# LA DISCRIMINACION LABORAL INDIRECTA*

Publicado en Revista de Derecho, Universidad Austral de Chile, volumen XII, Diciembre 2001, 67 s.

## 1. INTRODUCCION.

El tema de la discriminación laboral indirecta por razones de sexo es, sin lugar a dudas, una de las materias importantes del último tiempo en relación con la cada vez mayor incorporación de la mujer al trabajo. La formulación y desarrollo de esta figura jurídica de creación jurisprudencial y doctrinal responde a la necesidad básica de eliminar las desigualdades, en materia de remuneraciones y demás condiciones de trabajo, de las que es objeto mayoritariamente la mujer frente a los trabajadores hombres, en la realización de trabajos de igual o similar naturaleza.

La figura de la discriminación indirecta tiene sus orígenes mediatos en dos sentencias pronunciadas por la Corte Suprema[1] de los Estados Unidos, pero su desarrollo jurídico ha tenido lugar especialmente a través de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (TJCE). El TJCE ha tenido oportunidad de ir configurando su doctrina sobre la discriminación indirecta en materia laboral, particularmente en razón de pronunciamientos que le han sido solicitados por tribunales de los Estados miembros de la Unión Europea, de conformidad a lo dispuesto por el artículo 234 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea[2], los cuales han versado mayoritariamente, sobre desigualdades que afectan a mujeres con un contrato de trabajo a tiempo parcial.[3] Esto último se explica, por el hecho de ser el contrato de trabajo a tiempo parcial una modalidad de contratación que involucra especialmente a mujeres[4], mientras que el

---

* El presente artículo 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" (El trabajo a tiempo parcial en el derecho europeo y alemán del trabajo).

[1] Los casos que fueron objeto de pronunciamiento son: Griggs vs. Duke Power Co. 401 US Supreme Court Reports 424 (1971); Dothard vs. Rawlinson 433 US Supreme Court Reports (1977).

[2] Los textos actualizados de los tratados pueden obtenerse en: www.europa.eu.int

[3] La discriminación laboral indirecta no debe entenderse limitada sólo a desigualdades de trato que afectan a trabajadores a tiempo parcial. Es aplicable también a otras modalidades de contratación laboral (ej.: teletrabajo, trabajo a domicilio o un trabajo a tiempo completo), además, es posible a través de este instituto jurídico poner fin a desigualdades que afecten tanto a mujeres, como a hombres.

[4] Cerca del 90% de los trabajadores a tiempo parcial en los Estados miembros de la Unión Europea son mujeres. Ello se explica por las ventajas que esta modalidad de contratación conlleva al facilitar la

contrato a tiempo completo sigue siendo una modalidad de contratación esencialmente masculina, lo que supone, que un trato menos favorable en materia de remuneraciones u otras condiciones laborales entre trabajadores a tiempo parcial y trabajadores a tiempo completo en situación comparable, pueda traer aparejado, además, una situación constitutiva de discriminación por razones de sexo.

El presente trabajo pretende dar a conocer de manera breve y sistemática los principales elementos de la figura de la discriminación laboral indirecta, de acuerdo al desarrollo que ésta ha experimentado en la jurisprudencia europea y en la doctrina laboral alemana. Asimismo, pretende contribuir a extender el conocimiento y discusión de esta materia en el ámbito de los estudios sobre el trabajo dependiente que se realizan en nuestro país, por su indudable trascendencia en la búsqueda del pleno reconocimiento de los derechos laborales de la mujer y del logro de la justicia social, fin último y esencial del derecho del trabajo.

## 2. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE REMUNERACIONES EN EL DERECHO EUROPEO.

El principio de igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres goza de una larga historia de reconocimiento jurídico a nivel supranacional. Este principio fue reconocido por primera vez en un tratado internacional, en la parte octava del Tratado de Paz de Versalles,[5] de fecha 28 de junio de 1919. Posteriormente, tuvo un especial reconocimiento en el Preámbulo del Tratado que constituyó la Organización Internacional del Trabajo en el año 1940 y de ahí en adelante, ha sido reiteradamente reconocido en una serie de pactos y convenciones internacionales, entre los que destacan: la Declaración Universal de los Derechos Humanos[6], de fecha 10 de diciembre de 1948; el Convenio Nr. 100 de la Organización Internacional del Trabajo[7],

---

compatibilización de trabajo y familia y, por otra parte, en la todavía actual distribución de roles en la sociedad, en virtud de la cual sigue siendo la mujer quien asume mayoritariamente el cuidado y educación de los hijos. Ver: Caamaño, Las contrataciones atípicas y el contrato de trabajo a tiempo parcial, Revista de Derecho Universidad Austral, vol. X, diciembre 1999, p. 59 y sgtes.

[5] Artículo 427 del Tratado de Paz de Versalles.

[6] Artículo 23 inciso 2.

[7] Artículos 2 y 3 del Convenio de la O.I.T. sobre igualdad de remuneración.

de fecha 29 de junio de 1951 y el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales[8], de fecha 19 de diciembre de 1966.[9]

En el ámbito del derecho comunitario europeo el principio de igualdad de remuneraciones o de retribución tiene un reconocimiento expreso en el artículo 141 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (TCE). El inciso 1 del art. 141 TCE establece textualmente que: "cada Estado miembro garantizará la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor".

El art. 141 TCE tiene como antecedente inmediato la disposición contenida en el ex art. 119 TCE[10], incorporada en la versión original del Tratado a instancias de Francia, con un fin netamente de carácter económico, cual era, el de evitar el dumping social entre los Estados miembros. No obstante lo anterior, producto de la mayor incorporación de la mujer al trabajo y del desarrollo más activo en las últimas dos décadas del derecho social y laboral de la Unión Europea, esta disposición que consagra el principio de igualdad de retribución ha pasado a convertirse en el pilar fundamental para el reconocimiento de la igualdad jurídico-laboral entre hombres y mujeres y para el mejoramiento de las condiciones de trabajo en los Estados miembros.[11]

Un paso importante en el sentido antes descrito, es la sentencia del TJCE[12], de fecha 8 de junio de 1976, en virtud de la cual este órgano jurisprudencial extendió el primitivo y restrictivo fin de tutela económico del art. 119 TCE, estableciendo que esta disposición sirve a los fines sociales de la Comunidad, los que no sólo se limitan a establecer una unión económica sino que, tal como lo confirma el Preámbulo del Tratado, ésta debe propender al progreso social y al constante mejoramiento de las condiciones de vida y

---

[8] Artículo 7 (a).
[9] Sobre el tema ver: Kyriazis, Die Sozialpolitik der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft in Bezug auf die Gleichberechtigung männlicher und weiblicher Erwerbstätiger, Berlin, 1990, p. 26.
[10] El texto del art. 141 TCE corresponde en esencia al ex-artículo 119, en la versión del TCE anterior a la revisión efectuada en Amsterdam en el año 1997. En consecuencia, toda referencia realizada al art. 119 TCE debe entenderse referida al actual art. 141 TCE.
[11] En este sentido: Krämer, Die Gleichberechtigung im europäischen Arbeitsrecht – Ein deutsch – französischer Rechtsvergleich, tesis doctoral Universität zu Köln, 1996, p. 3; Schlachter, Probleme der mittelbaren Benachteiligung im Anwendungsbereich des Art. 119 EGV, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA), 1995, p. 393; Bieback, Die mittelbare Diskriminierung wegen des Geschlechts, Baden-Baden, 1997, p. 22.
[12] TJCE, asunto 43/75 (Defrenne II).

de trabajo de los pueblos europeos. El principio de igualdad de remuneraciones constituye, de esa manera, uno de los fundamentos sobre los que se sustenta la Comunidad Europea. Esta sentencia del TJCE, al extender el sentido y alcance del principio de igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres, y al reconocerlo como uno de los fundamentos jurídicos del ordenamiento comunitario, dio comienzo a un período de enorme influencia del derecho comunitario en el derecho laboral de los Estados miembros.[13] Por otra parte, hizo posible el posterior desarrollo jurisprudencial de la figura de la discriminación laboral indirecta por razones de sexo, como se verá más adelante.

## 2.1. AMBITO DE APLICACION Y EFICACIA DEL ARTICULO 141 TCE.

De acuerdo a su texto, el artículo 141 TCE esta referido sólo al ámbito de las remuneraciones. Sólo en esta esfera es posible evitar discriminaciones entre hombres y mujeres por trabajos de igual o similar naturaleza, y ello se explica, por el carácter restrictivo que se tuvo en vistas al momento de su redacción. Desigualdades entre trabajadoras y trabajadores que digan relación con otras condiciones laborales distintas de la remuneración no se encuentran, en principio, cubiertas por el art. 141 TCE. No existe en el derecho comunitario un principio general y de aplicación directa que prohíba las discriminaciones laborales en razón de sexo, salvo el referido a las remuneraciones.[14]

En razón de esta limitación del art. 141 TCE, la Comunidad Europea a través de la dictación de diversas directivas comunitarias[15], ha suplido las deficiencias de esta disposición y ha extendido la aplicación del principio de no discriminación por razones de sexo también a otras condiciones laborales. Estas directivas complementan y amplían el alcance y contenido del art. 141 TCE y obligan directamente a los Estados miembros, de conformidad a lo dispuesto en el art. 249 inciso 3 del TCE, a incorporar las

---

[13] Biermann, Die Gleichbehandlung von Teilzeitbeschäftigten bei entgeltlichen Ansprüchen, Berlin, 2000, p. 154.

[14] Langenfeld, Die Gleichbehandlung von Mann und Frau im Europäischen Gemeinschaftsrecht, Baden-Baden, 1990, p. 49 y sgtes.

[15] Ejemplos en este sentido son: la Directiva 76/207, publicada en el Diario Oficial de la Comunidad Europea (DOCE) con fecha 12 de febrero de 1976, Nr. L 39, que extiende la aplicación del principio de igual trato para el acceso al trabajo, a la capacitación y a la promoción en el empleo y la Directiva 79/7, publicada en el DOCE con fecha 10 de enero de 1979, Nr. L 6, sobre trato igualitario para trabajadores y trabajadoras en el ámbito de la seguridad social.

disposiciones de las directivas a su respectivo ordenamiento jurídico interno, en la forma y con los medios que ellos determinen.[16] De esta manera, la prohibición de toda forma de discriminación respecto a las remuneraciones ha evolucionado hasta convertirse en un principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que se extiende a todo el derecho del trabajo y a una gran parte del derecho de la seguridad social.[17]

El inciso 2 del art. 141 TCE define a la retribución (remuneración) para los efectos de esta disposición como: "el salario o sueldo normal de base o mínimo, y cualesquiera otras gratificaciones satisfechas, directa o indirectamente, en dinero o en especie, por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo". El TJCE ha interpretado ampliamente la definición de retribución del art. 141 TCE, estableciendo que constituye remuneración toda prestación avaluable en dinero que el empleador otorga como contraprestación al servicio prestado por el trabajador.[18]

En relación con la eficacia jurídica de la disposición contenida en el art. 141 TCE, cabe señalar que esta norma, por estar comprendida dentro del TCE[19], forma parte del llamado derecho primario comunitario. El derecho primario comunitario está constituido por los tratados internacionales suscritos por los Estados miembros, los que constituyen la normativa básica que regula a la Comunidad Europea, como sujeto de derecho internacional público, y las relaciones de ésta con los diversos Estados miembros.[20] Producto de lo anterior, el art. 141 obliga en primer término a los Estados miembros, pues a ellos se dirige la obligación de garantizar la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor. No obstante lo anterior, esta disposición del TCE goza de una particularidad, pues de acuerdo a la jurisprudencia constante y uniforme del TJCE el art. 141 tiene eficacia jurídica incluso respecto de los sujetos de derecho de cada

---

[16] De conformidad a lo dispuesto por el art. 249 TCE las directivas comunitarias sólo obligan a los estados miembros a incorporar sus disposiciones en el derecho nacional. En consecuencia, las directivas no confieren, por regla general, derechos directos a los trabajadores frente a sus respectivos empleadores. Sobre la materia ver: TJCE sentencia de fecha 1. de enero de 1991, asunto C-345/89 (Stoeckel); TJCE, sentencia de fecha 12 de julio de 1990, asunto C-188/89 (Foster); TJCE, sentencia de fecha 8 de noviembre de 1990, asunto C-177/88 (Dekker). Asimismo: Schiek, Europäisches Arbeitsrecht, Baden-Baden, 1997, p. 33-34.

[17] Bieback, Die mittelbare Diskriminierung wegen des Geschlechts, p. 23.

[18] TJCE, sentencia de fecha 9 de febrero de 1982, asunto 12/81 (Garland / Britisch Rail Engineering).

[19] El art. 141 se encuentra ubicado en el Capítulo 1°, sobre Disposiciones Sociales, del Título XI sobre "Política Social, de Educación, de Formación Profesional y de Juventud" del TCE.

[20] Schiek, Europäisches Arbeitsrecht, p. 88.

Estado miembro. En este último sentido, resulta fundamental traer a colación la sentencia del TJCE[21] de fecha 8 de abril de 1976, la que reconoció expresamente que el art. 141 puede fundar pretensiones individuales de particulares, las que deben ser debidamente tuteladas por los tribunales de justicia de los Estados miembros, sin necesidad de que previamente esta disposición haya sido incorporada en el respectivo derecho interno.

## 2.2. LA PROHIBICION DE DISCRIMINACION SEGUN EL ART. 141 TCE.

De conformidad a lo dispuesto por el inciso 3 del art. 141 TCE la *igualdad de retribución sin discriminación* significa: "a) que la retribución establecida para un mismo trabajo remunerado por unidad de obra realizada se fija sobre la base de una misma unidad de medida; b) que la retribución establecida para un trabajo remunerado por unidad de tiempo es igual para un mismo puesto de trabajo". La citada disposición del TCE se limita a precisar en que consiste la igualdad de retribución, pero no establece expresamente en qué o cómo puede manifestarse la acción o medida discriminatoria que atenta contra la igualdad. El TJCE ha establecido en este sentido, que el principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras prohíbe toda forma de discriminación, la que de acuerdo a sus características y elementos propios ha agrupado en dos clases: discriminación directa y discriminación indirecta.[22]

## 3. LA DISCRIMINACION LABORAL DIRECTA.

La discriminación laboral directa por razones de sexo puede ser, en términos generales, de dos tipos: abierta o encubierta. Se está frente a un caso de discriminación directa abierta, cuando es el sexo el elemento explícito que motiva un trato o condiciones laborales menos favorables para un trabajador, frente a un trabajador del otro sexo que se encuentre en una situación laboral comparable. Un caso de discriminación laboral de este tipo tendría lugar, por ejemplo, si se excluyera explícitamente a las trabajadoras de la obtención de las asignaciones de colación y de movilización, las que, por el contrario, sí son percibidas por los hombres que realizan igual trabajo. Por otra parte, se está frente a un caso de discriminación directa oculta, cuando la medida discriminatoria que afecta

[21] TJCE asunto 43/75 (Defrenne II).
[22] TJCE, sentencia de fecha 8.11.1990, asunto C-177/88 (Decker). En el mismo sentido: Schlachter, Probleme der mittelbaren Diskriminierung im Anwendungsbereich des Art. 119 EGV, NZA 1995, p. 395.

a un trabajador se vincula con ciertos atributos o cualidades personales que exclusivamente o en gran medida sólo pueden ser cubiertos por personas de un sexo determinado.[23] Para Hanau / Preis[24] la discriminación oculta, no es sino el intento de evadir la prohibición de discriminación, vinculando la obtención o no obtención de beneficios o mejores condiciones laborales a cualidades o condiciones que son inseparables a un sexo determinado (por ejemplo, la mayor fuerza física o la maternidad), sin que sea determinante para configurar esta forma de discriminación la intención o ánimo de discriminar a cierto grupo de trabajadores.[25]

Curall[26] explicita los conceptos anteriores para el caso de la discriminación directa respecto a las remuneraciones señalando que ella tiene lugar, cuando hombres y mujeres por el mismo trabajo reciben una remuneración distinta y la diferencia en la remuneración se funda expresamente en la diferencia de sexos. Esto es, en la discriminación laboral directa existe una relación causal explícita entre el sexo del trabajador y el monto de remuneración que a éste se le paga. Una discriminación de este tipo tendría lugar si en un contrato individual o colectivo se excluyera, por ejemplo, a las trabajadoras que queden embarazadas del pago de gratificación voluntaria.

## 4. LA DISCRIMINACION LABORAL INDIRECTA.

En la práctica no siempre el trato menos favorable en materia de remuneraciones que recibe un trabajador con respecto a un trabajador de otro sexo, por la realización de un trabajo igual o de similar naturaleza, aparece tan claramente vinculado a una situación constitutiva de discriminación, como en los casos de discriminación laboral directa. Por el contrario, suele ser difícil determinar si las diferencias con respecto a la obtención de ciertos beneficios laborales, como un mayor monto de remuneración, que origina una regla o una medida impuesta por el legislador, por las partes de un contrato colectivo o por el empleador, en virtud de un contrato individual, suponen, además, una desigualdad de trato en razón del sexo. Esta problemática, cuya resolución es fundamental para

[23] Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, München, 2000, p. 1638.
[24] Hanau / Preis, Zur mittelbaren Diskriminierung wegen des Geschlechts, Zeitschrift für Arbeit (ZfA) 1988, p. 181.
[25] En igual sentido: Schlachter, Probleme der mittelbaren Diskriminierung im Anwendungsbereich des Art. 119 EGV, NZA 1995, p. 395.
[26] Curall, en Groeben / Thiesing / Ehlermann, EWG-Vertrag, citado por Biermann, Die Gleichbehandlung von Teilzeitbeschäftigten bei entgeltlichen Ansprüchen, p. 162.

asegurar un debido resguardo de la igualdad de trato en las relaciones laborales, fue asumida en un primer momento por el TJCE y luego por los tribunales de los diversos Estados miembros de la UE (entre los que destaca el Tribunal Federal del Trabajo en Alemania: Bundesarbeitsgericht – BAG) e hizo posible el posterior desarrollo de la figura jurídica de la discriminación indirecta.

El TJCE[27] se avocó por primera vez en el año 1981 al conocimiento de un asunto que reúne los típicos elementos de un caso de discriminación laboral indirecta. A partir de ese momento la jurisprudencia constante y uniforme del TJCE[28] ha establecido que, en términos generales se está frente a un caso de discriminación indirecta, cuando una disposición o regla formulada neutralmente, esto es, sin referencia a un sexo determinado, en los hechos genera un trato esencialmente menos favorable para trabajadores de un cierto sexo, sin que aquel trato menos favorable pueda explicarse por razones o circunstancias, que no digan relación con una discriminación por motivos de sexo.

Por otra parte, atendido el hecho ya expuesto, esto es, que a nivel comunitario cerca del 90% de los trabajadores a tiempo parcial son mujeres, representan ciertas medidas que menoscaban a trabajadores a tiempo parcial frente a trabajadores a tiempo completo en situación comparable, un típico ejemplo de discriminación laboral indirecta. Por esta razón, la mayoría de los casos sobre discriminación laboral que han sido resueltos por el TJCE, están relacionados con trabajadores a tiempo parcial.[29]

## 4.1. EVOLUCION DE LA JURISPRUDENCIA DEL TJCE SOBRE LA DISCRIMINACION LABORAL INDIRECTA.

A continuación se analizarán brevemente las principales sentencias del TJCE que configuraron jurídicamente el instituto de la discriminación laboral indirecta.

---

[27] TJCE, sentencia de fecha 31.3.1981, asunto 96/80 (Jenkins).

[28] Entre las más importantes, por haber permitido configurar jurisprudencialmente el instituto de la discriminación laboral indirecta, destacan las siguientes sentencias del TJCE: de fecha 13.5.1986, asunto 170/84 (Bilka-Kaufhof); de fecha 1.7.1986, asunto 237/85 (Rummler); de fecha 13.7.1989, asunto 171/88 (Rinner-Kühn); de fecha 17.10.1989, asunto 109/88 (Danfoss); de fecha 27.6.1990, asunto C-33/89 (Kowalska); de fecha 7.2.1991, asunto C-184/89 (Nimz); de fecha 4.6.1992, asunto C-360/90 (Bötel); de fecha 27.10.1993, asunto C-127/92 (Enderby).

[29] Blanpain / Schmidt / Schweibert, Europäisches Arbeitsrecht, 2. Auflage, Baden-Baden, 1996, p. 247.

a) **El asunto "Jenkinns"**: Como ya se señalara, la resolución de este asunto dio lugar a la primera sentencia del TJCE[30] sobre un caso de discriminación indirecta. El caso que motivó este pronunciamiento es el siguiente: un empleador británico pagó hasta el año 1975 a los trabajadores del último grupo de su escala de remuneraciones un sueldo distinto, según estos fueran hombres o mujeres. En 1975 con la entrada en vigencia del Equal Pay Act el empleador eliminó esta regla discriminatoria y dispuso en su reemplazo un sistema en virtud del cual el sueldo de los trabajadores a tiempo parcial era un 10% menor que el pagado a los trabajadores a tiempo completo. En este comportamiento del empleador el TJCE estableció la existencia de una infracción a las disposiciones contenidas en el art. 119 TCE y en el art. 1 de la directiva 75/117 sobre aplicación del principio de igualdad de retribución para hombres y mujeres.[31] Según el TJCE la aplicación por parte del empleador para la determinación del monto de las remuneraciones de un criterio neutral, esto es, no relacionado directamente con el sexo de un grupo de trabajadores, puede significar también un caso de discriminación. Para el tribunal, el establecimiento del hecho que, sólo un pequeño porcentaje de las trabajadoras de la empresa se encuentra en condiciones de prestar servicios a jornada completa y, por lo tanto, de obtener una mejor remuneración, a diferencia de lo que ocurre con la mayoría de los trabajadores de sexo masculino, trae como consecuencia que la desigualdad de remuneraciones conlleva una infracción a lo dispuesto por el art. 119 TCE, atendidas especialmente las dificultades que suponen para las trabajadoras poder realizar una jornada a tiempo completo, y siempre que la política de remuneraciones aplicada por la empresa demandada, no pueda justificarse por otras razones o circunstancias que excluyan una discriminación por motivos de sexo.

Esta sentencia es muy importante, ya que establece por primera vez, la vinculación que existe entre un trato discriminatorio aplicado a los trabajadores a tiempo parcial y un trato discriminatorio a trabajadores de sexo femenino. Además, el TJCE estableció claramente en esta sentencia que la finalidad del art. 119 TCE es la de asegurar el respeto y aplicación del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres. En todo caso, el sólo hecho de existir una remuneración distinta

[30] TJCE, sentencia de fecha 31.3.1981, asunto 96/80 (Jenkins).
[31] Directiva 75/117, de fecha 10 de febrero de 1975, publicada en el DOCE de fecha 19.2.1975, Nr. L 45.

para trabajadores a tiempo parcial y a tiempo completo, no conlleva necesariamente una infracción al art. 119 TCE, en la medida que el criterio utilizado para determinar el monto de la remuneración no distinga entre el sexo de ambos grupos de trabajadores.[32]

b) **El asunto "Bilka"**: En este caso el Tribunal Federal del Trabajo de Alemania (BAG)[33] solicitó al TJCE que se pronunciara sobre la eventual infracción al art. 119 TCE, por parte de una empresa (Bilka-Kaufhof) en la que el empleador, que mayoritariamente contrata trabajadoras, excluye del régimen de pensiones de la empresa a los trabajadores a tiempo parcial, en circunstancias que esta medida afecta proporcionalmente más a mujeres, con respecto a los trabajadores hombres en situación comparable. La sentencia pronunciada por el TJCE[34] en este caso es importante en varios sentidos. En primer lugar, en ella se delimita por primera vez el concepto de discriminación laboral indirecta y se establecen cuales son las condiciones que deben concurrir, para estar frente a un caso de discriminación de este tipo. En segundo lugar, esta sentencia fija las exigencias que debe reunir las "razones objetivas" que pueden llegar a justificar una medida que suponga una discriminación laboral indirecta, aplicando para ello el principio de la proporcionalidad y, en tercer lugar, el TJCE adopta una posición clara acerca de la eventual obligación del empleador de tener en consideración, al momento de adoptar alguna regla o disposición, la posición social y familiar más desventajosa de la mujer con respecto a los trabajadores hombres.

En relación con el primero de los aspectos recién mencionados, el TJCE al fijar las condiciones que determinan la existencia de un caso de discriminación indirecta, excluye expresamente toda consideración de carácter subjetivo, esto es, de intención por parte de aquel que adopta la medida o regla cuestionada como discriminatoria. El TJCE declara expresamente, que "la exclusión de los trabajadores a tiempo parcial del régimen de pensiones de una empresa se opone al art. 119 TCE cuando dicha medida afecte a un número más elevado de mujeres que de hombres. No

[32] Biermann, Die Gleichbehandlung von Teilzeitbeschäftigten bei entgeltlichen Ansprüchen, p. 165; Schmidt, Teilzeitarbeit in Europa, Baden-Baden, 1995, p. 52-53; Langenfeld, Die Gleichbehandlung von Mann und Frau im Europäischen Gemeinschaftsrecht, p. 212 y sgtes.
[33] BAG, resolución de fecha 15.11.1984.
[34] TJCE, sentencia de fecha 13.5.1986, asunto 170/84.

existe tal vulneración cuando la empresa, por razones objetivas justificadas y con independencia del sexo, pretenda fomentar el trabajo a jornada completa excluyendo de los planes de pensiones a los trabajadores a tiempo parcial".

Del pronunciamiento anterior fluyen, además, los elementos que configuran un caso de discriminación laboral indirecta:

- Una regla o medida que establezca una condición o una exigencia para la obtención de mejores condiciones laborales, que no se formule con una referencia directa al sexo de los trabajadores, y que pueda ser cumplida o de la cual pueden ser destinatarios, tanto mujeres como hombres.
- El porcentaje de trabajadores de un sexo que se ve afectado negativamente por la condición o exigencia impuesta, debe ser considerablemente mayor al porcentaje de trabajadores del otro sexo, que no se ve perjudicado por ella.
- La regla o medida que establece una condición o exigencia que genera un trato desfavorable para ciertos trabajadores, no debe encontrarse justificada.[35]

Por otra parte, en lo que respecta a las razones objetivas que pueden llevar a justificar un trato menos favorable para un grupo considerable de trabajadores de un cierto sexo, el TJCE establece en su sentencia que la ponderación y reconocimiento de las razones justificativas de una medida discriminatoria le corresponde al tribunal del Estado miembro que está conociendo del respectivo asunto. En todo caso, el TJCE fija los elementos que deben reunir las razones objetivas justificativas. En este sentido, declara el TJCE que las razones deben "responder a una exigencia efectiva de la empresa, ser idóneas para alcanzar el objetivo y ser necesarias a tal fin".[36] El TJCE reconoce en este caso, que las razones argumentadas por la demandada para justificar la exclusión de los trabajadores a tiempo parcial del régimen de pensiones de la empresa, puede justificarse en la intención de contratar menos trabajadores a tiempo parcial y favorecer con ello la contratación de trabajadores a tiempo completo, siempre que esta finalidad represente una "verdadera necesidad" de la empresa, lo que debe ser acreditado.[37]

Finalmente con respecto a la pregunta formulada por el BAG acerca de si las condiciones menos favorables desde el punto de vista familiar, social y económico de la mujer trabajadora debían ser considerados al momento de determinar la posible

[35] TJCE, sentencia de fecha 13.5.1986, asunto 170/84, registro de 1985, p. 1630.
[36] TJCE, sentencia de fecha 13.5.1986, asunto 170/84, registro de 1985, p. 1628.
[37] Bieback, Die mittelbare Diskriminierung wegen des Geschlechts, p. 54.

existencia de un caso de discriminación indirecta, el TJCE establece que ello no es necesario, puesto que el art. 119 TCE se refiere sólo a la igualdad de retribución o remuneración, por lo que la consideración de esos elementos escapa a su ámbito de aplicación.[38]

c) **Asunto "Rinner-Kühn":** En este asunto[39] se le presenta oportunidad al TJCE para hacer extensivos los principios desarrollados en su sentencia de fecha 13 de mayo de 1986 (Bilka), para el caso de una discriminación indirecta originada a partir de una disposición legal. En particular, se trata del § 1 inciso 3 Nr. 2 (actualmente derogado) de la Ley alemana sobre pago de remuneración durante período de enfermedad (Lohnfortzahlungsgesetz – LohnFG) que excluía de este beneficio a los trabajadores cuya jornada de trabajo no excediera de diez horas semanales o de cuarenta y cinco horas al mes. El tribunal del trabajo de Oldenburg, Alemania, solicitó un pronunciamiento al TJCE sobre la eventual oposición entre esta disposición de la LohnFG y el art. 119 TCE.

El TJCE hace extensivos en este caso los criterios fijados en el caso "Bilka" y falla que "el art. 119 TCE se opone a una legislación estatal que permita al empresario la exclusión de los trabajadores a tiempo parcial del pago del salario durante el período de enfermedad, cuando exista un porcentaje mucho más elevado de mujeres que de hombres trabajando a tiempo parcial, salvo que el Estado miembro pueda acreditar razones objetivas ajenas a cualquier discriminación en razón del sexo que justifican la existencia de tal legislación".[40] En todo caso, para la ponderación de las razones objetivas justificativas el TJCE incorpora una nueva formulación. En este sentido, declara que: "en la medida en que el Estado miembro pruebe que los medios elegidos responden a un objetivo necesario de su política social, son aptos para alcanzar el fin perseguido por ésta y necesarios a tal efecto, la mera circunstancia de que la disposición legal afecte a un número mucho más elevado de trabajadores femeninos que masculinos no debe considerarse una infracción del art. 119".[41]

---

[38] TJCE, sentencia de fecha 13.5.1986, asunto 170/84, registro de 1985, p. 1629.
[39] TJCE, sentencia de fecha 13.7.1989, asunto 171/88.
[40] TJCE, sentencia de fecha 13.7.1989, asunto 171/88, registro de 1989, p. 2761.
[41] TJCE, sentencia de fecha 13.7.1989, asunto 171/88, considerando Nr. 14.

El elemento justificativo del "objetivo necesario de la política social" no fue utilizado nuevamente por el TJCE en pronunciamientos posteriores sobre casos de discriminación la laboral indirecta, bastando según su criterio como justificación de un trato desigual la existencia de razones objetivas. Este criterio se ha mantenido, aun en aquellos casos en que el TJCE se ha remitido en la fundamentación de fallos posteriores a la sentencia pronunciada en el asunto "Rinner-Kühn". Incluso en el control de disposiciones de contratos colectivos[42] este criterio no es utilizado por el TJCE, y sólo ha llegado a adquirir un cierto grado relevancia en relación con disposiciones contenidas en leyes de seguridad social, de conformidad con el ordenamiento establecido en la directiva 79/7 sobre trato igualitario en el ámbito de la seguridad social.[43]

d) **El asunto "Kowalska"**: En sentencia de fecha 27 de junio de 1990, el TJCE[44] tuvo oportunidad de pronunciarse sobre la conformidad del art. 119 TCE con una disposición de un contrato colectivo que excluía a trabajadores a tiempo parcial del pago de subsidio por término de su contrato (ex § 62 del contrato colectivo para la administración pública en Alemania – Bundesangestelltentarifvertrag - BAT). En su resolución el TJCE estableció, en primer término, que el subsidio concedido en el BAT al trabajador con motivo de la extinción de la relación laboral, es una forma de retribución diferida, a la que el trabajador tiene derecho en razón de su relación de trabajo, pero que se le paga al cesar ésta, con el fin de facilitar su adaptación a las nuevas circunstancias resultantes del término de sus servicios. De lo anterior el TJCE concluye, que el subsidio concedido al trabajador con motivo de la extinción de la relación laboral, está comprendido en el concepto de retribución en el sentido amplio que a ésta le otorga el art. 119 TCE. En segundo término, el TJCE estableció en este fallo que: "un convenio colectivo, como el que aquí se cuestiona, que permite a los empleadores mantener una diferencia de retribución global entre dos categorías de trabajadores, los que cumplen el mínimo de horas de trabajo por semana o por mes y los que, realizando la misma actividad, no llegan a cumplir este

[42] Sobre el particular cabe hacer presente, que en la mayoría de los Estados miembros de la UE los contratos colectivos se celebran por rama de actividad, por lo que su eficacia se proyecta a todos los trabajadores y empleadores que forman parte de los grupos negociadores (sindicatos de rama y asociaciones de empleadores).
[43] En este sentido, Bieback, Die mittelbare Diskriminierung wegen des Geschlechts, p. 58.
[44] TJCE, sentencia de fecha 27.6.1990, asunto C-33/89.

mínimo de horas, conduce de hecho a una discriminación de los trabajadores femeninos frente a los masculinos, cuando se demuestra que, en realidad, el porcentaje de personal masculino que trabaja a tiempo parcial es mucho menor que el femenino. En principio, tal convenio colectivo debe considerarse contrario al art. 119 del Tratado. A menos que la diferencia de retribución entre ambas categorías de trabajadores estuviese justificada por factores objetivos y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo".[45]

El TJCE no procedió en todo caso, a precisar que requisitos o exigencias deben reunir las razones objetivas que permitirían justificar un trato no igualitario entre trabajadores y trabajadoras, en virtud de una cláusula de un contrato colectivo.[46] Además, no se pronunció sobre la procedencia de las razones argumentadas por la ciudad de Hamburgo – parte demandada en el proceso – según las cuales, la exclusión de los trabajadores a tiempo parcial del pago de subsidio por término de la relación laboral, se encontraría justificada por la circunstancia que los trabajadores a tiempo parcial no dependerían exclusivamente para su sustento y el de sus familias de la remuneración pagada (debido a que su menor jornada de trabajo les permitiría realizar paralelamente otras actividades remuneradas, en forma dependiente o independiente), de lo que se desprendería que no existe obligación para el empleador de pagarles esta prestación.[47]

## 4.2. LA DISCRIMINACION LABORAL INDIRECTA EN LA DOCTRINA.

### 4.2.1. PRESUPUESTOS DE UNA DISCRIMINACION LABORAL INDIRECTA.

A partir de los principales elementos formulados por la jurisprudencia del TJCE sobre la discriminación laboral indirecta, la doctrina – de los laboralistas alemanes, de acuerdo a lo que se presenta en este trabajo – ha precisado como presupuestos que configuran la existencia de esta particular forma de discriminación, a los siguientes:

---

[45] TJCE, sentencia de fecha 27.6.1990, asunto C-33/89, registro de 1990, p. 2611.
[46] Schmidt, Teilzeitarbeit in Europa, p. 58.
[47] TJCE, sentencia de fecha 27.6.1990, asunto C-33/89, registro de 1990, p. 2612. Ver también TJCE, sentencia de fecha 7.2.1991, asunto C-184/89 (Nimz), registro de 1991, p. 297 y sgtes., en que se pronuncia nuevamente sobre la compatibilidad entre una disposición del contrato colectivo BAT, que afecta negativamente a trabajadores a tiempo parcial, y el ex art. 119 TCE.

a) **Regla o medida de contenido neutro**: El primer presupuesto de una discriminación laboral indirecta, está dado por la existencia de una regla, norma, cláusula o medida formulada ya sea por el legislador, por el empleador o por las partes de un contrato colectivo que diga relación con la remuneración - entendida en sentido amplio, esto es como toda retribución económica que recibe o tiene derecho a recibir el trabajador a causa de una relación laboral[48] - y que sin estar referida a trabajadores pertenecientes a cierto sexo, es decir siendo formulada neutralmente, trae aparejada un trato menos favorable para los trabajadores de un sexo determinado. Ejemplo: en un contrato colectivo se excluye a los trabajadores a tiempo parcial del pago de gratificación voluntaria.

Este criterio de neutralidad es esencial, pues permite separar conceptualmente esta forma de discriminación laboral de la discriminación directa. El que una regla o medida sea neutra, supone que puede ser cumplida o bien que puedan ser destinatarios de ella, en teoría, tanto hombres como mujeres, pero en los hechos, al momento de su cumplimiento o de la determinación efectiva de sus destinatarios, aparece que esta regla o medida está referida y/o afecta, exclusiva o mayoritariamente, a personas de un cierto sexo.[49] Para Hanau / Preis[50] sólo se presenta la interrogante sobre la eventual existencia de una discriminación laboral indirecta, cuando se está frente a una regla o medida formulada en términos neutros, esto es, que en principio está referida tanto a hombres como a mujeres.

b) **Efectos desfavorables para trabajadores de un cierto sexo**: El segundo presupuesto para la existencia de una discriminación laboral indirecta, está dado por los efectos desfavorables que produce la aplicación de la regla o medida neutra con respecto a las remuneraciones en los trabajadores de un determinado sexo. En el ejemplo anterior, la exclusión de trabajadores a tiempo parcial del pago de gratificación voluntaria afecta, en los hechos, mayoritariamente a mujeres, por ser

---

[48] Las referencias efectuadas a la discriminación indirecta en materia de remuneraciones, deben entenderse aplicables también a las otras condiciones laborales, de acuerdo al sentido amplio otorgado por el TJCE al principio de igualdad de trato entre trabajadores y trabajadoras por trabajos iguales o de igual valor, según el reconocimiento que este tiene en el art. 141 TCE y en las directivas comunitarias que lo complementan. Además, respecto a la situación de los trabajadores a tiempo parcial deben tenerse en especial consideración las disposiciones de la directiva 97/81, de fecha 15.12.1997, que regula explícitamente esta modalidad de contratación a nivel comunitario.

[49] En el mismo sentido, Bieback, Die mittelbare Diskriminierung wegen des Geschlechts, p. 75.

[50] Hanau / Preis, Zur mittelbaren Diskriminierung wegen des Geschlechts, ZfA 1988, p. 187.

éstas por regla general quienes prefieren o se ven en la necesidad de aceptar esta modalidad de contratación. Este segundo presupuesto, supone entonces la afectación mayoritaria de trabajadores de un sexo, frente a trabajadores del sexo opuesto. Esta afectación mayoritaria a un sexo, puede derivarse, por una parte, de que los beneficios otorgados por la regla o medida cuestionada, están formulados en forma tal que al determinar sus beneficiarios, éstos serán en su mayoría de un sexo determinado (como en el ejemplo propuesto) o, por otra parte, del cumplimiento de ciertos requisitos o la reunión de ciertas características, que se proyectan de manera distinta en los dos sexos.[51]

En la configuración de este presupuesto de la discriminación indirecta, reviste especial importancia determinar de qué manera la regla o medida cuestionada afecta a los trabajadores de ambos sexos. En este sentido, no basta que la regla o medida afecte 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.[52] La especificación anterior, se obtiene a través del siguiente proceso de conformación de grupos a comparar:

- En primer lugar, el punto de partida para la configuración de los grupos de trabajadores que se ven afectados o beneficiados por la regla o medida cuestionada, está dado por el ámbito de aplicación de la respectiva regla o medida. Es así como tratándose de una disposición contenida en un contrato colectivo, su ámbito de aplicación dependerá de si el contrato sólo es válido para la empresa o para una determinada rama de actividad. Respecto de una disposición legal, la conformación de grupos se realiza entre los trabajadores que se encuentren comprendidos dentro de su ámbito de aplicación y, en una regla emanada de un contrato individual de trabajo, su ámbito de aplicación estará referido al establecimiento o a la empresa respectiva.[53]

[51] Biermann, Die Gleichbehandlung von Teilzeitbeschäftigten bei entgeltlichen Ansprüchen, p. 169.
[52] Wissmann, Geschlechtsdiskriminierung, EG-Recht und Tarifverträge, Zeitschrift für Tarifrecht (ZTR) 1994, p. 224.
[53] Biermann, Die Gleichbehandlung von Teilzeitbeschäftigten bei entgeltlichen Ansprüchen, p. 169; Pfarr, Mittelbare Diskriminierung von Frauen, Zeitschrift Recht der Arbeit (RdA) 1986, p. 586.

- En segundo lugar, entre los destinatarios abstractos de la regla o medida de acuerdo a lo señalado en el punto anterior, deben conformarse dos grupos: el primero estará conformado por los trabajadores que cumplen con los requisitos o condiciones señalados por la regla o medida y que se ven beneficiados por ella y el segundo, por aquellos trabajadores que se ven perjudicados por la aplicación de la respectiva regla o medida.

- En tercer lugar, debe determinarse el porcentaje de hombres y mujeres que existe en cada uno de los dos grupos conformados. El porcentaje de hombres y mujeres en el grupo de los trabajadores perjudicados no es por sí sólo determinante para configurar un caso de discriminación laboral indirecta. Lo determinante es la comparación de los porcentajes de hombres y mujeres entre ambos grupos de trabajadores. La discriminación laboral indirecta tendrá lugar, entonces, si el porcentaje de trabajadores de un cierto sexo dentro del grupo de los trabajadores perjudicados es considerablemente superior al porcentaje de trabajadores del mismo sexo en el grupo de los trabajadores beneficiados.[54]

Aplicando lo anterior al caso de los trabajadores a tiempo parcial, se debe aplicar el siguiente procedimiento para poder establecer la existencia de una discriminación laboral indirecta de trabajadoras: entre los destinatarios dela regla o medida cuestionada se debe determinar, en primer lugar, el porcentaje de mujeres en relación con el hombres entre los trabajadores a tiempo parcial; en segundo lugar, debe determinarse el porcentaje de mujeres en relación con el hombres entre los trabajadores a tiempo completo, y compararse ambos grupos. Si en el grupo de trabajadores a tiempo parcial perjudicados por la aplicación de una regla o medida, hay considerablemente más mujeres que en el grupo de trabajadores a tiempo completo beneficiados por ella, se configura un caso de discriminación indirecta.[55]

---

[54] Langmaack, Teilzeitarbeit und Arbeitszeitflexibilisierung, Berlin, 1996, p. 53; Schlachter, Probleme der mittelbaren Diskriminierung im Anwendungsbereich des Art. 119 EGV, NZA 1995, p. 396; Sowka, Mittelbare Frauendiskriminierung- ausgewählte Probleme, Zeitschrift Der Betrieb (DB) 1992, p. 2030; Biermann, Die Gleichbehandlung von Teilzeitbeschäftigten bei entgeltlichen Ansprüchen, p. 170.
[55] Langmaack, Teilzeitarbeit und Arbeitszeitflexibilisierung, p. 53.

Lo fundamental a considerar respecto a este segundo presupuesto de la discriminación indirecta, es que siempre será preciso realizar un análisis comparativo colectivo[56] entre los grupos de trabajadores comprendidos dentro del ámbito de aplicación de una regla o medida. No se analiza la situación de un trabajador o trabajadora determinada, sino que su situación con relación a un grupo de trabajadores. En todo caso, la determinación de cuando una regla o medida perjudica considerablemente más a un cierto género de trabajadores, es una tarea de apreciación jurisprudencial.[57] Los conceptos "porcentaje mucho más elevado" o "afectar mayoritariamente" que utiliza el TJCE y la doctrina no son siempre fáciles de precisar y suponen un adecuado análisis de las particularidades del caso concreto que es objeto del pronunciamiento judicial.

c) **Causalidad**: Este tercer presupuesto para la configuración de un caso de discriminación laboral indirecta es controvertido y se le considera mayoritariamente innecesario a nivel jurisprudencial y doctrinal. En general, quienes sostienen la procedencia de este presupuesto, señalan que 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 regla o medida cuestionada, esto es, que el efecto perjudicial de la regla o medida no es explicable sino con referencia al sexo de los trabajadores afectados.

En la sentencia del TJCE pronunciada en el caso Jenkins hay antecedentes que permitirían sostener la procedencia de este tercer presupuesto, al haber establecido el TJCE como un elemento a considerar las dificultades que representa para la mujer, atendidas sus obligaciones familiares, el prestar servicios a tiempo completo. Sin embargo, cualquier duda al respecto fue aclarada en la sentencia de fecha 27 de octubre de 1993.[58] En esta sentencia, el TJCE estableció que todo cuestionamiento sobre la causa o circunstancias que influyen en el mayor efecto perjudicial de una regla o medida en un grupo de trabajadores de cierto sexo, no dice relación con la existencia de una discriminación indirecta, sino con las razones objetivas que

[56] Hanau / Preis, Zur mittelbaren Diskriminierung wegen des Geschlechts, ZfA 1988, p. 188.
[57] Wisskirchen, Mittelbare Diskriminierung von Frauen im Erwerbsleben, Berlin 1994, p. 93.
[58] TJCE, sentencia de fecha 27.10.1993, asunto C- 127/92 (Enderby).

podrían justificarla y, por lo tanto, debe ser probada por el autor de la regla o medida cuestionada.

Para quienes sostienen a nivel doctrinal la procedencia de este presupuesto, no basta para reconocer la existencia de una discriminación laboral indirecta que una regla o medida afecte considerablemente a los trabajadores de un sexo determinado, sino que es necesario establecer si ese trato discriminatorio, con respecto a la formulación de la regla o medida cuestionada, es un resultado accidental o bien sólo se explica porque esos trabajadores son de un cierto sexo y por esa razón se les excluye o priva de obtener un mejor trato con respecto a sus remuneraciones.[59] Por el contrario, para Schlachter[60] la exigencia de un presupuesto de causalidad es innecesario y su procedencia haría superflua la existencia del instituto de la discriminación laboral indirecta, ya que su formulación se explica precisamente por la necesidad de tomar en cuenta y remediar los tratos desiguales que afectan a trabajadores de un sexo determinado, en razón de factores o criterios utilizados para la delimitación de grupos que obtendrán un determinado beneficio (ejemplo: los trabajadores a tiempo completo obtendrán el pago de gratificación voluntaria), los que no dicen relación con el sexo de los trabajadores y que, no obstante ello, producen un efecto discriminatorio.[61]

### 4.2.2. RAZONES JUSTIFICATIVAS DE UNA DISCRIMINACION LABORAL INDIRECTA.

El art. 141 TCE no reconoce ningún motivo que pueda justificar una diferencia de retribución entre trabajadores y trabajadoras por un mismo trabajo o por un trabajo de

[59] Pfarr, Mittelbare Diskriminierung von Frauen, RdA 1986, p. 586.
[60] Schlachter, Probleme der mittelbaren Diskriminierung im Anwendungsbereich des Art. 119 EGV, NZA 1995, p. 397.
[61] En el mismo sentido: Hanau / Preis, Zur mittelbaren Diskriminierung wegen des Geschlechts, ZfA 1988, p. 188-190. Para estos autores la existencia de una discriminación indirecta se basa en presupuestos objetivos. Un acuerdo o medida que en sus condiciones no está vinculado a un sexo específico y que no obstante ello, perjudica notablemente a un grupo considerable de trabajadores de un sexo, debe adicionar – a las ya existentes diferencias entre hombres y mujeres en el mundo del trabajo (por ejemplo respecto del cuidado de los hijos), de las cuales no necesariamente es responsable el empleador - una tendencia objetiva de afectar a ese sexo determinado y esta tendencia, debe ser objetivamente reconocible en el acuerdo o regla cuestionada.

igual valor. Sin embargo, la jurisprudencia constante y uniforme del TJCE[62] acepta la existencia de reglas o medidas que producen un trato desigual entre trabajadores y trabajadoras, cuando ellas se justifican por razones objetivas y ajenas a cualquier discriminación por razón de sexo. Ello es así, cuando la regla o medida cuestionada responde a una exigencia efectiva de la empresa, es idónea para alcanzar el objetivo de que se trata y es necesaria para tal fin.[63] Además, el TJCE en el asunto Enderby[64] estableció que pueden llegar a conformar razones objetivas justificativas, criterios como la flexibilidad, la adecuación de las jornadas o lugares de trabajo, la capacitación o la experiencia laboral del trabajador

Sin perjuicio de lo anterior, el TJCE ha reconocido constantemente que la ponderación de las razones invocadas para justificar una regla o medida que afecta desigualmente a trabajadores y trabajadoras y su reconocimiento como razones objetivas justificativas, es una tarea del tribunal del Estado miembro que conoce del respectivo asunto. Los tribunales nacionales, en todo caso, deben ajustarse a los criterios formulados por el TJCE al momento de reconocer una determinada razón justificativa, de los cuales los más relevantes son el de la idoneidad y el de la necesidad.

Hanau / Preis[65] formulan el siguiente criterio de análisis para la ponderación de las razones objetivas justificativas: mientras mayor sea el trato discriminatorio producido por una regla o medida, deben ser también de mayor peso y relevancia las razones invocadas para justificar ese trato. Lo anterior se explica, porque no siempre la mayor afectación de trabajadores de un sexo se manifiesta tan claramente como en el caso del trabajo a tiempo parcial, por lo tanto los criterios aplicables respecto de este tipo de trabajadores no son siempre aplicables a otros casos de discriminación indirecta. Además, hay casos de discriminación indirecta que se encuentran en el límite de la discriminación directa (por ejemplo, si la regla cuestionada dice relación con la existencia de un embarazo). En consecuencia, un distinto grado de afectación o de trato no igualitario entre trabajadores y trabajadoras producido por una regla o medida con

[62] Entre otras: sentencias de fecha 1.7.1986, asunto 237/85 (Rummler); de fecha 13.7.1989, asunto 171/88 (Rinner-Kühn); de fecha 27.6.1990, asunto C-33/89 (Kowalska); de fecha 7.2.1991, asunto C-184/89 (Nimz); de fecha 4.6.1992, asunto C-360/90 (Bötel).
[63] TJCE, sentencia de fecha 13.5.1986, asunto 170/84 (Bilka).
[64] TJCE, sentencia de fecha 27.10.1993, asunto C-127/92.
[65] Hanau / Preis, Zur mittelbaren Diskriminierung wegen des Geschlechts, ZfA 1988, p. 192.

supuestos no vinculados directamente al sexo, esto es, neutros, exige también una diferente medida de prueba de sus efectos.

4.2.3. EFECTOS DE LA DISCRIMINACION LABORAL INDIRECTA.

El art. 141 TCE no señala cual es el efecto jurídico que se produce en caso de una contravención al principio de igual retribución entre trabajadoras y trabajadores por un mismo trabajo o por un trabajo de igual valor. Sin embargo, por aplicación del principio de preeminencia del derecho comunitario, se concluye que toda regla o medida que contraviene el principio contenido en el art. 141 TCE es nula.[66] No obstante lo anterior, no resulta claro, a primera vista, a partir de lo dispuesto por el art. 141 TCE, sostener que el grupo de trabajadores afectados por el trato discriminatorio tenga derecho a ser tratado de igual forma que el grupo de trabajadores favorecidos.

El TJCE ha respondido, en todo caso, esta interrogante de manera afirmativa. Cuando una disposición legal o la cláusula de un contrato individual o colectivo contraviene lo dispuesto en el art. 141 TCE, los trabajadores afectados tienen derecho a solicitar ante el competente tribunal nacional, fundamentados en el principio reconocido en este artículo, que la disposición discriminatoria sea dejada sin efecto. Además, el TJCE ha establecido que el principio de igualdad de retribución sólo puede ser reestablecido, a través de una "adecuación hacia arriba", es decir, en la medida en que los trabajadores afectados reciban la misma retribución que los trabajadores beneficiados.[67] Lo anterior se justifica, por el hecho de ser el art. 141 TCE, en concordancia con lo dispuesto por el art. 136 del mismo Tratado, una norma de carácter social y que en consecuencia, tiene por fin propender al mejoramiento de las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores de los Estados miembros.[68]

Los trabajadores afectados por una discriminación laboral indirecta tienen, por lo tanto, derecho a que la regla o medida discriminatoria sea dejada sin efecto, por contravenir el principio de igualdad de retribución y, además, a obtener igual trato, vale decir, igual

---

[66] TJCE, sentencia de fecha 8.4.1976, asunto 43/75 (Defrenne II), registro de 1976, p. 455; sentencia de fecha 7.2.1991, asunto C-184/89 (Nimz), registro de 1991, p. 297.
[67] TJCE, sentencia de fecha 8.4.1976, asunto 43/75 (Defrenne I), registro de 1976, p. 455. Schmidt, Teilzeitarbeit in Europa, p. 70; Reich, Mittelbare Diskriminierung teilzeitbeschäftigter weiblicher Betriebsratmitglieder, Zeitschrift Arbeit und Recht (ArbuR) 1991, p. 229.
[68] TJCE, sentencia de fecha 8.4.1976, asunto 43/75 (Defrenne I), registro de 1976, p. 455.

remuneración o condiciones de trabajo, que los trabajadores beneficiados por la regla o medida dejada sin efecto.[69] De lo anterior podría sostenerse que tiene lugar una nulidad parcial de la regla discriminatoria, pues queda sin efecto sólo aquella parte que discrimina a los trabajadores de un sexo, y conserva su validez y eficacia en la parte referida al otorgamiento de la mayor remuneración o de las mejores condiciones de trabajo.

## 5. CONCLUSIONES.

Al concluir, cabe hacer presente, que el principio de igualdad de retribución no representa desde un punto de vista individual, esto es referido a la relación entre un trabajador y su empleador, una limitación mayor a la libertad contractual, respecto a la fijación del monto de la remuneración. Las partes de un contrato de trabajo pueden fijar de común acuerdo la remuneración a pagar – teniendo en cuenta naturalmente la normativa vigente (por ejemplo: sobre ingreso mínimo) y los contratos o convenios colectivos válidos en la empresa o rama de actividad – y nada obsta, a que el empleador pueda convenir con un trabajador determinado una remuneración más alta, que la de otro trabajador que presta servicios similares, teniendo en consideración factores como su mayor capacitación o experiencia en el trabajo.[70]

Es con respecto a los criterios generales aplicados por el empleador o por las partes de un contrato o convenio colectivo para determinación de la remuneración o de otras condiciones laborales, cuando cobra vigencia el principio de igualdad de trato en materia laboral. El principio general de igualdad de trato y su especial manifestación, el de igualdad de retribución entre trabajadoras y trabajadores, presupone siempre en su aplicación una apreciación colectiva, de grupos, entre trabajadores en situación laboral comparable. Se excluye, entonces, por aplicación de estos principios, el trato desigual, discriminatorio, entre dos grupos de trabajadores o entre trabajadores pertenecientes a un determinado grupo.[71]

---

[69] Wissmann, Geschlechtsdiskriminierung, EG-Recht und Tarifverträge, ZTR 1994, p. 225.

[70] Dieterich / Hanau / Schaub / Preis, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, München, 1998, p. 724 y sgtes; Richardi, Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, 2. Auflage, Band 1, München, 1999, p. 152 y sgtes.; Nebendahl, Der Teilzeitarbeitsvertrag, München, 2000, p. 81. En el mismo sentido, BAG, sentencias de fechas 19.8.1992 y 15.11.1994.

[71] Por ejemplo, un trato desigual entre trabajadores a tiempo completo y trabajadores a tiempo parcial en situación comparable, o bien, un trato desigual de trabajadores a tiempo completo entre si.

Por último, cabe señalar que la figura de la discriminación laboral indirecta y una más amplia aplicación del principio de igualdad de trato entre trabajadores y trabajadoras son materias, cuyo desarrollo aún está pendiente en Chile. En nuestro país se requieren avances a nivel legal y jurisprudencial, que refuercen la consagración y validez del principio de igualdad de trato y de no discriminación, asegurando un debido respeto a los derechos de todos los trabajadores y una justa mayor incorporación de la mujer al trabajo. En este sentido, es de esperar que la prohibición de toda discriminación laboral entre hombres y mujeres cobre en el futuro mayor importancia práctica en el sistema jurídico laboral chileno, en virtud del nuevo alcance que esta prohibición ha adquirido en el actual texto del artículo 2 del Código del Trabajo,[72] y que la proyecta tanto al momento anterior a la contratación,[73] como durante la vigencia de la relación laboral.[74] Finalmente, cabe destacar que la reciente reforma laboral contenida en la Ley Nr. 18.911 ha incorporado en el actual ordenamiento laboral una regulación expresa del trabajo a tiempo parcial,[75] lo que contribuye a que temas como el analizado en este trabajo cobren mayor actualidad en nuestro país.[76]

---

[72] El inciso 2 del artículo 2 del Código del Trabajo establece que: "son contrarios a los principios de las leyes laborales los actos de discriminación." Por su parte, el inciso 3 de esta disposición señala que: "los actos de discriminación son las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos de raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional u origen social, que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación."

[73] En este sentido, el actual inciso 5 del artículo 2 del Código del Trabajo dispone que: "por lo anterior y sin perjuicio de otras disposiciones de este Código, son actos de discriminación las ofertas de trabajo efectuadas por un empleador, directamente o a través de terceros y por cualquier medio, que señalen como un requisito para postular a ellas cualquiera de las condiciones referidas en el inciso tercero."

[74] Con la reforma a la prohibición de no discriminación se han incorporado al actual ordenamiento jurídico laboral las disposiciones del ya ratificado Convenio Nr. 111 de la O.I.T. sobre discriminación en materia de empleo y ocupación, de fecha 25 de junio de 1958.

[75] Véase el nuevo párrafo 5° del Capítulo IV, Título I, Libro I del Código del Trabajo, artículos 40 bis a 40 bis D.

[76] Para el desarrollo en Chile de la figura de la discriminación laboral indirecta por causa de desigualdades en la remuneración u otras condiciones de trabajo que puedan afectar a las trabajadoras a tiempo parcial, cobra suma importancia la relación entre el artículo 2 del Código del Trabajo y el artículo 40 bis B, que consagra el principio de igualdad de trato entre los trabajadores a tiempo parcial y los trabajadores a tiempo completo.