

Las discriminaciones indirectas en el trabajo

Carmen SÁEZ LARA ¹

I. Introducción

En la actualidad, el principio de no discriminación por sexo en el trabajo, prohíbe en todos los países de la Unión Europea, por influencia directa de la práctica judicial norteamericana, las discriminaciones directas e indirectas.

La discriminación directa es una diferencia de trato por razón o a causa del sexo del trabajador. La discriminación indirecta se realiza a través de una práctica o medida, que siendo formal o aparentemente neutra, posee, sin embargo, un efecto adverso sobre las mujeres y no está justificada. El concepto de discriminación indirecta descubre la forma que adopta el fenómeno discriminatorio en su exteriorización. Este se manifiesta efectivamente, muchas veces, como consecuencia de la aplicación de medidas neutras, por las propias diferencias existentes en la sociedad.

La igualdad entre hombres y mujeres en el trabajo no sólo impide, pues, tratos diferenciadores directos, sino medidas, usos, y prácticas que, sin propósito discriminador alguno, desfavorezcan en mayor medida a las mujeres y que carezcan de justificación. Piénsese en criterios o exigencias de selección que excluyan a un mayor número de mujeres, o en los propios criterios del esfuerzo físico, o de la pesadez de la función, de los Manuales de Valoración de puestos de trabajo de las empresas. Téngase en cuenta además que las mujeres asalariadas lo son predominantemente, dentro de trabajos segregados, con contratos temporales y a tiempo parcial en mayor medida que los hombres ².

¹ Profesora Titular del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Carlos III de Madrid.

² Cfr. el Informe 3/1994 del Consejo Económico y Social, sobre «La situación de la mujer en la realidad socio laboral española».

Si partimos del dato de que flexibilidad, y trabajo predominantemente realizado por mujeres, se conectan en la práctica, podemos comprender la importancia que la construcción de la discriminación indirecta puede tener para un control de la regulación de las formas del trabajo precario.

El propósito de este artículo es evidenciar la necesidad de que nuestro país adopte una normativa antidiscriminatoria en el trabajo al igual que la mayor parte de los países de nuestro entorno, convencida de la importancia de la intervención legal y del control judicial al respecto.

La discriminación por sexo en el empleo constituye un tema en el que la litigiosidad y la intensidad del problema parecen encontrarse en relación proporcionalmente inversa. La intervención legal en este ámbito es unánimemente considerada necesaria.

A estos efectos es preciso definir qué sean las discriminaciones indirectas, sus diferencias de las discriminaciones directas, y cual pueda ser la justificación del empresario ante las mismas.

II. LAS DISCRIMINACIONES DIRECTAS E INDIRECTAS: UNA DIFERENCIA DE PARTIDA

Hoy en las diversas definiciones normativas (nacionales e internacionales) y jurisprudenciales sobre las discriminaciones prohibidas por el ordenamiento jurídico, se pone el acento también en el efecto o resultado discriminatorio, y se habla de la igualdad de oportunidades.

Tales definiciones tienen la virtualidad de incorporar un concepto de discriminación como distinción velada, injusta, no solo por su intención sino también por su efecto. La intención no es ya un elemento necesario de la discriminación, adoptándose un concepto objetivo de la misma.

Como ya hemos señalado, la prohibición de discriminación abarca tanto las discriminaciones directas como las indirectas. La discriminación directa es una diferencia de trato sobre la base del sexo del trabajador. La discriminación indirecta deriva o es consecuencia de la aplicación de una medida neutra que desfavorece en mayor medida a las mujeres injustificadamente. La intención de discriminar no es necesaria en el supuesto de hecho del ilícito discriminatorio indirecto.

La incorporación al concepto de discriminación de las denominadas en el contexto europeo discriminaciones indirectas, tiene su origen en la experiencia judicial norteamericana, en los primeros años de la puesta en práctica de la *Civil Rights Act* de 1964, cuando en el caso *Griggs* (1971) el Tribunal Supremo formulara su teoría sobre el *Adverse impact*, esto es, sobre las discriminaciones por impacto o efecto adverso³. Con posterioridad, el Tribunal

³ En Gran Bretaña, el *White Paper Equality for Woman* de 1974 no incluía el concepto de discriminación indirecta, solo el de discriminación intencional; será tras la visita del entonces

Supremo norteamericano entendería que aquellas incluyen prácticas formalmente neutras en el tratamiento de los diferentes grupos, pero que, de hecho, desfavorecen más a los miembros de un grupo que de otro, y no pueden justificarse en una necesidad de la empresa.

Si desde un punto de vista teórico la diferenciación entre las DD y las DI puede trazarse con cierta nitidez, en la práctica tal diferenciación ha determinado algunas dudas y confusiones, a las que no es ajena la propia jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo.

En efecto, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso *Defrenne* (S. 8.4.1976) distinguiría la discriminación directa e indirecta en un sentido distinto, identificándolas con la discriminación abierta o explícita y encubierta, respectivamente. En un caso posterior (*As. Jenkins*, S. 31.3.1981) se aprecia aún cierta confusión conceptual pues aunque no se identifica abiertamente la discriminación indirecta con la encubierta, esta identificación si parece que subyace en ciertas afirmaciones del Tribunal de Justicia. El lenguaje del Tribunal en *Jenkins* es ambiguo, no queda claro que la intención quede al margen de la discriminación prohibida. Parece que la discriminación no intencional quedaría aún fuera del ámbito de operatividad de la prohibición que sanciona el art. 119 del Tratado de Roma.

En el asunto *Bilka* (S.13.5.1986) el T.J. conceptúa ya la discriminación indirecta sin hacer referencia alguna a la intención, que queda al margen en los casos posteriores de discriminaciones indirectas planteados ante el Tribunal de Justicia.

Por lo que respecta a la distinción entre DD y DI el Tribunal de Justicia (*As. Dekker* S. 8.11.1991) ha acudido a dos criterios de diferenciación. El primero es de carácter externo, si la decisión en cuestión se aplica solo a los miembros de un sexo o de ambos indistintamente, se analizará bajo la teoría de la discriminación directa o indirecta, respectivamente.

Es de carácter ontológico el segundo criterio de diferenciación alegado. En la discriminación directa es decisiva la causa de la decisión; si ésta es el sexo de la persona, o una consecuencia directa del mismo, se trata de una DD. En la DI lo relevante es el efecto, la consecuencia, el tratamiento desfavorable de las mujeres en relación con los hombres.

Nuestro Tribunal Constitucional en la sentencia 145/1991 al definir la noción de discriminación directa e indirecta sigue de cerca las pautas de la anterior doctrina comunitaria, destacándose la nota de la causa y el del efecto respectivamente, en una y otra noción.

El problema de la distinción entre discriminaciones directas e indirectas no es baladí.

El T.C. en la sentencia citada insiste en destacar la consecuencia que en

Secretario para el interior a USA cuando aquel concepto se añadiría a la Sex Discrimination Act (1975), cfr., O'Donovan E. Szyszczak: *Equality and sex discrimination Law*, Basis Blackwell, Oxford, 1988, p. 98.

el Asunto Dekker el T.J. conectara a tal distinción: no es posible justificación alguna en el supuesto de discriminación directa.

Llegados a este punto, el anterior cuadro de diferencias puede ser completado estableciendo un criterio de distinción que a priori identifique si un determinado comportamiento o práctica empresarial presumiblemente discriminatorio se encuadra en una u otra categoría, y que como se recordará había quedado planteado con anterioridad. A estos efectos podemos señalar que el criterio seguido por la doctrina y jurisprudencia norteamericana es útil y objetivo. Este criterio separa una y otra teoría de análisis, según se trate de una medida que se aplique solo a uno de los sexos (discriminación por diferencia de trato), o a ambos (discriminación por efecto adverso).

Este criterio creo que presenta la ventaja de su carácter objetivo, que como puede comprobarse en la evolución hacia un concepto objetivo de discriminación (claramente en el Derecho Internacional), conlleva un avance en la aplicación práctica de la tutela antidiscriminatoria.

Desde mi punto de vista, tal vez poner demasiado el acento en el elemento intencional, como factor de diferenciación entre las discriminaciones directas e indirectas, puede llevarnos al punto de partida (a englobar solo las diferencias de trato intencionales en el concepto de discriminación). Efectivamente si leemos los antecedentes del propio asunto Griggs puede comprobarse que la empresa tenía una tradición en prácticas de discriminación hacia los negros, y que a las discriminaciones abiertas le sucedieron formas más sutiles para lograr el mismo resultado.

La trascendencia de la doctrina del impacto adverso radica precisamente aquí en aceptar la existencia de discriminación sin indagar sobre la existencia o no de intención discriminatoria.

De todo lo anterior creo que puede concluirse que pese a la fácil conceptualización teórica de las diferencias entre discriminaciones directas e indirectas, la práctica ha hecho surgir algunas veces ciertas dudas. Si conceptualmente el elemento intencional, y el causal son claros para definir o marcar la diferencia primera, en la práctica parece mejor seguir también un criterio objetivo que considere las medidas empresariales según se apliquen solo a miembros de un sexo o indistintamente a ambos, bajo la teoría de la discriminación directa o indirecta, respectivamente.

III. LAS DISCRIMINACIONES INDIRECTAS

1. Definiciones legales y jurisprudenciales

Como ya hemos afirmado, por discriminaciones indirectas podemos entender las prácticas o medidas que siendo formal o aparentemente neutras poseen, sin embargo, un efecto adverso sobre los miembros de un determinado sexo.

La Directiva comunitaria 76/207 sobre la igualdad de trato no define las discriminaciones indirectas, solo prohíbe bien sea directa o indirectamente toda discriminación por razón de sexo; la construcción de la noción de discriminación indirecta es, sin duda, una de las aportaciones más significativas del Tribunal de Justicia a la teoría discriminatoria.

De los Estados de la Unión Europea un número escaso de ellos (por ejemplo Reino Unido, Irlanda, Holanda e Italia) contienen una regulación legal sobre las discriminaciones indirectas ⁴. En nuestro país la sentencia del Tribunal Constitucional 145/1991 marca un hito en este sentido, al definir qué sean las discriminaciones indirectas ⁵.

La aplicación del concepto de discriminación indirecta a nivel nacional en la UE no es satisfactoria. Este dato no debe sorprendernos si tenemos en cuenta que en muchos Estados el concepto no existía, y en otros poseía un significado diferente, todo ello unido a la ausencia de definición en los instrumentos comunitarios.

Como ya señalamos, la incorporación al concepto de discriminación de las denominadas en el contexto europeo discriminaciones indirectas, tiene su origen en la experiencia judicial norteamericana. En el caso Griggs (1971) el Tribunal Supremo formuló su teoría sobre el *Adverse impact*, esto es, sobre las discriminaciones por impacto o efecto adverso.

Veinte años después del caso Griggs, la *Civil Rights Act* de 1991, define de nuevo que sean las DI, para poner fin a la erosión en aquel concepto que en los últimos años la conocida línea de conservadurismo del TS había venido realizando. Así se considera ilegal una práctica de empleo, si el demandante prueba que la misma produce un impacto adverso sobre la base del sexo..., y el demandado no consigue probar que la práctica cuestionada está relacionada con el trabajo y es necesaria para la empresa. O si el demandante prueba la existencia de una práctica de empleo alternativa y el demandado se niega a aplicarla.

El avance, al menos teórico, que en la tutela antidiscriminatoria supone la ampliación de la prohibición de las diferencias de trato a las discriminaciones por efecto adverso, es indudablemente considerable.

⁴ Sección 1.1b) de la *Sex Discrimination Act* británica de 1975; Sección 2 de la *Employment Equality Act* irlandesa de 1977; Art. 1.637 ij del *Civil Code* holandés (introducido por una reforma de 1989); Art. 4.2 de la Ley n.º 125 de 10 de abril de 1991 sobre *Azioni positive per la realizzazione della parità uomo-donna nel lavoro*.

⁵ Para el TC, discriminación indirecta sería aquella «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 tratamietnos formalmente iguales o tratamientos razonablemente desiguales tienen sobre los trabajadores de uno y de otro sexo a causa de la diferencia de sexo».

En Alemania, el concepto jurisprudencial considera que se produce una discriminación indirecta si una regulación o práctica referida a hombres y a mujeres, tanto *de iure* como *de facto*, sin embargo tiene el efecto de perjudicar a un número sustancialmente mayor de mujeres que hombres. Cfr. Report of the Network of experts on the implementation of the equality Directives, Comisión CEE, October, 1992, p. 5.

El nuevo concepto de discriminación por el efecto presenta una especial sensibilidad en la identificación del fenómeno discriminatorio, que no sólo se manifiesta en diferencias de trato directas entre hombres y mujeres.

El concepto de la discriminación indirecta, en primer lugar, descubre la forma que adopta el fenómeno discriminatorio en su exteriorización, muchas veces consecuencia de la aplicación de medidas neutras, por las propias diferencias existentes en la sociedad, y en segundo lugar también capta su dimensión supraindividual.

El Tribunal de Justicia, a partir del caso *Bilka* (S. 13.5.1986) engloba bajo la definición de DI los criterios, prácticas y medidas (también normativas) que aun aplicándose con independencia del sexo del trabajador, afectan (o perjudican) a un número mucho más elevado de mujeres que de hombres, salvo que la empresa pruebe que los mismos se basan en factores objetivamente justificables y extraños a cualquier discriminación por sexo (si bien, como después se analizará, la justificación empresarial, según la doctrina del TJ en el caso *Bilka*, ha de superar un juicio de necesidad e idoneidad para la empresa).

El TC-en-nuestro-país-considera-que-la-discriminación-indirecta-es-aquella «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 neutros o tratamientos razonablemente desiguales tienen sobre los trabajadores de uno y otro sexo a causa de su diferencia de sexo» (S. 145/1991).

Este dato de la falta de justificación de las DI, no es irrelevante, pues en principio y desde la perspectiva de la configuración teórica no cabe confundir discriminación con presunción de discriminación. Una diferencia de trato por parte del empresario por razón del sexo de los trabajadores es un comportamiento discriminatorio, una medida empresarial con efecto adverso sobre las mujeres solo es discriminatoria si el empresario no puede justificarla. Como se ha señalado, en el contexto de las DI el principio antidiscriminatorio no es un derecho fundamental como frecuentemente se proclama que es, sino meramente una presunción que puede ser destruida por otras consideraciones.

A continuación se estudiarán los elementos que integran las dos partes que configuran el supuesto de hecho de este ilícito discriminatorio, la medida con efecto adverso y la ausencia de justificación, sus problemas interpretativos y la aplicación jurisprudencial.

2. Elementos del concepto de discriminación indirecta

A. Medida neutra con efecto adverso

a) Medida, práctica o criterio formalmente neutro.

La neutralidad de una medida hace referencia a su aplicación al margen del sexo, es decir una medida formalmente neutra es aquella que es aplicable

tanto a hombres como a mujeres ⁶. La aplicación de la medida de efecto discriminatorio con independencia del sexo del trabajador, está en la noción de DI del TJ desde *Bilka y Rinner* (SS. 13.5.1986 y 10.7.1989).

La doctrina del TJ sobre las DI ha configurado ampliamente este primer elemento, que incluye disposiciones, criterios y prácticas como susceptibles de encuadrar el supuesto de hecho discriminatorio. Se ha superado la limitación de la *Sex Discrimination Act* británica en este punto, que restringe a «requisitos y condiciones» los elementos objetivos de las discriminaciones indirectas. La jurisprudencia británica ha construido en ocasiones flexiblemente este elemento, interpretando ampliamente los términos «requisitos y condiciones», incluyendo bajo estos conceptos el procedimiento de selección de trabajadores, e incluso prácticas que no constituirían reglas ⁷.

En la jurisprudencia del TJ se ha analizado la legitimidad, dado su efecto discriminatorio sobre las mujeres, de normas sobre protección social que establecen diferencias entre trabajadores a tiempo completo y a tiempo parcial (*Rinner*), o que dan relevancia a los ingresos del cónyuge y de personas a cargo del beneficiario (*Comisión c. Bélgica*), de un sistema de clasificación profesional basado en los criterios del esfuerzo muscular y el carácter pesado del trabajo (*Rummler*), y de criterios como la flexibilidad, formación profesional, y la antigüedad (*Danfoss y Nimz*) ⁸.

En los distintos Estados de la UE, se han apreciado diferencias a la hora de admitir el carácter discriminatorio de determinados criterios con efecto adverso sobre las mujeres, como la antigüedad ⁹. Entre los criterios con efecto discriminatorio alegados ante los tribunales nacionales puede constatarse que el más ampliamente aceptado, es el que diferencia la situación de los trabajadores a tiempo parcial y a tiempo completo.

El TJ ha admitido la existencia de discriminaciones indirectas por razón de sexo, derivadas de ciertas regulaciones del trabajo a tiempo parcial, si el empresario no consigue justificarlas.

Así, prácticas o normas aplicables en las empresas, neutras sexualmente, pero diferentes para los trabajadores a tiempo parcial y a tiempo completo, salvo si el empresario prueba que son necesarias para la empresa, serían discriminatorias por su efecto adverso sobre las mujeres, como el precio de la hora (*As. Jenkins*), el acceso a incrementos o complementos salariales (*As.*

⁶ Con independencia de la motivación de la misma que es irrelevante, como señala el TS norteamericano, la ausencia de un motivo malévolo no convierte una medida aparentemente discriminatoria en neutra.

⁷ Sin embargo, también la jurisprudencia ha realizado a veces un estricto control de la concurrencia de un requisito o condición cuya exigencia produce un desfavorable efecto sobre un sexo para apreciar si es susceptible o no de ser discriminatorio. Cfr.: M. Rubenstein: *The Equal treatment directive and U.K. law*, Eclipse, London, 1987, p. 83.

⁸ Cfr., caso *Comisión c. Bélgica*, S. 7.5.1991; caso *Rummler*, S.1.7.1986; caso *Danfoss*, S.17.10.1989; caso *Nimz*, S.7.2.1991.

⁹ Este criterio ha sido considerado bajo el test de no discriminación por los tribunales nacionales de Alemania, Irlanda, y Holanda, y no en Francia.

Nims), esquemas de pensiones (As. Bilka), diferencias en la pensión por incapacidad (As. Rinner-Kuhn).

A nivel nacional, el número de casos ha sido pequeño, salvo Irlanda, Gran Bretaña, y Alemania, donde el grueso lo componen tratos perjudiciales a trabajadores a tiempo parcial.

Esta amplia formulación del elemento objetivo del concepto de DI, en primer lugar, facilita considerablemente la prueba del demandante, que no se ve obligado ante una práctica o política empresarial con efecto discriminatorio sobre las mujeres a identificar el concreto requisito o condición que lo determina.

Y, en segundo lugar, permite amplias posibilidades de supuestos controlables bajo la teoría de la DI. Permite que pueda considerarse, por ejemplo, el procedimiento de selección de la empresa (o de promoción, o extinción de los contratos), a los efectos de comprobar si produce o no efecto adverso sobre las mujeres.

b) Efecto desfavorable mayor sobre los trabajadores de un sexo.

Las distintas definiciones legales y jurisprudenciales manejadas señalan, en segundo lugar, el efecto desproporcionalmente desfavorable para un grupo sexual de la medida formalmente neutra. Se pone el acento en el momento aplicativo de la medida empresarial, en su incidencia sobre los distintos grupos sociales.

No obstante, la fórmula de la jurisprudencia comunitaria presenta diferencias en relación con otras utilizadas en el contexto de la tutela antidiscriminatoria en Europa.

La primera diferencia que se detecta, y que separa la noción comunitaria de la británica, es la alusión de la última a la producción de un perjuicio (*detriment*), al igual que la ley italiana 125/1991 emplea el término «*pregiudizievole*». La doctrina comunitaria, al igual que la norteamericana, solo exige el dato del efecto desfavorable.

La segunda diferencia que separa la fórmula comunitaria y también la italiana, de la británica se refiere a que esta última construye este elemento del supuesto de hecho de una forma subjetiva, es decir, la DI consiste en exigir un criterio o condición que las mujeres **pueden cumplir** en una proporción considerablemente menor que los hombres.

La expresión comunitaria, más próxima a la jurisprudencia norteamericana, es la de que la medida en cuestión afecte a un número mucho más elevado de mujeres que de hombres (la jurisprudencia del TJ lo reitera desde el caso Bilka) o que desfavorece en una proporción mayor a los trabajadores de un sexo que de otro.

Esta segunda formulación presenta la ventaja de eludir los problemas interpretativos que la expresión «pueden cumplir» ha planteado en el contexto de la aplicación de la *Sex Discrimination Act*.

De esta forma y en relación con los elementos de la primera parte de la noción de DI, la fórmula comunitaria presenta ventajas frente a otras empleadas, en el sentido de que: a) construye ampliamente el presupuesto objetivo susceptible de producir un efecto discriminatorio, b) no incluye la producción de un perjuicio sobre la víctima del mismo, y c) se centra en el momento aplicativo del mismo, en su efecto desfavorable mayor sobre los miembros de uno de los sexos.

Se trataría en este momento, pues, de intentar concretar o fijar en qué se ha traducido en la práctica lo que denominamos un «efecto mayor desfavorable», o que los trabajadores de un sexo se ven afectados en «un número mucho más elevado». En primer lugar, ello dependerá de los grupos que comparemos, y en segundo lugar, de la diferencia que, en términos cuantitativos, materialice tal desproporción.

a') Grupos de comparación.

La discriminación indirecta establece una comparación entre dos grupos determinados por el sexo de sus integrantes, donde ha de medirse el efecto que produce la aplicación de una medida neutra sexualmente para determinar si fue desproporcionado entre los mismos.

La primera cuestión que surge es la de identificar los grupos de referencia, pues de la elección entre uno de los posibles *pools* dependerá que se aprecie una mayor o menor desproporción. Si por ejemplo se trata de constatar el efecto adverso de un determinado procedimiento de selección de los trabajadores de la empresa, el resultado será diferente según comparemos su impacto en relación con la composición sexual de la población, de los candidatos, o de los candidatos cualificados que aspiraban a su acceso al empleo.

En este sentido podemos señalar dos criterios interpretativos:

a) En la determinación de los grupos de la comparación, es preciso evitar que el factor discriminatorio quede incorporado en la definición de los mismos ¹⁰.

b) La elección de los *pools*, esto es, de los grupos a comparar, dependerá de la medida cuyo efecto adverso ha de medirse, es decir no es ajena a la propia medida que desfavorece de forma más elevada a los trabajadores de un sexo que de otro. De esta manera, será diferente si nos encontramos ante

¹⁰ Por ejemplo, si se compara el grupo de hombres y mujeres candidatos, en relación con el grupo de hombres y mujeres seleccionados, puede quedar oculto que el propio número reducido de candidatos-mujeres obedezca al mensaje disuasivo a las mujeres derivado de la propia configuración de los perfiles del puesto de trabajo.

Cfr., M. Rubenstein: *Teorie sulla discriminazione*, 1990, p. 90, quien utiliza en este mismo sentido el ejemplo de exigir como criterio de promoción una antigüedad en la empresa de seis años.

un criterio de promoción en la empresa, que si se trata de una condición objetiva para ser empleado. En el primer caso, se comparará la composición sexual de la empresa en relación con la composición sexual de los promovidos, en el segundo ejemplo el efecto adverso se mediría sobre la población general.

La jurisprudencia del TJ no se ha detenido en la operación de comparación y en los casos de las discriminaciones indirectas que se le plantearon resaltó el efecto desfavorable sobre las mujeres, esto es con referencia a la población en general.

De los casos ante el TJ puede, no obstante, deducirse que el impacto primero debe medirse en la población en general. En *Jenkins y Bilka* se refirió por ejemplo a las dificultades de las mujeres para acceder a trabajos a tiempo completo.

b) Cuantificación del efecto desproporcionado entre los grupos comparados.

En segundo lugar, se trataría de fijar, una vez identificados los grupos que se comparan, cómo se materializaría numéricamente cuando un efecto distinto entre los mismos es suficientemente desproporcionado a los efectos de cumplir la exigencia de afectar a «un número mucho más elevado» de mujeres que de hombres, de que habla la jurisprudencia comunitaria.

En el contexto norteamericano, las Directrices Uniformes sobre los procedimientos de selección adoptadas por la EEOC en 1978, concretan que el efecto adverso ha de cifrarse en un 80%, o en 4/5. Es decir, entre la proporción existente entre mujeres que superan la práctica y el total considerado y la correlativa proporción de hombres debe haber una desproporción de un 80% o de 4/5. Un gran número de sentencias han acogido en este país la regla del 80%; en otras ocasiones a los tribunales les bastó apreciar si simplemente la diferencia fue sustancial o significativa en el concreto caso. Una de las más estrechas diferencias admitidas como sustancial ha sido un impacto adverso de 1,5 a 1.

El TJ en los casos de DI en relación con reglas diferentes para los trabajadores a tiempo parcial y completo, o en supuestos de igualdad salarial, o en el terreno de la protección social no ha fijado regla numérica alguna.

De todas formas, sí creo que puede admitirse que la aproximación a esta primera secuencia de la noción de DI por parte del TJ ha sido «liberal».

B) *Justificación del efecto adverso*

El carácter injustificado de la medida con efecto adverso completa la noción de discriminación indirecta. La interpretación que se dé a esta segunda

parte del concepto es clave para determinar el alcance de la prohibición de discriminar también indirectamente; del contenido de tal exigencia dependerá el concepto real de discriminación indirecta.

Las decisiones empresariales, o medidas pactadas relativas por ejemplo a los procedimientos de selección de personal o de promoción de los trabajadores, o al establecimiento de sistemas de remuneración, y no sólo individuales diferencias de trato, podrán ser denunciadas si desfavorecen en mayor medida a las mujeres, y el empresario habrá de justificarlas en los términos que después se verá. La discriminación indirecta supone así un incremento de las posibilidades del control de la gestión empresarial.

Por lo que se refiere a los **problemas interpretativos** que la justificación de las medidas con efecto adverso provoca, estos son de dos órdenes: primero, bastaría que la medida sea conveniente para la empresa o precisa para quedar justificado que sea necesaria, y segundo, la referida justificación empresarial sobre la necesidad o la conveniencia de la medida cuestionada ha de ir referida al trabajo o a la actividad económica de la empresa.

a) Juicio de necesidad o juicio de conveniencia.

El TS norteamericano cuando, con el caso Griggs, introdujo la teoría del *adverse impact*, exigiría a la justificación del empresario superar un juicio de necesidad y no de mera conveniencia. La denominada *Business necessity* constituye la defensa propia del empresario en los casos de discriminación por efecto adverso.

Tanto en los EE.UU. como en Gran Bretaña, la interpretación judicial dada a la justificación por el empresario de medidas con efecto adverso ha sufrido las vicisitudes propias de los cambios económicos y políticos y de la ideología de los tribunales.

Por lo que respecta a la jurisprudencia norteamericana tras una larga tradición en favor del juicio de necesidad, en los últimos años de los 80 se inclinaría por el test de conveniencia.

Ha sido precisa una intervención normativa, la Civil Rights Act de 1991, para restablecer la denominada *Business Necessity* como única justificación válida en los supuestos de discriminación por efecto o impacto inverso.

Llegados a este punto y ante las fluctuaciones jurisprudenciales en relación con la exigencia de un juicio de necesidad o de mera conveniencia al empresario que justifique sus medidas con efecto adverso, es preciso realizar alguna consideración. Las consecuencias derivadas de construir la justificación como meramente oportuna o conveniencia empresarial es, en mi opinión, un retroceso en el ámbito de la discriminaciones prohibidas que incluye también las indirectas, o en el concepto de tal discriminación indirecta tal y como se formó e importó de la doctrina judicial norteamericana.

b) Juicio de necesidad para la empresa o para el puesto de trabajo.

El segundo problema interpretativo que suscita la justificación de una medida con impacto adverso es el de si el juicio de necesidad o de conveniencia ha de referirse al puesto de trabajo o a la actividad económica de la empresa. En la jurisprudencia norteamericana se han mantenido distintas opiniones, la confusión proviene del propio caso Griggs donde se utilizaron como sinónimos necesidad empresarial y conexión con la realización del trabajo.

En realidad no se trata de dos conceptos intercambiables; la conexión con el trabajo constituye un medio, pero no el único, para establecer la necesidad empresarial. Si el objetivo de un mecanismo de selección es determinar quién va a ser el mejor para el trabajo, la relación con el trabajo será normalmente el único medio de establecer o probar que tal mecanismo es necesario para la empresa. En otros contextos la prueba de que la medida con adverso efecto es necesaria para la empresa habrá de seguir vías distintas de su conexión con la realización del trabajo.

c) Interpretación del TJ de la justificación empresarial.

El punto de partida es de nuevo el asunto Bilka donde el TJ especifica o concreta cual ha de ser la justificación necesaria para aquellas medidas, prácticas o criterios que perjudiquen o desfavorezcan a las mujeres. Lo que en el caso Jenkins sólo había sido una justificación genérica: que la diferencia obedezca a factores objetivamente justificados y extraños a cualquier justificación por razón de sexo, será concretado en Bilka: que la medida persiga una exigencia efectiva para la empresa, sea idónea para alcanzar el objetivo de que se trata, y necesaria a tal fin.

Este test contiene dos subtest separados:

- Que la medida persiga una exigencia objetiva y efectiva para la empresa.
- Que sea necesaria e idónea para cumplirla.

1. El empresario, en su justificación, ha de probar primero que la medida se conecta u obedece a una necesidad real de la empresa, a una exigencia objetiva.

La exigencia de objetividad hace referencia a la irrelevancia de la valoración subjetiva del empresario sobre la existencia de tal necesidad.

De otro lado, que la medida cuestionada persiga una exigencia empresarial, reconduce a un juicio de esencialidad que excluye el test de proporcionalidad en este momento de la prueba.

2. Y segundo, que tal medida es necesaria e idónea para su logro, esto es, ha de probar también la inexistencia de otros medios alternativos.

Un juicio de proporcionalidad sí creo que puede acogerse en la valora-

ción de la relación entre el efecto discriminatorio de la medida y los costes que para la empresa se derivarían de los medios alternativos, por ejemplo de un procedimiento alternativo de selección.

En la doctrina judicial comunitaria un tema que queda abierto es el de la llamada *cost-justification*, esto es, si el empresario puede alegar razones económicas (un aumento de los costes) en relación con la supresión de la medida en cuestión.

Existen dos importantes argumentos de carácter general en contra de su admisión:

- a) La constatación de que la discriminación puede ser económicamente útil ¹¹. Entender que la discriminación resulta excluida si concurre una justificación económica puede perpetuar el fenómeno discriminatorio.
- b) La Política comunitaria en materia de igualdad persigue tanto objetivos económicos como sociales ¹².

De esta forma, en relación con el primer paso de la justificación del empresario, hay que rechazar que una justificación de orden económico sea una necesidad real para la empresa. Cualquier objetivo económico no es legítimo a los efectos de justificar una medida que perjudique a las mujeres en el mundo del trabajo. La justificación por razones económicas debe admitirse sólo en casos de necesidad real para la empresa, cuando la productividad, y no el mero logro de mayores beneficios puede verse afectada.

La justificación basada en el aumento de los costes para la empresa sí creo que puede acogerse en el segundo paso de la prueba, y tras constatar que la medida responde a una exigencia objetiva de la empresa, esto es en relación con la introducción de vías alternativas que logren igual objetivo pero que poscan un menor efecto adverso. En este momento sí creo que debe hacerse un juicio ponderado entre el efecto discriminatorio de la medida y el aumento de los costes derivado de la introducción de medidas alternativas a la cuestionada.

Bibliografía

- BARBERA, M.: *Discriminazione ed Eguaglianza nel rapporto di lavoro*, Giuffré, Milano, 1991.
- PÉREZ DEL RÍO, FERNÁNDEZ LÓPEZ, DEL REY GUANTER: *Discriminación e Igualdad en la negociación colectiva*, Ministerio de Asuntos Sociales, Instituto de la Mujer, 1993.

¹¹ Cfr. O. Fiss: *A theory of fair employment law*, en University of Chicago L.R. 38/1970.

¹² Cfr. TJ, Caso Deffrenne 2.º (Causa 43/75 S.8.4.1976), donde el Tribunal afirmaría que la política comunitaria en materia de igualdad persigue objetivos económicos y sociales. Lo que, sin duda, es un paso adelante en la interpretación del art. 119 del Tratado de Roma, que tuvo, como es sabido, una inspiración predominantemente económica. En este último sentido, cfr., F. Mancini: *Derecho del Trabajo y Derecho Comunitario*, R.L. 4/1986, pp. 174 y ss.

- RELACIONES LABORALES: Número monográfico, *Discriminación e igualdad entre los sexos en la relación de trabajo*.
- RODRÍGUEZ PIÑERO, FERNÁNDEZ LÓPEZ: *Igualdad y discriminación*, Tecnos, Madrid, 1986.
- SAEZ LARA, C.: *Mujeres y Mercado de Trabajo: Las discriminaciones directas e indirectas*, CES, Madrid, 1994.