



Universidad del País Vasco Euskal Herriko Unibertsitatea



Zuzenbide Fakultatea  
Facultad de Derecho

# LA DISCRIMINACIÓN INDIRECTA POR RAZÓN DE GÉNERO

---

*Análisis jurídico del concepto en el ordenamiento de la  
Unión Europea y estatal*

**Trabajo de Fin de Grado**  
**Grado en Derecho UPV/EHU**  
**2015/2016**

Trabajo realizado por  
**SARA BARAÑANO JIMÉNEZ**

Directora  
**MARÍA ÁNGELES BARRÈRE UNZUETA**

## **SUMARIO**

<b>I. INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>1</b>
<b>II. LA PROBLEMÁTICA DE LA IGUALDAD Y LA DISCRIMINACIÓN .....</b>	<b>2</b>
1. Derecho e igualdad entre ambos sexos .....	2
2. Derecho antidiscriminatorio en la actualidad. Cuestiones generales .....	5
<b>III. ORIGEN DEL CONCEPTO DE DISCRIMINACIÓN INDIRECTA .....</b>	<b>9</b>
<b>IV. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DE LA DISCRIMINACIÓN INDIRECTA: ESPECIAL REFERENCIA AL ÁMBITO LABORAL.....</b>	<b>13</b>
<b>V. EL CONCEPTO EN LA UNIÓN EUROPEA.....</b>	<b>17</b>
1. Adopción del concepto por los tribunales europeos .....	17
2. Plasmación en la normativa europea.....	22
<b>VI. LA DISCRIMINACIÓN INDIRECTA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO INTERNO .....</b>	<b>24</b>
1. La discriminación indirecta en la jurisprudencia .....	24
2. Plasmación en los textos legislativos .....	29
<b>VII. EXCEPCIONES A LA DISCRIMINACIÓN INDIRECTA.....</b>	<b>33</b>
1. Irrelevancia de la intención de discriminar .....	35
2. Justificación objetiva de la conducta.....	36
3. Objetivo legítimo .....	36
4. Proporcionalidad .....	38
<b>VIII. JURISPRUDENCIA RECIENTE.....</b>	<b>39</b>
1. Selección de sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.....	39
2. Selección de sentencias del Tribunal Constitucional .....	46
<b>IX. CONCLUSIONES .....</b>	<b>49</b>
<b>X. BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>53</b>

## **I. INTRODUCCIÓN**

Este texto tiene por objeto el análisis del concepto de discriminación indirecta por razón de género; concepto que, generalmente, pasa desapercibido, dada la tendencia a concebir la discriminación como discriminación directa. Es por ello, que hemos considerado digno de atención el concepto de discriminación indirecta, concretamente por cuestión de género, puesto que está presente en el día a día de las mujeres. A ello se suma la recepción del concepto en diversos pronunciamientos de los Tribunales.

La elección de la discriminación indirecta por razón de género como objeto del Trabajo de Fin de Grado, de entre los muchos temas posibles, se debe sobre todo al desconocimiento que se da respecto a este concepto en la sociedad y a su gran importancia. En vista de su trascendencia social y la necesidad de aportar un conocimiento claro sobre en qué consiste la discriminación indirecta, optamos por este tema como objeto del trabajo.

El elemento de estudio será pues la discriminación indirecta por razón de género, centrándonos en la problemática que surge en torno a este concepto y en el contexto en el que aflora, teniendo en cuenta que no es un concepto creado por el poder legislativo, sino que surge a través de la jurisprudencia por cuestiones de necesidad, ya que la “discriminación directa” no es suficiente para abarcar todos los supuestos de discriminación que se plantean en nuestra sociedad. Con el presente trabajo, se pretende, asimismo, abordar el concepto desde una perspectiva más amplia, no quedándonos en el simple reconocimiento de la discriminación indirecta como un tipo de discriminación, como hacen muchas leyes.

Pues bien, como consecuencia de estas cuestiones, vamos a dar comienzo al análisis con una contextualización del problema y de la situación en la que surge el concepto; para después entrar en el estudio conceptual de la discriminación indirecta, dando a conocer a qué nos referimos cuando hablamos de la misma y abordando sus orígenes y evolución hasta llegar a lo que hoy en día se conoce como discriminación indirecta.

Posteriormente, analizaremos el tratamiento que se ha dado a este concepto por parte de los tribunales, tanto de la Unión Europea, como a nivel estatal; y la plasmación del concepto en los diversos textos legislativos, consecuencia del importante desarrollo jurisprudencial. Una vez hecho esto, abordaremos las excepciones a la discriminación

indirecta, aquellos supuestos en que la discriminación indirecta se ve salvada por concurrir algún elemento de justificación de la misma.

Por último, finalizaremos el trabajo con un análisis de la jurisprudencia reciente en esta materia, tanto en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, como en el Tribunal Constitucional, para conocer cómo se presenta la discriminación indirecta en la actualidad.

## **II. LA PROBLEMÁTICA DE LA IGUALDAD Y LA DISCRIMINACIÓN**

### **1. Derecho e igualdad entre ambos sexos**

La evolución de la cultura jurídica paralelamente a los cambios sociales, nos ha llevado por el camino del reconocimiento de iguales derechos para hombres y mujeres. De este modo, el artículo 14 de la Constitución Española de 1978 (CE) proclama el derecho a la igualdad y a la no discriminación por razón de sexo. Por su parte, el artículo 9.2 CE, insta a los poderes públicos para promover las condiciones de igualdad de los individuos y de los grupos que estos forman para que la igualdad sea real y efectiva.

Asimismo, debemos tener en cuenta la existencia de diversos textos europeos en materia de igualdad entre hombres y mujeres que tratan de poner de relieve esta situación, como serían: la *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas (1979); el *Tratado de Ámsterdam*, del que se predica, de igual manera, esta igualdad entre mujeres y hombres; o las numerosas *Directivas* creadas en reconocimiento de esta igualdad, que abordaremos más adelante<sup>1</sup>.

Desde el punto de vista interno, esto es, del Derecho español, también se ha tratado de solventar este problema de la igualdad entre ambos sexos a través de diversas leyes de igualdad de mujeres y hombres, tanto en el ámbito estatal como autonómico, como la *Ley Foral 33/2002, de 28 de noviembre*, de fomento de la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres (Navarra); la *Ley 1/2003, de 3 de marzo*, de Igualdad de

---

<sup>1</sup> Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

Oportunidades entre Mujeres y Hombres en Castilla y León; la *Llei 9/2003, de 2 d'abril*, de la Generalitat, per a la igualtat entre dones i homes (València); la *Ley 7/2004, de 16 de julio*, gallega para la igualdad de mujeres y hombres; la *Ley 4/2005, de 18 de febrero*, para la Igualdad de Mujeres y Hombres (Euskadi); la *Ley 12/2006, de 20 de septiembre*, para la Mujer (Baleares); la *Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo*, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres; la *Ley 7/2007, de 4 de abril*, para la igualdad entre Mujeres y Hombres, y de Protección contra la Violencia de Género en la Región de Murcia; la *Ley 2/2007, de 28 de marzo*, del trabajo en igualdad de las mujeres de Galicia; la *Ley 7/2007, de 22 de octubre*, de Modificación de la Ley 1/2003, de 3 de marzo, de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres de Castilla y León; o la *Ley 12/2007, de 26 de noviembre*, para la promoción de la igualdad de género en Andalucía<sup>2</sup>.

La Constitución protege la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, así como las demás leyes mencionadas hasta el momento, sin embargo, la aplicación práctica de esta igualdad no es absoluta. Tal y como se recoge en la Ley Orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, “el pleno reconocimiento de la igualdad formal ante la ley, aun habiendo comportado un paso decisivo, ha resultado ser insuficiente. La violencia de género, la discriminación salarial, la discriminación en las pensiones de viudedad, el mayor desempleo femenino, la escasa presencia de las mujeres en puestos de responsabilidad política, social, cultural y económica, o los problemas de conciliación entre la vida personal, laboral y familiar muestran cómo la igualdad plena, efectiva, entre hombres y mujeres es todavía una tarea pendiente”<sup>3</sup>.

En resumidas cuentas, nos encontramos ante una situación de reconocimiento constitucional de la igualdad para ambos sexos, pero ante una realidad de desigualdad entre mujeres y hombres, en la que se ven afectadas discriminatoriamente las mujeres.

Uno de los estudios más importantes en materia de comparación internacional de las desigualdades entre mujeres y hombres, es llevado a cabo por el “*World Economic Forum*” a través del denominado “*The Global Gender Gap Report*”<sup>4</sup>, en el que se refleja la brecha de desigualdad que actualmente se da. En base a los datos obtenidos en 2015,

---

<sup>2</sup> BODELÓN GONZÁLEZ, E., “Las leyes de igualdad de género en España y Europa: ¿Hacia una nueva ciudadanía?”, en *Anuario de filosofía del derecho* n° 26, 2010, pp. 86-87.

<sup>3</sup> Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

<sup>4</sup> WORLD ECONOMIC FORUM, *The Global Gender Gap Report*, 2015. <http://www3.weforum.org/docs/GGGR2015/cover.pdf> (consulta online 25/04/2016).

España se encontraría en el puesto número 25 del ranking mundial, habiendo cerrado la brecha de la desigualdad en un 74'2%<sup>5</sup>. En los primeros puestos del ranking encontraríamos a Islandia (88'1%), Noruega (85%), Finlandia (85%) o Suecia (82'3%). Podemos observar, que a pesar de los esfuerzos legislativos por cerrar la brecha de la desigualdad, ningún país del mundo lo ha conseguido actualmente<sup>6</sup>.

En función de los datos del Instituto Nacional de Estadística (INE), la brecha salarial entre mujeres y hombres en el empleo se encuentra en torno al 15'3%<sup>7</sup>. Por parte de Eurostat, la brecha de género en el empleo se encontraba, en la última actualización de 2015, en un 11'6%<sup>8</sup> en los países de la Unión Europea.

Una vez analizadas las estadísticas, debemos plantearnos una cuestión y es que estamos cerca de eliminar la brecha de la desigualdad entre mujeres y hombres en los ámbitos de la educación y la salud, mientras que para los ámbitos de participación económica y oportunidades la realidad es la opuesta<sup>9</sup>. Que se mantenga esta brecha a pesar de los esfuerzos legislativos por acabar con ella, está unido a la discriminación hacia las mujeres en el ámbito laboral, que, se esconde en numerosas ocasiones tras la discriminación indirecta, al ser esta más difícil de detectar. Si no contamos con esta discriminación indirecta en los diversos ordenamientos, la brecha de la desigualdad aumentaría, ya que numerosos casos de discriminación quedarían desamparados por una legislación escasa en la materia, aunque, como veremos, cabe plantearse si la legislación actual es suficiente para hacer frente a los problemas que se plantean respecto de esta cuestión.

En palabras de MARTÍNEZ TOLA, “la escasa presencia de mujeres en los puestos de decisiones en el sector privado puede explicarse en base a la existencia de una pauta de discriminación indirecta en la promoción laboral”, como quedó demostrado a través de la Sentencia del Juzgado de lo Social nº 13 de Barcelona, de 30 de julio de 2007; o la

---

<sup>5</sup> Siendo 0 la desigualdad absoluta y el 100% que no existe brecha de género en ese país.

<sup>6</sup> MARTÍNEZ TOLA, E., “*Segregación vertical, discriminación indirecta por razón de género y cuotas de participación*”, Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea, 2009, p. 3.

<sup>7</sup> Instituto Nacional de estadística (INE). <http://www.ine.es/jaxi/Datos.htm?type=pcaxis&path=/t22/p133/a2010/10/&file=01003.px> (consulta online 26/04/2016).

<sup>8</sup> El indicador se basa en la Encuesta de Población Activa de la UE. Estos datos se obtienen analizando las diferencias entre las tasas de empleo de hombres y mujeres de entre 20 y 64 años de edad. EUROSTAT. <http://ec.europa.eu/eurostat/tgm/table.do?tab=table&plugin=1&language=en&pcode=tesem060> (consulta online 26/04/2016).

<sup>9</sup> MARTÍNEZ TOLA, E., “*Segregación vertical, discriminación indirecta por razón de género y cuotas de participación*”, p. 4. *ob. cit. p. 4.*

Sentencia del Juzgado de lo Social nº 4 de Zaragoza, de 17 de septiembre de 2008<sup>10</sup>. Mediante estas sentencias, se nos permite conocer que la desigualdad surgida respecto de las mujeres en el ámbito laboral, se debe en muchos casos a la presencia de una discriminación indirecta hacia las mismas por parte del empleador.

## 2. Derecho Antidiscriminatorio en la actualidad. Cuestiones generales

Como ha sido puesto de relieve, la discriminación forma parte de las actuaciones que resultan prohibidas por parte del Derecho europeo y nacional. Esto da lugar al surgimiento del “Derecho Antidiscriminatorio”, tendente a evitar estas situaciones de discriminación que los diferentes ordenamientos repelen. Lo que actualmente se conoce como Derecho antidiscriminatorio o *Anti-discrimination Law*, tiene su origen en Estados Unidos, cuando tras la Segunda Guerra Mundial, las minorías del país salieron a las calles en busca del reconocimiento de sus derechos civiles. El Derecho antidiscriminatorio busca, en definitiva, la igualdad entre todos los grupos que conviven en la sociedad y, en lo que a nosotros nos concierne, la igualdad entre dos grupos concretamente, mujeres y hombres.

Pero, ¿a qué nos referimos cuando hablamos de grupo social? Estamos hablando de que las mujeres y los hombres constituyen dos grupos diferenciados de la sociedad, siendo un grupo social “un colectivo de personas diferenciadas de al menos otro grupo por formas culturales, prácticas, o modo de vida. Los miembros de un grupo poseen entre ellos una afinidad específica a causa de su similar experiencia o modo de vida, que les lleva a asociarse entre ellos más que con quienes no se encuentran identificados con el grupo o de diferente manera”<sup>11</sup>.

Partiendo de la base de que el sexo es uno de los factores de protección, habrá de examinarse si una conducta concreta – teniendo en cuenta todos los acontecimientos que la rodean – es susceptible de clasificarse como discriminatoria. Para hablar de

---

<sup>10</sup> *Ibidem*, pp. 10-11.

<sup>11</sup> YOUNG, Iris Marion, *Justice and the Politics of Difference*, Princeton University Press, Princeton, N. J., 1990, pp. 44 y ss. en BARRERE UNZUETA, M. A., *Discriminación, Derecho antidiscriminatorio y acción positiva en favor de las mujeres*, IVAP, Civitas, Madrid, 1997, pp. 26-27.

discriminación, se requiere la existencia de un *nexo de causalidad entre el trato desfavorable y el ámbito protegido*<sup>12</sup>.

Uno de estos criterios que deben tenerse en cuenta para concluir que nos encontramos ante una discriminación, pero que, sin embargo, muchas veces pasamos por alto, es el hecho de que la discriminación, debe dirigirse contra un grupo y no contra un individuo concreto. Esto es, no puede entenderse discriminatoria la no contratación de una mujer para un puesto de trabajo, cuando ésta no reúne los requisitos que se estima que los trabajadores deben cumplir para desempeñar ese trabajo, ya que en este caso la conducta se dirige única y exclusivamente a esa mujer; sin embargo, si esta conducta, en lugar de ir dirigida a esta mujer, supusiese una exclusión del puesto de trabajo de todas las mujeres por el hecho de serlo, nos encontraríamos ante una discriminación, puesto que la conducta discriminatoria se dirigiría ahora a un grupo de la sociedad.

Por consiguiente, para hablar de discriminación, ésta tiene que dirigirse a un grupo determinado. Así, “el Derecho antidiscriminatorio intenta paliar la situación de injusticia que sufren quienes pertenecen a un determinado grupo, en comparación con quienes pertenecen a otro”<sup>13</sup>. Por tanto, no se considera discriminación cuando el trato desfavorable no se dirige a una persona por su pertenencia a un grupo, sino por sus circunstancias personales o concretas. El nexo de causalidad existe, desde el momento en que es patente que el trato desfavorable se dirige hacia las mujeres como grupo de la sociedad necesitado de una especial protección en este ámbito.

Vamos a tratar esta diferencia entre la discriminación que se realiza a un grupo y la discriminación hacia una persona individualmente considerada a través de dos ejemplos<sup>14</sup>. En primer lugar, imaginemos una familia con dos hijos varones. En este caso, se le da a uno de ellos la posibilidad de ir a la universidad, mientras que se priva al otro de este derecho. Para hacer esta selección de quién va a la universidad y quien no, no se tienen en cuenta otros factores, como podría ser el aprovechamiento académico, ni se realiza ningún tipo de sorteo o fórmula aleatoria. El hijo que no ha tenido la

---

<sup>12</sup> COUNCIL OF EUROPE, “*Handbook on European non-discrimination law*”, European Union Agency for Fundamental Rights, 2010; Council of Europe, 2010, p. 28.

<sup>13</sup> BARRERE UNZUETA, M. A., “*Derecho, Igualdad y Discriminación*”, Lección 10, Módulo I: Conocimiento teórico feminista (Máster), 2012.

<sup>14</sup> BARRERE UNZUETA, M. A., *Discriminación, Derecho antidiscriminatorio y acción positiva en favor de las mujeres*, IVAP, Civitas, Madrid, 1997, p. 27.



posibilidad de acudir a la universidad, está siendo discriminado respecto de su hermano, que sí ha tenido esta posibilidad. Sin embargo, esta discriminación, va a ser, en principio, individual, ya que ambos son varones y pertenecen al mismo grupo o colectivo.

En segundo lugar, vemos un caso similar, en el que una familia tiene dos hijos, en este caso un hijo y una hija. Si en este supuesto, la familia optase por dar estudios universitarios al varón, por el hecho de serlo, impidiendo acceder a estos estudios a la hija, nos encontraríamos ante una discriminación hacia un grupo y no una discriminación individual como sucedía en el caso anterior, ya que se está dando una discriminación hacia la hija por ser mujer.

La cuestión que surge entonces es la siguiente, ¿cómo sabemos si un trato resulta discriminatorio por afectar negativamente a las mujeres? Tenemos que preguntarnos si la persona está siendo tratada de manera menos favorable a como se le trataría si ésta perteneciese al sexo contrario. En caso de que la respuesta sea afirmativa, quedará claro que el trato menos favorable está causado por este factor en cuestión<sup>15</sup>.

Conviene destacar un matiz importante y es que, la discriminación que afecta a las mujeres en cuanto a grupo, presenta unas características propias y específicas. La discriminación por ser mujer es siempre un añadido al resto de discriminaciones que pueden encontrarse. De este modo, en un hombre pueden concentrarse distintos motivos de discriminación, pero por muchos que se den, siempre habrá uno menos que en el caso de una mujer<sup>16</sup>.

Como se puede apreciar en el siguiente gráfico<sup>17</sup>, que representa los motivos de discriminación reconocidos y prohibidos en la Unión Europea, los ciudadanos están expuestos a ser objeto de discriminación por su pertenencia a distintos grupos de los expuestos, pero la



<sup>15</sup> COUNCIL OF EUROPE, “Handbook on European non-discrimination law”, p. 28. *ob. cit.* p. 6.

<sup>16</sup> BARRERE UNZUETA, M. A., *Discriminación, Derecho antidiscriminatorio y acción positiva en favor de las mujeres*, pp. 28-29. *ob. cit.* p. 6.

<sup>17</sup> MINISTERIO DE SANIDAD, SERVICIOS SOCIALES E IGUALDAD – FEDERACIÓN ESPAÑOLA DE MUNICIPIOS Y PROVINCIAS, “Propuesta metodológica contra la discriminación en el ámbito local”, Madrid, 2011.

discriminación por razón de género es un factor añadido por el que se ven perjudicadas mayoritariamente las mujeres, como hemos podido comprobar. Por muchos elementos discriminatorios que concurran en un hombre, la mujer siempre tendrá un elemento más añadido por el simple hecho de ser mujer. El género es un factor añadido que se encuentra patente en todos los ámbitos.

Teniendo en cuenta lo manifestado hasta el momento y la trascendencia del género a este respecto, resulta necesario destacar que la discriminación que nos interesa, se basa en el género. La discriminación laboral de la mujer no se debe a una cuestión pura de discriminación por razón de sexo, sino por razón de género. Esto es así porque la mujer no es únicamente discriminada y segregada en el mercado de trabajo por una cuestión biológica, sino precisamente, por todo el componente cultural que se ha ido desarrollando alrededor del cuerpo femenino y en torno al concepto de “mujer”<sup>18</sup>.

El término género hace referencia al “conjunto de atributos, actitudes y conductas que son culturalmente asignados, que definen el rol social de cada sujeto desde hace siglos en función de su sexo, y que de modo explícito o implícito son transmitidos a nuevas generaciones a través de diferentes agentes y medios entre ellos”<sup>19</sup>. De igual modo, PÉREZ DEL RÍO, nos dice que los roles que se asignan en función del sexo serán diferentes y tendrán una diferente valoración social. De este modo, el valor que tradicionalmente se ha otorgado al rol femenino, ha sido y es inferior al rol masculino, de manera que, a consecuencia de esta concepción tradicional del rol femenino, las mujeres se han situado en una posición socio-económica discriminada, así como en una posición asimétrica de poder respecto de los hombres. Es por ello por lo que puede decirse que el término género tiene por objeto que sean visibles las diferencias de poder entre hombres y mujeres, realidad que no resultaría visible si únicamente nos centrásemos en el sexo, que, como ya hemos dicho, sus connotaciones resultan ser más biológicas que culturales<sup>20</sup>.

---

<sup>18</sup> BARBA BORDERÍAS, V., “La mujer en el mercado de trabajo y la discriminación indirecta: análisis de los sectores de trabajo feminizados y masculinizados”, Máster en Relaciones de Género, Universidad de Zaragoza, 2014. p. 63.

<sup>19</sup> PÉREZ DEL RÍO, T., “Discriminación indirecta, acción positiva y transversalidad de género”, en AMIT, 2006. [http://www.amit-es.org/assets/files/publi/teresa\\_%20perez\\_2006.pdf](http://www.amit-es.org/assets/files/publi/teresa_%20perez_2006.pdf) (consulta online marzo 2016). pp. 11-12.

<sup>20</sup> *Ibidem*, p. 12.

### III. ORIGEN DEL CONCEPTO DE DISCRIMINACIÓN INDIRECTA

El origen del concepto de discriminación indirecta se encuentra en un caso sucedido en Estados Unidos (EEUU) en 1971, el *caso Griggs vs. Duke Power Company* (1971)<sup>21</sup>. En este caso, el señor Willie Griggs y otros trabajadores afroamericanos demandan a la empresa *Duke Power* por considerar que el método de ascenso que habían establecido dentro de la empresa constituía una discriminación, puesto que se exigía no solo la tenencia de un diploma, sino también la obtención de una calificación elevada en dos tipos de test que debían superar, resultando constatado que las personas afroamericanas sacaban una nota media más baja en estos tests (debido a que la formación académica recibida por los mismos era inferior). Es por ello por lo que el señor Griggs decidió denunciar esta conducta alegando que tras ella se escondía una discriminación hacia las personas afroamericanas.

Este asunto fue el primero en el que la Corte Estadounidense introdujo por primera vez la doctrina del “*disparate impact*”<sup>22</sup> (lo que conocemos como discriminación indirecta), resultando ser un gran avance para la doctrina. En esta sentencia, la Corte declaró que el *Título VII de la Civil Rights Act de 1964* no solo prohíbe la discriminación directa hacia los individuos por razón de su etnia u origen, como se había venido defendiendo; sino que introduce una gran novedad, afirmando que esta prohibición se extiende a aquellos actos que producen un efecto discriminatorio sobre los grupos protegidos, a pesar de ser aparentemente neutros. Esto es, nos viene a decir que, aunque los actos resulten aparentemente neutros, cuando estos conlleven una discriminación hacia un grupo social, nos encontraremos ante una discriminación indirecta, que también resulta prohibida por la *Civil Rights Act*.

Del mismo modo, este caso añade una gran novedad y es que, si se comprueba que una medida empresarial ha supuesto un impacto desproporcionado sobre un colectivo tradicionalmente discriminado, no corresponderá al sujeto afectado probar que nos

---

<sup>21</sup> SERRA CRISTÓBAL, R., “La discriminación indirecta por razón de sexo”, en *Discriminación versus diferenciación. (Especial referencia a la problemática de la mujer)*, M. J. RIDAURA MARTÍNEZ; M. J. AZNAR GÓMEZ (coord.), editorial Tirant Lo Blanch alternativa, Valencia, 2004, p. 370.

<sup>22</sup> La Corte Suprema estadounidense señaló que el “*disparate impact*” se derivaba de la letra del Estatuto, que prohíbe someter a una persona a acciones de empleo desfavorables “a causa de su raza, color, religión, sexo, u origen nacional”. La Corte razonó que la prohibición del “*disparate impact*” era necesaria para evitar la discriminación prospectiva mediante el uso de prácticas neutrales, que opera para “congelar” el *status quo* de las prácticas de empleo discriminatorias anteriores. GIRARDEAU A. SPANN, “Disparate Impact”, en *The Georgetown Law Journal*, vol. 98, Georgetown University Law Center, Washington D. C., 2010, p. 1145.

encontramos ante una discriminación indirecta, sino que será el propio empleador quien deberá justificar la medida en relación a las necesidades empresariales. Al desplazar la carga de la prueba a los empresarios, se pretendía obtener una mayor concienciación por parte de las empresas, que atenderían a los planes de acción afirmativa, para evitar tener que probar la necesidad justificativa de las medidas adoptadas<sup>23</sup>.

De este modo, podemos ver que esta sentencia introdujo dos grandes avances. Por un lado, supuso la entrada de un nuevo concepto de discriminación junto a la discriminación directa, para abarcar aquellos supuestos en los que el trato desigual se oculta tras una apariencia de neutralidad. Por otro lado, aportó una novedad respecto de la carga de la prueba, ya que a partir de este momento, la prueba no recaerá sobre el sujeto afectado, sino que el empleador tendrá que probar la validez de las medidas adoptadas.

El Tribunal Supremo norteamericano entendería, posteriormente a la celebración de este asunto, que estas prácticas, que parecen ser formalmente neutras en el tratamiento de los diferentes grupos, pero que, de hecho, desfavorecen más a los miembros de un grupo que a los de otro, no pueden justificarse en la necesidad de la empresa y deben considerarse discriminatorias<sup>24</sup>.

El texto de CAAMAÑO ROJO<sup>25</sup>, hace referencia a que son dos las sentencias de la Corte Suprema estadounidense las que hacen surgir este concepto de discriminación indirecta. La primera de ellas y la más significativa es la relativa al caso *Griggs*, de la cual surge el concepto de discriminación indirecta que será objeto de expansión. La segunda sentencia de la Corte Suprema de EE.UU que nos interesa, precisamente por tratar la discriminación indirecta basada en el género, es la relativa al *caso Dothard vs. Rawlinson* (1977).

A diferencia del caso *Griggs*, el caso *Dothard* se basa en una discriminación indirecta basada en el género. En este caso, Dianne Rawlinson solicitó empleo como guardia de prisión al Consejo Correccional de Alabama para trabajar en una de las

---

<sup>23</sup> MARTÍN VIDA, M. A., “Evolución del principio de igualdad en Estados Unidos. Nacimiento y desarrollo de las medidas de acción afirmativa en Derecho Estadounidense”, en *Revista Española de Derecho Constitucional* núm. 68, mayo-agosto, 2003, p. 162.

<sup>24</sup> SÁEZ LARA, C., “Las discriminaciones indirectas en el trabajo”, en *Cuadernos de Relaciones Laborales*, nº 6. Servicio de publicaciones, Universidad Complutense, Madrid, 1995, p. 69.

<sup>25</sup> CAAMAÑO ROJO, E., “La discriminación laboral indirecta”, en *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile (Valdivia)*, volumen XII, nº2, diciembre, 2001, p. 67.

cuatro prisiones que estaban situadas en este Estado. Cuando solicitó el empleo, Dianne era una mujer de 22 años que contaba con una especialización en psicología correccional. Ésta fue rechazada del empleo, ya que no cumplía con los requisitos de estatura y peso mínimos que se exigían para poder ocupar estos puestos. Dianne entonces, consideró que se estaba dando una discriminación indirecta hacia las mujeres, puesto que el porcentaje de las mismas que cumplía con estos requisitos de altura y peso era muy escaso en comparación con el porcentaje de hombres que los cumplían. De este modo, la Corte dio la razón a la demandante basándose en criterios del censo nacional, que dejaban ver que en base a estos criterios, quedaban descalificadas de estos puestos un 41.13% de mujeres y menos del 1% de los hombres<sup>26</sup>.

Este es un claro ejemplo de discriminación indirecta por razón de género, ya que la política de la institución establece unos criterios para la selección de los trabajadores que, por las características físicas de las mujeres, éstas difícilmente pueden cumplir, mientras que la mayoría de los hombres los cumplen.

A pesar de que la discriminación indirecta surge de la mano de la discriminación a las minorías afroamericanas, podemos ver que ya en este momento comienza a plantearse este nuevo concepto en el campo de la discriminación por razón de género. No obstante, los casos que hicieron que se asentase el concepto están todos ellos relacionados con la discriminación hacia las minorías étnicas.

Otro caso a señalar respecto de la discriminación indirecta en la Corte estadounidense es el *caso Abermale Paper Co. vs. Moody* (1975). En este supuesto, la Corte Suprema estadounidense analiza varias cuestiones. Por un lado, una vez examinados los criterios de selección, se observa que se ha producido una discriminación hacia un colectivo étnico; sin embargo, el empleador es capaz de justificar esta conducta en la necesidad empresarial. La Corte lo que hace aquí es introducir lo que se conoce como “test de la selección alternativa”, es decir, acepta la justificación del empleador, pero considera que sigue dándose una discriminación hacia un grupo social (independientemente de que esta fuese o no la intención del empleador),

---

<sup>26</sup> BALTA VARILLAS, J., “El impacto adverso”, en *Revista THEMIS* n° 34, Pontificia Universidad Católica de Perú, 1996. p. 122.

dado que el mismo podría haber usado otros criterios de selección que no resultasen discriminatorios por razones étnicas<sup>27</sup>.

A pesar de la gran trascendencia adquirida por el concepto de discriminación indirecta en las sentencias mencionadas, no puede pasar desapercibido el “boicot” sufrido por el concepto por parte del propio Tribunal. Así, en el caso *Wards Cove Packing Co. Inc. vs. Atonio* (1989), la Corte Suprema desautorizó de algún modo la doctrina establecida en el caso *Griggs* respecto a la carga de la prueba, relajando sus exigencias probatorias respecto de la parte demandada. Es decir, redujo la carga del empleador que surge en el caso *Griggs*, exigiendo menos exhaustividad a la hora de la justificación de los desequilibrios raciales en la plantilla. Los demandantes pasan en este caso a tener la carga de probar que se ha dado una discriminación, mientras que el empleador no tiene más que mostrar alguna evidencia de que su actuación es legítima<sup>28</sup>.

Asimismo, dado el cambio que supone respecto del caso *Griggs*, nos gustaría señalar el caso *Washington vs. Davis* (1976). Esta sentencia, a pesar de su cercanía temporal respecto de la sentencia del caso *Griggs*, establece que la discriminación racial solo será considerada inconstitucional si se demuestra que los poderes públicos han desarrollado la conducta discutida *con la intención de discriminar*, independientemente de que de esta conducta se haya derivado un impacto negativo y desproporcionado respecto de un colectivo concreto por razones raciales. En otras palabras, no se considerará discriminatoria la conducta del empleador sino cuando efectivamente se demuestre que la intención del mismo ha sido la de discriminar a un individuo por su pertenencia a un determinado grupo. En este caso, además, al igual que en el caso *Wards Cove Packing*, la carga de probar la discriminación recaería sobre el sujeto perjudicado y no sobre el empleador<sup>29</sup>.

Recapitulando, el caso *Griggs vs. Duke Power Company*, fue determinante para la doctrina estadounidense, ya que supuso un gran progreso en materia de protección de los individuos frente a la discriminación sufrida en el acceso al trabajo. El término de discriminación indirecta que de esta sentencia surge, será empleado por diversos tribunales, que ante la insuficiencia del concepto de discriminación directa, añaden a su

---

<sup>27</sup> MARTÍN VIDA, M. A., “Evolución del principio de igualdad en Estados Unidos. Nacimiento y desarrollo de las medidas de acción afirmativa en Derecho Estadounidense”, p. 163. *ob. cit. p. 10*.

<sup>28</sup> *Ibidem*, pp. 163-164.

<sup>29</sup> *Ibidem*.

doctrina este nuevo concepto que abarca un ámbito que con la discriminación directa quedaba desprotegido. Progresivamente, el concepto de discriminación indirecta fue adquiriendo fuerza, de modo que se fue expandiendo su utilización por los distintos tribunales.

#### IV. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DE LA DISCRIMINACIÓN INDIRECTA: ESPECIAL REFERENCIA AL ÁMBITO LABORAL

Tal y como hemos ido abordando, en el presente trabajo, vamos a tratar el concepto de la discriminación indirecta por razón de género, surgido en la jurisprudencia de EE.UU, desde distintas perspectivas, como sería la aplicación jurisprudencial del concepto, el concepto en las diversas legislaciones, etc., para lo cual debemos aportar una definición de qué tenemos que entender cuando hablamos de este tipo de discriminación.

De acuerdo con la Real Academia Española (RAE), discriminar es la conducta de “dar trato desigual a una persona o colectividad por motivos raciales, religiosos, políticos, de sexo, etc.”<sup>30</sup>. En el plano jurídico, el derecho a la no discriminación por razón de sexo se deriva del artículo 14 de la CE, que, ya hemos mencionado y que dice así: “los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, *sexo*, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social” (énfasis añadido). De este modo, se hace perceptible que el derecho a la no discriminación es un derecho fundamental de la CE que, por su condición de tal, merece una especial atención. Esto es, debemos tener presente en todo momento la trascendencia del derecho a la no discriminación como derecho fundamental de todo ciudadano, protegido por la Carta Magna del Estado español.

MINÉ, en su artículo *Los conceptos de discriminación directa e indirecta*, nos da una noción de lo que debe entenderse por discriminar en el lenguaje jurídico. De este modo, discriminar sería tratar a una persona de forma desfavorable por un motivo prohibido. Una discriminación para el lenguaje jurídico no es simplemente una distinción, como podría entenderse por el lenguaje común, ya que no toda distinción es ilícita o es causa de discriminación. Esto es, las personas podrían recibir un trato

---

<sup>30</sup> Real Academia Española. <http://dle.rae.es/?id=DtHwzw2> (consulta online 14/02/2016).

diferente de forma lícita. Por lo que aquí nos interesa, se produce una discriminación cuando se da una diferencia de trato que resulta ser desfavorable para un sujeto, cuando además “esta diferencia de trato desfavorable es ilegítima y se fundamenta en un criterio prohibido por el derecho como fundamento en el que basar las distinciones jurídicas”<sup>31</sup>.

Dentro del concepto de discriminación debemos diferenciar, a su vez, la discriminación directa y la discriminación indirecta. A este respecto, la *Directiva 2006/54/CE* del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación; y, por ejemplo, más recientemente, la *Directiva 2010/41/UE* del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de julio de 2010, sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma, recogen la definición de lo que debemos entender por discriminación directa e indirecta.

La *discriminación directa* por razón de sexo es, en base a lo establecido en estas Directivas, “la situación en que una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada por razón de sexo de manera menos favorable que otra en situación comparable”<sup>32</sup>. En palabras de SERRA CRISTÓBAL, la discriminación *directa*, “supone el tratamiento jurídico diferenciado y desfavorable a una persona por razón de su sexo, con independencia de los motivos que hayan movido al causante”<sup>33</sup>. Nos encontramos pues, ante una situación en la que una mujer recibe un tratamiento que hubiera sido diferente de haber sido hombre el sujeto afectado. Teniendo en cuenta lo anteriormente expresado, entendemos que la discriminación directa es aquel supuesto en el que una mujer se ve directa y manifiestamente perjudicada por la conducta realizada por parte de un tercero, cuando se conoce que, de haber sido un hombre el que se encontraba en lugar de la mujer, la actuación del tercero hubiese sido distinta y favorable para este hombre. Es decir, ante una misma situación se da un trato diferente a un sujeto dependiendo de si es hombre o mujer, resultando por lo general, perjudicadas las mujeres y beneficiados los hombres, que se encuentran en esta situación.

---

<sup>31</sup> MINÉ, M., “Los conceptos de discriminación directa e indirecta”, texto revisado de la presentación realizada en el marco de la Conferencia “Lucha contra la discriminación: Las nuevas directivas de 2000 sobre la igualdad de trato”, Universidad de Cergy-Pontoise, Trèves, marzo-abril, 2003, p. 1.

<sup>32</sup> Directiva 2006/54/CE, artículo 2; y Directiva 2010/41/UE, artículo 3.

<sup>33</sup> SERRA CRISTÓBAL, R., “La discriminación indirecta por razón de sexo”, p. 366. *ob. cit.* p. 9.



Por otro lado, las citadas Directivas, abordan el concepto de *discriminación indirecta* por razón de sexo, estableciendo que esta se refiere a “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”<sup>34</sup>. La particularidad de esta discriminación indirecta se encuentra en que “la discriminación tiene su origen precisamente en un trato indiferenciado entre personas pertenecientes al sector masculino y femenino”<sup>35</sup>.

De igual modo, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, establece en su artículo 3 que “el principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres supone la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo, y, especialmente, las derivadas de la maternidad, la asunción de obligaciones familiares y el estado civil”. Dando en su artículo 6 una definición de lo que debemos entender por discriminación indirecta, en la que se limita a reproducir lo establecido por las Directivas 2006/54/CE y 2010/41/UE, ya citadas. Asimismo, el artículo 6.3 de esta Ley Orgánica 3/2007, establece que “en cualquier caso, se considera discriminatoria toda orden de discriminar, directa o indirectamente, por razón de sexo”.

En vista de lo anteriormente citado, queda patente la importancia de la discriminación indirecta en la actualidad, ya que incluso se asemeja a la discriminación directa en cuanto a sus efectos, puesto que se considera que se está dando un trato perjudicial hacia una persona. Como hemos podido comprobar, la discriminación indirecta se refiere a una situación de discriminación, tras una apariencia de neutralidad de condiciones a las que quedan sometidos ambos sexos. Esto es, a pesar de que aparentemente no se está cometiendo ninguna discriminación, si se analizan todos los elementos de las relaciones entre las personas, es notable la desigualdad en el trato que se da a las mismas.

SÁEZ LARA, en su artículo *Las discriminaciones indirectas en el trabajo*, aporta de igual modo una definición de lo que, a su juicio, debe entenderse por discriminación indirecta, indicando que la discriminación indirecta “se realiza a través de una práctica o

---

<sup>34</sup> Directiva 2006/54/CE, artículo 2; y Directiva 2010/41/UE, artículo 3.

<sup>35</sup> SERRA CRISTÓBAL, R., “La discriminación indirecta por razón de sexo”, p. 369. *ob. cit.* p. 9.

medida, que siendo aparentemente neutra, posee, sin embargo, un efecto adverso sobre las mujeres y *no está justificada*<sup>36</sup>. En esta definición no se dan diferencias destacables respecto a la definición establecida por las directivas. Como ya se ha mencionado, la discriminación indirecta se trata de una discriminación sufrida por las mujeres en el ámbito laboral a través de una conducta aparentemente neutra, pero no hemos hecho referencia a un punto a destacar en estas definiciones, y es que se recalca, que esta discriminación no debe estar justificada.

Cuando hablamos de que la discriminación indirecta no debe de estar justificada, no debemos entender que hay motivos que justifiquen esta discriminación, sino que, dicha práctica, *para que no sea sancionada*, debe estar unida a una finalidad legítima y los medios empleados para obtener este propósito deben ser adecuados y necesarios<sup>37</sup>. Pero esta cuestión será analizada con mayor profundidad posteriormente.

La conclusión que extraemos al respecto, teniendo en consideración las diversas definiciones analizadas, todas ellas muy similares, es que la discriminación indirecta es, en definitiva, una discriminación por razón de sexo, que se diferencia de la discriminación directa en la dificultad en su prueba, puesto que la misma resulta mucho más dificultosa, al encontrarse “oculta” la discriminación, tras un trato indiferenciado hacia los trabajadores. Igualmente, debemos prestar especial atención a la cuestión de que, como veremos, existe una salvedad al hecho de que haya una discriminación indirecta, y es que la actuación no se tendrá por discriminación indirecta cuando el criterio o práctica puedan justificarse objetivamente con una finalidad legítima.

Asimismo, de esta definición conceptual, pueden extraerse una serie de presupuestos que, en su conjunto, dan lugar a esta forma de discriminación. Estos presupuestos son los siguientes<sup>38</sup>:

---

<sup>36</sup> SÁEZ LARA, C., “Las discriminaciones indirectas en el trabajo”, p. 67. *ob. cit. p. 10*.

<sup>37</sup> Si tomamos como ejemplo la contratación de personas para desarrollar su trabajo en una obra, teniendo como criterio de contratación únicamente los criterios de esfuerzo físico, fuerza física o pesadez de la función, sin tener en cuenta otros criterios como la pericia de la persona (en función de los Manuales de Valoración de los puestos de trabajo de las empresas), nos encontraremos ante una discriminación indirecta hacia las mujeres, ya que por sus características físicas, no van a encajar en el perfil buscado por la empresa en base a ese único criterio, puesto que está demostrado que una mujer no tiene la misma fuerza física que un hombre. En este caso, no pueden emplearse estos criterios para excluir la sanción a la discriminación indirecta que se da. SÁEZ LARA, C., “Las discriminaciones indirectas en el trabajo”, p. 67. *ob. cit. p. 10*.

<sup>38</sup> CAAMAÑO ROJO, E., “La discriminación laboral indirecta”, pp. 76-78. *ob. cit. p. 10*.

- Se trata de una **regla o medida de contenido neutro**: el hecho de que sea una medida aparentemente neutra, nos permite diferenciar esta discriminación indirecta de la discriminación directa, ya que se trata de un supuesto en el que la medida adoptada no es aparentemente discriminatoria, pero sin embargo, lleva aparejada un trato menos favorable a los trabajadores de un sexo determinado.

- Provoca **efectos desfavorables para trabajadores de un cierto sexo**: el segundo presupuesto que nos lleva a pensar que nos encontramos ante una discriminación indirecta viene de la mano de que como consecuencia de esta discriminación indirecta, se producen efectos desfavorables. Para saber si los trabajadores de un sexo determinado resultan discriminados respecto de los del otro sexo, “no basta con que la medida o regla afecten mayoritariamente a un sexo determinado, sino que entre el grupo de los trabajadores beneficiados por ella, con respecto a los perjudicados, la proporción entre los sexos debe ser considerablemente distinta”.

- El tercer presupuesto está basado en la **causalidad**: para estar frente a un caso de discriminación indirecta, debe concurrir, además de los dos presupuestos ya analizados, una relación causal entre el sexo de los trabajadores afectados y los efectos discriminatorios o perjudiciales de la medida adoptada por el empleador. Esto es, esta medida se considera discriminatoria por cuanto está relacionada con el sexo de los trabajadores afectados.

## **V. EL CONCEPTO EN LA UNIÓN EUROPEA**

### **1. Adopción del concepto por los Tribunales europeos**

Del éxito obtenido por la discriminación indirecta, da cuenta su pronta expansión a la Unión Europea (UE). Concretamente, debemos destacar el importante papel que ha tenido el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en el desarrollo jurídico de este concepto, a través de la jurisprudencia, ya que cuando comenzó a utilizarse el

concepto de discriminación indirecta por este Tribunal, aún no se recogía en ningún nivel de la normativa europea.

De este modo, la introducción del concepto se produjo cuando el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE, actual TJUE) en su *Sentencia de 8 de abril de 1976*, relativa al *Asunto Defrenne II*, puso de manifiesto que existían determinadas conductas que, a pesar de no ser formalmente discriminatorias, debían entenderse contrarias al principio comunitario prohibitivo de la discriminación entre mujeres y hombres. En este asunto, el Tribunal interpreta la cuestión del efecto directo del artículo 119 del Tratado de Roma, en virtud del cual se consagra el principio de igualdad de retribución entre trabajadores masculinos y femeninos por un mismo trabajo. En virtud de este artículo, el Tribunal realiza por primera vez la distinción entre lo que denominan “discriminaciones manifiestas o directas” y las “discriminaciones ocultas o indirectas”; resultando ser estas últimas aquellas que “solo pueden ser identificadas por medio de disposiciones de aplicación más explícitas, ya sean de carácter comunitario o nacional”<sup>39</sup>. A pesar de la ambigüedad con la que se tratan los distintos tipos de discriminación, el concepto de discriminación indirecta que aquí se introduce, será posteriormente desarrollado por la jurisprudencia de dicho Tribunal, que con el tiempo irá nutriendo el concepto de lo que hoy entendemos por “discriminación indirecta”<sup>40</sup>.

En la STJCE de 27 de marzo de 1980, el caso *Macarthy Ltd. vs. Wendy Smith*, el Tribunal mantiene el criterio del caso anterior y considera que es de aplicación el artículo 119 del Tratado. Se plantea la cuestión de que una trabajadora pueda reclamar la remuneración a la que hubiese tenido acceso si ésta en lugar de ser mujer, hubiese sido un trabajador de la empresa. Al igual que en el supuesto anteriormente mencionado y con la misma ambigüedad, el Tribunal apunta que este tipo de comparaciones entre hombres y mujeres solo puede incluirse en el ámbito de las discriminaciones indirectas u ocultas<sup>41</sup>.

Otra sentencia destacable en este ámbito, es la STJCE de 31 de marzo de 1981, el caso *Jenkins vs. Kingsgate (Clothing Productions) Ltd.* En este caso, la Sra. Jenkins

---

<sup>39</sup> BARRERE UNZUETA, M. A., *Discriminación, Derecho antidiscriminatorio y acción positiva en favor de las mujeres*, pp. 59-60. *ob. cit.* p. 6.

<sup>40</sup> SERRA CRISTÓBAL, R., “La discriminación indirecta por razón de sexo”, p. 371. *ob. cit.* p. 9.

<sup>41</sup> BARRERE UNZUETA, M. A., *Discriminación, Derecho antidiscriminatorio y acción positiva en favor de las mujeres*, p. 61. *ob. cit.* p. 6.

considera que se está dando una discriminación indirecta hacia las mujeres trabajadoras de la empresa Kingsgate, puesto que se otorga una retribución diferente a los trabajadores a tiempo parcial y a los trabajadores a tiempo completo, cobrando un 10% menos a la hora quienes trabajan a tiempo parcial. A simple vista, podría parecer un criterio de la empresa para premiar a los trabajadores a tiempo completo, pero da la casualidad de que la inmensa mayoría de trabajadores a tiempo completo son hombres, mientras que la inmensa mayoría de trabajadores a tiempo parcial son mujeres, que por circunstancias familiares, son las que se ven obligadas a trabajar a tiempo parcial para hacerse cargo de la familia<sup>42</sup>.

Otra sentencia reseñable es la del caso *Bilka-Kaufhaus GmbH vs. Weber Von Hartz*, recogido en la STJCE de 13 de mayo de 1986. Tal y como sucedía en el caso Jenkins, en este caso se discute la existencia de una discriminación indirecta, basada en el hecho de que los trabajadores a media jornada estaban excluidos de cobrar una pensión ocupacional, mientras que los trabajadores a tiempo completo tenían derecho a la misma. A pesar de que se intenta justificar esta medida en que se trata de un modo de fomentar el trabajo a tiempo completo, se entiende que efectivamente se da una discriminación indirecta hacia las mujeres, por cuanto la mayor parte de los trabajadores a tiempo parcial son mujeres, mientras que los trabajadores a tiempo completo son hombres<sup>43</sup>.

En el caso *Hill and Stapleton vs. The Revenue Commissioners and Department of Finance* (STJCE de 17 de junio de 1998), el TJCE consideró que se dio una discriminación indirecta por razón de género, por cuanto que se produjo un incremento anual en el salario de los trabajadores a tiempo completo, mientras que este incremento en el salario de los trabajadores a tiempo parcial no era anual, sino que requería dos años de trabajo. Al igual que en los otros casos mencionados, la mayor parte de los trabajadores a tiempo completo eran varones y la mayor parte de los trabajadores a tiempo parcial eran mujeres, por lo tanto, nos encontramos ante un supuesto de discriminación indirecta por razón de género<sup>44</sup>.

Como hemos podido comprobar, un gran número de casos en los que se presenta la cuestión de la discriminación indirecta hacia las mujeres en el ámbito laboral, son

---

<sup>42</sup> *Ibidem*, p. 63.

<sup>43</sup> COUNCIL OF EUROPE, “*Handbook on European non-discrimination law*”, pp. 44-45. *ob. cit.* p. 6.

<sup>44</sup> *Ibidem*, pp. 90-91.

relativos al trabajo a tiempo parcial llevado a cabo por las mujeres y el trabajo a tiempo completo desarrollado por los hombres. Podrían citarse más casos al respecto conocidos por el TJCE, como serían: el caso *Rinner-Kühn vs. FWW Spezial-Gebäudereinigung* (STJCE de 13 de julio de 1989), el caso *Nimz vs. Freie und Hansestadt Hamburg* (STJCE de 7 de febrero de 1991), el caso *Kowalska vs. Freie und Hansestadt Hamburg* (STJCE de 27 de junio de 1990), o el caso *Hilde Schönheit vs. Stadt Frankfurt am Main and Silvia Becker vs. Land Hessen* (STJCE de 23 de octubre de 2003)<sup>45</sup>. En todos estos casos encontramos un factor común, y es que se da una discriminación que afecta a las mujeres, teniendo en cuenta que en todos ellos las mujeres ocupan puestos de trabajo a tiempo parcial y los hombres, puestos de trabajo a tiempo completo.

Sin embargo, no todos los casos que se plantean ante el TJUE han resultado ser estimatorios, reconociendo la existencia de una discriminación indirecta. Llegados a este punto, debemos destacar que hay algunos casos en los que el Tribunal reconoce claramente la discriminación indirecta hacia las mujeres en el ámbito laboral, como son aquellos casos en los que se plantean diferencias en cuanto a las retribuciones a tiempo parcial y las retribuciones a tiempo completo. Pero, por otro lado, existen algunos casos en los que el Tribunal no ha visto con claridad esta discriminación, como son los casos que mencionaremos a continuación.

En el asunto *Federación de empleados vs. Confederación patronal de Danfoss* (STJCE de 17 de octubre de 1989), se discute la existencia o no de una discriminación indirecta, puesto que la conducta discriminatoria que aquí se plantea es en relación a los suplementos por antigüedad que se otorgan a los trabajadores. Como es sabido, transcurridos unos años de servicio a la empresa, se otorga a los trabajadores que cumplen unos requisitos de antigüedad un beneficio extra respecto de los demás trabajadores, dado que esta antigüedad coloca al trabajador en mejor situación para el desempeño de sus tareas. En este caso, los beneficiados resultan ser hombres, dada su mayor antigüedad en la empresa que las mujeres, lo cual se considera discriminatorio, dado que las mujeres se incorporaron más tardíamente a los puestos de trabajo. El TJCE consideró en este caso que no podía hablarse de discriminación indirecta, dado que los beneficios por antigüedad en la empresa son una conducta legítima por parte del empleador, que de no cumplirse vulneraría un derecho de los trabajadores más antiguos.

---

<sup>45</sup> *Ibidem*, pp. 129-130.

Esto es, a pesar de que a primera vista nos encontraríamos ante una discriminación indirecta, al encontrarse ésta justificada, se excluye la sanción de la misma.

Otro caso de gran importancia es el asunto *Cadman vs. Health and Safety Executive* (STJCE de 3 de octubre de 2006). En la misma línea que el caso anterior, la Sra. Cadman considera injusta la diferencia salarial que se da entre ella y algunos de sus compañeros, ya que teniendo el mismo grado en la empresa, estos se ven beneficiados por una serie de complementos salariales que el empleador justifica en el premio por antigüedad que estos deben recibir, dada su trayectoria en la empresa. La Sra. Cadman alega que este criterio es perjudicial para las trabajadoras de la empresa, ya que éstas han empezado su “vinculación laboral” más tarde que sus compañeros.

El TJCE, al igual que en el asunto *Danfoss*, reconoce que esta diferencia en cuanto al salario puede resultar perjudicial para las trabajadoras, dada su incorporación más tardía a la empresa, pero de no darse este complemento, se vulneraría el derecho a percibirlo por parte de los trabajadores. Teniendo esto en cuenta, el Tribunal decide que el empresario no está obligado a explicar el criterio de la antigüedad como beneficio por los servicios desarrollados para la empresa a lo largo de los años, *salvo cuando el trabajador aporte datos suficientes para crear dudas acerca de la verdadera intención del empresario a la hora de utilizar el criterio de la antigüedad*. Vemos pues, que se introduce una novedad respecto del caso anterior, y es que se permite al perjudicado aportar las sospechas justificadas de que tras este criterio de la antigüedad se esconde una conducta discriminatoria por parte del empleador, en cuyo caso, será el propio empleador quien tendrá que justificar su conducta y la falta de discriminación<sup>46</sup>.

En resumen, hay casos en los que el TJCE no discute la posible discriminación indirecta hacia las trabajadoras, llegando a la conclusión de que en los casos de diferencia salarial, por ejemplo, entre los trabajadores a tiempo parcial y a tiempo completo, se da una discriminación indirecta hacia las mujeres trabajadoras. No obstante, hay otros supuestos en los que las medidas adoptadas por el empresario, a pesar de parecer discriminatorias y perjudicar a las mujeres de ese sector, no son consideradas discriminatorias por el Tribunal, por encontrarse justificadas en las necesidades objetivas de la empresa.

---

<sup>46</sup> SUÁREZ ESPINO, M. L., “Comentario a la STJCE de 3 de octubre de 2006. Asunto Cadman contra Health and Safety Executive”, en *InDret Revista para el análisis del Derecho*, octubre, 2007, Barcelona, pp. 2-7.

En consecuencia con lo dicho hasta el momento, extraemos que el ejemplo clásico de la discriminación indirecta es precisamente éste en el que el conflicto surge en relación con el trabajo a tiempo parcial o a jornada completa, debido a que, de acuerdo con AGUILERA RULL, “muchas más mujeres que hombres han hecho uso de la posibilidad de trabajar a media jornada”. Asimismo, añade que “aquellas medidas que supediten la concesión de determinadas ventajas a la condición de trabajar un mínimo de horas al mes, perjudicarán por lo general a más mujeres que hombres y podrán ser por tanto consideradas discriminatorias, sino están justificadas”<sup>47</sup>.

## **2. Plasmación en la normativa europea**

Como ya se ha visto en el apartado dedicado a la delimitación conceptual de la discriminación indirecta, hoy en día el concepto está incorporado en el texto de varias Directivas, sin embargo el camino de esa incorporación ha sido lento y no está a falta de interés. De ahí que recojamos a continuación una breve referencia a esa evolución.

Los textos europeos pioneros en la materia, como el Reglamento del Consejo nº 1612/68 de 15 de octubre de 1968 (relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad Europea) o la Directiva del Consejo 76/207 CEE 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 nos daban en un primer momento una definición clara de lo que debía entenderse por discriminación indirecta, sino que mencionaban la existencia de la discriminación indirecta, pero sin llegar a definirla. Es decir, hacían referencia a la discriminación indirecta como un tipo de discriminación existente, pero no daban una definición clara de qué debe entenderse por discriminación indirecta<sup>48</sup>. También son destacables a este respecto: la Directiva 76/207 (artículo 2); la Directiva 79/7 (artículo 4); o la Directiva 86/378 (artículo 5), todas ellas tendentes a lograr una igualdad de trato entre hombres y mujeres en el ámbito laboral y de seguridad social. Sin embargo, en estas directivas no se construye el concepto de discriminación indirecta.

---

<sup>47</sup> AGUILERA RULL, A., “Discriminación directa e indirecta. Comparación y crítica del concepto discriminación en el Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz y en el Proyecto español de Ley Orgánica para la igualdad efectiva de hombres y mujeres”, en InDret, Barcelona, enero, 2007.

<sup>48</sup> MINÉ, M., “Los conceptos de discriminación directa e indirecta”, p. 1. *ob. cit.* p. 14.



Luego, la Propuesta de Directiva presentada a la Comisión a 24 de mayo de 1988, en su artículo 5, trataría de dar una definición de lo que debe entenderse por discriminación indirecta. No obstante, esta Propuesta no cuajó (Gran Bretaña se oponía radicalmente a la misma) y habrá que esperar la llegada de la Directiva 97/80, de 15 de diciembre de 1997, que se pronuncia sobre la discriminación indirecta en su artículo 2, dando una definición “abstracta” de lo que debe entenderse por discriminación indirecta. En otras palabras, sin dejar clara una situación de desigualdad entre los candidatos de ambos sexos, o que esta desigualdad suponga un beneficio para uno de ellos y un perjuicio para el otro<sup>49</sup>.

Posteriormente, y como ya hemos señalado con anterioridad, la definición del concepto se ha ido recogiendo en otras Directivas, entre las cuales encontramos, la Directiva 2006/54/CE y la Directiva 2010/41/CE, aunque también son de destacar las definiciones contenidas, por ejemplo, en las Directivas del 2000 y en la del 2002, de las que deriva la definición actual, que ha sido transcrita y adoptada por las Directivas de 2006 y 2010.

Como se ha mencionado, el concepto actual de discriminación indirecta se deriva de una evolución temporal a lo largo de las diversas Directivas. En el artículo 2 de la Directiva del Consejo 2000/78/CE, de 27 de noviembre del 2000<sup>50</sup>, se nos da una definición de lo que en aquel momento se entendía por discriminación indirecta; definición que resulta ser más extensa a la actual, probablemente porque, al ser un término novedoso y cuya definición se planteaba abstracta en su primer momento, el Consejo, con la creación de esta Directiva, trató de hacer patentes todos los supuestos en los que era susceptible de darse la discriminación indirecta y sus excepciones.

Dos años más tarde, con la Directiva del Consejo 2002/73/CE, de 23 de septiembre<sup>51</sup>, se modificó la ya citada Directiva 76/207/CEE, que como hemos visto, tan solo recogía la discriminación indirecta como uno de los posibles supuestos de discriminación, sin definir a qué se refería la misma. Pues bien, con esta nueva Directiva, se introdujo la definición de lo que debería entenderse por discriminación

---

<sup>49</sup> SERRA CRISTÓBAL, R., “La discriminación indirecta por razón de sexo”, pp. 372-374. *ob. cit.* p. 9.

<sup>50</sup> Directiva del Consejo 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.

<sup>51</sup> Directiva 2002/73/CE, de 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 76/207/CEE del Consejo 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.

indirecta, y dice así: “la discriminación indirecta es 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”.

La definición de la discriminación indirecta aportada por esta Directiva, es la que se plasmaría posteriormente en las Directivas 2006/54/CE y 2010/41/UE, dando lugar al concepto de discriminación indirecta que actualmente conocemos.

## **VI. LA DISCRIMINACIÓN INDIRECTA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO INTERNO**

Al igual que sucedía en Estados Unidos o en la Unión Europea, la introducción del concepto de discriminación indirecta en la normativa española fue resultado del eco que tuvo el concepto en la jurisprudencia española. Es decir, el término aparecería reflejado con anterioridad en la jurisprudencia española, lo que daría lugar, dada su importancia, a la plasmación en los textos legislativos. En consecuencia, comenzaremos con el análisis jurisprudencial, para continuar con el traslado del término a las distintas leyes nacionales.

### **1. La discriminación indirecta en la jurisprudencia**

A la vista de lo examinado hasta el momento, hemos podido comprobar la evolución del concepto de la discriminación indirecta, hasta llegar a los Tribunales españoles. Esta se produce con el pronunciamiento del Tribunal Constitucional (TC) en su STC 145/1991, de 1 de julio de 1991, en la que se aborda un asunto de diferencia de trato entre hombres y mujeres.

En este caso, nos encontramos ante dos grupos de trabajadores del Hospital Gregorio Marañón, las “limpiadoras” (grupo constituido por mujeres) y los “peones” (grupo integrado por hombres). Ambos grupos de trabajadores realizaban las mismas tareas, sin embargo, los peones recibían un salario superior precisamente por formar parte de este grupo. Las mujeres que formaban parte del grupo de las limpiadoras consideraron que detrás de esta práctica, a pesar de ser aparentemente neutra, se estaba

dando una discriminación, puesto que se justificaba la diferencia salarial en la pertenencia a distintos grupos de trabajadores, cuando en realidad las tareas eran las mismas, solo que a los hombres se les llamaba peones y a las mujeres limpiadoras. Asimismo, consideraron que la diferencia salarial carecía de justificación objetiva y razonable<sup>52</sup>.

En esta Sentencia, el TC establece una relación entre la prohibición constitucional de la discriminación por razón de sexo y la igualdad sustancial, lo que "...permite ampliar y enriquecer la propia noción de discriminación, para incluir, no solo la discriminación directa, o sea, un tratamiento diferenciado y perjudicial por razón del sexo, donde el sexo sea objeto de consideración directa, sino también la noción de discriminación indirecta que incluye los tratamientos formalmente no discriminatorios, de los que derivan por las diferencias fácticas que tienen lugar entre trabajadores de diverso sexo, consecuencias desiguales, perjudiciales por el impacto diferenciado y desfavorable que, tratamientos formalmente iguales o tratamientos razonablemente desiguales, tienen sobre los trabajadores de uno u otro sexo a causa de la diferencia de sexo..."<sup>53</sup>.

A partir de este momento, el TC no solo tendrá que tener en cuenta las circunstancias que son aparentemente discriminatorias, sino que además tendrá que comprobar si detrás de una conducta aparentemente no discriminatoria se esconde una discriminación hacia una persona perteneciente a un colectivo tradicionalmente afectado por esta discriminación<sup>54</sup>.

Análogamente, es de destacar la STC 147/1995, de 16 de octubre de 1995, en la que el Tribunal se pronuncia en la misma línea que en la sentencia anterior. En esta ocasión, el Tribunal reconoce que las discriminaciones indirectas contra las mujeres son una manera de llevar a cabo los tratamientos formalmente no discriminatorios hacia este colectivo. Asimismo, señala que detrás de estos actos formalmente no discriminatorios, se ocultan consecuencias perjudiciales para un grupo social determinado.

---

<sup>52</sup> RUBIO CASTRO, A., "La discriminación indirecta y el orden patriarcal", en *Defensoria*, septiembre, 2008, p. 17.

<sup>53</sup> PÉREZ DEL RÍO, T., "La prohibición de la discriminación salarial por razón de sexo: comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el asunto <<FONTANEDA>> (Recurso de Amparo 175/93 de 27 de octubre de 1994)", en *Revista andaluza de trabajo y bienestar social* n° 38, 1996, p. 76.

<sup>54</sup> *Ibidem*.

En virtud de lo expresado por RUBIO CASTRO, lo relevante de la presente sentencia es la cuestión de la prueba, que se basa en gran medida en lo señalado por el TJUE en el asunto *Danfoss*, puesto que “al empresario le incumbe en estos supuestos la carga de probar que su práctica salarial no perjudica sistemáticamente a la categoría salarialmente infravalorada, poniendo de manifiesto los criterios que determinan una mayor retribución al sector privilegiado; lo que exige, hacer que su sistema retributivo sea transparente”<sup>55</sup>.

La STC 58/1994 añade un factor más a esta cuestión, y es que establece que es al empresario a quien le corresponde acreditar que se han utilizado criterios de valoración neutros respecto de todos los trabajadores, independientemente de su sexo, para garantizar su igualdad de condiciones en el trabajo. Igualmente, se destaca que el empleador no puede justificar estas diferencias en el trato hacia sus trabajadores por cuestión de sexo basándose en la tradición o el carácter convencional de estas medidas<sup>56</sup>.

Para completar el desarrollo del concepto de discriminación indirecta por parte del TC, queremos resaltar el importante papel de la STC 240/1999, de 20 de diciembre. En esta sentencia se discute la discriminación indirecta por razón de sexo, por cuanto que se niega el derecho a la excedencia a una trabajadora interina desde hace más de cinco años. Aquí nos encontramos con que se plantea una desigualdad entre los trabajadores interinos y los trabajadores de plantilla, respecto a esta restricción del derecho a la excedencia, que resultaría ser discriminatoria. Al negarle a esta mujer la excedencia para la conciliación entre la vida laboral y familiar, el empresario está incurriendo en una discriminación indirecta por razón de sexo, ya que la mayoría de trabajadores que solicitan este tipo de excedencia son mujeres, que tratan de conciliar el trabajo con la vida familiar.

La discriminación indirecta en este caso puede resultar difícil de apreciar, por lo que explicaremos cuál es el problema que se plantea. La cuestión aquí no es que a los hombres se les conceda la excedencia para el cuidado de los hijos y a las mujeres no, sino que la gran mayoría de personas que piden este tipo de excedencia son las mujeres. En consecuencia, si no se otorgan estas excedencias, lo que se está fomentando es que

---

<sup>55</sup> RUBIO CASTRO, A., “La discriminación indirecta y el orden patriarcal”, p. 19. *ob. cit.* p. 25.

<sup>56</sup> *Ibidem*.

las mujeres se vean obligadas a salir del mercado de trabajo por este motivo, cuestión que a los hombres no les afecta, ya que estos no recurren, por lo general, a este tipo de medidas.

Hay que añadir además, que esta sentencia destaca porque en la misma, el TC por primera vez entiende que “lo que se compara para establecer la discriminación indirecta no son los individuos, sino los grupos sociales, en los que ponderan estadísticamente sus diversos componentes individuales”. Esto nos da a conocer que en estos supuestos no será necesario hacer una comparación para justificar la existencia de un tratamiento discriminatorio, sino que será suficiente con probar que se han producido una serie de efectos desfavorables para un grupo, sin que se dé una justificación constitucional para ello.

Es más, esta sentencia nos aporta otro gran matiz en materia de discriminación indirecta, concretamente en el voto particular que se presentó por uno de los magistrados del TC, considerando que la conducta que llevó a sus compañeros a apreciar una discriminación indirecta, no puede considerarse discriminatoria. Esta disparidad de opiniones entre los magistrados del TC se basa en una cuestión muy importante, y es que la sentencia está comparando los grupos sociales, para apreciar si existe o no discriminación, llegando a la conclusión de que nos encontramos ante una discriminación indirecta; mientras que el magistrado, se limita a comparar la situación personal y no a los grupos sociales<sup>57</sup>.

Por citar una sentencia más reciente, tendríamos la STC 253/2004, de 22 de diciembre de 2004. Dada la trascendencia que esta sentencia tuvo, a efectos de servir de modelo a sentencias posteriores del TC, la hemos considerado digna de nuestra atención. En este caso, se plantea la situación en la que una trabajadora ve vulnerado su derecho a percibir la prestación que le correspondía, por no acreditar el periodo mínimo de cotización legalmente exigido en ese momento, al tratarse de una trabajadora a tiempo parcial. En esta sentencia, se declara que se da una vulneración del principio de igualdad porque, a pesar de darse una justificación objetiva y razonable para la medida adoptada, ésta no resulta ser proporcional, ya que se exige a los trabajadores a tiempo parcial unos periodos de actividad más extensos para reunir los periodos de carencia exigidos para acceder a las prestaciones. De igual modo, se considera vulnerada la

---

<sup>57</sup> *Ibidem*, p. 17.

prohibición de discriminación, puesto que la mayor parte de trabajadores a tiempo parcial resultan ser mujeres y, por tanto, se estaría dando una discriminación indirecta por razón de sexo<sup>58</sup>. El Tribunal nos dice que “el contrato a tiempo parcial es una institución que afecta de hecho predominantemente al sexo femenino, lo que obliga a examinar con mayor cautela el impacto de la regla sobre cómputo de periodos de carencia”<sup>59</sup>.

Recapitulando, la discriminación indirecta, que en sus orígenes parecía ser un término desconocido para la población, fue abriéndose espacio en la jurisprudencia de los distintos tribunales, hasta llegar al TC con la sentencia 145/1991. A partir de esta sentencia, el TC adopta el concepto de discriminación indirecta como complementario al de la discriminación directa, y a lo largo de los años, va introduciendo un desarrollo jurisprudencial del concepto. Desde la primera sentencia que dictó el TC en esta materia, se fue creando una conciencia antidiscriminatoria por parte de este Tribunal, que ha ido dictando sentencias en las que trata de inculcar a los distintos órganos la necesidad de tener en cuenta y evitar la discriminación oculta tras un trato aparentemente neutro, tal y como sucedía en la STS 203/2000, de 24 de julio (en la que se reitera la obligación de los órganos judiciales de no ignorar la existencia de disposiciones, criterios o prácticas que pese a su carácter formalmente objetivo y razonable esconden un impacto negativo sobre un determinado sexo), o en la STS 95/2000 (a través de la que se intenta evitar la falta de justificación y razonabilidad en las medidas adoptadas), o la STC 3/2007 (sentencia que tiene un especial valor recopilatorio en esta materia)<sup>60</sup>.

La importancia adquirida por este concepto ha hecho que no se quedase solo en el TC, sino que la utilización del concepto discriminación indirecta se haya extendido hasta el punto de ser utilizado por los Tribunales Superiores de Justicia (TSJ) de diversas Comunidades Autónomas. No obstante, ha de tenerse en cuenta que la mayoría de las sentencias de estos TSJ se limitan a reproducir la jurisprudencia del TC en sus fallos y utilizan sus mismos argumentos en la resolución de los casos que les competen.

---

<sup>58</sup> NOGUEIRA GUASTAVINO, M., “El principio de igualdad y no discriminación en las relaciones laborales: perspectiva constitucional reciente”, en *Lan Harremanak* n° 25, 2012, p. 33.

<sup>59</sup> REY MARTÍNEZ, F., “Igualdad entre mujeres y hombres en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español”, en *Estudios Constitucionales* vol. 8, n° 2, Santiago, 2010, p. 12.

<sup>60</sup> RUBIO CASTRO, A., “La discriminación indirecta y el orden patriarcal”, pp. 22-23. *ob. cit.* p. 25.

De este modo, son destacables, la *STSJ de Cataluña 64/2004, de 9 de enero*; la *STSJ de Madrid 445/2005, de 16 de mayo*; el *auto del TSJ de Cataluña, de 19 de octubre de 2005*; la *STSJ de Madrid 481/2005, de 30 de mayo*; la *STSJ de Galicia 659/2008, de 30 de abril*; la *STSJ de Cataluña 4003/2008, de 15 de mayo*<sup>61</sup>; o la *STSJ de Cantabria 905/2005, de 14 de noviembre de 2005*<sup>62</sup>; todas ellas relativas a la discriminación indirecta por razón de género en el ámbito laboral. En todas puede observarse, como ya hemos comentado, que se sigue el criterio marcado por el TC en sus sentencias, persiguiendo la discriminación en todas sus formas, incluida la discriminación indirecta, que se esconde tras una actuación aparentemente neutra.

La discriminación indirecta siguió pues una línea expansiva en la jurisprudencia del TC, pero ésta se vio afectada por el Auto de 17 de abril de 2007, a través del cual se inadmitió la discriminación indirecta por ser “notoriamente infundada”. Al contrario de lo que sucedía en la sentencia 253/2004, en este caso, el Tribunal no considera que la carencia en la Ley de una excepción a la regla general pueda considerarse una discriminación indirecta por razón de sexo<sup>63</sup>.

Dejando al margen alguna excepción como la mencionada, el TC ha seguido la línea de apreciar la existencia de una discriminación indirecta en casos como el de la sentencia 253/2004, como veremos posteriormente.

## 2. Plasmación en los textos legislativos

Una vez analizados los orígenes y evolución de la discriminación indirecta, hasta llegar al término de lo que debe entenderse por discriminación indirecta en la actualidad, vamos a estudiar la importancia que tiene el deber de no discriminación en los textos jurídicos españoles y cómo se ha puesto de manifiesto la importancia de la discriminación indirecta en el orden interno.

Tal y como se ha venido reflejando en el presente trabajo, la discriminación es un término muy empleado en los diversos textos legislativos. Hemos podido comprobar, que se recoge por la CE en varios de sus artículos. De este modo, en el artículo 1.1 CE

---

<sup>61</sup> *Ibidem*, pp. 24-28.

<sup>62</sup> GABINETE DE ESTUDIOS JURÍDICOS DE COMISIONES OBRERAS (CC. OO.), “Comentario a la Sentencia del TSJ de Cantabria, de 14 de noviembre de 2005, Rec. 905/2005”, Albacete, marzo, 2006.

<sup>63</sup> REY MARTÍNEZ, F., “Igualdad entre mujeres y hombres en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español”, p. 13. *ob. cit.* p. 28.

se vela por la igualdad ante la ley y la interdicción de la discriminación. Esta discriminación a que alude el artículo 1.1 CE, está referida, entre otras muchas, a la discriminación por razón de sexo, tal y como se deriva del artículo 14 CE, ya citado. El artículo 23.2 CE, también hace referencia a la igualdad, pues nos dice que los ciudadanos tienen derecho a acceder en *condiciones de igualdad* a las funciones y cargos públicos. Otro artículo que consideramos destacable es el artículo 35 CE, que reconoce a todos los españoles “el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, *sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo*” (énfasis añadido).

Podemos observar en los distintos artículos mencionados, que la legislación española aborda la discriminación, centrándose en la discriminación por razón de sexo específicamente como uno de los ámbitos donde la rechaza. Sin embargo, a pesar de la importancia que este concepto tiene, en la CE no se habla de la discriminación indirecta, es más, ni siquiera se diferencia la discriminación directa de la indirecta, por lo que tendremos que acudir a otros textos nacionales para conocer esta diferencia y tener conocimiento de qué es lo que debe entenderse cuando hablamos de discriminación indirecta.

El apartado segundo del artículo 35 CE, hace referencia a la existencia de un Estatuto de los Trabajadores (ET) para la regulación de esta materia. Es por ello, por lo que a continuación, abordaremos la discriminación indirecta desde el punto de vista del ET<sup>64</sup>, centrándonos posteriormente en la Ley 3/2007 (Ley en materia de igualdad nacional) y la Ley 4/2005 (Ley vasca en materia de igualdad), en las que de igual modo, se trata la discriminación indirecta en el ámbito nacional.

Si nos dirigimos al Estatuto de los Trabajadores, es destacable, en primer lugar, lo establecido en el artículo 4.2.c) ET, que alude a que “en la relación de trabajo, los trabajadores tienen derecho: c) a no ser discriminados directa o *indirectamente* para el empleo, o una vez empleados, *por razones de sexo* (...) dentro del Estado español” (énfasis añadido). Podemos apreciar, en este primer artículo, que se hace referencia directamente a la discriminación indirecta que puede sufrirse por parte de los

---

<sup>64</sup> Las referencias tomadas del ET se corresponden a marzo del 2016.



trabajadores, concretamente, por razones de sexo, siendo un derecho de todos ellos el no quedar sometidos a este tipo de discriminación.

Asimismo, es de destacar el artículo 4.2.e) ET en el que, a diferencia del precepto anterior, no se contempla directamente la prohibición de la discriminación indirecta por razón de sexo, sin embargo, de sus letras podemos extraer que trata de evitar notoriamente este tipo de discriminación, al fomentar el respeto a la intimidad y a la dignidad de los trabajadores, sin que estos derechos sean susceptibles de vulneración por razón de sexo.

En cuanto a los derechos y deberes derivados del contrato, se recoge en el artículo 17.1 ET, que se entenderán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, cláusulas, pactos, etc., que den lugar a una discriminación directa o indirecta por razón de sexo. En dicho precepto, tal y como hemos apreciado en el artículo 4.2.c) ET, se pretende evitar la discriminación, ya sea directa o indirecta, por razón de sexo, en el momento de la contratación de los trabajadores.

En último lugar, respecto de ET, queremos destacar lo establecido en el artículo 24.2 ET, que trata el tema de la prohibición de la discriminación directa o indirecta entre mujeres y hombres en materia de ascensos y promoción profesional.

A pesar de la regulación de la discriminación que se lleva a cabo en la CE, o las menciones a la discriminación indirecta que hace el ET, no podemos dejar pasar la cuestión de que, a lo largo del tiempo, se han ido creando numerosas leyes en materia de igualdad, que, de una manera más o menos exhaustiva, han tratado el tema de la discriminación. No obstante, como se ha podido apreciar, la discriminación indirecta ha sido un tema poco conocido por las distintas jurisdicciones, por tanto, a pesar de encontrar muchas leyes en materia de igualdad, no todas ellas recogen la discriminación indirecta definiéndola. Así, tenemos la Ley 30/2003, de 13 de octubre (sobre Medidas para incorporar la valoración de impacto de género en las disposiciones normativas que elabore el Gobierno); la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre (de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género); La Ley Orgánica 3/2005, de 8 de julio (para perseguir extraterritorialmente la práctica de la mutilación genital femenina); la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo (para la igualdad efectiva de mujeres y hombres); el Real Decreto 1615/2009, de 26 de octubre (que regula la concesión y utilización del distintivo “Igualdad en la Empresa”); o la Ley 25/2011, de 4 de octubre

(sobre titularidad compartida de explotaciones agrarias); siendo la Ley 3/2007 y el Real Decreto 1615/2009, los únicos que hacen referencia expresa a esta discriminación indirecta.

Podemos comprobar, que la mayor parte de estas leyes, a excepción de las dos anteriormente citadas, se limitan a establecer que se prohíbe la discriminación de cualquier tipo por razón de sexo, sin especificar que se prohíbe tanto la discriminación directa como la indirecta. Esto es, establecen que se prohíbe todo tipo de discriminación o las discriminaciones de cualquier clase que puedan presentarse, pero no especifican la existencia de una discriminación indirecta junto a la discriminación directa.

Teniendo esto en cuenta, vamos a examinar algunos textos legislativos, en los que está presente la discriminación indirecta. El primero de ellos, precisamente por ser la ley garante de la igualdad efectiva de mujeres y hombres en España, es la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo (LOI). El artículo 6 de la Ley, nos da una definición de lo que debe entenderse por discriminación indirecta, que está basada en las definiciones aportadas por los textos europeos, de modo que la ley española ha adoptado este concepto de discriminación indirecta que se introdujo a través de las Directivas europeas. Por añadidura, el apartado 3 del propio artículo 6 establece que “en cualquier caso, se considera discriminatoria toda orden de discriminar, directa o indirectamente, por razón de sexo”; con lo cual, podemos entender que se está haciendo referencia tanto a la discriminación directa como a la indirecta, en todos aquellos supuestos en los que la propia ley habla de que se prohíbe la discriminación o que se rechaza una conducta discriminatoria.

De esta definición legal aportada por la LOI, se destacan varios aspectos que hemos ido tratando: por un lado, “en materia de discriminación indirecta por razón de sexo la comparación se ha de establecer entre grupos o colectivos mayoritariamente, aunque no exclusivamente, integrados por miembros de un mismo sexo”. Por otro lado, “es posible que una disposición criterio o práctica generen desventajas particulares para un determinado grupo o colectivo, y no por ello se aprecie la existencia de una discriminación indirecta en el sentido del artículo 6.2 LOI. En este sentido, la norma legal referencia tres factores a valorar en toda situación potencialmente discriminatoria como son: a) la existencia de una posible *finalidad legítima*; b) la necesidad de los

medios empleados; c) su adecuación”<sup>65</sup>. En base a lo establecido en este artículo, comprobamos que el legislador español se ha limitado a plasmar lo establecido en los textos europeos, aportando un concepto de discriminación indirecta ya conocido por las Directivas en esta materia.

El Real Decreto 1615/2009, por su parte, a pesar de no darnos una definición de lo que debe entenderse por discriminación indirecta, rechaza cualquier tipo de discriminación, concretando en su artículo 10, que debe evitarse cualquier situación de discriminación directa o indirecta<sup>66</sup>.

Consideramos que es destacable también el importante papel de la Ley 4/2005 en la Comunidad Autónoma Vasca, relativa a la Igualdad de Mujeres y Hombres. En esta Ley, al igual que en la Ley 3/2007 se recoge la definición de lo que debe entenderse por discriminación indirecta, en su artículo 3. La definición que se da de la discriminación indirecta es la misma que la que aparece en la Ley 3/2007, en consecuencia, y teniendo en cuenta que esta vasca es anterior en el tiempo a la estatal, puede deducirse que la definición ha sido también extraída de los textos europeos.

En suma, el concepto de discriminación indirecta, ha pasado de ser un completo desconocido para los distintos textos legislativos, a ser reconocido por parte de los textos europeos, lo cual ha dado lugar a que el término se haya extendido a la jurisprudencia española, y por cuestiones de necesidad, haya acabado plasmándose en sus leyes. Con todo, podemos comprobar que la definición de discriminación indirecta recogida por las leyes españolas no es más que una transcripción de lo establecido por las Directivas europeas.

## VII. EXCEPCIONES A LA DISCRIMINACIÓN INDIRECTA

Llegados a este punto, ya conocemos qué debe entenderse por discriminación indirecta, de dónde surge el concepto y cómo ha llegado hasta nosotros a través de la jurisprudencia y los diversos textos legislativos. Sin embargo, no hemos entrado a

---

<sup>65</sup> ELORZA GUERRERO, F., “Despido y prueba de la discriminación indirecta por razón de sexo”, en *Temas Laborales n°103*, 2010, pp. 247-257.

<sup>66</sup> Todas las referencias legislativas de este apartado han sido extraídas de la “*Propuesta metodológica para el trabajo contra la discriminación en el ámbito local*”, texto del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad y de la Federación Española de Municipios y Provincias. *ob. cit.* p. 7.

analizar una cuestión de gran interés relacionada con el concepto. Hemos dicho que la discriminación indirecta aparece cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros perjudican en mayor proporción a los miembros de un determinado grupo que a los de otro. Pero, es a partir de aquí cuando surgen los problemas, ya que la definición continúa diciendo “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”.

Nos encontramos en una situación en la que, a pesar de darse una conducta que se deduce que es discriminatoria, aun teniendo la apariencia de neutralidad, esta discriminación queda sin efecto, o carece de importancia, ya que puede justificarse objetivamente con una finalidad legítima. Tal y como dice Michel Miné, “la presunción de discriminación indirecta puede ser descartada por el empresario si justifica su práctica, en relación con los objetivos de las directivas”<sup>67</sup>. Si ante esta situación el empresario tuviese la capacidad de probar que el objetivo que pretende lograr con la medida adoptada es legítimo y que los medios que ha utilizado son apropiados y se han aplicado razonablemente, la presunción de discriminación indirecta desaparecerá.

Es más, la cuestión va aún más allá, ya que incluso aunque las medidas adoptadas conduzcan a algunas personas a sufrir un trato desfavorable, estas medidas no serán objeto de discriminación, por quedar ésta excluida en virtud del artículo. Por contra, si el empresario no pudiese justificar las medidas adoptadas, podrá hablarse de discriminación indirecta. Precisamente lo que se trata de hacer es conciliar los intereses del empresario con los derechos de los trabajadores, buscando un término medio en el que un trato que podría considerarse discriminatorio, no lo sea por responder a unos cánones de la jurisprudencia comunitaria<sup>68</sup>.

A este respecto, la jurisprudencia del TJUE nos muestra, en algunos de sus casos (varios de ellos tratados), ejemplos en los que se trató de llevar a cabo esta justificación, como sería el caso *Bilka* (1986), que gira en torno a la idea de que el juez nacional será el único órgano competente para determinar si los motivos aportados por un empresario para justificar una conducta constitutiva de discriminación indirecta responden a razones económicas objetivamente justificadas. De modo que, si el juez considera que

---

<sup>67</sup> MINÉ, M., “*Los conceptos de discriminación directa e indirecta*”, p. 10. *ob. cit.* p. 14.

<sup>68</sup> *Ibidem*, pp. 10-12.

la medida se ajusta a una necesidad objetiva de la empresa, se excluye la sanción a la desventaja causada al sujeto afectado. Junto a este caso, y en la misma línea, en el caso *Danfoss* (1989) se establece que “el empresario puede justificar la retribución de una formación profesional especial, demostrando que ésta reviste importancia para la ejecución de las tareas específicas que se confían al trabajador”. En el asunto *Cadman* (2006), al igual que en el caso *Danfoss*, se alega el criterio de antigüedad en la empresa para justificar la desigualdad salarial entre los profesionales. Por su parte, el asunto *Enderby* (1993), justifica este trato desigual en “la situación del mercado de trabajo”<sup>69</sup>. Vemos, por tanto, que hay numerosos casos en los que la jurisprudencia ha hecho frente a esta circunstancia.

La cuestión aquí es cuáles deben ser los cánones que evitan que una conducta que desfavorece o perjudica a un grupo social sea considerada discriminatoria. En primer lugar, hay que decir que uno de los elementos que se tienen en cuenta para “justificar” esta discriminación, es que es irrelevante la intención de discriminar por parte del empresario. En segundo lugar, para ser admisible, la justificación de la conducta debe ser objetiva. En tercer lugar, la medida adoptada debe perseguir un objetivo legítimo, teniendo en cuenta que “el control de legitimidad del objetivo perseguido puede ser apreciado en su realidad y su adecuación en función de diferentes parámetros”. Esto es, se trata de determinar si los motivos aportados por el empresario para justificar las medidas adoptadas pueden considerarse como razones económicas objetivamente justificadas. En cuarto lugar, los medios empleados por el empresario deberán ser necesarios y proporcionados con la finalidad perseguida. Los medios empleados por el empresario deben responder “a una necesidad verdadera de la empresa”, “ser aptos para alcanzar el objetivo perseguido” y “necesarios a tal efecto”<sup>70</sup>. A continuación, vamos a analizar separadamente cada uno de estos elementos que evitan que una medida adoptada por el empresario sea sancionada por resultar discriminatoria.

### **1. Irrelevancia de la intención de discriminar**

Lo primero que tenemos que tener en cuenta en este sentido, es que la intención del autor de la medida que de algún modo resulta ser discriminatoria, es irrelevante desde el punto de vista de la discriminación. En la discriminación indirecta, es irrelevante la

---

<sup>69</sup> CABEZA PEREIRO, J., “La discriminación retributiva por razón de sexo como paradigma de discriminación sistémica”, en *Lan Harremanak* n° 25, 2012, pp. 95-96.

<sup>70</sup> *Ibidem*, p. 11.

intención del empleador o las razones que le impulsan en su decisión de actuar o de no actuar. Asimismo, es destacable, que la comprobación de la intención del autor de la discriminación no es un requisito previo a la constatación de una discriminación indirecta<sup>71</sup>.

Esto es, cuando percibimos la existencia de una discriminación indirecta, no resulta relevante conocer si el autor de la conducta tenía intención de discriminar o no, simplemente se analiza la conducta en sí misma, sin tener en cuenta los elementos subjetivos.

## **2. Justificación objetiva de la conducta**

De acuerdo con la definición de la discriminación indirecta, hemos mencionado que no se apreciará la misma cuando se dé una justificación objetiva de la conducta llevada a cabo por el empresario. Es decir, la medida de la que se deduce que se está produciendo una discriminación indirecta, tiene que tener una finalidad legítima para la empresa. Igualmente, se considera que los medios utilizados para alcanzar esta finalidad deben ser apropiados y necesarios<sup>72</sup>.

Lo que queremos decir con esto es que, la medida adoptada por el empresario, que parece ser discriminatoria, tiene que estar justificada resultando ser una medida absolutamente necesaria para la consecución de un beneficio para la empresa y además, debe ser apropiada para conseguirlo. Para evitar el reproche a la conducta del empresario, éste deberá haber investigado todos los medios posibles para lograr el resultado, no pudiendo llegar al mismo a través de otro medio que no sea el aparentemente discriminatorio. De este modo, haciendo un análisis objetivo de la medida “discriminatoria”, debe llegarse a la conclusión de que la misma era la única vía para la obtención del resultado beneficioso para la empresa.

## **3. Objetivo legítimo**

Unido al punto anterior, debemos tener en cuenta que junto a la justificación objetiva de la medida adoptada, es necesario que haya un objetivo legítimo por parte del

---

<sup>71</sup> TOBLER, C. – RÉSEAU EUROPÉEN DES EXPERTS JURIDIQUES EN MATIÈRE DE NON-DISCRIMINATION – COMMISSION EUROPÉENNE (Direction générale de l’emploi des affaires sociales et de l’égalité des chances, Unité G.2), “*Limites et potentiel du concept de discrimination indirecte*”, Luxemburgo, septiembre, 2008, p. 36.

<sup>72</sup> *Ibidem*, p. 36.

empleador. La necesidad de demostrar que hay un objetivo legítimo tras estas medidas, viene de la mano de la jurisprudencia del TJUE, que exige que tras estas medidas “discriminatorias” haya una necesidad real para la empresa. Además, la diferencia de trato debe estar basada en factores completamente ajenos a la discriminación por razón de sexo (como sucedía en el caso *Bilka*). El Tribunal no aceptará un supuesto objetivo legítimo, el objetivo legítimo debe ser afianzado, puesto que si se tratase de una mera afirmación y no quedase completamente justificado el objetivo legítimo, no sería posible descartar la discriminación por razón de sexo.

Si tuviésemos en cuenta la política interna de los Estados miembros de la UE en el ámbito social, la norma impugnada debe reflejar un objetivo legítimo de la política social del Estado miembro y además, no debe estar relacionada con la discriminación por razón de sexo (como sucedía en el caso *Seymour-Smith*). Es importante tener en cuenta este “objetivo legítimo” en relación con la legislación social de los Estados miembros.

La jurisprudencia del TJUE ha recogido a lo largo del tiempo ejemplos de objetivos legítimos, sin embargo, esta jurisprudencia no nos ha aportado una lista tasada de qué debemos entender por objetivos legítimos. Esto podría derivarse de la intención del Tribunal de ceder en cierto modo esta competencia a los Tribunales nacionales, que serán quienes tendrán que examinar en cada caso concreto si la medida adoptada es legítima. Este objetivo legítimo, en el contexto laboral, debemos entenderlo en relación a aquellos elementos relacionados con el empleo, como podrían ser el tiempo, la resistencia para llevar a cabo un tipo de trabajo, la formación profesional, el tiempo de servicio a la empresa, etc. Es, por tanto, apreciable que hay un gran número de supuestos que podrían justificar un objetivo legítimo, con lo cual, el TJUE no puede realizar una lista cerrada de casos. A pesar de esto, debemos saber que se recogen algunos ejemplos; casos que reúnen unas características concretas que, cuando se dan, el Tribunal los incluye directamente dentro de estos objetivos legítimos, precisamente por pertenecer a alguna de estas categorías reconocidas por el TJUE<sup>73</sup>.

TOBLER, cita los siguientes ejemplos de objetivos que se tienen por legítimos<sup>74</sup>:

---

<sup>73</sup> *Ibidem*, pp. 36-39.

<sup>74</sup> *Ibidem*, pp. 38-39.

- Cuando el objetivo del empresario es la reestructuración de la empresa para proteger a los trabajadores en caso de despido, teniendo en cuenta las necesidades operacionales y económicas de la empresa.
- Cuando el objetivo del empleador es encontrar mano de obra cualificada en una profesión que resulta ser predominantemente masculina y resulta que hay una escasez de personal.
- Cuando el objetivo es garantizar una gestión adecuada del gasto público en atención médica especializada y para garantizar el acceso de la población a la atención sanitaria.
- Cuando el objetivo es fomentar la promoción del empleo y la contratación por parte de los Estados miembros.
- Cuando el objetivo es promover las relaciones laborales armoniosas dentro de las empresas, garantizando para ello la independencia de los comités de personal.
- Cuando el objetivo es reducir las cargas de las pequeñas empresas.
- Cuando el objetivo es que se lleve a cabo un régimen de seguridad social, que se dé una equivalencia entre las contribuciones y los pagos de beneficios.
- Cuando el objetivo sea satisfacer la demanda de empleo o luchar contra el empleo ilegal.

#### **4. Proporcionalidad**

Tras haber analizado la definición de lo que debe entenderse por discriminación indirecta, ha quedado patente que las medidas que se adopten por parte del empresario para satisfacer objetivos legítimos, solo estarán justificadas objetivamente si resultan ser “adecuadas y necesarias”. Como se puede apreciar, la proporcionalidad exigida por el Derecho comunitario a través de las directrices es muy alta, ya que no se conforma con que la medida adoptada sea conveniente o deseable, sino que se exige que la medida sea apropiada. Cuando hablamos de que la medida debe ser apropiada, queremos decir que debe ser adecuada para alcanzar el objetivo en cuestión, además de ser necesaria para alcanzarlo. Por añadidura, debemos decir que desde el punto de vista de la eficacia de la prohibición de discriminación, es muy deseable que se lleve a cabo un enfoque estricto de la proporcionalidad.



Al igual que sucedía respecto de la apreciación del objetivo legítimo por parte de los Tribunales, el TJUE deja en manos de los diversos Tribunales nacionales la interpretación de si una medida concreta resulta proporcional al objetivo legítimo planteado en cada caso. A pesar de premiar con esta facultad a los Tribunales, éstos en sus resoluciones tienen que respetar estrictamente el principio de igualdad de trato en que se basa la proporcionalidad, en las medidas laborales adoptadas. Es destacable además, que el TJUE ha sido estricto a la hora de apreciar la proporcionalidad, como sucedía en el caso *Mangold* (STJUE de 22 de noviembre de 2005), cuestión que debe tenerse en cuenta por parte de los tribunales nacionales a la hora de valorar la misma<sup>75</sup>.

En definitiva, la proporcionalidad supone que la medida adoptada por el empresario, sea la adecuada para lograr el objetivo legítimo que se persigue. En otras palabras, las medidas deben ser comedidas a la finalidad que se busca para el bien de la empresa, no estando permitido, bajo sanción de considerar la medida objeto de discriminación indirecta, el acogimiento de medidas inadecuadas para este fin de fomentar el objetivo legítimo.

## VIII. JURISPRUDENCIA RECIENTE

A continuación, una vez examinado el concepto de la discriminación indirecta desde sus orígenes hasta la plasmación en los textos europeos y nacionales, analizaremos cómo se ha tratado el concepto más recientemente, tanto por parte del TJUE como por el TC español, ya que “el análisis técnico y descripción rigurosa de las sentencias aporta proximidad a los conceptos jurídicos y a la doctrina”<sup>76</sup>. En este caso, y a falta de literatura o comentarios al respecto, efectuaremos una exposición de carácter estrictamente personal.

### 1. Selección de sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Comenzaremos el análisis jurisprudencial con la STJUE de 20 de octubre de 2011, relativa al caso *Waltraud Brachner vs. Pensionsversicherungsanstalt*, que tiene por objeto resolver una cuestión prejudicial planteada por el *Oberster Gerichtshof*. En este

---

<sup>75</sup> *Ibidem*, pp. 39-40.

<sup>76</sup> CABEZA PEREIRO, J., “La discriminación retributiva por razón de sexo como paradigma de discriminación sistémica”, p. 98. *ob. cit. p. 35*.

caso, el litigio se crea en torno a la pensión de la Sra. Brachner, puesto que, de acuerdo con la legislación nacional, no tenía derecho al suplemento compensatorio que iba aparejado al pago de las pensiones, dado que ella era perceptora de una pensión mínima. La Sra. Brachner consideró que la actualización de pensiones para el ejercicio del 2008 daba lugar a una discriminación indirecta ilícita hacia las mujeres.

El órgano jurisdiccional remitente observa que el procedimiento de que conoce tiene por objeto resolver la cuestión de si la actualización de las pensiones llevada a cabo por parte del legislador austríaco para el 2008 infringe el artículo 4 de la Directiva 79/7 debido a la existencia de una discriminación indirecta hacia las mujeres.

Conocido el concepto de discriminación indirecta, el TJUE deberá analizar si la medida nacional afecta a un mayor número de mujeres que de hombres, por medio de las estadísticas nacionales en la materia, aun dejando claro, que el único órgano competente para determinar la existencia de esta discriminación indirecta es el órgano jurisdiccional remitente.

En el caso controvertido, tras analizar las estadísticas, se observa que un 47% de mujeres se ven afectadas por esta medida, frente a un 14% de hombres, lo que hace pensar que, efectivamente, se trata de un caso de discriminación indirecta, en el que se excluye de un incremento extraordinario de las pensiones a un porcentaje considerablemente más elevado de mujeres pensionistas que de hombres pensionistas.

Cabe señalar además que, de la jurisprudencia del TJUE se desprende que, si bien en último término corresponde al juez nacional confirmar la existencia de la discriminación indirecta o de su justificación objetiva, el TJUE debe proporcionar respuestas útiles al juez nacional, basadas en los autos del asunto principal, para una adecuada resolución del caso.

Una vez apreciada la existencia de una discriminación indirecta, el TJUE se plantea si la medida adoptada puede estar justificada por razones objetivas, llegando a la conclusión de que la desventaja sufrida por las mujeres en este caso no puede justificarse por ninguno de los medios que se proponen.

En definitiva, el TJUE reconoce para este supuesto la existencia de una discriminación indirecta por razón de sexo, basándose en las estadísticas que se le

aportan y, por otro lado, considera que estas medidas nacionales adoptadas, que resultan perjudiciales para las mujeres, no pueden entenderse justificadas objetivamente de ninguna de las maneras propuestas. No obstante, reiteramos que, el TJUE se limita a dar unas pautas a seguir por parte del órgano remitente, en este caso el *Oberster Gerichtshof*, a quien corresponderá en última instancia apreciar la concurrencia de estas cuestiones que dan lugar a la discriminación indirecta.

Continuamos el análisis jurisprudencial con la STJUE de 28 de febrero de 2013, el caso *Kenny y otros vs. Minister for Justice, Equality and Law Reform, Minister for Finance, Commissioner of An Garda Síochána*. El litigio aquí versa sobre la existencia de una discriminación indirecta por razón de sexo basada en la desigualdad de retribución entre dos grupos profesionales que trabajan para el Ministerio, que, realizando el mismo tipo de tareas, el grupo mayoritariamente formado por hombres percibe una retribución mayor que el grupo formado por un mayor número de mujeres. En otras palabras, nos encontramos ante un caso que nos recuerda al de la STC 145/1991, en el que los empleados del Hospital Gregorio Marañón recibían una retribución distinta justificada en su pertenencia a distintos grupos profesionales, a decir: los peones (grupo formado por hombres) y las limpiadoras (grupo formado por mujeres), resultando beneficiados los hombres como consecuencia de esta diferencia salarial, cuando ambos grupos realizaban las mismas tareas.

A simple vista, parecería que nos encontraríamos ante un caso similar, en el que se apreciaría una discriminación indirecta por razón de sexo. Sin embargo, el Ministerio, trata de justificar esta conducta, este trato desigual hacia los distintos grupos, en las necesidades objetivas de la empresa. La justificación que se aporta como necesidad objetiva de la empresa, es la de mantener unas buenas relaciones laborales. Este criterio, que en conjunción con otros sería válido como justificación objetiva, tomado individualmente no es suficiente para el TJUE.

Llegamos a la conclusión de que no se discute la existencia de una discriminación indirecta, lo cual parece estar constatado desde un primer momento, sino que el litigio surge en torno a si esta discriminación hacia un grupo está justificada o no, quedando en manos del empleador aportar una justificación objetiva de la diferencia de retribución apreciada. Por otro lado, el TJUE nos dice que queda en manos del órgano jurisdiccional nacional interpretar si los trabajos llevados a cabo por los grupos

comparados son de igual valor y por tanto, se encuentran en una situación comparable. Es decir, como es habitual, el TJUE deja en manos del tribunal remitente el comprobar si efectivamente nos encontramos ante una situación de discriminación indirecta injustificada, en base a sus propios criterios apoyados en la legislación interna.

Igualmente, consideramos destacable la STJUE de 20 de junio de 2013, referente al caso *Nadežda Riežniece vs. Zemkopības ministrija, Lauku atbalsta dienests*. El problema que se plantea aquí es en relación con un permiso parental solicitado por la Sra. Riežniece. La legislación letona establece que cuando se solicita un permiso parental para el cuidado de la familia, el trabajador/a tendrá derecho a volver a su puesto de trabajo en la empresa o, si esto no fuera posible, a uno similar.

En el presente caso, la Sra. Riežniece vuelve del permiso parental y no puede incorporarse a su puesto de trabajo, sino que le ofrecen otro puesto (de similares características), que ésta acepta. A su vuelta, se lleva a cabo una evaluación de los trabajadores en la empresa, ya que se estaba dando una amortización de puestos de trabajo. Para hacer esta evaluación, se tenía en cuenta el último periodo de trabajo efectivo de los trabajadores, en el caso de la Sra. Riežniece, antes del permiso parental. Al haber estado con el permiso parental, sus resultados se mostraron más bajos que los de sus compañeros. En consecuencia, fue despedida al amortizarse el nuevo puesto de trabajo que le habían asignado.

La Sra. Riežniece considera pues que se está dando una discriminación indirecta por razón de género, ya que la mayor parte de los trabajadores que solicitan este permiso parental para el cuidado de los hijos, son mujeres. A resultas de esto, las mujeres se ven afectadas por casos como el que perjudica a la Sra. Riežniece, en más ocasiones que los hombres.

El TJUE, al igual que en los otros casos analizados, establece que corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar si, en su Estado miembro, se acogen al permiso parental un número muy superior de mujeres que de hombres, de modo que las primeras puedan verse más afectadas por medidas como las apreciadas en el litigio principal. Si esto fuese así, tanto los Gobiernos letón y polaco, como la Comisión Europea, alegan que “para evitar toda discriminación y garantizar la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, el modo de evaluación de los trabajadores en el marco de la amortización de un puesto no puede colocar a los trabajadores que se

hayan acogido a un permiso parental en una posición de desventaja con respecto a los trabajadores que no se hayan acogido a tal permiso”.

En resumidas cuentas, nos encontramos ante un supuesto en el que es susceptible de darse la discriminación indirecta por razón de género, pero, como hemos venido comentando, corresponderá al propio Estado miembro, en base a sus estadísticas<sup>77</sup>, comprobar si efectivamente nos hallamos ante una discriminación indirecta. Este caso es menos claro que los anteriores, ya que el TJUE no entra a analizar si efectivamente se ha dado una discriminación indirecta por razón de sexo, aunque no le corresponda a él confirmarlo, sino que remite esta función de prueba al órgano jurisdiccional nacional.

En último lugar, por mencionar una sentencia más reciente, tenemos la STJUE de 14 de abril de 2015, del caso *Lourdes Cachaldora Fernández vs. Instituto Nacional de Seguridad Social (INSS), Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS)*. Esta sentencia tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada por el TSJ de Galicia. Se plantea un litigio entre la Sra. Cachaldora y el INSS y la TGSS, en relación con la determinación de la base reguladora de una pensión de incapacidad permanente total. Para el cálculo de esta pensión de incapacidad permanente se toman como periodo de referencia los ocho años anteriores a la fecha del hecho causante de esta incapacidad, debiendo tener en cuenta en el presente caso que, entre enero del 2002 y noviembre de 2005, se produce una laguna de cotización.

La cuestión que se plantea es que, al examinar la pensión que le correspondería a la Sra. Cachaldora, la legislación española establece que juega un papel importante el hecho de que antes de la laguna de cotización se haya trabajado a tiempo parcial o a tiempo completo. Si se hubiese trabajado a tiempo parcial, como en el presente caso, para calcular la base reguladora de la pensión, se tendrán en cuenta las bases mínimas de cotización vigentes en cada momento reducidas atendiendo al coeficiente de parcialidad de ese empleo; mientras que si se hubiese trabajado a tiempo completo, no se aplicará dicha reducción.

---

<sup>77</sup> Es reseñable la importancia de los datos estadísticos a este respecto, ya que para apreciar este tipo de discriminación, es importante tener en cuenta datos certeros del número de mujeres que se ven afectadas frente al número de hombres que se ven afectados.

Llegados a este punto, el TSJ de Galicia se pregunta si en el litigio principal existe discriminación indirecta de las trabajadoras, en el sentido de la Directiva 79/7; afirmando que las disposiciones nacionales controvertidas afectan mayoritariamente al colectivo de trabajadoras, esto es, resulta que tales disposiciones afectan negativamente a un mayor número de mujeres que de hombres. El Derecho de la UE no se opone a la elección del legislador español al establecer este criterio para calcular la base reguladora de la pensión. El problema nos surge a la hora de determinar si esta elección del legislador es conforme a la Directiva 79/7, ya que de entrada, no sería constitutiva de una discriminación directa por razón de sexo hacia las trabajadoras.

Como ya hemos mencionado, la jurisprudencia del TJUE establece que será objeto de discriminación indirecta cualquier actuación que perjudique a un número mayor de mujeres que de hombres, a pesar de estar basada en una ley nacional que esté formulada de manera neutra (como ejemplo puede tomarse el caso *Brachner*, STJUE de 20 de octubre de 2011, o el caso *Elbal Moreno*, STJUE de 22 de noviembre de 2012). La apreciación que hace el TSJ de Galicia al respecto es que la disposición nacional en litigio perjudica al colectivo de trabajadores a tiempo parcial, colectivo que está mayoritariamente compuesto por mujeres. Es aquí donde se plantea la cuestión prejudicial, puesto que, siguiendo la jurisprudencia del TJUE en los casos *Jenkins*, *Bilka*, *Hills*, *Rinner-Kühn*, *Nimz*, *Kowalska* o *Schönheit*, se produce una discriminación indirecta por razón de sexo en estos términos, considerando perjudiciales las medidas adoptadas para los trabajadores a tiempo parcial, cuando la mayoría de estos trabajadores resultan ser mujeres.

En la resolución de esta cuestión prejudicial, el TJUE se aparta, sin embargo, del criterio seguido en los casos mencionados por la siguiente razón. La disposición nacional objeto de litigio no se aplica a todos los trabajadores a tiempo parcial, sino únicamente a aquellos cuyas cotizaciones se han visto interrumpidas durante el período de referencia de ocho años anterior a la fecha en la que se produjo el hecho causante, cuando dicha interrupción es inmediatamente posterior al empleo a tiempo parcial. Por tanto, la medida adoptada no afecta a todos los trabajadores a tiempo parcial, sino solo a aquellos que entrarían dentro de este grupo por la concurrencia de estos hechos.

En conclusión, lo que nos interesa aquí, no es conocer las estadísticas sobre si el número de mujeres trabajadoras a tiempo parcial supera al de los hombres, puesto que esta cuestión no es objeto del litigio que se nos plantea, ya que no todos los trabajadores a tiempo parcial se ven perjudicados por esta medida, sino que algunos, incluso resultan favorecidos por la misma. Por tanto, no puede estimarse que la disposición nacional litigiosa perjudique principalmente a una categoría determinada de trabajadores, más concretamente, los trabajadores a tiempo parcial o las mujeres.

La cuestión prejudicial planteada se resuelve en el sentido de que esta disposición no puede calificarse de medida indirectamente discriminatoria y contraria a la Directiva 79/7.

Resulta interesante este último caso, puesto que a primera vista parecería que nos encontramos ante un caso de discriminación indirecta basada en la desigualdad de condiciones de trabajo entre los trabajadores a tiempo parcial (en los que generalmente predominan las mujeres) y los trabajadores a tiempo completo. Sin embargo, a diferencia de los casos que hemos venido estudiando del TJUE, el litigio que se plantea aquí no se desarrolla en los mismos términos, por tanto, no es comparable y no puede decirse que se dé una discriminación indirecta por razón de género.

Para concluir, hay que tener en cuenta que el TJUE ha mantenido el mismo criterio que en sus orígenes a la hora de apreciar la discriminación indirecta en los casos que se le plantean. Resultando destacable que los casos en los que se ha reconocido la discriminación indirecta a lo largo de los años son similares, esto es, se trata la diferencia en cuanto a los trabajadores a tiempo completo y a tiempo parcial, en cuanto al cálculo de las pensiones, en cuanto a la pertenencia a un grupo profesional o a otro de similares características, etc. Sin embargo, debemos analizar cada caso detenidamente, ya que algunos supuestos pueden dar lugar a equívocos, como sucedía en el último caso analizado. Igualmente, queremos destacar una cuestión llamativa a este respecto, y es que hemos podido apreciar una escasez de asuntos en esta materia en los últimos años, lo cual nos hace pensar que la discriminación indirecta está actualmente en decadencia en los Tribunales europeos, a pesar de que se mantiene como un concepto de verdadera trascendencia en el orden social.

## **2. Selección de sentencias del Tribunal Constitucional**

Una vez analizada la jurisprudencia del TJUE, pasamos al análisis de algunas sentencias recientes del TC español.

La primera sentencia que vamos a analizar es la STC 61/2013, de 14 de marzo de 2013, por su gran trascendencia en este ámbito, al servir de modelo para casos posteriores. En el caso que se nos plantea, la Sra. Soneira Fraga, que ha desarrollado su actividad laboral por cuenta ajena durante más de dieciocho años de su vida, ve denegada la pensión de jubilación que le correspondería, por el hecho de que, a pesar de reunir los demás requisitos legales, una parte sustancial de su actividad laboral (concretamente once años), la ha desarrollado mediante contratos a tiempo parcial de jornada reducida, “sin que la aplicación del coeficiente multiplicador establecido por la ley a los días teóricos de cotización acreditados, resulte suficiente para alcanzar el periodo mínimo de carencia exigido”, que es de quince años de cotización.

En este caso, los criterios para calcular las pensiones de jubilación resultan ser más perjudiciales para los trabajadores a tiempo parcial que para los trabajadores a tiempo completo, ya que los primeros necesitarían muchas más horas de trabajo para recibir la pensión que les correspondería. Se han adoptado medidas de corrección de esta desigualdad, sin embargo, su eficacia correctora ha resultado ser insuficiente para el problema que se plantea.

Para la resolución de este caso, el TC extrae un argumento ya utilizado en una Sentencia previa, la STC 253/2004, analizada. En esta sentencia del 2004, el TC proclama que “el principio de contributividad que informa a nuestro sistema de Seguridad Social justifica sin duda que el legislador establezca que las bases reguladoras de las prestaciones de Seguridad Social se calculen en función de lo efectivamente cotizado, de donde resultará, lógicamente, una prestación de cuantía inferior para los trabajadores contratados a tiempo parcial, por comparación con los trabajadores que desempeñen ese mismo trabajo a jornada completa. Pero lo que no aparece justificado es que se establezca una diferencia de trato entre trabajadores a tiempo completo y trabajadores a tiempo parcial en cuanto al cumplimiento del requisito de carencia para el acceso a las prestaciones contributivas de Seguridad Social; diferenciación, por tanto arbitraria y que además conduce a un resultado



desproporcionado, al dificultar el acceso a la protección de la Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial”.

El TC sigue el mismo criterio que en esta sentencia mencionada a la hora de resolver el caso que nos ocupa. Señala al respecto que las diferencias de trato en cuanto al cómputo de los períodos de carencia que siguen sufriendo los trabajadores a tiempo parcial en comparación con los trabajadores a jornada completa no cuentan con una justificación razonable que guarde proporcionalidad entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida.

Teniendo esto en cuenta y, tras el análisis de las estadísticas, ha resultado que la gran mayoría de trabajadores a tiempo parcial son mujeres (representando estas en torno al 80% de trabajadores a tiempo parcial), por lo que el colectivo perjudicado por esta medida serían principalmente las mujeres. En consecuencia, el TC llega a la conclusión de que la norma cuestionada es vulneradora del artículo 14 CE, por lesionar el derecho a la igualdad y por provocar una discriminación indirecta por razón de sexo.

En la misma línea, encontramos la STC 71/2013, de 8 de abril de 2013. En este caso, la demandante, Doña María Ángeles Villota Barrio había solicitado a la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) de Girona una pensión de incapacidad permanente absoluta por enfermedad común, la cual le fue denegada por no alcanzar el periodo de cotización exigido por el artículo 138.2 del texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social de 1994 (LGSS), teniendo en cuenta que las cotizaciones efectuadas por sus contratos a tiempo parcial fueron computadas en función de las horas trabajadas.

Se pretende determinar si la aplicación realizada por el INSS de lo establecido en la regla segunda del apartado 1 de la disposición adicional séptima de la Ley general de la Seguridad Social y el Real Decreto 1131/2002, ha lesionado el derecho de la demandante a la igualdad en la ley y a no sufrir discriminación por razón de sexo, por el trato dispensado en su condición de trabajadora a tiempo parcial. Tal y como hemos visto en el caso anterior, se tiene en cuenta la corrección que se ha llevado a cabo en esta ley para contrarrestar la rigidez normativa, pero esta corrección es insuficiente para la protección de los derechos de este tipo de trabajadores.

Teniendo en cuenta que nos encontramos ante un supuesto similar al analizado anteriormente, el TC se limita a reproducir lo dicho en la sentencia 61/2013, concluyendo que otorga el derecho de amparo a la demandante por considerar que se ha vulnerado el artículo 14 CE, por lesionar el derecho a la igualdad y provocar una discriminación indirecta por razón de sexo.

Para concluir este apartado vamos a hacer mención a la STC 117/2013, de 20 de mayo de 2013. En la presente sentencia, el litigio en curso es similar a los hasta ahora planteados. La Sra. Blanco Guerra se ve afectada tras la denegación de una pensión de jubilación, basada en que la demandante de amparo no reunía el período mínimo de cotización de quince años de carencia para poder causar el derecho a la misma. La Sra. Blanco, afiliada al régimen general de la Seguridad Social, había prestado sus servicios como trabajadora a tiempo parcial durante toda su vida laboral, lo cual da lugar, tal y como sucedía en los casos anteriores, a que no cumpla con los periodos de cotización necesarios para la percepción de una pensión de jubilación.

Además de la desigualdad entre los trabajadores a tiempo parcial y a jornada completa, se plantea (en remisión a las SSTC 61/2013, 71/2013, 72/2013) una incidencia sobre el empleo femenino, provocando una discriminación indirecta por razón de sexo, ya que, en base a las estadísticas, la mayor parte de los trabajadores a tiempo parcial son mujeres. De este modo, el TC termina concediendo el amparo a la Sra. Blanco en los mismos términos mencionados en las sentencias anteriores.

En conclusión, podemos apreciar que muchos de los casos que se plantean actualmente ante el TC en materia de discriminación indirecta por razón de sexo están relacionados con la diferencia entre los trabajadores a tiempo parcial y a tiempo completo, tan trascendente para la jurisprudencia tanto nacional como europea a lo largo de los años. Como hemos podido comprobar, la sentencia 61/2013 es muy importante en esta materia para el TC, ya que la resolución adoptada en la misma ha servido de base y se ha reproducido en sentencias posteriores de este Tribunal.

## IX. CONCLUSIONES

El presente trabajo nos ha permitido conocer en profundidad el concepto de discriminación indirecta; concepto que ha sido muy debatido en los tribunales, tanto nacionales como europeos o internacionales, debido a su alcance y polémica en materia de discriminación hacia las mujeres en el empleo.

Como hemos podido apreciar a lo largo del Trabajo de Fin de Grado, el concepto de discriminación indirecta ha ido evolucionando desde sus orígenes en la jurisprudencia de la Corte Suprema estadounidense, hasta la percepción actual del concepto por las leyes en materia de igualdad españolas. Su pervivencia es una muestra de que no se ha logrado la igualdad plena entre mujeres y hombres en ningún estado, a pesar del empeño del legislador y de los tribunales por alcanzar la igualdad.

Esto es, con la incorporación de la mujer al mercado de trabajo, su ingreso en puestos de trabajo de gran consideración, como altos ejecutivos, presidentes de empresa, etc., parecería haberse equilibrado la situación de desigualdad laboral entre mujeres y hombres. Sin embargo, tal y como hemos comprobado a través de datos estadísticos, la brecha de la desigualdad laboral entre ambos grupos, precisa recorrer un largo camino para poder llegar al resultado esperado de la igualdad efectiva, que probablemente no llegue a conseguirse.

En palabras de TOMEI y VEGA-RUIZ, “resulta claro que existe una mayor conciencia y compromiso a nivel nacional e internacional sobre la importancia y la necesidad de combatir las discriminaciones, y la discriminación de género en particular, y promover una sociedad y un mundo del trabajo en donde mujeres y hombres gocen de igualdad de oportunidades y de trato. Sin embargo, los avances experimentados en el ámbito legal, no se han traducido en progresos conmensurables en el estatus de la mujer en el mercado de trabajo”<sup>78</sup>.

De modo que, todos los esfuerzos del legislador tanto nacional como extranjero o internacional, han resultado ser insuficientes para asegurar los debidos derechos a las trabajadoras, que los siguen viendo vulnerados. Como dijo la política estadounidense

---

<sup>78</sup> TOMEI, M., VEGA-RUIZ, M. L., “La discriminación de la mujer en el lugar de trabajo. Nuevas tendencias en materia de discriminación por motivos basados en la maternidad y el acoso sexual”, en *Revista Latinoamericana de Derecho Social* n° 4, enero-junio, 2007, pp. 149-174.

Bella Abzug, “la prueba para saber si puedes o no hacer un trabajo no debería ser la organización de tus cromosomas”.

Pero no queremos decir que esta desigualdad respecto de las mujeres se deba a un mal proceder del legislador en la elaboración de los textos legislativos. Dejando esta cuestión al margen, consideramos que esa exclusión que sufren las mujeres en el ámbito laboral se debe sobre todo a cuestiones culturales, que atribuyen a la mujer un rol y al hombre otro, que parecería que no pueden intercambiarse dada la rigidez de la sociedad en la que vivimos.

AÑÓN<sup>79</sup>, en su artículo *The antidiscrimination principle and the determination of disadvantage*, nos muestra esta percepción social de la mujer a través de un caso conocido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a decir, el caso *Andrle vs. The Czech Republic*, en el cual, el Tribunal aprecia la existencia de un sistema claramente estereotipado, siendo el hombre el “breadwinner” y la mujer la “housekeeper”. En la misma línea, BODELÓN GONZÁLEZ<sup>80</sup>, alude a que debe terminarse con la dicotomía basada en la esfera pública (del hombre) y privada (de la mujer) para terminar con esta situación de desigualdad.

Esta situación perjudicial para las mujeres no desaparecerá hasta que la óptica de la sociedad se transforme y desaparezcan los estereotipos unidos al hombre y a la mujer, como roles adquiridos culturalmente y con el transcurso del tiempo, que no pueden cambiar. Unido a esto, queremos retomar una cuestión ya expuesta, esta vez de la mano de BARRERE<sup>81</sup>, que es la distinción entre el sexo y el género. El sexo es, un conjunto de características biológicas o físicas; mientras que el género, designa condiciones sociales o psíquicas. En vista de lo expuesto, por tanto, parecería claro que la discriminación objeto de debate en el presente trabajo es más una discriminación por razón de género, que por razón de sexo, aunque en muchos supuestos no se presta atención a esta diferencia y se habla de la discriminación indirecta por razón de sexo.

---

<sup>79</sup> AÑÓN ROIG, M. J., “The antidiscrimination principle and the determination of disadvantage”, en *The Age of Human Rights Journal* n° 2, 2014, pp. 109-128.

<sup>80</sup> BODELÓN GONZÁLEZ, E., “Las leyes de igualdad de género en España y Europa: ¿Hacia una nueva ciudadanía?”, p. 103. *ob. cit.* p. 3.

<sup>81</sup> BARRERE UNZUETA, M. A., *Discriminación, Derecho antidiscriminatorio y acción positiva en favor de las mujeres*, p. 28. *ob. cit.* p. 6.

En otro orden de cosas, estimamos que se ha dado una gran decadencia del concepto de la discriminación indirecta por parte de la jurisprudencia, tanto nacional como europea, pero sobre todo en los tribunales españoles y, más concretamente, el TC. Desde nuestra humilde perspectiva, consideramos que este hecho puede deberse, igualmente, a una falta de arraigo de la tarea legislativa desarrollada por el legislador español en esta materia. Asimismo, CABEZA<sup>82</sup>, considera que este hecho se debe a diversos factores, entre ellos:

- “Que los organismos públicos y privados en defensa de los derechos de la mujer y las organizaciones sindicales no están cumpliendo con su papel.
- Que las figuras procesales de la legitimación ampliada o del coadyuvante no se están utilizando.
- Que la Inspección de Trabajo y Seguridad Social no está planteando demandas de oficio y las autoridades laborales no impugnan directamente los convenios colectivos por discriminación bajo ningún concepto.
- Que las mujeres víctimas de la discriminación retributiva no litigan porque están solas, aisladas y no tienen acceso a los datos que sustenten sus posibles demandas; o porque ni siquiera están siendo conscientes de la discriminación de que son objeto”.

Queremos añadir además la relevancia que consideramos que tiene este concepto, a pesar de haber decaído en los últimos años, probablemente debido a su dificultad de prueba, puesto que, como hemos visto, no es una cuestión clara ni fácil de apreciar. Tampoco ayuda el hecho de que el uso del concepto de discriminación indirecta no sirva para hacer aflorar que, muchas veces, el hecho de que las mujeres trabajen a tiempo parcial también sugiere una discriminación –digamos- estructural. Con todo, tras la revisión bibliográfica y jurisprudencial llevada a cabo, llegamos a la conclusión de que la discriminación indirecta es muy importante en nuestra sociedad, dado el arraigo jurisprudencial que ha tenido y teniendo en cuenta que es necesaria para cubrir aquellos supuestos que, de no contar con la discriminación indirecta, quedarían desprotegidos y causarían un perjuicio a las trabajadoras. Asimismo, se hace patente su importancia mediante el hecho de que es un concepto que surge de la práctica jurisprudencial y que, dada su relevancia, fue necesario incluirlo en las diferentes legislaciones.

---

<sup>82</sup> CABEZA PEREIRO, J., “La discriminación retributiva por razón de sexo como paradigma de discriminación sistémica”, pp. 97-98. *ob. cit.* p. 35.

En definitiva, el concepto de discriminación indirecta no hace sino evidenciar la complejidad de la igualdad debido a que, como ya Honoré de Balzac dijo en su época: “la igualdad tal vez sea un derecho, pero no hay poder humano que alcance jamás a convertirla en hecho”.

## **BIBLIOGRAFÍA**

- AGUILERA RULL, A., “Discriminación directa e indirecta. Comparación y crítica del concepto discriminación en el Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz y en el Proyecto español de Ley Orgánica para la igualdad efectiva de hombres y mujeres”, en *InDret Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, enero, 2007.
- AÑÓN ROIG, M. J., “The antidiscrimination principle and the determination of disadvantage”, en *The Age of Human Rights Journal* n° 2, 2014, pp. 109-128.
- BALTA VARILLAS, J., “El impacto adverso”, en *Revista THEMIS* n°34, Pontificia Universidad Católica de Perú, 1996, pp. 117-124.
- BARBA BORDERÍAS, V., “La mujer en el mercado de trabajo y la discriminación indirecta: análisis de los sectores de trabajo feminizados y masculinizados”, Máster en Relaciones de Género, Universidad de Zaragoza, 2014.
- BARRERE UNZUETA, M. A., *Discriminación, Derecho antidiscriminatorio y acción positiva en favor de las mujeres*, IVAP, Civitas, Madrid, 1997.
- BARRERE UNZUETA, M. A., “Derecho, Igualdad y Discriminación”, Lección 10, Módulo I: Conocimiento teórico feminista (Máster), 2012.
- BODELÓN GONZÁLEZ, E., “Las leyes de igualdad de género en España y Europa: ¿Hacia una nueva ciudadanía?”, en *Anuario de filosofía del derecho* n° 26, 2010, pp. 85-106.
- CAAMAÑO ROJO, E., “La discriminación laboral indirecta”, en *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile (Valdivia)*, volumen XII, n°2, diciembre, 2001, pp. 67-81. Se corresponde a una traducción directa del alemán de una parte del trabajo de tesis doctoral que el autor se encuentra realizando en la Universidad de Colonia, Alemania, bajo la dirección del Prof. Dr. Iur. Dres. H. c. Peter Hanau, y que se titula “Die Teilzeitarbeit im europäischen und deutschen Arbeitsrecht”.
- CABEZA PEREIRO, J., “La discriminación retributiva por razón de sexo como paradigma de discriminación sistémica”, en *Lan Harremanak* n° 25, 2012, pp. 79-98.
- COUNCIL OF EUROPE, “*Handbook on European non-discrimination law*”, European Union Agency for Fundamental Rights, 2010; Council of Europe, 2010.

- ELORZA GUERRERO, F., “Despido y prueba de la discriminación indirecta por razón de sexo”, en *Temas Laborales nº103*, 2010, pp. 247-257.
- GABINETE DE ESTUDIOS JURÍDICOS DE COMISIONES OBRERAS (CC. OO.), “Comentario a la Sentencia del TSJ de Cantabria, de 14 de noviembre de 2005, Rec. 905/2005”, Albacete, marzo, 2006.
- GIRARDEAU A. SPANN, “Disparate Impact”, en *The Georgetown Law Journal*, vol. 98, Georgetown University Law Center, Washington D. C., 2010, pp. 1133-1163.
- MARTÍN VIDA, M. A., “Evolución del principio de igualdad en Estados Unidos. Nacimiento y desarrollo de las medidas de acción afirmativa en Derecho Estadounidense”, en *Revista Española de Derecho Constitucional* núm. 68, mayo-agosto, 2003, pp. 151-194.
- MARTÍNEZ TOLA, E., “Segregación vertical, discriminación indirecta por razón de género y cuotas de participación”, Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea, 2009.
- MINÉ, M., “Los conceptos de discriminación directa e indirecta”, texto revisado de la presentación realizada en el marco de la Conferencia “Lucha contra la discriminación: Las nuevas directivas de 2000 sobre la igualdad de trato”, Universidad de Cergy-Pontoise, Trèves, marzo-abril, 2003.
- MINISTERIO DE SANIDAD, SERVICIOS SOCIALES E IGUALDAD – FEDERACIÓN ESPAÑOLA DE MUNICIPIOS Y PROVINCIAS, “Propuesta metodológica contra la discriminación en el ámbito local”, Madrid, 2011.
- NOGUEIRA GUASTAVINO, M., “El principio de igualdad y no discriminación en las relaciones laborales: perspectiva constitucional reciente”, en *Lan Harremanak nº 25*, 2012, pp. 19-52.
- PÉREZ DEL RÍO, T., “La prohibición de la discriminación salarial por razón de sexo: comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el asunto <<FONTANEDA>> (Recurso de Amparo 175/93 de 27 de octubre de 1994)”, en *Revista andaluza de trabajo y bienestar social nº 38*, 1996, pp. 75-90.
- PÉREZ DEL RÍO, T., “Discriminación indirecta, acción positiva y transversalidad de género”, en AMIT, 2006. [http://www.amit.es/assets/files/publi/teresa\\_%20perez\\_2006.pdf](http://www.amit.es/assets/files/publi/teresa_%20perez_2006.pdf) (consulta online marzo 2016).



- REY MARTÍNEZ, F., “Igualdad entre mujeres y hombres en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español”, en *Estudios Constitucionales vol. 8, n° 2*, Santiago, 2010, pp. 527-564.
- RUBIO CASTRO, A., “La discriminación indirecta y el orden patriarcal”, en *Defensoria*, septiembre, 2008. (Seminario internacional sobre discriminación por razón de sexo y procedimiento jurídico. Donostia/San Sebastián.) [http://www.f-3.net/defensoria/2008/documentos/Ana\\_Rubio.pdf](http://www.f-3.net/defensoria/2008/documentos/Ana_Rubio.pdf) (consulta online marzo 2016).
- SÁEZ LARA, C., “Las discriminaciones indirectas en el trabajo”, en *Cuadernos de Relaciones Laborales, n° 6, Servicio de publicaciones*, Universidad Complutense, Madrid, 1995, pp. 67-80.
- SERRA CRISTÓBAL, R., “La discriminación indirecta por razón de sexo”, en *Discriminación versus diferenciación. (Especial referencia a la problemática de la mujer)*, M. J. RIDAURA MARTÍNEZ; M. J. AZNAR GÓMEZ (coord.), editorial Tirant Lo Blanch alternativa, Valencia, 2004, pp. 365-398.
- SUÁREZ ESPINO, M. L., “Comentario a la STJCE de 3 de octubre de 2006. Asunto Cadman contra Health and Safety Executive”, en *InDret Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, octubre, 2007, pp. 2-7.
- TOBLER, C. – RÉSEAU EUROPÉEN DES EXPERTS JURIDIQUES EN MATIÈRE DE NON-DISCRIMINATION – COMMISSION EUROPÉENNE (Direction générale de l’emploi des affaires sociales et de l’égalité des chances, Unité G.2), “*Limites et potentiel du concept de discrimination indirecte*”, Luxemburgo, septiembre, 2008.
- TOMEI, M., VEGA-RUIZ, M. L., “La discriminación de la mujer en el lugar de trabajo. Nuevas tendencias en materia de discriminación por motivos basados en la maternidad y el acoso sexual”, en *Revista Latinoamericana de Derecho Social n° 4*, enero-junio, 2007, pp. 149-174.
- WORLD ECONOMIC FORUM, “*The Global Gender Gap Report*”, 2015. <http://www3.weforum.org/docs/GGGR2015/cover.pdf> (consulta online 25/04/2016).
- YOUNG, I. M., “*Justice and the Politics of Difference*”, Princeton University Press, Princeton, N. J., 1990, pp. 44 y ss.

❖ **Legislación**

- Constitución Española, 1978.
- Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.
- Ley 4/2005, de 18 de febrero, para la Igualdad de Mujeres y Hombres.
- Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.
- Real Decreto 1615/2009, de 26 de octubre, por el que se regula la concesión y utilización del distintivo “Igualdad en la Empresa”.
- Directiva del Consejo 97/80/CE, de 15 de diciembre de 1997, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo.
- Directiva del Consejo 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.
- Directiva 2002/73/CE, de 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 76/207/CEE del Consejo 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.
- Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación.
- Directiva 2010/41/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de julio de 2010, sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma, y por la que se deroga la Directiva 86/613/CEE del Consejo.
- The Civil Rights Act of 1964 and the Equal Employment Opportunity Commission.

❖ **Jurisprudencia**

- *Supreme Court Reports, Caso Griggs vs. Duke Power Comany (1971).*
- *Supreme Court Reports, Caso Abermale Paper Co. vs. Moody (1975).*
- *Supreme Court Reports, Caso Washington vs. Davis (1976).*
- *Supreme Court Reports, Caso Dothard vs. Rawlinson (1977).*
- *Supreme Court Reports, Caso Wards Cove Packing Co. Inc. vs. Atonio (1989).*
  
- *STJCE de 8 de abril de 1976, Asunto Defrenne II.*
- *STJCE de 27 de marzo de 1980, Asunto Macarthys Ltd. vs. Wendy Smith.*
- *STJCE de 31 de marzo de 1981, Asunto Jenkins vs. Kinggate (Clothing Productions) Ltd.*
- *STJCE de 13 de mayo de 1986, Asunto Bilka-Kaufhaus GmbH vs. Weber Von Hartz.*
- *STJCE de 13 de julio de 1989, Asunto Rinner-Kühn vs. FWW Spezial-Gebäudereinigung.*
- *STJCE de 17 de octubre de 1989, Asunto Federación de empleados vs. Confederación patronal de Danfoss.*
- *STJCE de 27 de junio de 1990, Asunto Kowalska vs. Freie und Hansestadt Hamburg.*
- *STJCE de 7 de febrero de 1991, Asunto Nimz vs. Freie und Hansestadt Hamburg.*
- *STJCE de 17 de junio de 1998, Asunto Hill and Stapleton vs. The Revenue Commissioners and Department of Finance.*
- *STJCE de 23 de octubre de 2003, Asunto Hilde Schönheit vs. Stadt Frankfurt am Main and Silvia Becker vs. Land Hessen.*
- *STJCE de 3 de octubre de 2006, Asunto Cadman vs. Health and Safety Executive.*
- *STJUE de 22 de noviembre de 2006, Asunto Mangold vs. Rüdiger Helm.*
- *STJUE de 20 de octubre de 2011, Asunto Waltraud Brachner vs. Pensionsversicherungsanstalt.*
- *STJUE de 28 de febrero de 2013, Asunto Kenny y otros vs. Minister for Justice, Equality and Law Reform, Minister for Finance, Commissioner of An Garda Síochána.*
- *STJUE de 20 de junio de 2013, Asunto Nadežda Riežniece vs. Zemkopības ministrija, Lauku atbalsta dienests.*
- *STJUE de 14 de abril de 2015, Asunto Lourdes Cachaldora Fernández vs. Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS).*
  
- *STC 145/1991, de 1 de julio de 1991.*
- *STC 58/1994, de 28 de febrero de 1994.*
- *STC 147/1995, de 16 de octubre de 1995.*
- *STC 240/1999, de 20 de diciembre de 1999.*

- *STC 95/2000, de 10 de abril del 2000.*
- *STC 203/2000, de 24 de julio del 2000.*
- *STC 253/2004, de 22 de diciembre de 2004.*
- *STC 3/2007, de 15 de enero de 2007.*
- *Auto TC, 17 de abril de 2007.*
- *STC 61/2013, de 14 de marzo de 2013.*
- *STC 71/2013, de 8 de abril de 2013.*
- *STC 117/2013, de 20 de mayo de 2013.*
  
- *STSJ de Cataluña 64/2004, de 9 de enero de 2004.*
- *STSJ de Madrid 445/2005, de 16 de mayo de 2005.*
- *STSJ de Madrid 481/2005, de 30 de mayo de 2005.*
- *Auto del TSJ de Cataluña, de 19 de octubre de 2005.*
- *STSJ de Cantabria 905/2005, de 14 de noviembre de 2005.*
- *STSJ de Galicia 659/2008, de 30 de abril de 2008.*
- *STSJ de Cataluña 4003/2008, de 15 de mayo de 2008.*

#### ❖ Páginas Web

- CURIA Europa. [http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j\\_6/](http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/) (consulta online 22/04/2016).
- El Confidencial. [http://www.elconfidencial.com/alma-corazon-vida/2016-03-08/dia-internacional-mujer-frases-celebres-malala-emma-watson\\_1164621/#lpu6ABtUg2KCSQeH](http://www.elconfidencial.com/alma-corazon-vida/2016-03-08/dia-internacional-mujer-frases-celebres-malala-emma-watson_1164621/#lpu6ABtUg2KCSQeH) (consulta online 13/05/2016).
- EUROSTAT.  
<http://ec.europa.eu/eurostat/tgm/table.do?tab=table&plugin=1&language=en&pcode=tesem060> (consulta online 26/04/2016).
- Instituto Nacional de Estadística (INE).  
<http://www.ine.es/jaxi/Datos.htm?type=pcaxis&path=/t22/p133/a2010/10/&file=01003.px> (consulta online 26/04/2016).
- Real Academia Española. <http://dle.rae.es/?id=DtHwzw2> (consulta online 14/02/2016).
- Tribunal Constitucional. <http://hj.tribunalconstitucional.es/> (consulta online 21/04/2016).