'empresa, per tal de verificar l'acompliment d'aquest test de igualtat en tots els procediments desenvolupats des de la gestió de recursos humans. Si el test de igualtat es negatiu, s'hauran d'adoptar les mesures correctores necessàries per garantir el respecte al principi de igualtat, consolidat en el nostre ordenament jurídic com a dret fonamental.

B) A més del reconegut paper que juguen tots els agents socials implicats per assolir la igualtat d'oportunitats, considero que tindrà un paper fonamental el departament de recursos humans, que haurà de garantir l'absència de discriminació directa i indirecte, en totes les polítiques de selecció, formació, classificació, promoció i desenvolupament professional; o en el que actualment s'anomena, gestió del talent en les empreses.

El problema rau en el nostre teixit industrial, majoritàriament configurat per petites i mitjanes empreses, que no atorga una visió estratègica a la direcció de recursos humans, i en moltes ocasions és el propi empresari qui realitza la gestió del personal, dirigint els seus esforços cap a la productivitat i rendibilitat de la seva companyia.

Una millora en la professionalització de l'àrea de recursos humans en les empreses ajudaria a establir polítiques, pràctiques o sistemes més neutres i objectius que garantissin el test de igualtat i una absència de discriminació directa i indirecte, permeten retenir i desenvolupar tot el talent, amb la finalitat de ser més productius, innovadors i competitius.

C) Desenvolupar eines i pràctiques que per si soles garantissin la igualtat d'oportunitats entre dones i homes.

Entre elles, trobem el disseny i la valoració de llocs de treball que resulta útil per a la contractació, selecció, avaluació del rendiment, remuneració, formació i desenvolupament de les carreres professionals. És a dir, sota el principi de "a igual valor, igual salari", serà una eina que ens ajudarà a determinar quan els llocs de treball tenen o no igual valor, es a dir, definirà l'objectivitat de les polítiques de gestió de recursos humans. Així doncs, el fet que ens trobem davant d'una eina que valora el lloc de treball independentment de qui l'ocupi (home o dona), ja pressuposa la no discriminació.

Una altra eina a desenvolupar és la gestió de personal per competències professionals, que juntament amb el disseny i valoració de llocs de treball, ens permet

crear el perfil professional de competències, essent un model concís, fiable i vàlid per predir l'èxit en el lloc de treball.

Un cop tenim el perfil professional de competències⁶⁵, el podem comparar, amb els candidats al lloc de treball, en els processos de selecció, o bé, per determinar quines necessitats formatives o mancances té la persona que ocupa el lloc i definir la seva ruta de desenvolupament professional dins l'organització empresarial.

En els processos de selecció, ens permetrà escollir el candidat que millor s'adeqüi a l'esmentat perfil professional, independentment, de si es home o dona; és a dir, obtindrem el "millor" pel lloc de treball a cobrir; d'aquí la seva objectivitat i neutralitat.

En els processos de formació, promoció i ascens en permetrà utilitzar diverses tècniques d'avaluació de l'acompliment⁶⁶ que ens poden guiar per formar i ascendir el candidat més adequat al perfil professional del lloc de treball d'ascens, independentment de si és home o dona.

Tanmateix, és important que en els processos d'ascens s'estableixin programes de relació i de mentoring de les dones de l'organització amb altres dones amb llocs de responsabilitat, lideratge i direcció que puguin ser referents per a les seves pròpies carreres professionals. I tot això, amb una reorganització dels temps de treball per tal d'equilibrar la productivitat amb el desenvolupament de les persones fora del seu àmbit laboral, i no en funció de la dedicació i disponibilitat horària plena.

Així doncs, és necessari motivar i estimular específicament a les dones perquè desenvolupin la seva carrera professional i assisteixin a cursos de formació i capacitació, predefinint els llocs de treball en funció de la promoció no discriminatòria; això és, valorar i incorporar els aprenentatges, experiències, capacitats, habilitats i coneixements assignats socialment a les dones, i vàlids per a les funcions directives a desenvolupar en els perfils professionals.

Conseqüentment, tenim desenvolupades moltes eines de gestió de recursos humans que ens permeten, retenir i desenvolupar el capital humà de les organitzacions, essent criteris i procediments vàlids per aconseguir la igualtat de tracte i d'oportunitats en l'àmbit laboral, respectant els drets fonamentals reconeguts a la Constitució Espanyola.

65 Es un inventari de competències, amb uns nivells definits per a cada una d'elles. Per contrast amb el perfil personal de cada empleat, és a dir amb el nivell avaluat en cada competència s'obtindrien desajustos que caldria analitzar i superar.

66 És un procés integrat, sistemàtic i periòdic d'estimació quantitativa i qualitativa del grau d'eficiència en que cada persona porta a terme les responsabilitats i activitats del seu lloc de treball que té com objectiu millorar conductes i gestionar el desenvolupament continuu de les persones.

BIBLIOGRAFIA

- AA.VV: Coordinadors; MURRAY M.D., CUBEIRO J.C., FERNANDEZ G.): *Las competencias: Clave para una gestión integrada de los recursos humanos*. Edit. Deusto. Bilbao, 1996.
- AA.VV: (COROMINAS A., COVES A.M., LUSA A., MARTINEZ C., I ORTEGA M.A.): "Herramientas para detectar la discriminación salarial. La valoración de puestos de trabajo". https://recerca.upc.edu/giopact/publications/docs/1madrid_ivis_2000.pdf.
- AA.VV (Centro de Estudios Adams): *Gestión y Desarrollo de los Recursos Humanos*. Ed. Valbuena. Madrid, 2005.
- AA.VV (Hay Group/ SAP): *Factbook Recursos Humanos*. Ed. Aranzadi SA. Cizur Menor, 2006.
- AA.VV (Coordinador: MERCADER UGUINA, J.R.): *Comentarios laborales de la Ley de Igualdad entre mujeres y hombres*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2007.
- AA.VV. Coordinador: CAVAS MARTINEZ,F., I LUJÁN ALCARAZ, J.: *Guía práctica de la Reforma Laboral de 2010*. Ed. Laborum. Murcia, 2010.
- AA.VV (PUEBLA PINILLA, A., GÓMEZ ABELLEIRA, F.J.): *Memento Experto, Nueva Reforma Laboral RDL 10/2010 L35/2010*. Ed. Francis Lefebvre. Madrid, 2010.
- AA.VV (Director: SAMPERE NAVARRA, A.V.): *La Reforma Laboral de 2010*. Ed. Aranzadi SA. Cizur Menor, 2010.
- AA.VV (MONTROYA MELGAR, A.; SEMPERE NAVARRO, A.V.; GALIANA MORENO, J.M.; RIOS SALMERON, B.): *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores, octava edición*. Ed. Aranzadi SA. Pamplona, 2010.
- BASTIDA DOMINGUEZ, M.: "Esa famosa Igualdad". *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. Núm. 301 de 2008.
- CARDONA RUBERT, M.B.: "Discriminación por razón de sexo: discriminación indirecta en la promoción profesional por práctica de empresa". Ed. Aranzadi, SA. Pamplona, 1998.
- CUBO, A., PÉREZ, J.P., y MATEOS, S.: "Diagnóstico y tramamiento de situaciones de discriminación". *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 9 de 2009.
- FABREGAT MONFORT, G.: *La discriminación de género en el acceso al mercado de trabajo: La posibilidad de una nueva tutela a la luz de la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo, para la igualdad entre mujeres y hombres*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2007.
- FERNANDEZ-RIOS, M.: *Análisis y descripción de puestos de trabajo. Teoría, Métodos y Ejercicios*. Edit. Diaz de Santos S.A. Madrid, 1995.
- GALGO GALLEGO, F.J., RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: "La adaptación del marco normativo de las Empresas de Trabajo Temporal". *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 21-22, de 2010.
- GARCIA NINET, J.I. ET AL.: *Comentarios a la Ley delgualdad.*, Ed. Ciss Praxi, Wolters Kluwer. Valencia 2007.
- LOUSADA AROCHENA, J.F.: "La discriminación indirecta por razón de sexo en la promoción profesional". <http://www.westlaw.es>.
- MONTROYA MELGAR, A.: *El poder de dirección del empresario*. Ed. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1965.
- PERÁN QUESADA, S.: "La prohibición de discriminación indirecta". *Aranzadi Social*, núm. 38 de 2009.
- RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: "La Igualdad efectiva de mujeres y hombres y la Ley Orgánica 3/2007". *Relaciones Laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica*. Núm.8 de 2007.
- SÁEZ LARA C., BENAVENTE TORRES I.; "Género y trabajo: Jurisprudencia reciente". Ed. <http://www.juntadeandalucia.es/>.
- VALDÉS DEL-RE, F.: "La reforma de la intermediación Laboral". *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 21-22, de 2010.