

## **A VULNERACIÓN DO DEREITO EFECTIVO Á NON DISCRIMINACIÓN LABORAL NAS EMPRESAS EXTERNALIZADAS**

MARÍA AMPARO BALLESTER PASTOR

Catedrática de Dereito do Traballo e da Seguridade Social  
Universidade de Valencia  
[amparo.ballester@uv.es](mailto:amparo.ballester@uv.es)

### **RESUMO**

Nos últimos tempos, a contratación externalizada está a transformarse nun mecanismo de redución de custos laborais, aproveitando determinados baleiros na súa regulación. Este artigo analiza a relativa ineficacia do principio de igualdade clásico, en especial na aplicación de convenios colectivos, e explora as vulneracións do principio de non discriminación que poden darse a través do contrato de obra vinculado a contratas e nos despedimentos obxectivos ou colectivos derivados da externalización.

**Palabras clave:** Non discriminación, igualdade, externalización, contrato de obra, contratas, extinción do contrato

### **1. O DEREITO Á NON DISCRIMINACIÓN LABORAL E O TRABALLO EXTERNALIZADO: FORMULACIÓN XERAL E LIÑAS VERMELLAS**

A regulación do traballo externalizado foise configurando por aluvión xurisprudencial, o que xerou o fenómeno de que se eleven a categorías xurídicas solucións puntuais que non podían prever (nin tampouco era a súa función) as disfuncións que con posterioridade se produciron. A contratación externalizada que, nun principio, encontraba xustificación como mecanismo de especialización acabou degradándose ata converterse nun mecanismo xeralista de

redución de custos laborais. Neste contexto xurdiu a admisión do contrato de obra que ten como causa a duración da contrata<sup>1</sup>, a non aplicación da subrogación en caso de contrata, o estrito concepto de propia actividade ou o reducido alcance da cesión ilegal. Tamén tivo notable relevancia a doutrina xudicial que, como consecuencia das reformas flexibilizadoras da normativa laboral, xustificou a redución de custos que implica a externalización como causa abondo para a aplicación de despedimentos por causa económica, técnica, organizativa ou de produción. Malia as correccións puntuais que, tamén no ámbito xurisprudencial, en ocasións se foron producindo<sup>2</sup> as categorías fóronse consolidando e xeraron un ámbito de prestación de servizos desprotexido, marxinal e precarizado<sup>3</sup>.

A falta de regulación normativa do traballo externalizado insírese nun fenómeno xeneralizado de precarización do traballo que, ata a data, tivo como eixe o traballador. A fuxida do Dereito do Traballo producírase ata agora a partir das chamadas zonas grises fundamentalmente por medio da expansión da condición de autónomo. Similar fuxida produciuse, de feito, a partir da precarización provocada pola contratación temporal masiva. Coa actual situación do traballo externalizado o fenómeno das zonas grises de expulsión ademais expandiuse ao ámbito empresarial. A externalización é un instrumento de expulsión e degradación das relacións laborais que aparenta ser novo pero que se insire nunha dinámica xa antiga.

A implicación do legislativo non se produce cando, no plano ideolóxico, o Dereito do Traballo se considera un obstáculo á

---

<sup>1</sup> As primeiras sentenzas do TS que recoñeceron o contrato de obra vinculado á contrata datan de 1997. Por todas, STS do 15 de xaneiro de 1997 (Rec. 3827/95).

<sup>2</sup> Algúns pronunciamentos do TS tenderon a limitar as prerrogativas empresariais neste ámbito establecendo, por exemplo, que a sucesión dunha contratista por outra non extingue o contrato de obra (STS do 17 de xuño de 2008 (Rec. 4426/2006), ou que tampouco o fai a rescisión *ante tempus* da contrata (STS do 28 de abril de 2015 (Rec. 1016/2014).

<sup>3</sup> Unha interesante reflexión acerca do fenómeno por FERNÁNDEZ AVILÉS, "Empresas multinacionais e dumping social. Estado da cuestión", *Revista Trabajo y Seguridad Social (CEF)*, n.º 405, 2016

competitividade e cando o obxectivo prioritario é a flexibilidade laboral. É difícil pensar en que o mantemento da actual falta de protección nas situacións de externalización sexa inevitable ou froito dunha involuntaria falta de previsión. De feito, a propia actuación do lexislativo español que operou a reforma do 2012 serviu para endurecer a marxinalidade do traballo externalizado ao outorgar maior entidade aos convenios de empresa. En definitiva, para garantir un marco de traballo digno para os traballadores externalizados debера producirse unha regulación normativa máis garantista que, entre outras cousas, recuperase as responsabilidades das empresas implicadas e as devolvese ao ámbito aplicativo do Dereito do Traballo<sup>4</sup>. Pero en tanto iso se produce a situación desregulada actual é froito dunha determinada opción ideolóxica e dunha concreta concepción das relacións laborais.

Constátase, non obstante, que despois de bastantes anos de retroceso da norma laboral, empezaron a reaparecer vellos límites. É rechamante o rexurdimento recente dos dereitos fundamentais<sup>5</sup>, os acordos internacionais<sup>6</sup> ou

---

<sup>4</sup> Moi interesantes son as propostas para incrementar as garantías dos traballadores en contratas expostas por FALGUERA BARÓ, *La externalización y sus límites*, Albacete, 2015. Apunta, por exemplo, o autor, a necesidade de reformular o concepto de propia actividade como presuposto aplicativo do art.º 42 ET. Tamén propón aplicar as consecuencias da cesión legal á contrata por medio da posibilidade de entrar no equipo indefinido da empresa contratante (que na Administración sería indefinido non fixo).

<sup>5</sup> Certamente o Tribunal Constitucional lexitimou a validez constitucional da reforma laboral de 2012 (SSTC 119/2014, do 16 de xullo; ou 8/2015, do 22 de xaneiro) pero é significativa a persistencia e intensidade das dúbidas sobre a lexitimidade constitucional da reforma que se formulou dende o mesmo momento en que se aprobou. Por todos, RODRIGUEZ - PIÑERO, VALDÉS DAL-RE E CASAS BAAMONDE, "La nueva reforma laboral", *Relaciones Laborales*, 5, 2012.

<sup>6</sup> De particular relevancia está a ser nos últimos anos a virtualidade da Carta Social Europea como instrumento limitativo das reformas laborais recentes. Así o refiren SALCEDO BELTRAN, "Incumplimientos de la Carta Social Europea por España. Conclusiones XX-2 (2013)" *Revista de Derecho Social*, 66, 2014; e SARMIENTO BARRA E AUBRIERE, "La Charte Sociale Europeene et son application par les juridictions internes: regards croises entre la jurisprudence française et espagnole", *Lex Social. Revista de*

mesmo a normativa da Unión Europea como insospeitadas liñas vermellas ás prerrogativas empresariais. As relacións laborais desenvólvense, pois, nun novo escenario no que os dereitos sociais efectivos se dilúen no seu contido ao pertencer a textos máis imprecisos, aínda que curiosamente ascendan de rango. É unha nova realidade na que aparecen novas dimensións que adoptan tamén terminoloxías alternativas ás que pretendían xustificar a desregulación: é particularmente significativa a aparición do "traballo decente", no seo da OIT, como a outra cara da moeda da "flexibilidade"<sup>7</sup>. Mesmo se revitaliza a actuación no ámbito dos dereitos sociais de órganos xudiciais internacionais de defensa dos dereitos humanos, como o Tribunal Europeo de Dereitos Humanos, que tradicionalmente tivera unha relevancia menor na materia xurídico laboral<sup>8</sup>. O papel da normativa e da xurisprudencia do TXUE é tamén particularmente relevante.

Deste modo, aínda que o réxime xurídico español sobre a externalización laboral poida ser o resultado dunha determinada opción ideolóxica e política, difícil de contrarrestar se non é pola propia acción democrática, existe o límite dos dereitos fundamentais que actúa sempre a xeito de liña vermella. Ademais dos textos internacionais máis arriba referidos existen, con relación ao principio de non discriminación, unha serie de imperativos nados no ámbito da normativa e xurisprudencia da Unión Europea. É sabido que a normativa antidiscriminatoria (fundamentalmente por razón de xénero, pero tamén a

---

*Derechos Sociales*, vol. 5, n.º 1, 2015. En xeral, sobre a virtualidade actual do Dereito Internacional do Traballo, ALFONSO MELLADO, "Constitución, tratados internacionais y Derecho del Trabajo", *Lex Social. Revista de Derechos Sociales*, vol. 5, n.º 1, 2015.

<sup>7</sup> Resulta de particular interese o alcance do concepto de traballo decente como nova dimensión ética. Ao respecto, SERVAIS, "El trabajo decente: la visión de la OIT y su puesta en práctica", *Relaciones Laborales*, 15, 2012, páx. 150 ss. O mesmo autor destacou máis adiante o dilema conceptual entre flexibilidade e traballo decente en SERVAIS, "El Derecho Internacional del Empleo frente a la crisis", *Temas Laborales* 126, 2014, páx. 14.

<sup>8</sup> Así o refire, entre outros, SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, Paris, 2011, páx. 46.

correspondente ás causas de discriminación de nova xeración) dispón no ámbito da Unión Europea dunha normativa moi consolidada cuxo cumprimento é obrigatorio para todos os Estados membros, e cuxo alcance concreto foi especificamente detallado en numerosos pronunciamentos do TXUE. Na práctica, algunhas das formulacións de natureza xurisprudencial que actualmente son os eixes das relacións laborais externalizadas no noso país chocan frontalmente co principio de non discriminación configurado na UE.

O dereito á non discriminación non é un principio xeral de actuación nin unha mera declaración de intencións, senón que constitúe un dereito pleno e efectivo, que esixe das institucións unha tarefa de garantía de efectividade. Así o establece con toda rotundidade o dereito da UE. Efectivamente, o dereito á acción xudicial para a satisfacción da vítima de discriminación encóntrase formulado en cada unha das tres Directivas antidiscriminatorias. O texto do art.º 17 da Directiva 2006/54 establece, para a discriminación por razón de xénero, o seguinte: *Os Estados membros velarán por que, tras o posible recurso a outras autoridades competentes, incluídos, cando o consideren oportuno, procedementos de conciliación, existan procedementos xudiciais para esixir o cumprimento das obrigas establecidas conforme á presente Directiva en favor de toda persoa que se considere prexudicada pola non aplicación, no que a ela se refira, do principio de igualdade de trato, mesmo tras a terminación da relación na que supostamente se producise a discriminación.* Para a discriminación por razón de etnia o art.º 7 da Directiva 2000/43 ten un sentido similar. Para a discriminación por razón de relixión ou conviccións, idade, discapacidade e orientación sexual tamén ten igual sentido o art.º 9 da Directiva 2000/78. O dereito á acción xudicial formulado nas Directivas antidiscriminatorias ten, á súa vez, dous contidos: Dun lado supón a existencia dun dereito formal das vítimas de discriminación á formulación de accións xudiciais por vulneración do dereito á non discriminación. Doutro lado supón tamén que o ordenamento debe ter establecidos mecanismos para que

ao suxeito discriminado o compense a reclamación xudicial, porque ao final deste obterá unha reparación/compensación axeitada -contido material do dereito á acción xudicial- (recoñecido dende antigo, por todas, na STXUE do 2 de agosto de 1993, asunto *Marshall II*). De xeito específico para a discriminación por razón de sexo establécese no art.º 18 da Directiva 2006/54, na súa primeira frase, o dereito á acción xudicial na súa vertente material do seguinte modo: *Os Estados membros introducirán nos seus ordenamentos xurídicos nacionais as medidas necesarias para garantir a indemnización ou a reparación, segundo determinen os Estados membros, real e efectiva do prexuízo sufrido por unha persoa a causa dunha discriminación por razón do seu sexo, de xeito disuasorio e proporcional ao prexuízo sufrido*. Aínda que esta formulación expresa do art.º 18 da Directiva 2006/54 non se encontra nas outras Directivas antidiscriminatorias (Directiva 2000/43 e Directiva 2000/78) tamén para as outras causas de discriminación prohibida aplícase o contido material do dereito á acción xudicial (posto que provén dunha doutrina antiga do TXUE que procede do dereito á acción xudicial xeral<sup>9</sup>).

A preocupación pola efectividade da normativa antidiscriminatoria é unha prioridade histórica, que se advirte dende que se recoñeceu a eficacia directa horizontal das Directivas antidiscriminatorias (STXUE do 8 de abril de 1976, asunto *Defrenne*) e que se constata claramente a

---

<sup>9</sup> Conforme a esta doutrina do TXUE os Estados membros dispoñen de plena liberdade para establecer os instrumentos que garantan a efectividade subxectiva do principio antidiscriminatorio (STXUE do 10 de abril de 1984, asunto *Von Colsson*). Non é obrigatorio que os ordenamentos garantan en primeiro termo a recuperación ou restitución do dereito, senón que o principio de efectividade material queda garantido se simplemente se establece unha compensación ou indemnización adecuada polo dano sufrido (STXUE do 2 de agosto de 1993, asunto *Marshall II*). Así mesmo, a reparación/compensación debe ser adecuada ao prexuízo sufrido (STXUE do 10 de abril de 1984, asunto *Von Colsson*). Indemnización axeitada é a que ofrece unha reparación íntegra do dano, por iso non caben indemnizacións máximas taxadas por lei que puidesen non compensar axeitadamente polo dano sufrido (STXUE do 2 de agosto de 1993, asunto *Marshall II*; e STXUE do 22 de abril de 1997, asunto *Draehmpaehl*).

partir da grande importancia que no texto das tres Directivas antidiscriminatorias se outorga ás cláusulas horizontais. É unha característica pouco habitual nas Directivas da UE (que por definición establecen meramente obxectivos e deixan liberdade aos Estados membros para que as desenvolvan e garantan a súa efectividade do xeito que libremente elixan). No caso das Directivas antidiscriminatorias, non obstante, o lexislador da UE optou por utilizar un sistema estrito de garantía de efectividade e descrición concreta dos mecanismos adecuados para garantila.

Da contradición entre o dereito pleno e efectivo á non discriminación nos termos que se describiron e algunhas figuras consolidadas no noso país que constitúen os eixes das relacións laborais externalizadas tratarase na presente exposición. De modo previo realizarase unha aproximación ao principio de igualdade na relación laboral externalizada.

## **2. O TRABALLO EXTERNALIZADO E O PRINCIPIO DE IGUALDADE: ESCASA VIABILIDADE E DEGRADACIÓN DO PRINCIPIO DE IGUALDADE**

Á primeira vista, o principio de igualdade sería o primeiro que aparecería formalmente vulnerado polo actual réxime xurídico da externalización no noso país. Efectivamente, a externalización como técnica de redución de custos empresariais implica unha desigualdade cronolóxica na retribución (entre o traballo que se desenvolvía antes con maior custo e o posterior externalizado, con custo reducido) e/ou unha desigualdade horizontal (entre os traballadores da empresa principal que percibisen a retribución establecida no convenio de empresa e os traballadores externalizados que percibiran polo mesmo traballo a retribución inferior que puidese vir establecida no convenio de empresa ou sectorial que lle resultase de aplicación). Non obstante, e malia esta primeira percepción, o certo é que, a diferenza do principio de non discriminación, o principio de igualdade é un principio moi fráxil, que admite notables excepcións e que carece de apoio rotundo na

normativa da UE. A fragilidade do principio de igualdade increméntase notablemente cando procede de convenio colectivo. Lamentablemente, entendo, existen serias dificultades para considerar, polo menos en atención á actual doutrina do TC e do TS españois, que as diferenzas retributivas existentes nos convenios colectivos aplicables nos casos de externalización atenten ao principio de igualdade. No ámbito da normativa da UE o principio de igualdade carece de configuración expresa, máis alá da formulación xeral na Carta de Dereitos Fundamentais da Unión Europea (CDFUE)<sup>10</sup>.

En España o principio de igualdade establecida no art.º 14 CE é un dereito fundamental autónomo<sup>11</sup>, diferente do dereito á non discriminación<sup>12</sup>. Obriga á igualdade de trato entre cidadáns ante situacións iguais, aínda que admite a diferenza cando resulte obxectiva e razoablemente xustificada en atención á consecución doutros fins. Xorde como parámetro de actuación dos Poderes Públicos: constitúe un principio de orde público constitucional<sup>13</sup> que enlaza coa configuración do Estado moderno e cos piares da propia democracia<sup>14</sup>. É unha garantía do cidadán fronte ao

---

<sup>10</sup> O art.º 20 da CDFUE titúlase *Igualdade ante a lei* e establece o seguinte: *Todas as persoas son iguais ante a lei*. O art.º 21 CDFUE titúlase *Non discriminación* e establece o seguinte: *Prohíbese toda discriminación, e en particular a exercida por razón de sexo, raza, cor, orixes étnicas ou sociais, características xenéticas, lingua, relixión ou conviccións, opinións políticas ou de calquera outro tipo, pertenza a unha minoría nacional, patrimonio, nacemento, discapacidade, idade ou orientación sexual*.

<sup>11</sup> O carácter autónomo do dereito fundamental á igualdade foi descrito e analizado no seu momento por RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER e FERNANDEZ LOPEZ, *Igualdad y discriminación*, Madrid, 1986, páx. 255.

<sup>12</sup> Ambos os dous dereitos parecen confluír nun só na regulación do art.º 14 CE, sequera porque veñen formulados nunha soa frase, pero este efecto é meramente ilusorio porque o principio de igualdade (*todos os españois son iguais ante a lei*) e o de non discriminación (... *sen que poida prevalecer discriminación por razón de...*) son diferentes.

<sup>13</sup> Así definiuno ALONSO GARCIA, "El principio de igualdad del art.º 14 de la Constitución española", *Revista de Administración Pública*, 100, 1983, páx. 88.

<sup>14</sup> Tras a Revolución Francesa o principio de igualdade ante a lei foi un mecanismo para rematar cos privilexios correspondentes á etapa feudal. Ao respecto, PEREZ LUÑO, *Dimensiones de la igualdad*, Madrid, 2005, páx. 19. Refire este autor a importancia outorgada ao principio de igualdade na

Estado, que o protexe fronte á arbitrariedade de quen exerce o Poder Público<sup>15</sup>. No ámbito xurídico laboral a aplicación do principio de igualdade esténdese tamén aos convenios colectivos estatutarios, como unha extensión especial do poder lexislativo, pero non abrangue a actuación do empresario que, como suxeito, privado, tan só está vinculado polo principio de non discriminación. Tan só cando o empresario é a Administración Pública aplícase na súa actuación como tal ante os seus traballadores o principio de igualdade. En España o principio clásico de igualdade ante a lei aplicouse cunha notable flexibilidade, admitindo numerosas excepcións en atención ás circunstancias concorrentes. Esta técnica de admisión da desigualdade normativa permitiu nos primeiros anos de democracia que non se xerasen baleiros normativos e rematou consolidándose como unha práctica habitual. Son poucos na historia da democracia española os casos nos que unha norma lexislativa non superase a proba do principio de igualdade ante a lei: superárono, por exemplo, as diferentes relacións laborais especiais ou os diferentes réximes especiais de seguridade social. Unha democracia xa madura aconsellaría unha maior esixencia na aplicación do principio de igualdade, pero o certo é que no noso país esta evolución non se produciu suficientemente.

Similar tolerancia no cumprimento do principio de igualdade advírtese tamén cando o eventual atentado a este se produce en convenio colectivo. Esta escasa esixencia de igualdade nos convenios colectivos é a que explica a degradación na que se desenvolven actualmente as relacións laborais externalizadas. A tolerancia nas desigualdades de convenio que, ata agora, caracterizou a práctica xudicial, non anticipa que se aplique doutrina

---

Declaración de Independencia dos Estados Unidos de 1776 e na Declaración dos dereitos do home e do cidadán de 1789 (páx. 19).

<sup>15</sup> Segundo DWORKIN, *Virtud soberana. La teoría y la práctica de la igualdad*, Barcelona, 2003, páx. 451: *A cláusula (de igualdade) non garante a cada cidadán que vaia beneficiarse de igual modo con cada decisión política; só lle garante que vai ser tratado como un igual -con igualdade de consideración e respecto- no proceso político e nas deliberacións que producen as devanditas consecuencias.*

diferente a convenios en empresas externalizadas. O principio de igualdade nos convenios colectivos limítase aos convenios colectivos estatutarios. Deste modo, os convenios colectivos estatutarios non poden conter diferenzas inxustificadas, pero si que poden contelas os convenios colectivos extraestatutarios. É paradoxal que na aplicación do propio principio de igualdade se xere unha diferenciación tan inxustificada como esta, pero precisamente este feito dá conta da escasa relevancia que ten a aplicación do principio de igualdade no ámbito da negociación colectiva.

Pero o principal obstáculo á aplicación do principio de igualdade en convenio colectivo provén do feito de que este se refire exclusivamente ao contido interno do convenio. O noso sistema de negociación colectiva, no que poden convivir convenios de diferentes ámbitos (sectoriais e empresariais) admite con normalidade que ante traballos iguais, desenvolvidos por traballadores pertencentes a diferentes empresas con diferentes convenios, se apliquen condicións diferentes. E este é precisamente o marco no que se desenvolven as relacións externalizadas. De feito é admisible que, dentro da mesma empresa, existan diferentes convenios (por exemplo, un por cada centro de traballo<sup>16</sup>), o que conduce á aplicación de condicións diferentes ante traballos esencialmente iguais. É relativamente normal, así mesmo, que en casos de transmisión de empresas se produza a convivencia de varias regulacións convencionais na mesma empresa aplicables a actividades esencialmente iguais. Por iso resulta difícil aplicar no caso de empresas externalizadas a prohibición de dobres escalas salariais<sup>17</sup>. En efecto, a falta de lexitimidade

---

<sup>16</sup> De feito, no ámbito das empresas externalizadas son varios os pronunciamentos do TS nos que se nega a posibilidade de irradiación dun convenio de centro de traballo ao resto de centros de traballo da empresa. Por todas, SSTS do 5 de febreiro de 2014 (Rec. 20/2014), do 17 de febreiro de 2014 (rec. 31/2014), do 10 de xuño de 2015 (Rec. 175/2014) ou do 18 de febreiro de 2016 (Rec. 282/2014).

<sup>17</sup> Analizando detalladamente os supostos nos que se admitiu a lexitimidade das dobres escalas salariais en convenio colectivo estatutario, por todos, TODOLÍ SIGNES, "El principio de igualdad y las dobres escalas salariales", *Trabajo y Seguridad Social (CEF)*, 383, 2015. Tamén realicei unha aproximación ao tema no meu traballo, BALLESTER PASTOR, "Las

das dobres escalas salariais, cando se asentan exclusivamente na data de ingreso na empresa, foi establecida reiteradamente (e con numerosos matices) tanto polo Tribunal Supremo<sup>18</sup>, como polo Tribunal Constitucional<sup>19</sup>, pero sempre se referiu exclusivamente ás diferenzas establecidas nun único convenio colectivo.

No contexto descrito, existen poucas posibilidades de que puidese prosperar un suposto de vulneración do principio de igualdade por diferentes condicións ante traballos iguais desempeñados polos traballadores titulares dunha empresa e os externalizados. Talvez podería concorrer desigualdade ilícita no suposto de discriminación indirecta por razón de sexo que podería darse se existisen traballos masculinizados que tivesen establecida unha maior retribución que os desempeñados maioritariamente por mulleres, aínda que uns e outros estivesen establecidos en diferentes convenios colectivos (*Asunto Enderby*, STXUE do 27 de outubro de 1993), sempre e cando ambos os dous fosen traballos de igual valor (e non necesariamente iguais). É, non obstante, un suposto demasiado alambicado para ser relevante posto que a discriminación indirecta concorrería cando os traballos masculinizados mellor retribuídos e non externalizados correspondesen á empresa contratante en tanto que os traballos feminizados peor retribuídos se desen na empresa externalizada. Requiriría, ademais, que aínda que se tratase de traballos diferentes tivesen igual valor. Debe terse en conta así mesmo que o TXUE recentemente deu un paso atrás na doutrina *Enderby* posto que considerou xustificadas as diferenzas retributivas establecidas en diferentes

---

diferencias retributivas por duración do contrato y por fecha de ingreso: La contribución del Tribunal Supremo a la construcción del principio de igualdad", VVAA (Coord. GARCIA MURCIA), *Libro Homenaje al profesor Antonio Martín Valverde*, Ed. Tecnos, Madrid, 2015.

<sup>18</sup> Por todas, SSTs do 12 de novembro de 2008, Rec. 4273/2007; do 14 de xuño de 2010, Rec. 170/2009; e do 18 de xuño de 2010, Rec. 152/2010.

<sup>19</sup> Por todas, STC 27/2004, do 4 de marzo.

convenios colectivos cando se referisen a postos masculinizados e feminizados<sup>20</sup>.

### **3. O CONTRATO DE OBRA VINCULADO Á CONTRATA COMO FIGURA CONTRARIA AO PRINCIPIO DE NON DISCRIMINACIÓN**

A sentenza do TS que por primeira vez estableceu que o contrato de obra laboral podía ter como causa xustificada a duración da contrata mercantil que o empresario laboral tivese realizado cunha entidade contratista foi a STS do 15 de xaneiro de 1997 (Rec. 3827/95)<sup>21</sup>. Esta sentenza constituíu un punto fundamental na degradación da contratación temporal. De pouco serviron as varias sentenzas posteriores que, con correccións meramente puntuais, intentaron reconducir a situación<sup>22</sup>. Unha das

---

<sup>20</sup> No asunto *Kenny* (STXUE do 28 de outubro de 2013, C-247/11) o TXUE considerou que era un criterio válido para configurar unha diferenza retributiva de efectos prexudiciais para as actividades desenvolvidas maioritariamente por mulleres o interese por manter boas relacións laborais, dado que se trataba dunha diferenza que se encontraba en diferentes convenios colectivos aplicables na mesma empresa, cuxos interlocutores sociais levaran a cabo estratexias negociadoras que deran mellor resultado para o colectivo masculinizado.

<sup>21</sup> Realicei un comentario acerca do alcance desta sentenza en BALLESTER PASTOR, "El contrato temporal condicionado a la duración de la contrata: las nuevas fronteras de la contratación temporal estructural", en AAVV, *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas*, Ed. Tirant lo Blanch, 2000.

<sup>22</sup> Por exemplo, (i) a STS do 5 de abril de 2003 (Rec. 1906/2001) estableceu que, en todo caso, os servizos contratados entre principal e contratista debían ter consistencia, individualidade e substantividade; (ii) a STS do 17 de xuño de 2008 (Rec. 4426/2000) sinalou que, á fin da contrata, se se mantén o mesmo contratista, non se extingue o contrato de obra; (iii) a STS do 14 de xuño de 2007 (Rec. 2301/2006) clarificou que o acordo entre contratante e contratista para poñer fin á contrata antes de tempo non xustifica a extinción do contrato de obra; (iv) a STS do 12 de xuño de 2008 (Rec. 1725/2007) interpretou que non é causa de extinción do contrato de obra a rescisión parcial do encargo por parte da empresa principal (aínda que nalgúns casos se admitiu que se extingan contratos de obra cando se produce unha redución do obxecto da contrata - STS do 18 de decembro de 2012 (Rec. 1117/2012); (v) a STS do 8 de novembro de 2011 sinalou que non é causa lícita de extinción do contrato de obra a

consecuencias máis importantes desta doutrina é que lexitimou que as empresas que se dedicaran como actividade habitual ordinaria a prestar servizos mediante contratación para outras empresas puidesen non dispoñer de equipos con traballadores indefinidos. Iso implicaba que os traballadores non podían nunca acceder á condición de traballador indefinido nas empresas que se dedicaran con carácter habitual e ordinario á contratación con outras empresas. Esta xustificación en termos absolutos da temporalidade ten unha consecuencia de enorme gravidade no ámbito do principio de non discriminación, posto que en caso dun despedimento de carácter discriminatorio, aplicando as regras establecidas actualmente no noso ordenamento, o traballador se encontrará privado dunha reparación/compensación axeitada. Presenta tamén outros defectos de non pouca entidade: dun lado, tampouco ofrece unha protección axeitada para garantir que o traballador non deixa de ser chamado pola empresa contratista noutras contratas por causa discriminatoria; doutro lado, podería incorrer en contravención co establecido na Directiva 99/70 sobre contratos de duración determinada.

Con carácter xeral, en caso de despedimento discriminatorio (por razón de xénero ou por calquera das causas de discriminación prohibidas no ordenamento español), a consecuencia establecida no ordenamento español é a cualificación de nulidade do despedimento (art.º 108 LRXS). Non obstante, se o contrato fose temporal e tivese chegado ao seu termo/cumprimento durante a tramitación do procedemento xudicial (o máis habitual) o traballador despedido con causa discriminatoria non terá dereito á readmisión (porque o contrato temporal xa concluíu) nin tampouco a unha indemnización compensatoria máis alá do simple aboamento da retribución correspondente aos días transcorridos dende a data de extinción ata o momento en que se producise a data de terminación do contrato temporal. Así o estableceu en unificación de doutrina a STS do 28 de abril de 2010 (Rec. 1113/2009), sen que ata a

---

previsión en contrato de que será causa extintiva a rescisión unilateral da contrata.

data esta doutrina fose alterada ou sequera matizada. Abonda ler a sentenza para identificar, así mesmo, que o nela establecido non constitúe unha solución puntual a un caso puntual, senón que xurdiu con vocación de xeneralidade para ser aplicado en todos os supostos en que se declarase a nulidade dun despedimento realizado a calquera traballador temporal sexa cal fóra a forma de contratación temporal utilizada. Certamente, a aplicación desta doutrina xudicial non só se refire aos despedimentos nulos recaídos en contratos temporais de empresas externalizadas, senón que afecta tamén aos despedimentos nulos en todo tipo de empresas. Pero debe terse en conta que, en caso de que se tratase dunha empresa ordinaria (non externalizada) ao traballador sempre lle cabe a posibilidade de que o seu contrato sexa declarado indefinido por carecer de causa temporal, en cuxo caso a readmisión sería posible. No caso das empresas contratistas en externalización a consideración de que existe unha relación laboral indefinida é remota (practicamente quedaría limitada ao caso de que se tivese superado o prazo máximo de traballo efectivo de 24 meses en 30 meses do art.º 15.5 ET). Deste modo, aínda que un traballador vise recoñecido o seu despedimento como discriminatorio, logrando que este fose cualificado de nulo, o máximo que conseguiría é que se lle aboase a retribución correspondente aos días transcorridos entre o despedimento e a data de terminación do contrato<sup>23</sup>.

---

<sup>23</sup> Establece literalmente a STS do 28 de abril de 2010 o seguinte: *Para resolver esta cuestión convén ter en conta que a obriga de dar emprego, a de readmitir, é unha obriga de facer que deveu en imposible por vencer o prazo durante o que se conveu que esa obriga existiría. Con iso quérese expresar que a imposibilidade da readmisión non é caprichosa, senón que deriva da extinción lícita da obriga de dar traballo, imposibilidade sobrevida que pode cualificarse de obxectiva porque, dende o principio, é perceptible por todos e especialmente polos que conviñeron a duración temporal do contrato. Este matiz é importante porque a obriga de indemnizar polos danos e prexuízos causados debe limitarse, conforme ao artigo 1.101 do Código Civil, aos derivados de culpa ou negligencia do debedor, o que impide apreciar a existencia de danos e prexuízos con posterioridade á extinción do contrato, xa que esta foi lícita e froito do convido polas partes, conclusión que exclúe a culpa do debedor e impide ao acredor alegar*

A partir do exposto resulta evidente que o ordenamento español, como consecuencia da doutrina xudicial contida na STS do 15 de xaneiro de 1997 e na STS do 28 de abril de 2010, non outorga unha satisfacción axeitada nos supostos de despedimento discriminatorio producido nas persoas que prestan servizos para as empresas contratistas en empresas externalizadas, co que podería contravir o establecido nos art.º 17 e 18 da Directiva 2006/54, así como no art.º 7 da Directiva 2000/43 e no art.º 9 da Directiva 2000/78 (dereito á acción xudicial para a defensa contra a discriminación, *supra*). Se a reparación establecida non dá satisfacción axeitada á vítima dunha conduta discriminatoria, o Estado debería garantir unha compensación económica (indemnización) para satisfacer os danos adicionais (particularmente os morais), e tamén para asegurar unha compensación adecuada en caso de que a restitución do dereito non puidese levarse a cabo ou polo menos non suficientemente. Na STEDH ditada no asunto *García Mateo*<sup>24</sup> o TEDH condenou a España por non asegurar unha indemnización axeitada a unha vítima de discriminación que non puido ser repostada no seu dereito. Podería dicirse, pois,

---

*prexuízos posteriores, porque confiaba no cumprimento do contrato durante o prazo pactado, pero obxectivamente non podía confiar noutros hipotéticos beneficios posteriores. Iso sentado, como se trata dunha obriga de facer é de aplicar o disposto nos artigos 1.184 e 1.136 do Código Civil, precepto este último aplicable ás obrigas de facer por causa do disposto no seu último parágrafo. Iso comporta que a partir da extinción do contrato a empresa non veña obrigada a dar ocupación á parte actora, pois non lle é esixible legalmente esa obriga. Non obstante, vén obrigada a indemnizar os prexuízos causados ata ese día, xa que, a irregular extinción anticipada do contrato lle é imputable a ela. Consecuentemente, conforme á regra terceira do citado artigo 1.136, ao non ser posible dar a ocupación pactada durante o período de tempo comprendido entre o día do despedimento nulo e aquel no que finalizou o contrato, tal obriga debe substituírse condenando a empresa ao pagamento dos salarios (prezo da cousa) que a traballadora debía ter cobrado de terse executado o contrato ata o día pactado. Con iso repárase o lucro cesante que a actora sufriu, pois, como se dixo antes, a partir da extinción do contrato non existe perda imputable á empresa e a reparación do lucro cesante debe cubrir o real ou probable, pero non o que, aínda que sexa posible, non é obxectivamente probable, senón hipotético e imaxinario, como din as sentenzas da Sala Primeira deste Tribunal de 15 de xullo de 1998 e 29 de decembro de 2001, entre outras.*

<sup>24</sup>STEDH do 19 de febreiro de 2013, demanda 38285/09.

que a restitución/reposición do dereito (ou a nulidade) é unha posibilidade que ten cada ordenamento para facer efectivo o dereito á non discriminación pero a indemnización por danos non é unha posibilidade senón unha obriga, polo menos porque non existe outro xeito de cumprir o obxectivo de reparación completa se a restitución non é posible ou non é suficiente.

Talvez a reforma operada na LRXS de 2011 que estableceu a normalización das indemnizacións por vulneración de dereitos fundamentais podería servir para alterar (ou matizar) a doutrina establecida na STS do 28 de abril de 2010 sobre a falta de dereito a unha indemnización nos despedimentos nulos de contratos temporais. Pero en todo caso a data de hoxe esta doutrina non se alterou expresamente e claramente deixa sen reparación efectiva aos suxeitos contratados por unha empresa dedicada á prestación de servizos para outras que foron vítimas dun despedimento discriminatorio.

Un segundo exemplo de defecto de protección efectiva nos casos de discriminación dos traballadores contratados en empresas externalizadas prodúcese nos supostos de falta de "re-contratación" por causa discriminatoria. Esencialmente, non debera existir diferenza entre ser despedido por causa discriminatoria ou non ser re-contratado (ou prorrogado o contrato vencido) tamén por causa discriminatoria. Tanto en caso de despedimento coma no caso de que non se produza a renovación, a prórroga ou a re-contratación por causa discriminatoria, a consecuencia debería ser a readmisión (ou a recontractación). Con relación a un suposto de falta de renovación dun contrato temporal motivado polo embarazo dunha traballadora así estableceuse na STXUE do 4 de outubro de 2001 (asunto *Jiménez Melgar*). Nesta sentenza o TXUE considerou que a falta de renovación do contrato da traballadora embarazada non constituía contravención do art.º 10 da Directiva 92/85 (protección específica da traballadora embarazada fronte ao despedimento sen causa) senón contravención do establecido no art.º 2 da Directiva antidiscriminatoria por razón de xénero (a entón vixente Directiva 76/207 que actualmente é a Directiva

2006/54). Esta precisión é de interese porque permite que a solución establecida no asunto *Jiménez Melgar* se expanda a todos os supostos de falta de renovación por causa de discriminación prohibida.

Nas empresas dedicadas á contrata con carácter ordinario como parte esencial da súa actividade cada un dos contratos temporais realizados actúa como un compartimento estanco que non garda relación con outros contratos temporais que puidesen realizarse co mesmo traballador para atender outras posibles contratas. Esta fragmentación contractual impide, pois, que se analice a causa da falta de contratación en posteriores ocasións. Pénsese, por exemplo, no caso de que o empresario tivese coñecido a ideoloxía, a relixión ou a opción sexual do traballador e iso tivese sido a causa da falta de contratación posterior. Pénsese, igualmente, no caso de que a falta de nova contratación se producise tras unha maternidade. A fragmentación contractual artificial xerada pola doutrina da contratación de obra con causa na contrata impide que opere a renovación contractual (a xeito de readmisión) porque non existe recoñecida unha relación contractual continuada de base senón meramente un contrato xa concluído. En teoría cabería unha reclamación xudicial por falta de contratación por causa discriminatoria aínda que nestes casos é bastante máis complicado que prospere un caso de discriminación.

Finalmente, a doutrina xudicial que admite a contratación temporal de obra vinculada á duración dunha contrata e fragmenta as relacións contractuais nunha empresa que, con carácter ordinario, leva a cabo contratas para outras empresas como parte normal da súa actividade podería vulnerar o establecido na Directiva 99/70 sobre traballo de duración determinada. Certamente o trato diferenciado que prohibe a Directiva 99/70 non ten o mesmo carácter que as prohibicións de discriminación establecidas nas tres Directivas antidiscriminatorias que ata agora se referiron (Directiva 2000/43, Directiva 2000/78 e Directiva 2006/54). Na Directiva 99/70 a prohibición de diferenza refírese a dúas modalidades contractuais (os contratos indefinidos e

os contratos temporais). O seu ámbito de aplicación ten manifestacións concretas e diferentes das establecidas nas tres Directivas antidiscriminatorias clásicas (por exemplo, a prohibición de trato diferenciado establecida na cláusula cuarta da Directiva 99/70 pode ceder por razóns obxectivas e establécense precisións con relación á antigüidade). Doutro lado, non se aplican á diferenciación polo carácter temporal da relación contractual institucións consolidadas nas discriminacións clásicas, como a discriminación indirecta ou a acción afirmativa. Finalmente, na Directiva 99/70 establécense medidas particulares sen relación ningunha coa protección antidiscriminatoria clásica que teñen as súas propias regras e xustificacións, como o sistema de garantías para evitar o enlace de contratos temporais establecido na cláusula quinta da Directiva 99/70. De feito, a prohibición de discriminación por razón do tipo de contrato a que se refire a Directiva 99/70 non é unha causa de discriminación prohibida que derive das prohibicións de discriminación establecidas nas Constitucións dos Estados membros, como acontece coas discriminacións prohibidas nas tres Directivas antidiscriminatorias clásicas. Non obstante, a cláusula cuarta da Directiva 99/70 ao establecer a prohibición de diferenciación fai referencia á prohibición de discriminación, e iso xustifica o seu tratamento neste momento. A súa formulación é o suficientemente significativa ao establecer literalmente o seguinte: *Principio de non discriminación (cláusula 4). 1. Polo que respecta ás condicións de traballo, non poderá tratarse os traballadores cun contrato de duración determinada dun xeito menos favorable que os traballadores fixos comparables polo mero feito de ter un contrato de duración determinada, a menos que se xustifique un trato diferente por razóns obxectivas.*

A prohibición de diferenzas entre traballadores temporais e indefinidos, a menos que concorrese causa xustificada, reconduce á cuestión de se é razoable que as condicións de traballo sexan tan diferentes (por exemplo en materia retributiva por aplicación de diferentes convenios colectivos) entre os traballadores temporais procedentes da empresa externalizada e os traballadores indefinidos da empresa principal contratante, cando ambos os dous realicen tarefas

similares. Talvez neste caso tanto uns coma outros poderían ser considerados traballadores comparables para os efectos de aplicar a prohibición de diferenza inxustificada establecida na cláusula cuarta da Directiva 99/70, polo menos cando a diferenza entre eles só se refira á retribución ou ao alcance doutros dereitos laborais pero non ao contido da prestación laboral.

Resulta claro, a partir do exposto, que a doutrina que admite a contrata mercantil entre empresas como causa suficientemente xustificativa para a contratación temporal de obra presenta serias dúbidas de acomodación á normativa antidiscriminatoria da UE, tanto en relación coas Directivas antidiscriminatorias clásicas coma en relación á Directiva 99/70 sobre contratos de duración determinada. A única alternativa posible é a eliminación da posibilidade de contratos de obra vinculados á duración da contrata. Iso implicaría a obriga de que se formalizasen por parte da empresa contratista contratos indefinidos. O contrato indefinido podería ser ordinario (en cuxo caso talvez cabería a posibilidade de que ao final da contrata se considerase que concorre a causa de despedimento obxectivo prevista no ordenamento español) ou fixo discontinuo. A figura do contrato indefinido ordinario incentivaría que a empresa contratista recolocase o traballador contratado noutra contrata antes de proceder á extinción para os efectos de evitar o aboamento da indemnización de 20 días de salario por ano de servizo. A solución do contrato de fixo discontinuo, aínda sen ser tan garantista como a contratación indefinida ordinaria por non posibilitar o acceso á indemnización por despedimento obxectivo á finalización da contrata, polo menos mantería a vinculación do traballador coa empresa para cando no futuro existisen novas contratas. O mantemento da orde de chamamento actuaría como garantía fronte a eventuais faltas de contratación posterior por causas discriminatorias.

#### **4. A EXTERNALIZACIÓN COMO CAUSA DO DESPEDIMENTO OBXECTIVO/COLECTIVO E A VULNERACIÓN DO PRINCIPIO DE NON DISCRIMINACIÓN**

É sabido que as sucesivas reformas operadas na normativa laboral (e particularmente a de 2012) serviron para facilitar o recurso ao despedimento por causa económica, técnica, organizativa ou de produción. Estas reformas non só removeron obstáculos "formais ou de procedemento" para a aplicación do despedimento por estas causas (se así puidera ser considerada a autorización laboral para o despedimento colectivo desaparecida coa reforma de 2012), senón que tamén conduciron a unha nova configuración das causas habilitantes. O novo contexto xurdido destas reformas laborais é un no que o despedimento colectivo se configura realmente como unha alternativa ás medidas de flexibilidade interna e non propiamente como *ultima ratio*<sup>25</sup>. A situación de crise de empresa (suavizada considerablemente a partir do actual concepto de causa económica) ou a eventual mellora da competitividade (sen esixencia de esgotamento de instrumentos de xestión menos agresivos) xustifican o despedimento por causa económica, técnica, organizativa ou de produción. En efecto, enténdese que concorre algunha destas causas cando o despedimento obxectivo ou colectivo é unha medida idónea aínda que non se require que se probe que é a máis idónea por parte do empresario. En definitiva, o despedimento obxectivo ou colectivo debe superar o xuízo de razoabilidade pero non necesariamente o de oportunidade. Neste contexto, a externalización de servizos adoita ser considerada unha boa causa para o despedimento obxectivo ou colectivo porque, como consecuencia da súa propia degradación, é unha medida de redución de custos. Independentemente da valoración que puidese facerse desta situación, a aplicación do despedimento nestes casos debера ter como límite o respecto aos dereitos

---

<sup>25</sup> Así o expuxen en BALLESTER PASTOR "LA flexibilidad interna en el marco de las relaciones laborales", en VVAA, *Las reformas del derecho del Trabajo en el contexto de crisis económica*, Valencia, 2013.

fundamentais e, en concreto, ao dereito á non discriminación. Non obstante este límite non sempre se respectou. De feito o incremento da competitividade que a redución de custos laborais por medio da externalización supostamente supón está a xustificar actualmente calquera medida extintiva por causa económica, técnica, organizativa ou de produción, mesmo aquelas que causan un efecto máis prexudicial para as mulleres e que, polo tanto, son constitutivas de discriminación indirecta. A sentenza do TS ditada no asunto Meliá (STS do 20 de novembro de 2015, Rec. 104/2015) é bo exemplo diso.

A STS do 20 de novembro de 2015 resolveu un asunto de despedimento colectivo por causa produtiva e organizativa a partir da externalización do servizo de limpeza de cuartos da entidade hoteleira. O despedimento afectou a 52 traballadores, dos que 49 eran mulleres. A sentenza considerou que non concurría discriminación indirecta por razón de sexo porque *a decisión de externalizar os servizos de limpeza é allea ao sexo dos traballadores afectados, pois se tomou por razóns obxectivas, relacionados cunha mellor organización do servizo que, ademais, redundaría nunha redución de custos e non co fin de prescindir de traballadores do sexo feminino. A decisión de externalizar, sexa ou non axustada a dereito, o que logo se verá, teríase tomado igual se todos os afectados fosen varóns, o que aplicando o "test de but for" nos leva a concluír que é allea a toda discriminación indirecta prohibida pola lei.* Ao aplicar esta interpretación o TS partiu dun presuposto incorrecto, posto que a concorrencia de discriminación indirecta non se detecta por aplicación do test "but for" (que serve só para detección da discriminación directa), senón polo feito da súa afectación maioritaria ao colectivo de mulleres<sup>26</sup>.

---

<sup>26</sup> En todo caso, non foi a STS do 20 de novembro de 2015 a única que aplicou erroneamente o test "but for" a un caso de discriminación indirecta. Nas sentenzas que aparecen referidas nesta mesma sentenza do TS como antecedentes de aplicación do test "but for" realizouse un uso inadecuado do test "but for": na STS do 18 de xullo de 2011 (mencionada no fundamento de dereito cuarto, número 2 da STS do 20 de novembro de 2015) realmente non se aplicou o devandito test senón que se aplicaron simplemente os presupostos da discriminación indirecta (maior afectación

Efectivamente, a identificación da discriminación indirecta realízase por comparación co que lle tivese sucedido a un home na mesma situación (test "but for"), pero a discriminación indirecta concorre cando con determinada medida ou acto quedan afectadas maioritariamente as mulleres (ou un colectivo protexido polo dereito á non discriminación)<sup>27</sup>. Advírtase que o propio concepto de discriminación indirecta implica que esta concorre aínda que algún home puidese quedar afectado tamén pola medida ou o acto (dado que a afectación feminina debe ser maioritaria pero non exclusiva). Por iso a aplicación do test "but for" é, por propia definición, incompatible co concepto de discriminación indirecta.

Pero aínda obviando este defecto na identificación da discriminación indirecta hai outro contido na STS do 20 de novembro de 2015 que resulta máis inquietante: correspóndese coa frase na que o TS xustifica a medida de externalización porque *redundaría nunha redución de custos e non co fin de prescindir de traballadores do sexo feminino*. Deste modo, a redución de custos que supón a externalización remata por xustificar a medida empresarial de despedimento colectivo, sen que resulte relevante a maior afectación ao colectivo de mulleres. Non obstante, como se sabe, a xustificación da discriminación indirecta só pode prosperar, non só cando sexa obxectiva e razoable

---

de mulleres cando o ascenso se condiciona a que o traballo se desenvolvese a xornada completa); na outra sentenza referida, a STS do 23 de abril de 2009, aplicouse o test "but for" pero non era un caso de discriminación indirecta senón directa por razón de sexo, dado que se trataba do acceso ao permiso por enfermidade de familiar do hospitalizado, que si que se aplicaba en caso de hospitalización ordinaria de calquera traballador/a pero non se aplicaba en caso de hospitalización por parto. Recórdese que a discriminación por razón de embarazo ou maternidade é sempre unha discriminación directa por razón de sexo (art.º 2.2.c Directiva 2006/54)

<sup>27</sup> O art.º 2.2. da Directiva 2006/54 define a discriminación indirecta por razón de sexo do seguinte xeito: *a situación en que unha disposición, criterio ou práctica aparentemente neutros sitúan a persoas dun sexo determinado en desvantaxe particular con respecto a persoas do outro sexo, salvo que a devandita disposición, criterio ou práctica poida xustificarse obxectivamente cunha finalidade lexítima e que os medios para alcanzar a devandita finalidade sexan adecuados ou necesarios.*

senón tamén cando *os medios para alcanzar a devandita finalidade sexan adecuados ou necesarios* (art.º 2.2 da Directiva 2006/54). Iso significa que, se unha determinada medida de xestión empresarial ten un efecto máis prexudicial para as mulleres que para os homes non será suficiente para xustificala con que se evidencie que é idónea ou meramente razoable (o que implicaría un mero control de legalidade das causas concurrentes), senón que terá que probarse polo empresario que é oportuna (axeitada ou necesaria) en relación con outras medidas posibles de xestión que puidesen ter un menor impacto no colectivo de mulleres. En definitiva, o mero xuízo de razoabilidade que a normativa española parece esixir para xustificar os supostos de despedimento obxectivo ou colectivo non é suficiente cando se alegue discriminación indirecta por maior afectación de mulleres (ou dalgún dos colectivos protexidos polo principio de non discriminación). En tales casos o empresario está obrigado a achegar unha xustificación adicional de oportunidade/adecuación ou necesidade en relación con outras medidas posibles que tivesen causado menor impacto. Dado que nin a norma nin a xurisprudencia española admiten este xuízo específico de oportunidade en caso de que se alegue discriminación indirecta a normativa actual española e a aplicación xurisdiccional desta poderían ir en contra da normativa da UE en materia de discriminación indirecta. Recórdese, por certo, que a alegación de concorrencia de discriminación indirecta debe xerar, conforme ao establecido no art.º 19 da Directiva 2006/54 e no art.º 96 LRXS, a modificación da carga da proba polo que é o empresario o que debe probar a necesidade de que sexa esta a medida aplicable e non outra de menor impacto no colectivo feminino.



