



Roj: STS 5798/2011
Id Cendoj: 28079140012011100498
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Social
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 133/2010
Nº de Resolución:
Procedimiento: Casación
Ponente: JOSE MANUEL LOPEZ GARCIA DE LA SERRANA
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dieciocho de Julio de dos mil once.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de Casación interpuesto por el Procurador Don César Berlanga Torres, en nombre y representación de EL CORTE INGLÉS S.A., contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de fecha 9 de junio de 2010, en actuaciones nº 6/10 seguidas en virtud de demanda a instancia de DIRECCIÓ GENERAL DE RELACIONS LABORALS DEL DEPARTAMENT DE TREBALL DE LA GENERALITAT DE CATALUNYA contra EL CORTE INGLES, S.A., COMITÉ D'EMPRESA DEL CENTRO D'AVINGUDA DIAGONAL 617 DE BARCELONA, COMITÉ D'EMPRESA DEL CENTRE DE PLAÇA DE CATALUNYA NUM 14 DE BARCELONA, COMITÉ D'EMPRESA DEL CENTRE DEL C/POL. EL RAIGUER DE MONTORNÉS DEL VALLÉS, SINDICAT CC.OO., SINDICAT U.G.T. y COMITÉ D'EMPRESA DEL CENTRE DE C/ BOLÍVIA NÚM 234-236 DE BARCELONA, sobre DISCRIMINACIÓN INDIRECTA.

Han comparecido en concepto de recurrido SINDICATO CC.OO. representado por el Letrado Don Gerard Martínez Puga, SINDICATO UGT representado por el Letrado Don Luis Ezquerro Escudero, DIRECCIÓ GENERAL DE RELACIONS LABORALS DEL DEPARTAMENT DE TREBALL DE LA GENERALITAT DE CATALUNYA representada por el Abogado de la Generalitat de Catalunya.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la representación de DIRECCIÓ GENERAL DE RELACIONS LABORALS DEL DEPARTAMENT DE TREBALL DE LA GENERALITAT DE CATALUNYA se planteó demanda de oficio de la que conoció la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, y en la que tras exponer los hechos y motivos que estimaron de aplicación se terminó por suplicar se dictara sentencia por la que se declare que las contrataciones y afirmaciones de hecho contenidas en las actas de infracción de la Inspección de Trabajo y en esta comunicación de oficio configuran y suponen infracción consistente en discriminación indirecta en el sistema de promoción profesional por razón del género de los centros de trabajo al que hacen referencia las actas de infracción.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda se celebró el acto del juicio en el que la parte actora se afirmó en la misma, oponiéndose la demandada según consta en Acta. Recibido el pleito a prueba se practicaron las propuestas por las partes y declaradas pertinentes.

TERCERO.- Con fecha 9 de junio de 2010 se dictó sentencia por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en la que consta el siguiente fallo: "Que debemos estimar y estimamos la demanda de oficio interpuesta por el DEPARTAMENT DE TREBALL I INDUSTRIA DE LA GENERALITAT DE CATALUNYA, frente a la empresa EL CORTE INGLÉS, S.A., siendo asimismo partes interesadas los sindicatos COMISIÓN OBRERA NACIONAL DE CATALUÑA, UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES, FEDERACIÓN DE ASOCIACIONES SINDICALES FASGA, FEDERACIÓN DE TRABAJADORES INDEPENDIENTES DE COMERCIO, FETICO, y los comités de empresa de los centros de trabajo de Bolivia, Avenida Diagonal, Plaza de Cataluña de Barcelona, y de Montornés del Vallés, y en consecuencia declaramos que las constataciones y afirmaciones de hechos contenidas en las actas de

infracción de la Inspección de Trabajo y en las comunicaciones de oficio de la autoridad laboral suponen una infracción consistente en discriminación indirecta por razón de sexo en el sistema de promoción profesional de la empresa EL CORTE INGLÉS S.A. en los centros de trabajo de la calle Bolivia, Avenida Diagonal y Plaza de Cataluña de Barcelona, y en el de Montornés del Vallés."

CUARTO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: **1º.-** La Inspección de Trabajo y Seguridad Social de Barcelona levantó diferentes actas de infracción en fecha 1 de agosto de 2005, a la empresa EL CORTE INGLÉS, S.A., por discriminación indirecta en razón de género en el sistema de promoción profesional en los centros de trabajo de las calles Bolivia, Avenida Diagonal y Plaza de Cataluña de Barcelona, así como en el centro de trabajo de Montornés del Vallés. Se da por íntegramente reproducido el contenido de cada una de dichas actas. **2º.-** En el trámite de alegaciones a dichas Actas, mediante escrito de 24 de Agosto de 2005, la empresa instó que se procediera a la suspensión del procedimiento sancionador y que el conocimiento del fondo de la cuestión, la existencia o no de Discriminación Indirecta por razón de género, fuera atribuida al Orden Jurisdiccional Social de acuerdo con el *artículo 149.2 de la Ley de Procedimiento Laboral*. **3º.-** En resolución de 23 de enero de 2006, la Directora General de Relaciones laborales del Departament de Treball i Indústria, acordó la interposición demanda de oficio ante los juzgados de lo social, al estimar que las alegaciones y pruebas presentadas por los sujetos responsables ponen en evidencia que el Conocimiento del fondo de la cuestión esta atribuida al Orden Jurisdicción Social, solicitando que se dicte sentencia por la que se declare que las constataciones y afirmaciones de hecho contenidas en el Acta de Infracción de la Inspección de Trabajo y en estas comunicaciones de Oficio configuran y suponen infracción consistente en discriminación indirecta en el sistema de promoción profesional por razón de género en aquellos cuatro centros de la empresa EL CORTE INGLÉS, S.A. **4º.-** Interpuestas las demandas ante los juzgados de lo social de la ciudad de Barcelona, corresponde el conocimiento de las mismas al Juzgado de lo Social nº 13, que dictó sentencia de 30 de julio de 2007, con el siguiente fallo "Que debemos estimar las cuatro demandas en Procedimiento de Oficio interpuestas por el DEPARTAMENT DE TREBALL I INDUSTRIA DE LA GENERALITAT DE CATALUNYA, frente a la empresa EL CORTE INGLÉS, S.A., compareciendo así mismo como partes interesadas los sindicatos COMISIONES OBRERAS, UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES Y LOS COMITES DE EMPRESA DE LOS CUATRO CENTROS DE TRABAJO DEL CORTE INGLÉS, S.A. (C/ BOLIVIA, AVENIDA DIAGONAL, C/ POLÍGONO EL RIGUER DE MONTORNÉS DEL VALLÉS Y PLAÇA DE CATALUNYA), siendo parte también EL MINISTERIO FISCAL en reclamación de declaración de DISCRIMINACION INDIRECTA EN EL SISTEMA DE PROMOCIÓN PROFESIONAL POR RAZÓN DEL GÉNERO EN LOS CENTROS DE LA EMPRESA SITOS EN C/ BOLIVIA, AVENIDA DIAGONAL, C/ POLÍGONO EL RIGUER DE MONTORNÉS DEL VALLÉS Y PLAÇA DE CATALUNYA y en su consecuencia debemos declarar y declaramos que el sistema de promoción profesional seguido por la empresa, en los cuatro Centros a que se refieren las demandas, incurre en Discriminación Indirecta por razón de Género y contraviene los *artículos 14 y 35.1* de la Constitución y en consecuencia condenamos a la empresa EL CORTE INGLÉS, S.A. a estar y pasar por esta declaración". **5º.-** Contra dicha sentencia interpone recurso de suplicación la empresa, que resuelve la sentencia de esta sala de 28 de septiembre de 2009, en la que se aprecia de oficio la incompetencia de los juzgados de lo social de la ciudad de Barcelona para conocer de la demanda, porque uno de los centros de trabajo a los que se refiere se encuentra situado en el partido judicial correspondiente a los juzgado de lo social de la localidad de Granollers, por lo que el órgano judicial competente sería esta Sala de lo Social del TSJ de Cataluña. **6º.-** Una vez firme dicha sentencia, la autoridad laboral interpone demanda de oficio en fecha 29 de enero de 2009 ante esta Sala de lo Social, solicitando que se dicte sentencia por la que se declare que las constataciones y afirmaciones de hecho contenidas en el Acta de Infracción de la Inspección de Trabajo y en estas comunicaciones de Oficio configuran y suponen infracción consistente en discriminación indirecta en el sistema de promoción profesional por razón de género en los centros de trabajo a que hacen referencia las actas de infracción. **7º.-** Los hechos a que se refieren las actas de infracción objeto del litigio se constriñen a los años 2003, 2004 y 2005. En el año 2006 se constituye en el seno de la empresa una Comisión Negociadora para el Plan de Igualdad, con intervención de los sindicatos con implantación en la misma, y en fecha 21 de mayo de año 2008, se aprueba definitivamente el plan de igualdad con ámbito nacional, cuyo texto se tiene por íntegramente reproducido. **8º.-** En el Centro de Trabajo de la empresa de Avenida Diagonal de Barcelona, la plantilla media es: Año 2003: 2449 trabajadores, de los cuales 945 son hombres y 1045 mujeres. Año 2004: 2334 trabajadores, de los cuales 904 son hombres y 1439 son mujeres. Año 2005: 1661 trabajadores, de los cuales 724 son hombres y 937 mujeres. Se han producido los siguientes ascensos: Año 2003: 25 hombres y 40 mujeres. Sistema de libre designación al grupo de Mando: 4 hombres y 6 mujeres. Sistema de evaluación continua al grupo coordinador: 4 hombres y una mujer. Resto de ascensos: desde el grupo de iniciación a profesional. Año 2004: 24 hombres y 34 mujeres. Sistema de libre designación al grupo de Mando: 8 hombres y 1 mujer. Sistema

de evaluación continua al grupo de coordinador: 0 hombres y 1 mujer. Resto de ascensos: desde el grupo de iniciación a profesional: 16 hombres y 32 mujeres. Año 2005: no ha habido ascensos. El análisis estadístico de la evaluación de los ascensos en los años 2003, 2004 y 2005 en relación con la plantilla media de estos años, ofrece el siguiente resultado: Año 2003: El 38,59% de la plantilla son hombres. El 0,85% de los hombres han ascendido a los grupos de mandos, coordinadores y técnicos. El 61,41% de la plantilla son mujeres. El 0,47% de las mujeres han ascendido a los grupos anteriores. Año 2004: El 38,58% de la plantilla son hombres. El 0,88% de los hombres han ascendido a los grupos de mandos, coordinadores y técnicos. El 61,42% de la plantilla son mujeres. El 0,14% de las mujeres han ascendido a los grupos anteriores. 2005: No ha habido ascensos. **9º.**- En el Centro de Trabajo de Plaza de Catalunya de Barcelona, la plantilla es de: Año 2003: 2018 trabajadores, de los cuales 801 son hombres y 1217 mujeres. Año 2004: 1904 trabajadores, de los cuales 727 son hombres y 1177 son mujeres. Año 2005: 1770 trabajadores, de los cuales 689 son hombres y 1081 mujeres. Se han producido los siguientes ascensos: Año 2003: 38 hombres y 45 mujeres. Sistema de libre designación al grupo de Mando: 6 hombres y 2 mujeres. Sistema de evaluación continua al grupo coordinador: 5 hombres y 3 mujer. Resto de ascensos: desde el grupo de iniciación a profesional (por el transcurso de dos años de prestación de servicios). Año 2004: 39 hombres y 53 mujeres. Sistema de libre designación al grupo de Mando: 7 hombres y 1 mujer. Sistema de evaluación continua al grupo de coordinador: 7 hombre y 1 mujer. Resto de ascensos: desde el grupo de iniciación a profesional: 25 hombres y 51 mujeres (por el transcurso de dos años de prestación de servicios en la empresa). Año 2005: no ha habido ascensos. Análisis estadístico de la evaluación de los ascensos en los años 2003, 2004 y 2005 en relación con la plantilla media de estos años: Año 2003: El 39,69% de la plantilla son hombres. El 1,37% de los hombres han ascendido a los grupos de mandos, coordinadores y técnicos. El 60,31% de la plantilla son mujeres. El 0,41% de las mujeres han ascendido a los grupos anteriores. Año 2004: El 38,18% de la plantilla son hombres. El 1,93% de los hombres han ascendido a los grupos de mandos, coordinadores y técnicos. El 61,82% de la plantilla son mujeres. El 0,17% de las mujeres han ascendido a los grupos anteriores. Año 2005: No ha habido ascensos. **10º.**- En el Centro de Trabajo de la calle Bolivia de Barcelona, la plantilla tiene la siguiente configuración: Año 2003: está compuesta de 329 trabajadores, de los cuales 186 son hombres y 143 mujeres. Año 2004: sobre una media de 332 trabajadores, de los cuales 185 son hombres y 147 son mujeres. Año 2005: plantilla mediana 332 trabajadores, de los cuales 160 son hombres y 172 mujeres. Sobre dicha plantilla de trabajadores, se han producido los siguientes ascensos: Año 2003: 8 hombres y cuatro mujeres. Sistema de libre designación al grupo de Mando: 2 hombres y 0 mujeres. Sistema de evaluación continúa al grupo coordinador: 2 hombres y una mujer. Sistema de libre designación al grupo técnico: 0 hombre y una mujer. Resto de ascensos: desde el grupo de iniciación a profesional. Año 2004: 3 hombres y cuatro mujeres. Sistema de libre designación al grupo de Mando: 2 hombres y 0 mujeres. Sistema de evaluación continua al grupo de coordinador: 1 hombre y 0 mujeres. Sistema de libre designación al grupo técnico: 0 hombres y 1 mujer. Resto de ascensos: desde el grupo de iniciación a profesional: 3 mujeres. Año 2005: No ha habido ascensos a la fecha de las actas de infracción. Lo que ofrece el siguiente resultado estadístico: Año 2003: El 56,53% de la plantilla son hombres. El 2,15% de los hombres han ascendido a los grupos de mandos, coordinadores y técnicos. El 43,47% de la plantilla son mujeres. El 1,40% de las mujeres han ascendido a los grupos anteriores. Año 2004: El 55,72% de la plantilla son hombres. El 1,62% de los hombres han ascendido a los grupos de mandos, coordinadores y técnicos. El 44,28% de la plantilla son mujeres. El 0,68% de las mujeres han ascendido a los grupos anteriores. 2005: No ha habido ascensos. **11º.**- En el Centro de Trabajo de Montornés del Vallés, la plantilla media es: Año 2003: 1154 trabajadores, de los cuales 671 son hombres y 483 mujeres. Año 2004: 1154 trabajadores, de los cuales 655 son hombres y 499 son mujeres. Año 2005: 1121 trabajadores, de los cuales 624 son hombres y 497 mujeres. Los ascensos que se han producido en dicho periodo son: Año 2003: 19 hombres y 14 mujeres. Sistema de libre designación al grupo de Mando: 2 hombres y 0 mujeres. Sistema de evaluación continua al grupo coordinador: 1 hombre y 0 mujeres. Resto de ascensos: desde el grupo de iniciación a profesional. Año 2004: 39 hombres y 33 mujeres. Sistema de libre designación al grupo de Mando: 4 hombres y 0 mujeres. Sistema de evaluación continua al grupo de coordinador: 7 hombres y 4 mujeres. Resto de ascensos: desde el grupo de iniciación a profesional: 28 hombres y 29 mujeres. Año 2005: no ha habido ascensos. El análisis estadístico de la evaluación de los ascensos en los años 2003, 2004 y 2005 en relación con la plantilla media de estos años, ofrece el siguiente resultado: Año 2003: El 58,15% de la plantilla son hombres. El 0,45% de los hombres han ascendido a los grupos de mandos, coordinadores y técnicos. El 41,85% de la plantilla son mujeres. El 0% de las mujeres han ascendido a los grupos anteriores. Año 2004: El 56,76% de la plantilla son hombres. El 1,68% de los hombres han ascendido a los grupos de mandos, coordinadores y técnicos. El 43,24% de la plantilla son mujeres. El 0,80% de las mujeres han ascendido a los grupos anteriores. 2005 No ha habido ascensos. **12º.**- Los trabajadores de la empresa prestan servicio a jornada completa o a tiempo parcial, siendo considerablemente muy superior el número de mujeres que trabajan a tiempo parcial. Hasta el año 1992, la prestación de servicio en domingo y festivos era voluntaria, ofreciéndose a realizarla muchos

más hombre que mujeres. Los mandos que prestan sus servicios en Centros Comerciales y cuya función está directa o indirectamente relacionada con la actividad de venta, realizan su prestación de servicios diaria a jornada completa partida con descanso de 3 horas, concretándose su horario de trabajo de manera flexible y coordinada con otros compañeros de su misma responsabilidad en el área, especialmente en los momentos de apertura y cierre mercantil. **13º.-** El ascenso a la categoría de técnicos y mandos se rige por el sistema de libre designación, y el de evaluación continuada para el ascenso a coordinadores. En cuanto al sistema de evaluación continuada, la valoración se realiza por el Jefe inmediato. La empresa no comunica a los sindicatos, ni a los Comités de Empresa e Intercentros, ni a ningún trabajador las vacantes para la promoción, ni los criterios seguidos en cada uno de los ascensos y solo conocen, en su caso si se aplican, los criterios tal como indica la empresa, la dirección y los jefes que efectúan la propuesta y por supuesto el trabajador elegido es el único que conoce su promoción. Tampoco informa a los sindicatos ni a los trabajadores sobre la normativa de valoración para la evaluación continua. Ni así mismo da información y copia sobre los ascensos efectuados y los criterios utilizados para la adjudicación por la evaluación continuada. Ni la relación de los trabajadores que han de ascender y sus méritos y, solo al año, como a todos los trabajadores se entrega los representantes de los trabajadores una relación nominal de todos los ascensos que se han hecho en todos los grupos durante el año. La participación en los cursos de formación se basa en la elección discrecional por parte de la empresa de quienes asistirán a los mismos, aún cuando en ocasiones hay peticiones de los propios trabajadores. **14º.-** La empresa aplica el mismo sistema y procedimiento de ascenso en todos sus centros de trabajo, tanto en los de Cataluña como en el resto del territorio nacional. No se ha interpuesto en ningún territorio demandas colectivas contra la empresa de discriminación por razón de género, sino tan solo algunas demandas individuales en Madrid, Valencia y Málaga, que han sido desestimadas. **15º.-** Es de aplicación el Convenio Colectivo de Grandes Almacenes para los años 2001-2005, cuyo art. 17 regula el sistema de ascensos, y se da por íntegramente reproducido.

QUINTO.- Contra dicha resolución se interpuso recurso de casación por la representación de EL CORTE INGLÉS S.A..

SEXTO.- Impugnado el recurso por las partes personadas y evacuado el traslado conferido por el Ministerio Fiscal se emitió informe en el sentido de considerar IMPROCEDENTE el recurso, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 12 de julio de 2011, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que estima la demanda de oficio interpuesta ante ese Tribunal por la autoridad laboral y declara que las constataciones y afirmaciones de hechos contenidas en las actas de infracción de la Inspección de Trabajo y en la comunicación de oficio de la autoridad laboral suponen una infracción consistente en discriminación indirecta por razón de sexo en el sistema de promoción profesional de la empresa demandada, se interpone por esta el presente recurso de casación ordinaria que se articula en cinco motivos: el primero denuncia el quebrantamiento de las formalidades esenciales del procedimiento por falta de acción, con el segundo se pretende la revisión de los hechos que declara probados la sentencia recurrida y en los tres restantes se alegan distintas infracciones del ordenamiento jurídico.

SEGUNDO.- El primer motivo del recurso, formulado al amparo del *artículo 205-c) de la L.P.L.*, alega la infracción de las formas esenciales del procedimiento por falta de acción con base en el *artículo 22-1 de la L.E.C.* y en la jurisprudencia de la que son muestra nuestras sentencias de 18 de julio de 2002 y 12 de febrero de 2008. Sostiene en esencia, la recurrente, que el proceso sólo es viable cuando existe un interés actual necesitado de protección y que no cabe plantear en él consultas, ni cuestiones futuras o hipotéticas, razón por la que, al no existir un interés actual, la demanda debió desestimarse por falta de acción. Esa falta hipotética de interés la relaciona el recurso con lo dispuesto en el *artículo 22-1 de la L.E.C.* por la carencia sobrevenida de objeto al haberse producido una satisfacción extraprocesal de la pretensión. La carencia sobrevenida de objeto la anuda el recurso a la entrada en vigor de la *Ley Orgánica 3/2007, de Igualdad*, que ha establecido un nuevo marco normativo en la materia que supera el anterior y que ha avanzado en las responsabilidades empresariales al respecto, pero que ha impuesto una visión global de la conducta empresarial y no aislada con relación sólo a una materia, la promoción profesional, sino del conjunto de la actividad no sólo en un centro de trabajo, sino en todos. Además el problema ya se habría resuelto por la negociación colectiva, mediante la elaboración de un Plan de Igualdad, firmado el 11 de abril de 2008. Como puede observarse, la carencia de objeto y, consiguientemente, de acción la liga al recurso a la entrada en vigor de la *Ley Orgánica 3/2007* y al cumplimiento de la misma por la recurrente, quien ha elaborado un Plan de Igualdad.

La simple enunciación del motivo muestra su improcedencia porque equivale a decir, como cumpla la normativa actual, ninguna norma anterior infringí, ni puede sancionárseme por hechos anteriores, ya que ahora si observo las *disposiciones legales, silogismo incorrecto porque lo que aquí se juzga no es la aplicación en la Ley 3/2007* por la demandada, sino su conducta anterior, su proceder en los años 2003 y 2004 y si el mismo comportaba una discriminación indirecta por razón de sexo. Aquí no se resuelve si la conducta de la empresa fue constitutiva de una infracción tipificada, ni la sanción a imponer, ni si la responsabilidad por esos hechos ya no es exigible con la vigencia de la nueva Ley, sino, simplemente, si con su proceder en aquellos años la recurrente discriminó a las mujeres que empleaba en materia de promoción profesional, cuestión que si tiene un interés actual, porque existe abierto un expediente sancionador pendiente de que esta jurisdicción resuelva si la conducta imputada a la empleadora puede calificarse de discriminatoria, cuestión actual que evidencia un interés necesitado de tutela, incluso para la recurrente, dado el proceso sancionador que se sigue contra ella.

Conviene recordar que el procedimiento de oficio que nos ocupa se instauró para evitar contradicciones entre órganos judiciales sociales y los de lo contencioso-administrativo, a fin de que los primeros, aunque no sean competentes en materia de impugnación de sanciones administrativas, pudieran intervenir y ser oídos en materias de su competencia de las que concreta el *artículo 149-2 de la L.P.L.* .. Al efecto, durante la tramitación del procedimiento sancionador, cuando el sujeto responsable de la infracción haga en su defensa alegaciones y proponga pruebas sobre cuestiones atribuidas al conocimiento de la jurisdicción social, la autoridad laboral acordará formular demanda de oficio para que la jurisdicción social resuelva sobre esas cuestiones de su competencia, sobre la calificación laboral de la relación, del contrato y de su ejecución, procedimiento cuya tramitación suspenderá el trámite del expediente administrativo sancionador hasta que recaiga sentencia firme que reabrirá el procedimiento administrativo y que respetará el pronunciamiento del orden social sobre el fondo del asunto (*arts. 150-2 de la L.P.L. y 6 del R.D. 928/1998*). La finalidad de este procedimiento es evitar que la autoridad laboral decida cuestiones atribuidas al conocimiento de la jurisdicción social y, al efecto, se establece la necesidad de este procedimiento (a modo de una cuestión prejudicial de las previstas en el *artículo 43 de la L.E.C.*), cuya promoción es obligada, cual se infiere de la literalidad del *art. 149-1 de la L.P.L.* que dice que el procedimiento se iniciará "a virtud de la comunicación que deberá dirigir la autoridad...", términos que indican que la autoridad laboral debe promoverlo en todo caso, cuando las alegaciones del sujeto responsable susciten cuestiones de fondo de la competencia de esta jurisdicción, entre las que se encuentran los actos discriminatorios de la empresa (*art. 8-12 de la LISOS*). Como señalamos en nuestra sentencia de 3 de marzo de 2004 (R. 4683/2002) "*lo que el art. 149.2 está exigiendo en este último párrafo discutido no es que se cuestione la competencia formal de la Autoridad Laboral para conocer de la solución al procedimiento administrativo, sino que de las alegaciones de las partes se deduzca que la competencia sobre la cuestión básica o de fondo que motivó el levantamiento del Acta es de naturaleza laboral, pues la razón de ser de este procedimiento no es otra que la de economía procesal que supone decidir tal cuestión previa sin tener que posponerla a un trámite final en el que habría que resolver la misma cuestión por medio de un conflicto de jurisdicción. La intervención, pues, del Juez social por medio de este específico y particular procedimiento tiene como objeto anticipar a la Autoridad Laboral una solución que sólo puede dar la Autoridad judicial a una cuestión previa para la que es ésta competente con la finalidad de que él pueda resolver con todas las garantías sobre la impugnación de naturaleza administrativa sancionadora de la que está conociendo*".

Si ello es así, debe concluirse que existe un interés actual en la calificación de los actos juzgados, para que pueda reanudarse el proceso sancionador suspendido, sin que pueda estimarse que el proceso ha perdido su objeto o que se ha satisfecho la pretensión ejercitada fuera de él, porque una cosa es la observancia por la recurrente de la *Ley 3/2007* y otra distinta la calificación de su actuación como discriminatoria en los años 2003 y 2004 a fin de determinar si los mismos son merecedores de sanción, cuestión ajena al trato que dé a sus empleadas en la actualidad, porque en este proceso se juzga aquella conducta dentro de un procedimiento sancionador y no con el fin de satisfacer las pretensiones de las trabajadoras discriminadas.

TERCERO.- El segundo motivo del recurso pretende, al amparo del *artículo 205 d) de la L.P.L.* la revisión de los hechos declarados probados por la sentencia recurrida, para que se de nueva redacción al ordinal decimotercero de su relato de hechos probados. El recurso propone una redacción alternativa extensa en la que, tras aceptar las dos primera frases del relato impugnado sobre los sistemas de ascenso existentes y como se realiza la llamada evolución continuada, suprime el resto de las afirmaciones que se contienen en el relato impugnado y pide sustituirlas por otras sobre el plan de formación, exigencias impuestas para ascender, la promoción profesional y el Informe Diagnóstico elaborado por el Instituto de la Mujer, adiciones que, según el propio recurso, podrían resumirse diciendo que la promoción profesional se rige por los criterios y requisitos que constan en los antecedentes fácticos de los Autos de esta Sala de lo Social del T.S. de 22 de octubre de 2009 (Rec. 182/09) y 18 de febrero de 2010 (Rec. 2291/09) que se darían por reproducidos, añadiendo que

existe un Acuerdo de Modificación de turnos y horarios laborales suscrito por la empresa y los sindicatos el 31 de octubre de 1995 que se da por reproducido.

El motivo no puede prosperar. Es muy discutible que los hechos declarados probados en dos procesos individuales, aunque plurales, vinculen en un proceso como este, cual sostiene la recurrente, iniciado por la autoridad laboral con otro objeto y con base en otras pruebas, entre las que destacan, aparte de las testificales practicadas y de la aceptación tácita por la empresa de las afirmaciones fácticas contenidas en una resolución judicial que fue anulada por el Tribunal que ha dictado la sentencia recurrida, al estimar de oficio la falta de competencia del Juzgado, las actas levantadas por la inspección de trabajo que gozan de la presunción de veracidad que la ley les otorga, presunción de veracidad que reitera el *artículo 148-d) de la L.P.L.* con respecto a las afirmaciones fácticas contenidas en la resolución administrativa. Pero, aunque a efectos dialécticos se aceptara esa vinculación en un proceso en el que es distinto el objeto y diferente la persona demandante que tiene un interés distinto, la solución sería la misma, porque los documentos en que se funda el recurso reflejan las reglas generales que se aplican para la promoción profesional y en la modificación de turnos y horarios en unos términos que no contradice la sentencia recurrida. La contradicción entre el relato fáctico impugnado y las resoluciones firmes que cita el recurso, no se produce al sentar las líneas generales de la forma de ascender, sino a la hora de describir su ejecución práctica. Y, sobre ese particular, ninguna prueba documental de las propuestas por la recurrente avala su pretensión de suprimir las afirmaciones fácticas relativas a la falta de publicidad con la que se llevan a cabo los ascensos y los criterios seguidos al efecto, el secretismo en cuanto a las vacantes existentes, los criterios seguidos para cubrirlos y la publicidad de los resultados del proceso. Sobre esas cuestiones nada se dice en las sentencias en que se funda la revisión fáctica propuesta, pretensión que, por ende, debe rechazarse, al no citarse la existencia de documentos que evidencien el error de la sentencia recurrida al dar por probados los hechos que la recurrente quiere expulsar del relato fáctico impugnado.

Además, el rechazo del motivo examinado se justifica por su falta de trascendencia para el sentido del fallo, lo que la hace improcedente. Como reconoce la recurrente en el quinto de los motivos del recurso, "la censura de fondo no va ligada necesariamente al éxito de la censura fáctica", manifestación que evidencia la falta de trascendencia de la revisión fáctica propuesta que no va anudada al correspondiente motivo jurídico y no tiene repercusión en el sentido del fallo. La descripción de las reglas generales de la promoción profesional carece de interés porque lo que se cuestiona es su aplicación práctica, particular sobre el que no se propone prueba que funde la supresión del relato impugnado sobre ese particular.

CUARTO.- El tercer motivo del recurso alega, al amparo del *artículo 205-e) de la L.P.L.* , la infracción por inaplicación o vulneración, sic, de los *artículos 9-3 y 24-1* de la Constitución. El motivo se encuentra íntimamente ligado al anterior, como la recurrente reconoce, al ser subsidiario de él y tener por fin que se acceda a la modificación fáctica interesada o que, caso contrario, se acuerde la nulidad de la sentencia recurrida por falta de motivación de su discrepancia con anteriores pronunciamientos judiciales. Se funda la recurrente en la doctrina constitucional que señala que no puede admitirse que unos mismos hechos puedan existir o dejar de existir para los órganos del Estado, pues, repugna a la lógica jurídica y extrajurídica que, según diferentes resoluciones judiciales unos mismos hechos hayan podido ocurrir o no (SSTC 77/1983, de 3 de octubre , 24/1984, de 23 de febrero , 158/1985, de 26 de noviembre y 109/2008, de 22 de septiembre), lo que obliga al órgano judicial a expresar las razones por las que se aparta del diferente criterio mantenido por otros Tribunales en la valoración de los hechos.

Las argumentaciones de la recurrente no son acogibles porque las resoluciones judiciales supuestamente contradictorias han recaído en procesos judiciales de diferente naturaleza, que tenían distinto objeto y que fueron promovidos por determinadas trabajadoras a título personal, mientras que el presente caso el procedimiento se inició a instancia de la autoridad laboral con base en las actas levantadas por la inspección de trabajo que gozan de presunción de certeza, al igual que las afirmaciones fácticas de la autoridad laboral (*art. 148-d*) de la *L.P.L.*) y en otras pruebas que no se practicaron en los dos procesos anteriores, lo que justifica una distinta apreciación de los hechos que se consideran probados. Además, la sentencia recurrida reconoce que el sistema y procedimiento de ascenso es común a todos los centros de trabajo del territorio nacional y que han existido algunas demandas individuales que han sido desestimadas, pero no se siente vinculada por lo resuelto en ellas porque no hubo demandas con repercusión colectiva con el mismo objeto y porque, aunque el sistema de ascensos sea común y en los demás centros pudiera existir también un proceder incorrecto, en ella se juzga, solamente, la situación existente en cuatro centros concretos ubicados en Cataluña, cuyas circunstancias son las que analiza y juzga. Con ello está motivando el que estime probados otros hechos, ya que, aparte que valora otras pruebas, no desconoce el sistema general de ascensos a nivel nacional, sino que se limita a valorar su aplicación en cuatro centros concretos de la Comunidad Catalana.

Consecuentemente, no contradice lo resuelto en los dos procedimientos individuales que dice el recurso, porque en ellos se contempla el caso de empleadas de centros de trabajo de la Comunidad de Madrid, donde la aplicación de las reglas generales puede ser diferente, aparte que las pruebas aportadas en el caso de la sentencia recurrida fueron, seguramente, más consistentes, dados los medios con los que cuenta la autoridad laboral que promovió el proceso por el interés colectivo existente en él, sin que se deba olvidar que, conforme al *art. 148-d) de la L.P.L.* las afirmaciones de hecho contenidas en la resolución administrativa iniciadora del proceso gozan de presunción de certeza.

QUINTO.- El cuarto motivo del recurso alega, al amparo del *artículo 205-e) de la L.P.L.* la infracción por vulneración o inaplicación del *artículo 25-1* de la Constitución Española y de los *artículos 127 y 129 de la Ley 30/1992, de 26 de Noviembre. Sustancialmente*, se argumenta que nadie puede ser sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan una infracción administrativa, según la ley vigente en ese momento, mandato constitucional del que se derivan los principios de legalidad y tipicidad en el ámbito del derecho administrativo sancionador, principios que se violarían si se sancionara a la recurrente por actos realizados durante los años 2003 a 2005, ya que, en 2003 los hechos no estaban tipificados como infracción, al proceder el *art. 8-12 de la TRLISOS de la Ley 62/2003*, mientras que en el 2005 no hubo ascensos, razón por la que sólo quedaría la posible infracción durante el año 2004, respecto de la que reitera lo dicho en el primer motivo sobre la carencia sobrevenida de objeto del proceso, tras la vigencia de la *Ley 3/2007* y la aprobación de un Plan de Igualdad en la empresa.

El motivo no puede prosperar porque esta jurisdicción no es competente para determinar si los hechos son constitutivos de una infracción administrativa tipificada legalmente, ni las fechas de su comisión, ni para valorar las circunstancias concurrentes a fin de determinar la sanción a imponer. En efecto, como se dijo en el segundo fundamento de esta resolución, el presente procedimiento tiene como fin que esta jurisdicción resuelva el fondo de cuestiones propias de su competencia, a modo de cuestión prejudicial del *artículo 43 de la L.E.C.*, para evitar resoluciones contradictorias de distintos ordenes jurisdiccionales. Con ello, queremos resaltar que la autoridad laboral conserva su potestad sancionadora, sujeta al control de la jurisdicción contencioso administrativa, así como que esta jurisdicción sólo resuelve sobre la cuestión prejudicial que se le plantea, si existió o no relación laboral, si hubo o no cesión ilegal de trabajadores, si se ha producido una actuación discriminatoria etc. pero no si los hechos son constitutivos de una infracción administrativa merecedora de sanción. La tramitación del expediente administrativo sancionador se suspende, mientras se tramita ante esta jurisdicción la demanda de oficio (la cuestión prejudicial), hasta que recae sentencia firme en ese procedimiento, momento en el que se alza la suspensión y continúa el procedimiento sancionador, sin que la prescripción corra mientras se tramita el procedimiento de oficio (*artículos 6, 7 y 19 del R.D. 928/1998, de 14 de mayo*).

La sentencia recurrida es respetuosa con lo expuesto, cual muestra el último párrafo de su fundamento de derecho segundo, donde se argumenta que la función de ese Tribunal debe limitarse a resolver si se ha producido la irregular actuación que denuncia la demanda de oficio, si ha existido discriminación indirecta en la promoción profesional por razón de género, correspondiendo a la autoridad laboral valorar el conjunto de circunstancias concurrentes en orden a imponer una sanción por esos hechos y a cuantificar su importe. Pero, pese a que luego en el resto de su fundamentación no califica los hechos como constitutivos de una infracción concreta, en el fallo acaba diciendo que los hechos contenidos "en la comunicación de oficio de la autoridad laboral suponen una infracción consistente en discriminación indirecta por razón de sexo en el sistema de promoción profesional". Ese pronunciamiento debe aclararse en el sentido de que cuando habla de infracción el fallo recurrido no se refiere a la comisión de una infracción administrativa, sino a la vulneración de los preceptos legales (*art. 4-2 y 17 del E.T.*) que establecen el derecho de las trabajadoras a no ser discriminadas por razón de sexo. De no estimarse que estamos ante un error material de expresión que se puede aclarar en cualquier momento, procedería, incluso de oficio por ser las cuestiones de competencia materia de orden público procesal, anular el pronunciamiento controvertido y sustituirlo por otro diciendo de que no se ha producido una infracción administrativa, sino de un derecho de las empleadas de la recurrente.

SEXTO.- 1. El último motivo del recurso alega la infracción por interpretación errónea del *artículo 141-2* del Tratado de la Comunidad Europea, así como de los *artículos 8-12 de la Lisos, 4-2-c) del Estatuto de los Trabajadores y 17-8*, del Convenio Colectivo de Grandes Almacenes. Insiste la recurrente en que no pudo existir un obrar discriminatorio en el año 2005 porque no hubo ascensos durante el mismo y en cuanto a los demás años alega, sustancialmente, que no procede la inversión de las normas que regulan la carga de la prueba y que en cualquier caso, el sistema de promoción profesional no produce una discriminación indirecta para la mujer, porque no se acredita un efecto desproporcionadamente adverso en su aplicación, aparte que existe una justificación objetiva y razonable. Dejando a un lado la cuestión relativa a la no comisión

de infracción alguna en el año 2.005, por cuanto, como se dijo antes, no somos competentes para calificar su existencia, procede examinar las demás cuestiones planteadas.

2. Mantiene la recurrente que no procedía invertir las normas que regulan la carga de la prueba por no haberse ofrecido indicios suficientes que avalasen esa inversión, ya que, los datos estadísticos aportados, aparte de inconcretos e imprecisos, no tienen en nuestro derecho valor probatorio, máxime cuando, como estamos en el marco del derecho sancionador, juega la presunción de inocencia que no puede ser destruida ni por meros indicios, ni invirtiendo la carga de la prueba.

Las alegaciones de la recurrente no son de recibo porque no estamos ante datos meramente estadísticos, aparte que el Tribunal Constitucional ha estimado que la estadística es un medio revelador de la existencia de discriminación indirecta (SSTC, 128/1.987, de 14 de Julio , y 253/2004, de 22 de Diciembre), sin que, finalmente, se deba olvidar que no estamos en un procedimiento sancionador, sino en uno encaminado a determinar si la recurrente ha violado el derecho de sus empleadas a no ser discriminadas por razón de sexo.

Los datos reflejados en los ordinales octavo, noveno, décimo y undécimo de los hechos declarados probados no pueden considerarse meramente estadísticos, imprecisos y aparentes, por cuanto reflejan una realidad: el número total de empleados de cada centro de trabajo, el número de mujeres ocupadas en cada uno, los ascensos producidos en cada centro en los años controvertidos, los puestos de ascenso ocupados por hombre y mujeres y el porcentaje de cada uno de esos sexos que han ascendido, tanto en función del total como del de empleados de cada sexo. Estos datos son reales y conocidos por la recurrente, quien ha podido rebatirlos y probar su incorrección o que los porcentajes están mal calculados, lo que no ha hecho más que con alegaciones generales que no ha concretado para precisar el número de mujeres que podían ascender, pese a que esos datos son conocidos por ella. Sobre la estadística, como fuente de indicios de discriminación indirecta, conviene recordar la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en su sentencia 253/2004, de 22 de diciembre , donde se dice: *"Como es lógico, en estos supuestos, cuando se denuncia una discriminación indirecta, no se exige aportar como término de comparación la existencia de un trato más beneficioso atribuido única y exclusivamente a los varones; basta, como han dicho tanto este Tribunal como el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que exista, en primer lugar, una norma o una interpretación o aplicación de la misma que produzca efectos desfavorables para un grupo formado mayoritariamente, aunque no necesariamente de forma exclusiva, por trabajadoras femeninas (trabajadores a tiempo parcial - STJCE de 27 de junio de 1990 -, trabajadores con menos de dos años de permanencia en su puesto de trabajo - STJCE de 9 de febrero de 1999 -, trabajadores con menos fuerza física - STC 149/1991 -- etc.). En estos supuestos es evidente que cuando se concluye que, por ejemplo, un tratamiento concreto de los trabajadores a tiempo parcial discrimina a las mujeres, no se está diciendo que en esta misma situación laboral se trata mejor a los varones que a las mujeres. Y, en segundo lugar, se requiere que los poderes públicos no puedan probar que la norma que dispensa una diferencia de trato responde a una medida de política social, justificada por razones objetivas y ajena a toda discriminación por razón de sexo (por todas, SSTJCE de 14 de diciembre de 1995, asunto The Queen v. Secretary of State for Health ; de 20 de marzo de 2003, asunto Jorgensen , y de 11 de septiembre de 2003, asunto Steinicke).*

En suma, en estos supuestos, para que quepa considerar vulnerado el derecho y mandato antidiscriminatorio consagrado en el art. 14 CE debe producirse un tratamiento distinto y perjudicial de un grupo social formado de forma claramente mayoritaria por mujeres, respecto de bienes relevantes y sin que exista justificación constitucional suficiente que pueda ser contemplada como posible límite al referido derecho.

Finalmente debe observarse que la incorporación de la discriminación indirecta como contenido proscrito por el art. 14 CE repercute en la forma en la que el intérprete y aplicador del Derecho debe abordar el análisis de este tipo de discriminaciones, ya que implica que «cuando ante un órgano judicial se invoque una diferencia de trato... y tal invocación se realice precisamente por una persona perteneciente al colectivo tradicionalmente castigado por esa discriminación -en este caso las mujeres-, el órgano judicial no puede limitarse a valorar si la diferencia de trato tiene, en abstracto, una justificación objetiva y razonable, sino que debe entrar a analizar, en concreto, si lo que aparece como una diferenciación formalmente razonable no encubre o permite encubrir una discriminación contraria al art. 14 CE » (STC 145/1991, de 1 de julio , F. 2). Para ello deberá atender necesariamente a los datos revelados por la estadística (STC 128/1987, de 14 de julio , F. 6). En este mismo sentido se ha manifestado reiteradamente el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (por todas, Sentencia de 9 de febrero de 1999 , ya citada)."

Conviene recordar que el ordinal decimotercero de los hechos declarados probados muestra el proceder de la empresa en materia de ascensos, el secretismo con el que se acuerdan estos y que los mismos se

realizan principalmente por cooptación, lo que es indicativo, igualmente, de la existencia de un proceso de promoción profesional discriminatorio.

3. Tampoco son acogibles las alegaciones de la recurrente relativas a que el sistema de promoción profesional existente no produce discriminación indirecta, porque sus efectos no son desproporcionadamente adversos y porque el sistema y criterios de promoción profesional son razonables y están justificados objetivamente.

El examen de esta cuestión lo facilita la reproducción parcial de la doctrina constitucional contenida en la Sentencia del Tribunal Constitucional 253/2004 , antes citada, doctrina en la que se funda con acierto la sentencia recurrida. En ella se dice: *"El concepto de la discriminación indirecta por razón de sexo ha sido elaborado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, precisamente con ocasión del enjuiciamiento de determinados supuestos de trabajo a tiempo parcial a la luz de la prohibición de discriminación por razón de sexo del art. 119 del Tratado de la Comunidad Económica Europea (actual art. 141 del Tratado de la Comunidad Europea) y las Directivas comunitarias de desarrollo. Puede resumirse en una fórmula reiterada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en múltiples de sus fallos (entre otras muchas, SSTJCE de 27 de junio de 1990 , asunto Kowalska ; de 7 de febrero de 1991, asunto Nimz ; de 4 de junio de 1992 , asunto Bötzel ; o de 9 de febrero de 1999 , asunto Seymour-Smith y Laura Pérez), a saber, que «es jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia que el Derecho comunitario se opone a la aplicación de una medida nacional que, aunque esté formulada de manera neutra, perjudique a un porcentaje muy superior de mujeres que de hombres, a menos que la medida controvertida esté justificada por factores objetivos ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo».*

La Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976 , 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, no define los conceptos de discriminación directa o indirecta. Basándose en el artículo 13 del Tratado de la Comunidad Europea , el Consejo adoptó la Directiva 2000/43 / CE, de 29 de junio de 2000 , relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, y la Directiva 2000/78 / CE, de 27 de noviembre de 2000 , relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, que definen la discriminación directa o indirecta. La transposición de las Directivas 2000/43/ CE y 2000/78 / CE en el Derecho español se verificó por las Leyes 51/2003, de 2 de diciembre , de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, y 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales administrativas y del orden social. Posteriormente, en el marco del art. 141.3 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, se adopta la Directiva 2002/73 / CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002 , que modifica la Directiva 76/207/CEE , incluyendo las definiciones de discriminación directa e indirecta por razón de sexo, en la línea de las definiciones contenidas en las Directivas de 2000 citadas.

De este modo, conforme a lo dispuesto en el art. 2.1 de la Directiva 76/207/CEE , modificada por la Directiva 2002/73 /CE, «el principio de igualdad de trato supone la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, bien sea directa o indirectamente, en lo que se refiere, en particular, al estado matrimonial o familiar». Por «discriminación directa» se entiende «la situación en que una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación comparable por razón de sexo», en tanto que es «discriminación indirecta», «la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios» (art. 2.2). La prohibición de discriminación directa o indirecta por razón de sexo en el acceso al empleo o una vez empleados, se recoge actualmente de modo expreso en los arts. 4.2.c) y 17.1 LET , redactados conforme a lo dispuesto por el art. 37 de la citada Ley 62/2003, de 30 de diciembre , de medidas fiscales, administrativas y del orden social.

Este concepto de discriminación indirecta por razón de sexo ya aparecía recogido en el art. 2 de la Directiva 97/80 / CE, del Consejo, de 15 de diciembre de 1997 , que invocó el Abogado del Estado en sus alegaciones, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo. Define la discriminación indirecta en los siguientes términos: «cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutro afecte a una proporción sustancialmente mayor de miembros de un mismo sexo salvo que dicha disposición, criterio o práctica resulte adecuado y necesario y pueda justificarse con criterios objetivos que no estén relacionados con el sexo».

Esta jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre la discriminación indirecta por razón de sexo ha sido acogida por la doctrina del Tribunal Constitucional y así, como se recuerda en la STC 22/1994, de 27 de enero (F. 4), «una abundante jurisprudencia de este Tribunal ha descartado que sean adecuadas las diferencias que se implantan atendiendo solo y exclusivamente al menor número de horas trabajadas, porque, tomándose sólo en cuenta este factor diferencial, se ignora el menor poder contractual de estos trabajadores atípicos y el dato, contrastado en la experiencia, de que en estos colectivos se concentran altos porcentajes de mano de obra femenina, con lo que la irrazonabilidad del factor diferencial se acentúa al entrar en juego la prohibición de discriminación (Sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, asuntos Bilka Kaufhaus, de 13 de mayo de 1986 , o Kowalska, de 27 de junio de 1990 , entre otros), exigiéndose por tanto una más cuidadosa justificación de las desigualdades en este terreno, mediante la puesta de manifiesto de otros factores concomitantes que las expliquen, al margen del solo tiempo de trabajo inferior».

En el mismo sentido, la STC 240/1999, de 20 de diciembre (F. 6), recuerda y resume esta doctrina, señalando que «este Tribunal ha tenido ocasión de reiterar en varias resoluciones que la específica prohibición de discriminación por razón de sexo consagrada en el art. 14 CE , que contiene un derecho y un mandato antidiscriminatorio (STC 41/1999), comprende no sólo la discriminación directa, es decir, el tratamiento jurídico diferenciado y desfavorable de una persona por razón de su sexo, sino también la indirecta, esto es, aquel tratamiento formalmente neutro o no discriminatorio del que se deriva, por las diversas condiciones fácticas que se dan entre trabajadores de uno y otro sexo, un impacto adverso sobre los miembros de un determinado sexo (STC 198/1996 , F. 2; en sentido idéntico, SSTC 145/1991 , 286/1994 y 147/1995)». Así lo ha declarado también el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en numerosas Sentencias al interpretar el contenido del derecho a la no discriminación por razón de sexo en relación con la retribución de los trabajadores (por todas, las ya citadas SSTJCE de 27 de junio de 1990 , asunto Kowalska ; de 7 de febrero de 1991 , asunto Nimz ; de 4 de junio de 1992 , asunto Bötzel ; o de 9 de febrero de 1999 , asunto Seymour-Smith y Laura Pérez). ".

A la vista de la anterior doctrina no puede estimarse que el sistema de promoción profesional que nos ocupa sea neutro porque, aunque tenga apariencia de tal, produce resultados discriminatorios sin justificación objetiva. Los datos numéricos son siempre fríos y admiten varias lecturas, pero, si se controvierte la promoción profesional, la cuestión no está en examinar el ascenso a categoría ordinaria, como la de profesional, sino el pase a la categoría de coordinador y a la de mando. Es en el ascenso a estas categorías donde se produce una desproporción adversa para las mujeres, porque esos puestos son ocupados, principalmente, por los hombres en porcentajes muy superiores a los cubiertos por mujeres, dado el número de personas de uno y otro sexo que emplea la empresa. Estos resultados se ven favorecidos por el sistema de selección: el ascenso a técnicos y mandos es por libre designación y el pase a coordinador es el resultado de la evaluación continuada del superior inmediato. Así mismo, facilita estos resultados desproporcionados el secretismo y la falta de publicidad con la que los ascensos se llevan a cabo, sin que las plazas se oferten, ni sean conocidas por los sindicatos o por los trabajadores cuya asistencia a los cursos de formación depende del poder discrecional de la empresa.

La justificación que ofrece la empresa de ese resultado, anómalamente, desproporcionado en perjuicio de las mujeres no es bastante para fundar objetivamente su proceder. Argumenta la recurrente que para ser mando es requisito necesario trabajar a jornada completa y tener la jornada partida y el horario flexible, así como trabajar los domingos, cual autorizan el Convenio Colectivo y el Acuerdo de empresa sobre turnos y horarios laborales, lo que impide el ascenso de las mujeres porque, mayoritariamente, tienen contrato a tiempo parcial. El argumento no es de recibo porque, como apuntó el Tribunal Constitucional en su sentencia 182/2005, de 4 de julio , el hecho de que la actuación del empresario tenga amparo legal o convencional no le autoriza a producir resultados inconstitucionales. En su sentencia nº 22/1994, de 27 de enero, este Tribunal "ha descartado que sean adecuadas las diferencias que se implantan atendiendo sola y exclusivamente al menor número de horas trabajadas".

Por ello, aparte que la demanda no ha probado el número de mujeres y hombres que trabajan a tiempo parcial para hacer la oportuna comparación, ni que ofrezca la conversión de los contratos a tiempo parcial en contratos a tiempo completo a toda empleada que lo solicite para ascender, deben rechazarse sus alegaciones de que ha actuado de forma justificada objetivamente, máxime cuando la misma parece olvidar la existencia del trabajo a turnos, sistema de trabajo necesario en centros comerciales que abren doce o más horas al día, incluso domingos.

Además el artículo 32-8 del Convenio Colectivo de Grandes Almacenes y el Acuerdo de Empresa sobre turnos de trabajo y horarios permiten que las personas con mando y responsabilidad departamental flexibilicen su horario, retrasen la hora de entrada, adelanten la de salida o tengan más descanso a medio día, siempre que otro trabajador con similar responsabilidad cubra esas ausencias a nivel de área o de planta, lo que va en contra de las afirmaciones que hace el recurso, pues es posible que el trabajador a tiempo parcial cubra un turno o determinadas ausencias o descansos. La aplicación del "test de but for" o de la sustitución, empleado por el Tribunal de Justicia de la C.E. y por esta Sala en su sentencia de 23 de abril de 2009 (RCO. 44/2007), entre otras, para detectar la existencia de discriminación lo corrobora: si condicionamos los ascensos a la realización de jornada completa pero partida y además flexible se esta discriminando a la mujer porque, como tiene más dificultades para conciliar la vida familiar, se le están poniendo trabas para ascender que no tienen los hombres, máxime cuando en la práctica a estos se les permite ausentarse del trabajo y ser sustituidos por un compañero.

Por todo lo expuesto procede, cual ha informado el Ministerio Fiscal, desestimar el recurso que olvida, o no quiere abordar, que el problema radica en el sistema de selección por cooptación (libre designación y evaluación continuada por el superior), sin que la existencia de vacantes y requisitos para cubrirlos se publicite. Con imposición de costas a la recurrente.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de casación interpuesto por el Procurador Don César Berlanga Torres, en nombre y representación de EL CORTE INGLÉS S.A., contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de fecha 9 de junio de 2010, en actuaciones nº 6/10 seguidas en virtud de demanda a instancia de DIRECCIÓ GENERAL DE RELACIONS LABORALS DEL DEPARTAMENT DE TREBALL DE LA GENERALITAT DE CATALUNYA contra EL CORTE INGLES, S.A., COMITÉ D'EMPRESA DEL CENTRO D'AVINGUDA DIAGONAL 617 DE BARCELONA, COMITÉ D'EMPRESA DEL CENTRE DE PLAÇA DE CATALUNYA NUM 14 DE BARCELONA, COMITÉ D'EMPRESA DEL CENTRE DEL C/ POL. EL RAIGUER DE MONTORNÉS DEL VALLÉS, SINDICAT CC.OO., SINDICAT U.G.T. y COMITÉ D'EMPRESA DEL CENTRE DE C/ BOLÍVIA NÚM 234-236 DE BARCELONA. Se condena al recurrente al pago de las costas y se decreta la pérdida del depósito constituido para recurrir al que se dará el destino legal.

Devuélvanse las actuaciones al Organo Jurisdiccional de procedencia ,con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.