

## Discriminación directa e indirecta

Comparación y crítica del concepto de discriminación en el *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz* y en el Proyecto español de Ley Orgánica para la igualdad efectiva de hombres y mujeres

Ariadna Aguilera Rull

Facultad de Derecho  
Universitat Pompeu Fabra

396

## ***Abstract***

*El pasado 18.8.2006 entró en vigor el Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, la ley general de igualdad de trato, que transpone cuatro directivas en materia de derecho de la antidiscriminación. El Congreso de los Diputados aprobó el 21.12.2006 el Proyecto de ley orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, que se halla pendiente de aprobación por el Senado. Este trabajo trata de concretar, partiendo de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el concepto de discriminación que subyace a ambos textos legales. Además pone de manifiesto las diferencias que existen en las normas alemana y española y propone, en su caso, una interpretación conforme a derecho comunitario.*

## ***Sumario***

- 1. Introducción**
- 2. Discriminación directa**
  - 2.1. Trato menos favorable**
    - a) Decisiones adoptadas en procesos de selección**
    - b) Decisiones individuales**
  - 2.2. Situación comparable**
  - 2.3. Riesgo de sufrir discriminación como conducta discriminatoria**
- 3. Discriminación por razón de embarazo o maternidad**
- 4. Discriminación indirecta**
  - 4.1. Desarrollo del concepto**
  - 4.2. Medidas aparentemente neutrales susceptibles de ser consideradas discriminatorias**
  - 4.3. La situación de desventaja particular**
  - 4.4. Justificación objetiva**
    - a) Finalidad legítima**
    - b) Medios necesarios y adecuados**
- 5. Conclusiones**
- 6. Bibliografía**
- 7. Tabla de sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas**

## 1. Introducción

El 18 de agosto de 2006 entró en vigor el “*Gesetz zur Umsetzung europäischer Richtlinien zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung*”, la ley alemana para la transposición de las directivas europeas para la realización del principio de igualdad. Dicha ley transpone de forma unitaria las siguientes directivas:

Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio del 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico.

Directiva 2000/78/CE del Consejo, 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 del Consejo, de 13 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 2004/113/CE del Consejo, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato de hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro.

El núcleo de la ley es el *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz* (en adelante AGG), la ley general de igualdad de trato, que protege frente a conductas discriminatorias que tengan lugar tanto en el ámbito laboral como en el tráfico civil. El AGG se aplica a las conductas discriminatorias ocurridas por motivos de origen racial o étnico o por razón de sexo, religión, convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual.

El método de transposición elegido por el legislador alemán difiere en esto del adoptado por el legislador español, que ha transpuesto las directivas mediante la aprobación de cuatro leyes, con ámbitos de aplicación subjetiva distintas. Las Directivas 2000/43/CE y 2000/78/CE ya han sido incorporadas al ordenamiento español mediante la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, la Ley 53/2003 de 10 de diciembre sobre empleo público de discapacitados y la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social. El pasado 21 de diciembre de 2006, el Congreso de los Diputados aprobó el Proyecto de Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (en adelante Proyecto), pendiente de aprobación por el Senado. Este Proyecto transpone las Directivas 2002/73/CE y 2004/73/CE y se aplica, como su nombre indica, sólo a las discriminaciones por razón de sexo.

La ventaja de la transposición alemana frente a la española es que la definición de discriminación es la misma independientemente de la razón que ha motivado la conducta discriminatoria. En el caso español, por el contrario, cada una de las leyes prevé un concepto de discriminación distinto, diferencia que no está justificada e impide que el derecho de antidiscriminación funcione como un sistema cerrado y coherente.

Este artículo se centra en las discriminaciones a causa de sexo y parte de las definiciones previstas en el AGG y en el Proyecto español. Tratará de concretar el contenido y alcance de los conceptos

de discriminación directa e indirecta previstos en la ley alemana y el Proyecto español. Las Directivas contienen ya una definición de dichos conceptos, por lo que los legisladores nacionales no tenían mucho margen de actuación. Eso ha llevado a que los conceptos de discriminación sean muy similares en la transposición alemana y la española. Pero, como no son idénticas, se pondrán de relieve los puntos en que la ley alemana y el Proyecto español difieren entre ellos. Tratará de determinarse si las definiciones previstas son acordes con el derecho comunitario, es decir con las Directivas objeto de transposición y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en la materia. En el caso de que el legislador alemán o español se hayan quedado cortos en la transposición, se propondrá una interpretación conforme al derecho comunitario.

## 2. Discriminación directa

El § 3 del AGG define la discriminación directa de la forma siguiente:

*“Eine unmittelbare Benachteiligung liegt vor, wenn eine Person wegen eines in § 1 genannten Grundes eine weniger günstige Behandlung erfährt, als eine andere Person in einer vergleichbaren Situation erfährt, erfahren hat oder erfahren würde.”*

“Existe discriminación directa si una persona, por una de las razones previstas en el § 1 AGG, es tratada de una forma menos favorable de lo que otra es, ha sido o sería tratada en una situación comparable.”

El artículo 6 del Proyecto de ley español, a su vez establece que:

“Se considera discriminación directa por razón de sexo la situación en que se encuentra una persona que sea, haya sido o pudiera ser tratada, en atención a su sexo de manera menos favorable que otra en situación comparable.”

La discriminación directa consiste pues en el hecho de tratar a una persona, que se encuentran en una situación comparable a otra, de forma menos favorable por reunir una de las características previstas en la ley.

### 2.1 Trato menos favorable

El primer elemento del supuesto de hecho de la discriminación directa es el trato menos favorable de que es objeto la víctima. En la doctrina alemana, ciertos autores proponen, a efectos de determinar la existencia de un trato menos favorable, distinguir entre dos tipos de supuestos: los procesos de selección y las decisiones aisladas. (BAUER/GÖPFERT/ KRIEGER, 2007, p. 88)

#### a) Decisiones adoptadas en procesos de selección

En el caso de decisiones adoptadas en procesos de selección, hay discriminación por el mero hecho de no haber tenido en cuenta a la víctima al tomar la decisión, bien porque se la excluye de antemano, como sucede en el asunto *Draehmphael c. Urania Immobilienservice OHG* (TJCE,

Sentencia de 22 de Abril de 1997, C-180/95, Rec. 1997 p. I 2195) o porque no se lleva a cabo una selección real.

El Sr. Draehmpaehl respondió a una oferta de empleo publicada por Urania Immobilienservice OHG en la que ésta ofrecía un puesto de colaboradora de Dirección en su empresa. Urania Immobilienservice OHG no respondió a la carta del Sr. Draehmpaehl, que interpuso una demanda ante el Arbeitsgericht Hamburg contra Urania Immobilienservice OHG, alegando haber sufrido una discriminación y solicitando una indemnización. El 22 de mayo de 1995 el Arbeitsgericht Hamburg planteó cuatro cuestiones prejudiciales al TJCE sobre la interpretación de la Directiva 76/207/CEE<sup>1</sup>. El Arbeitsgericht preguntó si una disposición que limita la cuantía máxima de la indemnización que se concede, en caso de discriminación, a aquellos candidatos, que de no haber tenido lugar la discriminación tampoco hubieran obtenido la plaza, debido a la mejor cualificación del candidato contratado, atentaba contra la directiva. El TJCE entendió que tal limitación era compatible con la directiva.

Como queda claro en dicho asunto, a efectos de determinar si nos hallamos ante una conducta discriminatoria, es irrelevante que la víctima no hubiera sido de todas formas contratada porque otros candidatos estaban mejor cualificados.

#### **b) Decisiones individuales**

En el caso de las decisiones individuales, por el contrario, no puede ignorarse que el comportamiento de la víctima o su cualificación han motivado la decisión. En un supuesto de despido, de promoción o de rescisión de un contrato de arrendamiento de vivienda por incumplimiento, por ejemplo, sólo podremos entender que ha existido discriminación si el afectado ha sido objeto de un trato menos favorable que otras personas que se hayan comportado igual o gocen de la misma cualificación. No bastará con probar que el afectado ha sido despedido y otros trabajadores no lo han sido.

En todo caso, la determinación de si el trato es menos favorable no puede depender de la mera apreciación subjetiva del afectado, sino de si un tercero objetivo en la situación de la presunta víctima, hubiera considerado el trato en cuestión como menos favorable.

Es importante destacar que la ley no protege frente a un trato meramente diferente, sino que exige que la persona sea objeto de un trato menos favorable que otra. Esto supone que no podremos considerar discriminatorio que un empresario obligue a las mujeres a llevar un uniforme de trabajo distinto al de los hombres. Si dicho empresario obliga a las mujeres a llevar falda, tal trato podría sólo considerarse discriminatorio si está poniendo a la luz un juicio de valor y no está justificado por las exigencias del trabajo.

Ni la ley alemana ni la española exigen que concurra en el causante la intención de discriminar (BAUER/Göpfert/KRIEGER, 2007, p. 88; THÜSING, 2007, p. 94). No se exige ni siquiera que la conducta discriminatoria sea culpable. Es más, que exigir la concurrencia de dicho requisito atentaría contra el derecho comunitario, queda claro en el asunto *Draehmpaehl* (STJCE, 22.4.1997,

---

<sup>1</sup> Directiva 76/207 del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo.

apartado 17). El Tribunal de Justicia consideró que una norma nacional que sometía la indemnización de los daños derivados de una discriminación a la condición de que la conducta hubiera sido culpable, no era conforme a la Directiva 76/207/CEE. Eso lleva también a que, incluso las diferencias de trato que tienen su origen en el intento de protección del afectado, puedan ser consideradas discriminatorias si objetivamente suponen una desventaja para la víctima. (THÜSING, 2007, p. 94) La prohibición de trabajo nocturno puede ser considerada por esta razón como discriminatoria.

## 2.2. Situación comparable

Para que la comparación que se lleva a cabo sea realmente significativa y pueda servir de prueba de un trato desfavorable hay que considerar a personas que se hallan en situaciones comparables. En la práctica, pueden plantearse dificultades en el momento de llevar a cabo la comparación, porque no está del todo claro hasta qué punto deben existir coincidencias entre ambas situaciones. Aquí nos puede resultar de ayuda la distinción que hacíamos antes entre los procesos de selección y las decisiones aisladas.

En el primer supuesto, compararemos la situación de la presunta víctima con la del resto de personas que han participado en el proceso de selección. Si estamos ante una decisión aislada el círculo de personas que deberemos tener en cuenta para llevar a cabo nuestra comparación es más reducido. Éste deberá abarcar tan sólo a aquellas personas que reúnan las características, en las que se ha basado el causante para tomar la decisión discriminatoria. Para determinar si una trabajadora, que ha sido despedida por falta de puntualidad lo ha sido en realidad por el hecho de ser mujer, deberemos comparar su situación con la de otros trabajadores que hayan sido también impuntuales.

Puede sin embargo suceder que en el momento en el que tiene lugar la conducta discriminatoria, no haya nadie que se encuentre en una situación equiparable, bien porque un caso similar sólo se haya dado en el pasado o porque nunca se haya dado. Justamente para dar respuesta a tales situaciones, la ley alemana establece que habrá que comparar el trato recibido por la víctima con el de que otra persona es, ha sido o sería objeto. Esto tiene su lógica, pues el que una persona sea objeto de discriminación no puede depender de que otra persona se halle actualmente en una situación similar a la suya. Debe bastar que en algún momento, otra persona en una situación comparable, haya sido tratada de forma distinta. De otro modo estaríamos haciendo depender la concurrencia o no de discriminación de una mera casualidad. Más complicados de resolver son aquellos supuestos en los que no podemos recurrir a un acontecimiento del pasado, como sucedía en el asunto *Dekker c. Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen* (TJCE, Sentencia de 8 de Noviembre de 1990, As. C-177/88, Rec. 1990 p. I 3941).

La Sra. Dekker interpuso una demanda contra el Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen por rechazar su solicitud para el puesto de educadora por estar embarazada. El Arrondissementrechtbank Haarlem y el Gerechtshof Amsterdam inadmitió la demanda, por lo que la Sra. Dekker interpuso recurso de casación ante el Hoge Raad der Nederlanden. El 24 de junio de 1988 el Hoge Raad de Nederlanden planteó cuatro cuestiones prejudiciales al TJCE sobre la interpretación de la Directiva 76/207/CEE. El

Hoge Raad preguntó al Tribunal de Justicia si el hecho de que ningún hombre se hubiera ofrecido para ocupar el puesto en cuestión impedía que pudiera considerarse que la Sra. Dekker había sido objeto de discriminación por razón del sexo.

El Tribunal de Justicia entendió que el hecho de que ningún hombre hubiera solicitado el puesto de trabajo que no le fue concedido a la Sra. Dekker, por estar embarazada, era irrelevante a efectos de determinar que ésta había sido objeto de discriminación.

La conducta de un empresario que rechaza a toda mujer embarazada que solicita un puesto de trabajo en su empresa no deja de ser discriminatoria porque ningún hombre haya participado en el proceso de selección. El hecho de que las mujeres no embarazadas no sean discriminadas aporta indicios suficientes que nos hacen presuponer que un hombre en situación comparable tampoco lo sería.

A diferencia de lo que hace el legislador alemán, el español no concreta si la situación comparable debe ser actual o puede ser pasada o hipotética. Pero la expresión elegida “que otra en situación comparable” no excluye tampoco la posibilidad de abarcar en la comparación tanto acontecimiento pasados como hipotéticos. Aquí deberemos interpretar, conforme al derecho comunitario, que debe compararse el trato del que ha sido objeto la presunta víctima con el trato del que es, ha sido o sería objeto otra persona

### **2.3. Riesgo de sufrir discriminación como conducta discriminatoria**

La transposición española, apoyándose en el tenor de la directiva que transpone, equipara el peligro de sufrir discriminación a la discriminación efectivamente ocurrida. El Art. 6.1 del Proyecto recoge como un supuesto de discriminación directa “la situación en que se encuentra una persona que pudiera ser tratada en atención a su sexo de manera menos favorable que otra en situación comparable”. No es necesario que se haya dado un trato menos favorable sino que basta con que exista el riesgo de que éste pueda darse.

La definición española de la discriminación va aquí mucho más lejos que la alemana, que exige que la víctima haya sufrido efectivamente una conducta discriminatoria. El legislador español estaría sancionando una conducta meramente hipotética, que no ha tenido lugar. Eso podría llevar a que el demandado tuviera que responder de un comportamiento inexistente, indemnizando un daño que no se ha producido.

No parece, sin embargo, que el legislador persiguiera realmente este resultado, sino que lo más probable es que dicha definición obedezca a un error en la propia Directiva 2004/113/CE. Ésta, en su versión española, establece de forma un tanto equívoca que debe entenderse por discriminación directa:

La Directiva 2004/113/CE en su art. 2 a establece que se entenderá por discriminación directa: “la situación en que una persona haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que es, ha sido o sería tratada otra en situación comparable, por razón de sexo.”

Si comparamos dicha definición con la contenida en las versiones inglesa y francesa de la misma Directiva, podemos observar que éstas establecen algo distinto:

“When one person is treated less favourably, on grounds of sex, than another is, has been or would be treated in a comparable situation.”

“La situation dans laquelle une personne est traitée de manière moins favorable en raison de son sexe qu’une autre ne l’est, ne l’a été ou ne le serait dans une situation comparable.”

Podemos interpretar la diferencia en el tenor de la versión española de la Directiva como un error de traducción. Debemos, en caso de aprobarse el proyecto de ley en su versión actual, reducir teleológicamente la definición de discriminación directa, que sólo podrá ser aplicada a aquellos supuestos en que se ha dado efectivamente un trato menos favorable.

### ***3. Discriminación por razón de embarazo o maternidad***

La ley alemana en su § 3.1.2 establece que:

“Eine unmittelbare Benachteiligung wegen des Geschlechts liegt [...] auch im Fall einer ungünstigeren Behandlung einer Frau wegen Schwangerschaft oder Mutterschaft vor.”

“El supuesto en el que se dispensa a una mujer un trato menos favorable por el hecho de estar embarazada o por maternidad constituye también una discriminación directa.”

El Proyecto de ley contiene en su Art. 8 una disposición casi idéntica:

“Constituye discriminación directa por razón de sexo todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad.”

La definición de la discriminación por embarazo o maternidad como un supuesto especial de la discriminación directa viene predeterminada por el derecho comunitario. Esto supone una novedad respecto de las primeras directivas de antidiscriminación. La Directiva 76/207/CEE ni hacía referencia expresa a la discriminación por embarazo, ni aclaraba por tanto, si ésta debía ser considerada una discriminación directa o indirecta. La Directiva 2002/73/CE, que modifica la Directiva 76/207/CEE establece ya explícitamente en su Art.1.2.7 que el trato menos favorable debido al embarazo o la maternidad supone una discriminación. La Directiva 2004/113/CE, en su Art. 4.1 a, consagra ya la discriminación por embarazo como una discriminación directa. Esta cuestión, aunque pudiera parecer a primera vista irrelevante, por estar ambos tipos de discriminación igualmente prohibidos, no carece de importancia. Existe una diferencia relevante entre la discriminación directa y la indirecta, que consiste en que a una y a otra se aplican causas de justificación distintas. Resulta más fácil justificar una discriminación indirecta que una discriminación directa, por lo que la protección frente a discriminaciones directas es mayor.

La cuestión de si la negativa a contratar con una mujer por estar embarazada suponía una discriminación directa o indirecta se planteó por primera vez en el asunto *Dekker*. El Tribunal de

Justicia respondió a la pregunta del Tribunal Supremo que siempre que lo que hubiera motivado la actuación discriminatoria hubiera sido una característica que sólo podían reunir las personas de un sexo determinado, como en el caso del embarazo o la maternidad, nos encontrábamos ante una discriminación directa.

Actualmente tanto la ley alemana como el Proyecto español establecen expresamente que la discriminación por embarazo es un supuesto de discriminación directa. Este caso concreto no plantea ya dudas. Hay que dar todavía respuesta a la cuestión de cómo resolver los casos similares. ¿Qué hacer en otros supuestos en que una disposición discriminatoria hace referencia a una característica que siendo diferente del sexo y del embarazo o la maternidad, pueden reunir sólo personas de un sexo determinado? Si nos tomamos en serio las afirmaciones del Tribunal de Justicia en el asunto *Dekker*, también una disposición que hiciera depender ciertas ventajas de haber prestado el servicio militar obligatorio, debiera ser considerada una discriminación directa por razón de sexo. Exactamente, este problema se planteó en el asunto *Schnorbus c. Land Hessen* (TJCE, Sentencia de 7 de diciembre de 2000, As. C-79/99, Rec. 2000, p. I 10977).

La Sra. Schnorbus, tras aprobar el primer examen estatal de la carrera de derecho, solicitó al Ministerio de Justicia del Land Hessen su admisión en las prácticas jurídicas obligatorias. El Land Hessen desestimó su solicitud, basándose en el art. 24.2 JAG, que en el proceso de selección para las prácticas jurídicas obligatorias otorgaba preferencia a aquellos candidatos que hubieran prestado el servicio militar obligatorio. La Sra. Schnorbus interpuso una demanda ante el Verwaltungsgericht Frankfurt am Main con el objeto de que se condenase al Land Hessen a admitirla como jurista en prácticas. El 18 de enero de 1999 el Verwaltungsgericht Frankfurt am Main planteó ocho cuestiones prejudiciales sobre la interpretación de la directiva 76/207/CEE al TJCE. El Verwaltungsgericht Frankfurt preguntó al TJCE si la disposición en cuestión constituía una discriminación directa por razón de sexo. El TJCE entendió que en tal caso se trataba de una discriminación indirecta y que ésta estaba justificada porque perseguía la finalidad legítima de compensar el retraso derivado de la prestación del servicio militar.

Sin hacer referencia alguna a que, en Alemania, sólo los hombres están obligados a hacer el servicio militar obligatorio e ignorando sus propias afirmaciones en el asunto *Dekker*, el Tribunal catalogó la disposición controvertida como una discriminación indirecta justificada. Afirmó, además, expresamente que “según los criterios definidos por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, puede considerarse que sólo las disposiciones que se aplican de forma diferente en función del sexo de las personas interesadas constituyen una discriminación directamente basada en el sexo.” Ello supondría que sólo el supuesto de la discriminación por embarazo o maternidad, por estar expresamente prevista, podría considerarse una discriminación directa.

Aunque el Tribunal no hizo alusión expresa a ello, la normativa preveía no sólo que tuvieran preferencia aquellas personas que hubieran prestado el servicio militar, sino también todas aquellas que hubieran realizado un año social voluntario o que hubieran trabajado en la ayuda humanitaria o en políticas de desarrollo. Eso implica que la norma, observada en su conjunto, no afectaba exclusivamente a las mujeres. Ni siquiera hubiera podido ser considerada una discriminación directa según la regla establecida por el Tribunal en el asunto *Dekker*. Sin embargo, no podemos presumir que el Tribunal tuvo en cuenta este hecho, pues en caso de hacerlo hubiera debido negar incluso la concurrencia de una discriminación indirecta. Parece

entonces que, en el asunto *Schnorbus*, se produce una modificación en la jurisprudencia del Tribunal, que llevaría a que sólo el supuesto de discriminación por embarazo o maternidad pueda ser considerado un supuesto de discriminación directa. Dicha tesis queda también apoyada por el hecho de que en el asunto *Dekker* se trataba de una discriminación por embarazo, lo que hace que debamos relativizar las afirmaciones generales del Tribunal.

#### **4. Discriminación indirecta**

El AGG no se limita a prohibir la discriminación directa sino que, siguiendo el ejemplo de las Directivas, sanciona en el § 3.2 otra forma de discriminación, la indirecta, que define del modo siguiente:

*“Eine mittelbare Benachteiligung liegt vor, wenn eine Person wegen dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen wegen eines in § 1 genannten Grundes gegenüber anderen Personen in besonderer Weise benachteiligen können, es sei denn, die betreffenden Vorschriften, Kriterien oder Verfahren sind durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt und die Mittel sind zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich.”*

“Hay una discriminación indirecta si disposiciones, criterios o procedimientos aparentemente neutrales pueden poner a ciertas personas, por una de la razones previstas en el §1, en desventaja particular respecto de otras personas, salvo que las disposiciones, criterios o procedimientos en cuestión estén objetivamente justificadas por una finalidad legítima y los medios elegidos para la realización de dicha finalidad sean adecuados y necesarios.”

El Proyecto de ley española establece a su vez que:

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

En el caso de la discriminación indirecta, nos encontramos ante una medida que no hace referencia al sexo y es aplicable indistintamente a hombres y a mujeres, pero que, perjudica en la práctica a un mayor número de mujeres. El ejemplo clásico de discriminación indirecta son las disposiciones que afectan al trabajo a tiempo parcial. Históricamente, muchas más mujeres que hombres han hecho uso de la posibilidad de trabajar a media jornada. 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, si no están justificadas.

##### **4.1. Desarrollo del concepto**

Justamente para solucionar el problema de que el trabajo a tiempo parcial estaba peor remunerado que el trabajo a tiempo completo, el Tribunal de Justicia desarrolló el concepto de la

discriminación indirecta. Tal definición tiene, por tanto, sus orígenes en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que sin llegar a usar el término discriminación indirecta, en muchas sentencias catalogó determinadas conductas, que no eran directamente discriminatorias, de discriminatorias.

El primer asunto en que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas decidió sobre un supuesto de discriminación indirecta fue el asunto *Jenkins c. Kingsgate* (TJCE, Sentencia de 31 de Marzo de 1981, As. 96/80, Rec. 1981, p. I 911).

La Sra. Jenkins, quien trabajaba a tiempo parcial para Kingsgate demandó asu empleador Kingsgate contra éste ante el Industrial Tribunal por pagarle un salario por hora un 10% menor que a sus compañeros masculinos, que trabajaban a tiempo completo. Esto atentaba, según ella, contra el Equal Pay Act de 1970, que establecía que hombres y mujeres debían recibir la misma remuneración si realizaban el mismo trabajo y ocupaban el mismo puesto. El Industrial Tribunal desestimó la demanda. La demandante interpuso recurso de apelación ante el Employment Appeal Tribunal, que el 25 de febrero de 1980 el planteó cuatro cuestiones prejudiciales sobre la interpretación de la Directiva 75/117/CEE al TJCE. El Employment Appeal Tribunal preguntó al TJCE si el Art. 119 TCE y el Art. 1 de la Directiva 75/117/CEE exigían que la remuneración por hora trabajada fuera idéntica, independientemente de si trataba de un trabajador a tiempo parcial o completo.

El Tribunal de Justicia estableció que el hecho de pagar menor remuneración a trabajadores a tiempo parcial que a trabajadores a tiempo completo supone una discriminación si, en realidad, no es otra cosa que un medio indirecto de disminuir el nivel de remuneración de los trabajadores a tiempo parcial por ser éstos principalmente mujeres (STJCE, 31.3.1981, apartado 15).

En un primer momento el Tribunal trató de reconducir los supuestos de discriminación indirecta a discriminaciones directas encubiertas. En aquellos casos en que el empresario intenta evadir la prohibición de discriminación por razón de sexo, haciendo referencia a una característica que reunían exclusiva- o casi exclusivamente mujeres, se podía considerar discriminatoria su conducta. Esto requería la concurrencia de un elemento subjetivo, el del conocimiento.

A partir del asunto *Bilka Kaufhaus GmbH c. Weber von Hartz* (TJCE, Sentencia de 13 de Mayo de 1986, As. C-170/84, Rec. 1986 p. I 1607), el Tribunal abandona ese acercamiento subjetivo y adopta un punto de vista objetivo. Se centra en la idea de la discriminación fáctica. Si la medida afecta a un número esencialmente mayor de mujeres que hombres, sin que esto pueda ser justificado objetivamente, estaremos ante una discriminación indirecta y no será necesario probar la concurrencia de un elemento subjetivo.

La Sra. Weber v. Hartz interpuso demanda contra Bilka Kaufhaus GmbH por negarse ésta a pagarle jubilación. El contrato de trabajo de la Sra. Weber v. Hartz establecía, que los trabajadores a tiempo parcial sólo podían recibir jubilación si habían trabajado como mínimo 15 de 20 años a tiempo completo. El Arbeitsgericht desestimó la demanda y la demandante interpuso recurso ante el Bundesarbeitsgericht, que el 5 de junio de 1984 planteó tres cuestiones prejudiciales sobre la interpretación del Art. 119 del Tratado al TJCE. El Bundesarbeitsgericht preguntó si el hecho de que un centro comercial, excluya de su sistema de prestaciones de jubilación a los trabajadores a tiempo parcial, suponía una discriminación indirecta. El Tribunal consideró que la medida era susceptible de ser discriminatoria por afectar a más

mujeres que hombres pero estaba justificada porque perseguía la finalidad de incentivar a los trabajadores a trabajar a tiempo completo y reducir el número de trabajadores a tiempo parcial.

La discriminación indirecta se configura, a partir de ahí, como un supuesto de hecho constituido por un elemento positivo, la discriminación fáctica, y un elemento negativo de falta de justificación.

#### 4.2 Medidas aparentemente neutrales susceptibles de ser consideradas discriminatorias

Los casos de discriminación indirecta más frecuentes son aquellos en los que están en juego disposiciones que diferencian entre el trabajo a tiempo completo y el trabajo a tiempo parcial. Sin embargo, hay en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, otros ejemplos de medidas susceptibles de ser indirectamente discriminatorias.

En el asunto *Teuling v. Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Chemische Industrie* (TJCE, Sentencia de 11 de Junio de 1987, As. 30/85, Rec. 1987, p. 2497), el Tribunal de Justicia entendió que unas disposiciones nacionales, que hacían depender la concesión de determinadas prestaciones sociales de si el beneficiario tenía cónyuge o hijos a su cargo podían resultar indirectamente discriminatorias.

La Sra. J. W. Teuling interpuso una demanda ante el Raad van Beroep de Amsterdam contra la decisión de su empleador de reducir su pensión de invalidez del 100 % al 70% del salario mínimo, por considerarla indirectamente discriminatoria. Dicha decisión fue adoptada de acuerdo con la nueva ley sobre el seguro contra riesgos de incapacidad laboral. La ley reducía por un lado la prestación por incapacidad al 70 % del salario mínimo y preveía por otro incrementos de hasta un 30 % si el beneficiario tenía cónyuge o hijos a su cargo. El 4 de febrero de 1985 el Raad van Beroep de Amsterdam planteó ante el TJCE cuatro cuestiones prejudiciales relativas a la interpretación de la Directiva 79/7/CEE<sup>2</sup> y la Directiva 76/207/CEE. El Raad van Beroep preguntó si podía considerarse que un sistema de prestaciones sociales que tiene en cuenta el estado civil y los ingresos procedentes de la actividad del cónyuge a efectos de fijar la cuantía de la prestación era contrario a la Directiva 79/7/CEE. El TJCE consideró que, en tanto que en los Países Bajos hay muchos más hombres casados que mujeres casadas que ejerzan una actividad profesional, sólo un porcentaje mucho menor de mujeres pueden probar que tienen un cónyuge a su cargo y beneficiarse de los incrementos previstos en la ley. La disposición en cuestión supondría una discriminación indirecta si no hubiera estado justificada.

En el asunto *Cadman c. Health & Safety Executive* (TJCE, Sentencia de 3 de Octubre de 2006, As. C-17/05, Rec. 2006) la disposición controvertida tenía en cuenta la antigüedad de los trabajadores a efectos de determinar la retribución recibida.

La Sra. B.F. Cadman interpuso demanda contra Health & Safety Executive ante el Employment Tribunal al amparo del Equal Pay Act, porque los trabajadores masculinos que ocupaban la misma posición que ella en su empresa, percibían retribuciones mucho más elevadas que ella. Esto era el resultado de la aplicación de un sistema retributivo en que se tenía en cuenta el criterio de la antigüedad como factor que contribuye al aumento del sueldo. El Employment Tribunal estimó la demanda y declaró que las

---

<sup>2</sup> Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social.

cláusulas del contrato de la Sra. Cadman debían modificarse a fin de que fueran igual de beneficiosas que las de sus colegas masculinos. El Health & Safety Executive interpuso recurso de anulación ante el Employment Appeal Tribunal, que entendió que el Employment Tribunal había incurrido en un error de derecho. La Sra. B. F. Cadman interpuso recurso de apelación ante la Court of Appeal, que el 11 de enero del 2005 planteó tres cuestiones prejudiciales ante el TJCE. La Court of Appeal preguntó si la aplicación por un empresario del criterio de la antigüedad debía ser justificado.

El Tribunal entendió que el criterio de la antigüedad podía redundar en un trato menos favorable para las mujeres que para los hombres y ser considerado por tanto susceptible de ser discriminatorio.

#### **4.3. La situación de desventaja particular**

El elemento clave del supuesto de hecho de la discriminación indirecta e el impacto desigual que la medida aparentemente neutral tiene en hombres y mujeres. Es lo que las Directivas definen como una situación de desventaja particular. La elección de la expresión “desventaja particular”, que recogen tanto la ley alemana como el proyecto de ley española, está inspirado en las Directivas 76/207/CEE, 2000/43/CE, 2000/78/CE, 2002/73/CE. Para concretar en que consiste la desventaja particular podemos acudir a la Directiva 97/80/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo, que en su art. 2. 2, definía la discriminación indirecta del siguiente modo:

“A efectos del principio de igualdad de trato contemplado en el apartado 1, existirá discriminación indirecta cuando, una disposición, criterio o práctica aparentemente neutro afecte a una proporción sustancialmente mayor de miembros de un mismo sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica no resulte adecuado y necesario y pueda justificarse con criterios objetivos que no estén relacionados con el sexo”.

Como vemos, dicha Directiva establece, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que la situación de desventaja particular de las mujeres respecto de los hombres se materializa en el hecho de que un porcentaje mayor de mujeres se ven perjudicados por la medida en cuestión.

Para determinar si, por ejemplo, una disposición que atribuye ventajas a los trabajadores a tiempo completo, perjudica a un porcentaje mayor de mujeres que hombres, será necesario establecer grupos de comparación. Existen dos estrategias posibles que pueden seguirse al formar dichos grupos. Pueden formarse, o bien distinguiendo según el criterio aparentemente neutral, elegido por la disposición cuestionada, p.e. el trabajo a tiempo completo y el trabajo a tiempo parcial (BAUER/GÖPFERT/KRIEGER, 2007, p. 93), o bien según el criterio prohibido, p. ej. hombre o mujer. El Tribunal de Justicia, que ha aplicado ambas formas, parece decantarse por llevar a cabo una comparación entre el porcentaje de trabajadores a tiempo parcial en el grupo de las mujeres y en el de los hombres.

Véase para esto, PLÖTSCHER, 2003, p. 235 - 238, quien lleva a cabo un análisis exhaustivo de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y concluye que, a efectos de evitar errores en situaciones estadísticas límite, lo más adecuado es combinar ambos puntos de vista. Una regulación del trabajo a tiempo parcial equivaldrá a una discriminación por razón de sexo, si el porcentaje de trabajadores a

tiempo parcial entre las mujeres y el porcentaje de mujeres entre los trabajadores a tiempo parcial es especialmente alto.

Los grupos de comparación deben ser en todo caso lo suficientemente grandes como para descartar la posibilidad de que los datos sean expresión de fenómenos meramente fortuitos

En palabras del Tribunal de Justicia: "Corresponde al órgano jurisdiccional nacional apreciar si se pueden tomar en consideración los mencionados datos estadísticos, es decir, si se refieren a un número suficiente de individuos, si no constituyen la expresión de fenómenos meramente fortuitos o coyunturales y si, de manera general, resultan significativos." (TJCE, Sentencia de 27 de octubre 1993, C-127/92, Rec. 1993. p. I 5535, apartado 17).

Es importante destacar aquí lo que ha apuntado el Tribunal de Justicia, en el asunto *O'Flynn c. Adjudication Officer* (TJCE, Sentencia de 23 de Mayo de 1996, As. C-237/94, Rec. 1996, p. I 2617) respecto del concepto de discriminación por razón de la nacionalidad, previsto en el Reglamento 1612/68 relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad de la libre circulación de trabajadores. Aunque se trate de una materia distinta, las afirmaciones del Tribunal son aplicables también a los tipos de discriminación que nos ocupan aquí, porque ponen de manifiesto la concepción general que el Tribunal tiene de la discriminación indirecta.

El Sr. O'Flynn, irlandés, solicitó, a raíz del fallecimiento de un hijo suyo, el pago de los gastos del funeral, previsto en las Social Fund Regulations 1987. El Adjudication Officer denegó al Sr. O'Flynn dicho pago porque su hijo no había sido inhumado en el Reino Unido. La norma aplicable supedita la concesión de la prestación a la condición de que la inhumación o incineración del muerto halla tenido lugar en el Reino Unido. El Sr. O'Flynn interpuso recurso contra la denegación por considerar que el requisito territorial era indirectamente discriminatorio en perjuicio de trabajadores emigrantes. El 28 de junio de 1994 el Social Security Commissioner planteó tres cuestiones prejudiciales sobre la interpretación del Reglamento 1612/68 relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad, al TJCE en el marco del litigio entre el Sr. O'Flynn y el Adjudication Officer. El Tribunal de Justicia consideró que dicha norma suponía una discriminación indirecta por razón de la nacionalidad.

El Tribunal de Justicia consideró que no era necesario probar que la disposición controvertida estaba afectando, en la práctica, a un porcentaje considerablemente más importante de trabajadores emigrantes, sino que basta con comprobar que dicha disposición podía producir tal efecto (STJCE, 23.5.1996, apartado 21).

Al analizar la diferencia de repercusión de una medida el Tribunal de Justicia, no se limita a tener en cuenta sus efectos directos sino que incluye también en el análisis los efectos indirectos de ésta. Esto queda claro en el asunto *Kachelmann c. Bankhaus Hermann Lampe KG* (TJCE, Sentencia de 26 de septiembre de 2000, As. C-322/98, Rec. 2000, p. I 7505).

La Sra. Kachelmann, empleada a tiempo parcial, interpuso una demanda ante el Arbeitsgericht Hamburg contra su empleador Bankhaus Hermann Lampe KG por despido improcedente. Bankhaus Hermann Lampe KG, al llevar a cabo la selección social, preceptiva en supuestos de despido por causas económicas, había omitido comparar a la Sra. Kachelmann con otros trabajadores a tiempo completo. El Arbeitsgericht desestimó la demanda. El empresario había actuado de acuerdo con de la Kündigungsschutzgesetz (Ley de protección alemana contra el despido), que en su interpretación

jurisprudencial establecía que los trabajadores a tiempo parcial no son comparables a los trabajadores a tiempo completo a efectos de llevar a cabo la selección social. La Sra. Kachelmann interpuso recurso de apelación ante el Landesarbeitsgericht Hamburg. Éste planteó el 24 de julio de 1998 al TJCE una cuestión prejudicial. El Landesarbeitsgericht preguntó si podía considerarse que la interpretación que se estaba dando al art. 1.3 de la Kündigungsschutzgesetz conducía a una discriminación indirecta por razón de sexo.

El Tribunal de Justicia respondió a la cuestión que se le planteaba, que la disposición nacional no suponía ninguna desventaja directa para los trabajadores a tiempo parcial. Como la norma se aplicaba por igual a los trabajadores a tiempo completo y los trabajadores a tiempo parcial, ambas categorías de trabajadores se veían favorecidos o desfavorecidos de la misma manera, según si en la empresa se suprimía un puesto de trabajo a tiempo parcial o completo. Pero como el número de trabajadores a tiempo completo es, en todos los sectores, más elevado que el de los empleados a tiempo parcial, en caso de despido, los trabajadores a tiempo parcial, tienen más dificultades de encontrar otro empleo comparable. El Tribunal consideró que en vistas de que la norma implicaba, una desventaja indirecta para los trabajadores a tiempo parcial y por tanto para las mujeres, ésta podía ser considerada discriminatoria.

#### 4.4. Justificación objetiva

Para que se cumpla el supuesto de hecho de la discriminación indirecta debe concurrir un elemento negativo, que consiste en que la medida en cuestión no esté justificada. Una medida, que perjudica a un porcentaje mayor de mujeres que hombres, no podrá ser considerada discriminatoria si persigue una finalidad legítima. La exigencia de una finalidad legítima trata de excluir la posibilidad de que la medida persiga la finalidad de discriminar. Esta idea es la que expresa el Tribunal de Justicia, en el asunto *Jenkins*, cuando dice que la medida no debe tener nada que ver con una discriminación por razón del sexo (STJCE, 31.3.1981, apartado 11). El legislador europeo ha optado, siguiendo la jurisprudencia del TJCE, por exigir la concurrencia de un elemento negativo en lugar de exigir el elemento positivo de una relación de causalidad entre la medida aparentemente neutral y el sexo de los afectados.

Para que pueda considerarse cumplida la condición de que la medida no tenga nada que ver con una discriminación, no bastará con probar que existen otras razones que han motivado la decisión. Debe quedar garantizado que las finalidades alegadas ni son en el fondo meras excusas que encubren una finalidad de discriminar, ni son meras justificaciones a posteriori, que no aportan ninguna información relevante sobre la posible condición discriminatoria de la medida. Por esta razón, la jurisprudencia del Tribunal, ha distinguido entre finalidades legítimas y aquellas que no lo son.

##### a) Finalidad legítima

En el asunto *Rinner-Kühn c. FWW Spezial-Gebäudereinigung GmbH & co KG* (TJCE, Sentencia de 13 de julio de 1989, As. 171/88, Rec. 1989, p. I 2743), el Tribunal de Justicia rechazó los argumentos del Gobierno alemán en defensa de una ley que excluía del pago del salario en caso de enfermedad a ciertos trabajadores a tiempo parcial.

La Sra. Rinner-Kühn interpuso una demanda ante el Arbeitsgericht Oldenburg contra su empleador, FWW Spezial-Gebäudereinigung GmbH, por no abonarle su salario durante una baja por enfermedad. La ley alemana que establecía la continuación del pago del salario durante la baja por enfermedad no se aplicaba a trabajadores con una jornada de diez horas semanales. El 5 de mayo de 1988 el Arbeitsgericht Oldenburg planteó una cuestión prejudicial sobre la interpretación del art. 119 del Tratado CEE en el marco del litigio entre la Sra. Rinner-Kühn y el FWW Spezial-Gebäudereinigung GmbH. El Arbeitsgericht Oldenburg preguntó al Tribunal si la norma en cuestión suponía una discriminación indirecta por razón de sexo. El Tribunal entendió que la ley no estaba objetivamente justificada.

El Gobierno alemán sostuvo que justificaba la norma la circunstancia de que aquellos trabajadores que trabajaban menos de diez horas no presentaban en su relación con la empresa un grado de integración ni un vínculo de dependencia comparable con los de los otros trabajadores (STJCE, 13.6.1989, apartado 13). El Tribunal consideró que dichas alegaciones no eran más que meras generalizaciones, inapropiadas para probar que la medida no fuera discriminatoria.

En el asunto *Jenkins*, el Tribunal de Justicia consideró, por el contrario, justificada la medida que establecía una remuneración menor para los trabajadores a tiempo parcial, que perseguía la finalidad legítima de hacer más atractivo el trabajo a tiempo completo (STJCE, 3.3.1981, apartado 12).

A la misma conclusión llegó el Tribunal en el asunto *Bilka*, en el que entendió que un centro comercial puede justificar una medida, alegando que quiere contratar por necesidades empresariales el mínimo número de trabajadores a tiempo parcial posible (STJCE, 13.5.1986, apartado 37).

## **b) Medios necesarios y adecuados**

Como resulta de la definición de la discriminación indirecta, no basta con que la medida persiga una finalidad legítima sino que, además, los medios escogidos para la realización de dicha finalidad deben ser necesarios y adecuados. Aunque el Tribunal de Justicia difiere la facultad de concretar y examinar la proporcionalidad de los medios a los Tribunales nacionales, en su jurisprudencia podemos encontrar algunas pautas.

Véase a este respecto el asunto *Seymour-Smith y Pérez*, en el que el Tribunal manifiesta: "...en último término corresponde al órgano jurisdiccional nacional, que es el único competente para apreciar los hechos e interpretar la legislación nacional, determinar si y en qué medida se justifica por razones objetivas, ajenas a toda discriminación basada en el sexo, una disposición legal cuyo ámbito de aplicación aun siendo independiente del sexo del trabajador, afecta de hecho a un porcentaje considerablemente mayor de mujeres que de hombres." (TJCE, 9.2.1999, apartado 67)

En el asunto *Teuling* (TJCE 11.6.1987, apartado 18), el Tribunal consideró que un sistema de prestaciones por incapacidad laboral, que preveía un incremento de la cuantía de la prestación en el caso de que el beneficiario tuviera cónyuge o hijos a su cargo, era adecuado y necesario para la consecución de la finalidad legítima de garantizar los medios de subsistencia de dichas personas.

En el asunto *Seymour-Smith y Pérez* (TJCE, Sentencia de 9 de febrero de 1999, As. C-167/97, Rec. 1999 p. I 623) estaba en juego una norma que limitaba la protección frente a despidos improcedentes a aquellos trabajadores que hubieran trabajado un mínimo de años.

La Sra. Seymour-Smith interpuso demanda ante el Industrial Tribunal contra su empleador Christo & Co por despido improcedente. La Sra. Pérez interpuso también demanda contra su empleador Matthew Stone Restoration ante el mismo órgano y así mismo por despido improcedente. A ambas trabajadoras se les había aplicado la norma según la cual sólo quedaban protegidos frente a despidos improcedentes los trabajadores que hubieran trabajado como mínimo dos años por cuenta ajena, requisito que ninguna de las demandantes cumplía. Las demandantes alegaron que dicha norma era indirectamente discriminatoria porque había menos mujeres que hombres que hubieran trabajado, como mínimo, dos años. El Industrial Tribunal inadmitió las demandas. Las demandantes interpusieron recurso de apelación ante la Court of Appeal invocando el art. 119 TCEE. La Court of Appeal consideró que la indemnización por despido improcedente no podía ser considerada retribución en el sentido del art. 119 TCEE. Las demandantes interpusieron recurso de casación ante la House of Lords, que el 13 de marzo de 1997 planteó cinco cuestiones prejudiciales al TJCE. La House of Lords preguntó por los elementos que el Gobierno debía aportar para justificar una medida con efectos indirectamente discriminatorios.

El Gobierno del Reino Unido sostuvo, en defensa de la norma, que el riesgo que suponía para los empresarios el hecho de poder ser demandados por despido improcedente por trabajadores de reciente incorporación, podía disuadirles de contratar a nuevos trabajadores.

El Tribunal de Justicia entendió que era indiscutible que la promoción de la contratación constituía un objetivo legítimo de política social. Sin embargo consideró que las alegaciones del Gobierno del Reino Unido “no bastaban para aportar elementos que permitieran estimar razonablemente que los medios escogidos eran adecuados para la consecución de dicho fin.” (STJCE 9.2.1999, apartado 76)

Todo ello nos permite concluir que el Tribunal de Justicia lleva a cabo un control bastante laxo de los motivos que han podido llevar a la adopción de una medida con repercusión distinta sobre hombres y mujeres. Lo que no acepta es que se evada la prueba de la existencia de una finalidad legítima y la proporcionalidad de los medios elegidos para la consecución de ésta, con la ayuda de afirmaciones que no tienen en cuenta la situación concreta. Meras generalidades no aportan la información necesaria que permite realmente discernir si la medida es discriminatoria o no.

## **5. Conclusiones**

El nuevo derecho español deberá ser interpretado conforme a derecho comunitario, lo que implica para empezar una reducción teleológica del tenor legal. No basta con que una persona pudiera ser tratada de forma menos favorable que otra para considerar que nos hallamos ante una discriminación directa. Será necesario que el trato menos favorable se haya dado efectivamente, no basta con la existencia de un riesgo.

Aunque la transposición española, a diferencia de la alemana, no lo establezca expresamente, deberemos comparar el trato que recibe la presunta víctima con el trato del que otra persona es, ha sido o sería objeto en situación comparable.

En lo que respecta a la distinción entre discriminación directa e indirecta, entenderemos que sólo pueden ser consideradas directas aquellas discriminaciones que ocurren en atención al sexo o están relacionadas con el embarazo o la maternidad.

De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, siempre que se adopte una medida que afecta negativamente a un porcentaje considerablemente mayor de mujeres que hombres, habría una apariencia de discriminación, que sólo podrá destruirse, probando que la medida no tiene nada que ver con una discriminación. Eso supone que toda medida con repercusión distinta en mujeres y hombres, deberá perseguir una finalidad concreta, distinta de la discriminación y si no persigue ninguna, será considerada discriminatoria.

## 6. Bibliografía

Gregor THÜSING (2007), *Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz. Das neue Allgemein Gleichbehandlungsgesetz und andere arbeitsrechtliche Benachteiligungsverbote*, Beck, München.

Jobst-Hubertus BAUER, Burkard GÖPFERT, Steffen KRIEGER (2007), *AGG, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, Kommentar*, Beck, München.

Stefan PLÖTSCHER (2003), *Der Begriff der Diskriminierung im Europäischen Gemeinschaftsrecht*, Duncker & Humblot, Berlín.

## 7. Tabla de sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

<i>Fecha</i>	<i>Asunto</i>	<i>Referencia</i>	<i>Partes</i>
3.10.2006	C- 17/05	Rec. 2006	<i>Cadman c. Health &amp; Safety Executive</i>
7.12. 2000	C-79/99	Rec. 2000, p. I 10977	<b><i>Schnorbus c. Land Hessen</i></b>
26.9.2000	C-322/98	Rec. 2000, p. I 7505	<i>Kachelmann c. Bankhaus Hermann Lampe KG</i>
9.2.1999	C-167/97	Rec. 1999 p. I 623	<i>Seymour-Smith y Pérez</i>
22.4.1997	C-180/95	Rec. 1997 p. I 2195	<i>Draehmphael c. Urania Immobilienservice OHG</i>
23.5.1996	C-237/94	Rec. 1996, p. I 2617	<i>O'Flynn c. Adjudication Officer</i>
8.11.1990	C-177/88	Rec. 1990 p. I 3941	<i>Dekker c. Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen</i>
13.7.1989	171/88	Rec. 1989, p. I 2743	<i>Rinner-Kühn c. FWW Spezial-Gebäudereinigung GmbH &amp; co KG</i>
11.6.1987	30/85	Rec. 1987, p. 2497	<i>Teuling v. Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Chemische Industrie</i>
13.5.1986	C-170/84	Rec. 1986 p. I 1607	<i>Bilka Kaufhaus GmbH c. Weber von Hartz</i>
31.3.1981	96/80	Rec. 1981, p. I 911	<i>Jenkins c. Kingsgate</i>