

## UN CASO PARTICULAR DE DISCRIMINACIÓN INDIRECTA NO ACCESO AO EMPREGO: A DISCRIMINACIÓN INDIRECTA POR RAZÓN DE CLASE SOCIAL

Rita GIRÁLDEZ MÉNDEZ

*Abogada. Socia-trabajadora de la Consultoría Primero de Mayo. Miembro del Gabinete Técnico Confederal de CNT. Doctoranda en el Departamento de Derecho del Trabajo de la Universidad de Santiago de Compostela.*

Recibido 19.11.2013 / Aceptado 12.12.2013

**RESUMO:** A discriminación indirecta prodúcese cando un colectivo determinado ou determinable por razón de nacemento, raza, sexo, relixión, opinión ou calquera outra circunstancia social, sofre unha desvantaxe particular, derivada de disposicións, criterios ou prácticas aparentemente neutrais, pero que xeran un efecto adverso en dito colectivo. A existencia de discriminación queda desvirtuada ante a proba de que aquela disposición, criterio ou práctica podan xustificarse cunha finalidade lexítima e que os medios para a consecución desta sexan adecuados e necesarios.

O concepto de discriminación indirecta serviu para afondar na desigualdade real que sofren determinados colectivos, especialmente por razón de sexo. Non obstante, non é fácil atopar sentenzas que declaren a existencia de discriminación en normas, criterios ou prácticas que xeran un efecto adverso en colectivos por razón do seu orixe social (artigos 1 Convenio 111 OIT e 17.1 ET ) ou condición social (artigos 17.1 ET e 14 CE). Sen embargo, facendo un estudo de determinados criterios de acceso ao emprego, chégase a conclusión que moitos deles provocan unha exclusión das persoas que proceden dun concreto estrato social, sen que aqueles criterios teñan a súa razón de ser nunha finalidade lexítima que os xustifiquen. A ausencia de xurisprudencia sobre esta peculiar discriminación pode provocar reticencias á súa formulación ante os Tribunais. Pero non se debe esquecer que o concepto de discriminación indirecta nace precisamente polo efecto adverso xerado por un criterio de acceso ao emprego nun colectivo determinado pola súa procedencia social/racial: o caso *Griggs*

**PALABRAS CLAVE:** discriminación indirecta, acceso ao emprego, orixe social, *Griggs vs. Duke Power Company*, igualdade.

**ABSTRACT:** Indirect discrimination appears when a social group is treated differently based on arbitrary criteria such as place of birth, sex, religion, opinion or other social circumstance. In consequence, this social group suffers particular disadvantages due to dispositions, criteria or practices which are apparently neutral but that cause adverse impacts on it. The existence of this kind of discrimination can be disproven by providing evidence of a legitimate justification for these dispositions, criteria or practices and their suitability and necessity.

The concept of indirect discrimination has been used to deepen in the real inequality that suffers some groups specially based on sex. However, it is not easy to find sentences which declare the existence of this kind of discrimination in rules, criteria or practices that cause adverse impacts to some groups by reasons of social origin (articles 1 Convention 111 ILO and 17.1 ) or social condition (articles 17.1 Worker's Statute and 14 Spanish Constitution). Nevertheless, studying a particular set of criteria about access to employment it is concluded that a lot of them cause the exclusion of people belonging to a concrete social strata without a legitimated reason which justify it. The lack of jurisprudence about this particular discrimination can causes reticence when it is argued behind the Court. It is necessary do not forget that indirect discrimination was born by the negative impact caused by an access criteria to employment suffered by a particular social group based on social or race issues: *Griggs Case*.

**KEY WORDS:** indirect discrimination, access to employment, social origin, *Griggs vs. Duke Power Company*, parity.

**SUMARIO: 1. DA IGUALDADE FORMAL Á IGUALDADE MATERIAL. 2. O CONCEPTO DE DISCRIMINACIÓN INDIRECTA COMO GARANTE DA IGUALDADE MATERIAL: DESDE A "CLASE SOCIAL" ATA O "XÉNERO". 2.1. Nacemento e consolidación do concepto de discriminación indirecta. 2.2. Definición de discriminación indirecta. Normativa específica. 2.3. Particularidades procesuais. 2.4. A prohibición de discriminación indirecta no acceso ao emprego. 3. A ESIXENCIA DE TITULACIÓN UNIVERSITARIA INESPECÍFICA NO ACCESO AO EMPREGO. DISCRIMINACIÓN INDIRECTA POR RAZÓN DE CLASE SOCIAL. 3.1. Análise da concorrencia de discriminación indirecta por**

**razón de clase, condición ou procedencia social.** 3.1.1. *Existencia dunha norma, criterio, práctica, orde ou decisión aparentemente neutral.* 3.1.2. *Que tal norma, criterio, práctica, orde ou decisión non veñan xustificadas en criterios obxectivos.* **4. A SENTENZA QUE RESOLVE O ASUNTO: STSX GALICIA NÚM. 587/2013 DE 18 DE XULLO. 5. CONCLUSIÓNS. 6. BIBLIOGRAFÍA.**

## 1. DA IGUALDADE FORMAL Á IGUALDADE MATERIAL

Tradicionalmente, vense distinguindo entre un principio de igualdade "formal" ou igualdade ante a lei, e un principio de igualdade "material" ou real.

O primeiro constitúe un postulado fundamental do Estado Liberal de Dereito e foi enunciado por LEIBHOLZ como o recoñecemento da identidade do estatuto xurídico de todos os cidadáns, o que implica a garantía de igualdade de trato na lexislación e na aplicación do dereito<sup>1</sup>.

En efecto, trátase do dereito xerminado dos dereitos humanos<sup>2</sup>; non obstante, o seu reflexo legal deriva da Revolución Francesa, revolución burguesa que rompeu os privilexios do pasado (Antigo Réxime), para construír os da nova clase social emerxente: a burguesía. Sobre esta base liberal, o principio de igualdade é puramente formal, e enténdese como un mandato ao lexislador que garante a universalidade e xeneralidade da Lei, proscribindo as singularidades e os privilexios particulares. A esta "igualdade na lei", se lle engade unha segunda acepción, que é a aplicación da Lei a todos –os homes- por igual, isto é, a "igualdade ante a Lei"<sup>3</sup>. Este concepto de igualdade formal non corruxía as discriminacións preexistentes na sociedade. A Lei era ou debía ser redactada en xeito neutral, e esta neutralidade formal era aplicada por igual a todos os homes, independentemente da súa condición social. Neste momento histórico, non se

---

<sup>1</sup>CARMONA CUENCA, E., "El principio de igualdad material en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", *Revista de Estudios Políticos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, núm. 84, Madrid, 1994, pp. 265-285; p. 265.

<sup>2</sup> Non é casual que constituía o primeiro artigo da Declaración dos Dereitos do Home e do Cidadán, adoptada pola Asemblea Nacional Constituínte de 26 de Agosto 1789 e da Declaración dos Dereitos da Muller e da Cidadá, redactada por Olympe de Gouges en 1791, se ben, como se sabe, esta última Declaración non tivo alcance xurídico.

<sup>3</sup> O constitucionalismo norteamericano introduce a prohibición de discriminación por razón de raza tras a Guerra de Secesión. *Cfr.* FÉRNANDEZ SEGADO, F., *El sistema constitucional español*, Dickinson, Madrid, 1997, pp. 190 e ss.; VALDÉS DAL-RÉ, F., "Igualdad y no discriminación por razón de género: una mirada laboral", *Igualdad de Género: una visión jurídica plural: realidad o ficción*, (Coord. GÓMEZ CAMPELO, E.), Jornadas Igualdad Efectiva: Realidad o Ficción, Burgos, 2008, pp. 1-25, p. 2-4.

formulaba, polo menos a *nivel xurídico no cumio*<sup>4</sup>, a existencia de discriminación por indiferenciación nin a cuestión de xénero<sup>5</sup>.

Sen deternos en máis fitos históricos que exceden o obxecto do presente artigo, a formulación da chamada igualdade material débese ás loitas sociais, á caída dos estados totalitarios e a aparición paulatina do Estado Social de Dereito tras a Segunda Guerra Mundial. As diferentes constitucións europeas do século XX (artigo 3.2 Constitución Italiana de 1947, artigo 9.d) Constitución Portuguesa de 1974, artigo 9.2 Constitución Española, etc.), con diferentes diccións, veñen a recoller a obriga do Estado de remover os obstáculos económicos e sociais para garantir a igualdade real e efectiva. Isto é, o Estado Social reconece a existencia de desigualdades preexistentes, polo que a non discriminación pasa por eliminalas ou, cando menos, telas en conta na creación e aplicación das normas xurídicas. Como sinala CARMONA CUENCA, non basta con que o Estado dite normas non discriminatorias, senón que debe adoptar medidas para conseguir a igualdade efectiva de todos os cidadáns. E, entre estas medidas, pode ser preciso, en ocasións, ditar normas aparentemente discriminatorias para favorecer a certos sectores da poboación en situación de inferioridade económica e social<sup>6</sup>.

## 2. O CONCEPTO DE DISCRIMINACIÓN INDIRECTA COMO GARANTE DA IGUALDADE MATERIAL: DESDE A "CLASE SOCIAL" ATA O "XÉNERO"

### 2.1. Nacemento e consolidación do concepto de discriminación indirecta

Da igualdade material xorde o concepto de discriminación indirecta. As normas xurídicas, formuladas neutralmente, poden, non obstante, xerar un *efecto adverso* nun determinado colectivo pola súa situación económica, racial, étnica, política, de xénero, ou calquera outra circunstancia social. Dito efecto adverso prodúcese porque

---

<sup>4</sup> Si existía unha crítica a desigualdade, tanto social como de xénero, e unha construción xurídica da discriminación por ambos motivos. *Cfr.* MENGUER, A., *El Estado Democrático del Trabajo (El Estado Socialista)*, Comares, Granada, 2004, pp. 265 e ss.; STUART MILL, J., *El sometimiento de la mujer*, Alianza editorial, Madrid, 2010.

<sup>5</sup> O principio de igualdade formal referíase, neste momento histórico, aos homes, razón pola cal era admitida a lei singular respecto as mulleres, como as diferentes normas "protectoras" do traballo das mulleres e nenos ou a regulación do matrimonio.

<sup>6</sup> CARMONA CUENCA, E.: *El principio de igualdad material...*, *cit.*, p. 272.

determinados colectivos non parten dunha situación equitativa, polo que as normas ditadas de forma neutral, redundan ou poden redundar nesta situación discriminatoria. Desde outro punto de vista, as normas non son nunca neutrais, senón que son a manifestación dunha estrutura social determinada, que, en moitas ocasións, debe ser corrixida (artigo 9.3 CE) para evitar desigualdades. Así, a primeira norma de garantía da igualdade formal, a Declaración de Dereitos do Home e do Cidadán foi inmediatamente criticada por discriminatoria por OLYMPE DE GOUGES en 1791.

En canto ao concepto de discriminación indirecta como concreción xurídica da igualdade material nace en Estados Unidos, vinculado a desigualdade preexistente entre persoas negras e brancas. Tratábase dunha desigualdade racial, pero tamén económica e social. O Sr. Willie Griggs era un home negro, de profesión carboeiro sen estudos secundarios. Esta última circunstancia nunca lle impediu realizar o seu traballo de forma eficaz. Non obstante, a DUKE POWER COMPANY requiría que os seus carboeiros tivesen o grao de bacharel. *Griggs* alegou que o requisito era ilícito e discriminatorio porque non gardaba relación algunha coa execución do traballo e porque provocaba que se rexeitase a máis negros que a brancos para o desenvolvemento de dito emprego. Máis tarde, no caso *Albemarle Paper Company vs. Moody*, a Corte Suprema de EE.UU. proporcionou máis detalles sobre como debe validar a empresa os instrumentos de selección de persoal, de modo que estes deben estar relacionados de forma directa co posto de traballo, debéndose analizar e documentar de forma minuciosa o carácter do posto, as súas obrigas e responsabilidades específicas, de forma clara e non ambigua, para poder identificar o perfil ou persoa máis idónea para o posto.

Estes criterios estritos que garantían a proba de ausencia de discriminación no acceso ao emprego en EE.UU., foron suavizados até ser eliminados pola administración Bush en novembro de 1991 (*Civil Rights Act of 1991*). Non obstante a UE recolleu e ampliou a doutrina da Corte Suprema norteamericana a través de numerosas directivas nas que se define e prohíbe expresamente a discriminación indirecta. A interpretación das mesmas polo TSXCE e o TEDH realizouse da forma máis favorable á garantía do dereito fundamental á igualdade e non discriminación.

A nivel estatal, esta doutrina que nace en EE.UU. e se consolida na UE, serve ao TC para aplicar a teoría da prohibición de discriminación indirecta como elemento

esencial da igualdade material a partir dos anos noventa<sup>7</sup>, antes incluso da existencia dunha normativa específica de carácter estatal, que non chega ata o ano 2000<sup>8</sup> en canto a discriminación por orixe racial ou étnico e ata o ano 2007<sup>9</sup> en canto a fundamentada no sexo. Dito de outra forma, con independencia da existencia de normas sobre prohibición de discriminacións específicas, o artigo 14 CE – en relación ao artigo 9.2 CE– garante a prohibición de discriminación directa e indirecta sexa cal sexa a súa causa ou orixe.

Por todo elo, a extensa normativa e xurisprudencia xerada pola litixiosidade das discriminacións específicas polas causas cuantitativamente máis relevantes (sexo, discapacidade, nacionalidade ou raza, idade, orientación sexual), deben ser aplicadas analoxicamente aos outros tipos de discriminación contemplados no artigo 14 CE e que xeran menos litixiosidade por ser, quizais, menos identificables por carecer de trazos físicos manifestos. Concretamente, referímonos a discriminación por razón de orixe social ou nacemento en relación a esixencia de titulacións innecesarias para a realización das tarefas propias do posto de traballo, como ocorría no caso *Griggs*, que historicamente da lugar ao concepto de discriminación indirecta.

## 2.2. Definición de discriminación indirecta. Normativa específica

Pode definirse a discriminación indirecta como o efecto adverso que unha norma, criterio ou práctica aparentemente neutrais provoca nun determinado colectivo. Esta forma de discriminación está prohibida sempre e cando tal norma, criterio ou práctica non veña xustificada por unha finalidade obxectiva e allea de todo móbil discriminatorio.

É preciso diferenciar o efecto adverso da súa xustificación, no seu caso.

A discriminación indirecta existe sempre que a norma, criterio ou práctica xere un efecto adverso inxustificado, con independencia da intencionalidade, discriminatoria ou non. Sen embargo, aquel efecto adverso pode ter unha xustificación, que debe ser

<sup>7</sup> Por todas, e sen ánimo de exhaustividade, SSTC 145/1991, de 1 xullo e 286/1994, de 27 outubro.

<sup>8</sup> Pese a que a prohibición de discriminación indirecta atópase implicitamente recollida no texto constitucional (artigos 9.2 e 10.1, cos que necesariamente se debe relacionar o artigo 14 CE) –por todos, FERNÁNDEZ SEGADO, F, *El sistema constitucional ...*, cit., pp.192 e ss.-, a primeira norma de rango legal que recolle o concepto e a prohibición de discriminación indirecta é a Lei orgánica 4/2000, de 11 de xaneiro, sobre dereitos e liberdades dos estranxeiros e n España e a súa integración social (artigo 21.2). Cfr. LOUSADA AROCHENA, J.F., *La tutela jurisdiccional de la discriminación colectiva*, Westlaw Insignis, BIB 2000/1472.

<sup>9</sup> Lei Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para a igualdade efectiva de mulleres e homes (artigo 6).

obxectiva e allea a todo móbil discriminatorio. Pero esta ausencia de finalidade discriminatoria atópase unida á existencia de xustificación obxectiva. É dicir, a ausencia de intencionalidade discriminatoria non afecta á existencia ou non de discriminación indirecta prohibida, senón á finalidade obxectiva que, no seu caso, podería xustificar o efecto adverso. Así, desde a perspectiva de xénero, un exemplo claro, sería a esixencia da titulación de enxeñería para o posto de traballo consistente no deseño de autoestradas. Pese a que, en atención ás estatísticas, as mulleres son minoritarias na titulación da enxeñería, a xustificación do criterio de selección consistente na posesión daquela titulación aparece como absolutamente obxectivo e razoable, sen que se poda apreciar discriminación. En cambio, se para un posto nunha cadea de montaxe se esixe un FP en electricidade, sen que sexa necesario para desenvolver o traballo, produciríase unha discriminación indirecta ao colectivo feminino que, estatisticamente, non estuda este tipo de titulacións. Dado que non hai xustificación obxectiva para a esixencia de tal titulación, a intencionalidade de discriminar é absolutamente irrelevante para apreciar a existencia de discriminación indirecta.

A normativa sobre a prohibición indirecta atópase especificamente en multitude de textos internacionais, directivas comunitarias e normas internas. Implicitamente, atópase na Constitución e transversalmente<sup>10</sup> en toda norma xurídica.

A título de exemplo pódense citar diversas directivas comunitarias que prohiben a discriminación indirecta en ámbitos específicos: así, en relación á discriminación por razón de sexo, o artigo 4 da Directiva 2004/113/CE, de 13 de decembro de aplicación do principio de igualdade de trato entre homes e mulleres ao acceso a bens e servizos e ao seu subministro ou o artigo 1 da Directiva 2002/73/CE, de 23 de setembro, de aplicación do principio de igualdade de trato entre homes e mulleres no acceso ao emprego, formación e promoción profesionais e as condicións de traballo; respecto á discriminación por razón de relixión ou conviccións, discapacidade, idade e orientación sexual, o artigo 2 da Directiva 2000/78/CE de 27 de novembro, pola que se aplica o principio de igualdade de trato entre as persoas con independencia da relixión ou conviccións, discapacidade, idade e orientación sexual; respecto a nacionalidade, artigo 14 da Directiva 2006/113/CE de 12 de decembro, de libre prestación de servizos no mercado interior.

---

<sup>10</sup> *Cfr.* Exposición de motivos da LOIMH.

Na normativa interna, como se sinalaba anteriormente, contéplase no artigo 23 da actual LOEX, no artigo 6 LOIMH ou no artigo 17 ET.

### 2.3. Particularidades procesuais

Ao marxe dos aspectos substantivos, procesualmente a discriminación indirecta presenta tres particularidades en relación á proba:

En primeiro lugar, a alegación de discriminación directa ou indirecta, implica a inversión da carga da proba<sup>11</sup>. Para que se produza este efecto procesual é necesario alegar indicios suficientes de que a discriminación existe. Dito doutro modo, pese a que a carga da proba corresponde, con carácter xeral, a quen alega o feito que pretende acreditarse (artigo 217.2 LEC), nos supostos de discriminación, quen a alega só ten que presentar indicios da mesma, correspondendo a quen a nega a proba en contrario. Esta afirmación é predicable de calquera suposto de discriminación, pese a que as leis rituais soen referirse á discriminación específica por razón de sexo (artigos 217.5 LEC ou 60.7 LXCA, introducidos pola DF 4ª LOIMH), ou as discriminacións habituais do ámbito xurisdiccional do que se trate (artigo 96.1 LRXS, neste caso, con cláusula aberta). Así o afirma o TC xa desde a súa primeira xurisprudencia<sup>12</sup>. Nos supostos de que a discriminación sexa indirecta, resulta igualmente aplicable o principio de inversión da carga da proba, unha vez aportados os indicios de discriminación oculta pola parte que os alega, xa que, de ordinario, non se estará ante un caso claro de desigualdade formal<sup>13</sup>.

En segundo lugar, aportados os indicios de existencia de discriminación, corresponde á parte que a nega probar ben a total ausencia de discriminación, ben, se existe un efecto adverso causado pola norma, criterio ou práctica que se pretende

---

<sup>11</sup> Cfr. Directiva 1997/80/CE, de 15 de decembro, sobre carga da proba nos casos de discriminación indirecta por razón de sexo, derogada pola Directiva 2006/54/CE, de 5 de xullo, de aplicación do principio de igualdade de oportunidades entre homes e mulleres en asuntos de emprego e de ocupación, que refunde varias directivas en materia de igualdade de xénero no ámbito do traballo e da Seguridade Social.

<sup>12</sup> Así, por todas, STC 81/1982, de 21 decembro: *cuando existe un agravio por violación del derecho a la igualdad jurídica compete a quien sostenga la legitimidad constitucional de la diferenciación ofrecer el mencionado fundamento con objeto de que este Tribunal pueda enjuiciarlo. Y si esa carga de demostración del carácter justificado de la diferenciación, es obvia en todos aquellos casos que queden genéricamente dentro del general principio de igualdad que consagra el artículo 14 de la Constitución, tal carga se torna aún más rigurosa con aquellos otros casos en que el factor diferencial es precisamente uno de los típicos que el artículo 14 concreta (...).*

<sup>13</sup> Cfr., por todas, STC 147/1995 de 16 outubro e STS de 4 maio 2000 (RJ 4266).



discriminatoria, esta atópase fundamentada nunha finalidade lícita e obxectiva, allea a todo móbil discriminatorio.

En terceiro lugar, existe unha especialidade procesual na proba de discriminación indirecta, que consiste na validez da proba estatística<sup>14</sup>. Esta proba non só é válida, senón que se converte en esencial para acreditar a existencia do efecto adverso e contéplase nas diferentes directivas ditadas para garantir a igualdade (Directiva 2000/78/CE, considerando 15 ou a Directiva 2000/43/CE, considerando, 15), e ven sendo admitida sen ambaxes pola xurisprudencia interna<sup>15</sup> e comunitaria<sup>16</sup>.

#### **2.4. A prohibición de discriminación indirecta no acceso ao emprego**

O desenvolvemento e afianzamento do concepto de discriminación indirecta é especialmente relevante no ámbito do Dereito do Traballo, constituíndo un fito fundamental a Directiva 76/207/CEE, de 9 de febreiro (actual Directiva 2002/73/CE, de 23 de setembro), relativa a aplicación do principio de igualdade de trato entre homes e mulleres no que se refire ao acceso ao emprego, á ocupación, á formación e promoción profesionais a ás condicións de traballo. Tras esta, en especial a partir da década do 2000, dítanse outras en relación a aplicación do principio de igualdade en diferentes ámbitos<sup>17</sup> e respecto a diferentes colectivos<sup>18</sup>.

A influencia destas directivas e o concepto de discriminación indirecta foi moi relevante no avance social da igualdade –especialmente en materia de xénero- e na conformación dun ordenamento xurídico que contempla a igualdade material como un principio transversal que debe terse en conta na creación e interpretación de todas as normas xurídicas.

Recentemente, como último exemplo relevante no avance da igualdade real e efectiva, débese citar pola súa importancia e actualidade a STC 61/2013 de 14 de marzo, que estima a existencia de discriminación indirecta por razón de sexo no cómputo dos

---

<sup>14</sup> Cfr. LOUSADA AROCHENA, J.F., *Discriminación indirecta por razón de género en la promoción profesional*, Westlaw Insignis, BIB 2007/2897.

<sup>15</sup> Por todas, STS de 18 xullo 2011 (RJ 6560)

<sup>16</sup> Por todas STEDH de 29 xaneiro 2013 (TEDH 15).

<sup>17</sup> Por todas, Directiva 2004/113/CE, de 13 de decembro de aplicación do principio de igualdade de trato entre homes e mulleres ao acceso a bens e servizos e ao seu subministro.

<sup>18</sup> Por todas, Directiva 2000/43/CE, relativa á aplicación del principio de igualdade de trato das persoas independentemente da súa orixe racial ou étnica.

períodos de carencia necesarios para o acceso a prestacións de seguridade social dos e das traballadoras a tempo parcial, considerando que se produce un efecto adverso no colectivo de mulleres, por ser estas as que principalmente son ocupadas en traballos a tempo parcial.

Non obstante, non é o obxecto deste traballo realizar un exame pormenorizado das diferentes resolucións que van afianzando paulatinamente a igualdade material a través da xeral prohibición de normas, criterios ou prácticas que xeren un efecto adverso inxustificado. Pola contra, centrase o estudo no dereito á igualdade no acceso ao emprego e, máis concretamente, no referente a utilización de criterios de selección de persoal que, como no caso *Griggs*, requiren unha determinada titulación académica desvinculada co obxecto da concreta prestación de servizos.

A primeira resolución interna neste sentido<sup>19</sup>, foi a importantísima sentenza do TS de 4 de maio do 2000<sup>20</sup>, calificada pola doutrina como "un caso *Griggs* á española<sup>21</sup>". Esta sentenza foi manifestación das vacilacións que aínda existían —existen— nos órganos xurisdiccionais á hora de valorar as discriminacións ocultas en criterios aparentemente neutrais en materia de selección de persoal<sup>22</sup>. Tras doce anos de recursos contra as sentenzas desestimatorias en todas as instancias e un recurso ao TC, o TS finalmente acolle as pretensións do sindicato actuante.

A cuestión formulada neste longo proceso polo sindicato CGT é sumamente interesante. Trátase da contratación para unha cadea de montaxe, na que se esixía, máis aló do determinado no Convenio Colectivo de aplicación, a posesión da titulación de FP II en ramas técnicas (metal, automobilística, electricidade ou electrónica). Esta esixencia provocaba que a contratación de mulleres na cadea de montaxe de FASA-RENAULT fose amplamente inferior a de homes. O relevante deste caso é a existencia

---

<sup>19</sup> Xa o TS, en sentenza de 1 xuño 1999 (RJ 5057), que confirma a STSX Cataluña de 21 outubro 1998 (AS 4213) aplicara o principio de igualdade de trato no acceso ao emprego entendendo que supón unha práctica discriminatoria "invitar" a traballadores a efectos de promoción profesional obviando ás traballadoras. Pero resulta máis adecuada ao obxecto deste traballo a sentenza de 4 maio 2000, xa que neste suposto si existía unha aparencia de neutralidade ao existir criterios de selección consistente na posesión de titulacións específicas.

<sup>20</sup> RJ 4266

<sup>21</sup> LOUSADA AROCHENA, J.F., *La tutela...*, *cit.*

<sup>22</sup> Sobre o longo camiño recorrido ata a resolución comentada, *cfr.*, LOUSADA AROCHENA J.F., que comenta en *La tutela jurisdiccional de la discriminación colectiva*, Westlaw Insignis, BIB 1996/98 as SSTs de 18 febreiro 1994 (RJ 1061) e de 4 outubro 1995 (RJ 1292), e, co mesmo título e do mesmo autor (Westlaw Insignis, BIB 2000/1472, *cit.*), coméntase a resolución final do proceso coa STS de 4 maio de 2000, *cit.*.

dun criterio aparentemente neutral de selección de persoal, como é a esixencia dunha titulación. Esta falsa aparencia ven reforzada ao tratarse dunha empresa de automobilística. Non obstante, semella obvio –se ben non foi así como se considerou nas diferentes sentenzas ditadas ata chegar ao último recurso de casación comentado–, que o traballo nunha cadea de montaxe non precisa coñecementos técnicos, máis aínda se estes criterios técnicos non son especificados convencionalmente, xa que as aptitudes obtidas en calquera dos diferentes FPs habilitantes (metal, automobilística, electricidade e electrónica) son ben diversas.

Como se sinalaba anteriormente, o TS recollendo a doutrina do TC no mesmo proceso (STC 41/1999, de 22 de marzo), establece:

En primeiro lugar, que existe un límite á liberdade empresarial (artigo 38 CE) en materia de contratación, que obriga ao empregador, por un lado, a utilizar un criterio neutro aplicable por igual para homes e mulleres nos supostos de discriminación directa, así como a rexeitar aqueles outros criterios que, aínda sendo formalmente neutros produzan un resultado adverso para un dos sexos nos supostos de discriminación indirecta.

En segundo lugar, aplica con contundencia a inversión da carga da proba, sinalando que resulta especialmente relevante nos supostos de discriminación indirecta no acceso ao emprego, encamiñado a facer transparente, ao fin de que sexan ponderados polo órgano xudicial na súa función de tutela do dereito fundamental, os criterios de selección dos traballadores utilizados polo empregador dada singular dificultade probatoria que reviste a conduta empresarial, máximo na modalidade de discriminación indirecta.

En terceiro lugar, sinala que a titulación esixida, pese a ser aparentemente neutral e aplicable por igual a homes e mulleres, excede das previsións do convenio colectivo, resultando desproporcionado o efecto adverso causado pola esixencia que aquela titulación no colectivo de mulleres, que por razóns socio-económicas non soen posuír dito título<sup>23</sup>.

---

<sup>23</sup> Esta doutrina foi consolidándose a través de diversas resolucións dos TSX, por todas STSX Cantabria de 14 novembro 2005 (AS 3000).

### 3. A ESIXENCIA DE TITULACIÓN UNIVERSITARIA INESPECÍFICA NO ACCESO AO EMPREGO. DISCRIMINACIÓN INDIRECTA POR RAZÓN DE CLASE SOCIAL<sup>24</sup>

Nos epígrafes anteriores analizouse a evolución do concepto de igualdade e prohibición de discriminación, a aparición do concepto de discriminación indirecta en relación coa igualdade material e a aplicación deste concepto polos operadores xurídicos.

Observamos que a aplicación do concepto de discriminación indirecta en materia de acceso ao emprego foi consolidándose a través, sobre todo, da discriminación por razón de sexo. Non debe estrañar que fose así. A situación de subordinación histórica da muller, a súa relegación ao ámbito privado e a masculinización do sindicalismo e do mundo do traballo, chocaron co paulatino acceso das mulleres ao mercado laboral e unha progresiva concienciación da sociedade en materia de xénero.

Así, o mandato constitucional aos poderes públicos consistente en promover as condicións para a liberdade e a igualdade dos individuos e dos grupos en que se integra sexan reais e efectivas, traducíuse, desde unha perspectiva de xénero, na difícil labor de conciliar a promoción da igualdade tendo en conta a desigualdade de partida. No concreto ámbito do acceso ao emprego, a desigualdade de partida maniféstase, entre outras cousas<sup>25</sup>, nas diferentes titulacións ás que acceden os homes e as mulleres. Non se trata de que os homes e as mulleres teñan diferentes aptitudes académicas, senón que a estrutura social promove que determinadas titulacións sexan maioritariamente

---

<sup>24</sup> A definición clásica da clase social en MARX explícase como un grupo de individuos que se definen por unha mesma categorización na forma de relacionarse cos medios materiais de produción, principalmente referida a obtención de rendas. Neste concepto non caben divisións dentro dunha única clase obreira. Na actualidade, a maioría dos autores (por todos, Noam COMSKY e Robert CASTEL) falan de clases sociais, en plural, dentro da tradicional clase obreira, ao mesmo tempo que xorde o concepto de precariado. Sen decantarnos por ningunha, só a efectos xurídicos, esta última concepción encaixa máis coa necesaria concreción do grupo no que se incardina o individuo e que padece o efectos adverso (artigo 9.3 CE) e na prohibición de discriminación por nacemento (...) ou calquera outra circunstancia persoal ou social (artigo 14 CE).

<sup>25</sup> Así, en materia de conciliación da vida laboral e familiar acórdase a necesidade de promover a corresponsabilidade entre homes e mulleres, pero antes debe terse en conta que son estas as que principalmente e pola estrutura social, soportan as cargas familiares, polo que, pese á necesidade de promover á igualdade, é preciso partir de que non existe, polo que criterios ou normas neutrais poden resultar discriminatorias (pensemos nun criterio de selección de persoal que teña en conta exclusivamente a dispoñibilidade).

posuídas por un ou outro sexo. Debe promoverse a igualdade mediante políticas de igual valoración<sup>26</sup> dos diferentes traballos e estudos, pero, mentres tanto, hai que atender a realidade. Se por razóns sociais as mulleres son minoritarias nunha determinada titulación e esta é esixida para un posto de traballo para a que non se precisa en absoluto, prodúcese discriminación. Como sinalábamos no epígrafe anterior, a consolidación desta idea non foi fácil e houbo numerosas vacilacións. Pero hoxe, polo menos no ámbito xurídico, non é cuestionado.

Este avance en materia de igualdade corre o risco de estancarse na discriminación por razón de xénero. Non obstante, o artigo 9.2 CE establece un mandato aos poderes públicos para garantir a liberdade e igualdade do individuo e a todos os grupos en que se integra. No mesmo senso, o artigo 14 CE establece o principio de igualdade sen que poda prevalecer discriminación algunha por razón de nacemento, raza, sexo, relixión, opinión ou calquera outra circunstancia persoal ou social.

Pois ben, cada individuo pode ser integrado en diferentes grupos, incluso simultaneamente: polo seu sexo, pola súa raza, pola súa convicción política ou relixiosa, polo seu nacemento ou procedencia social, etc.

Polo tanto, cabe pensar que se a estrutura social provoca que determinadas titulacións sexan maioritariamente ocupadas por homes, esta mesma estrutura pode favorecer que determinadas clases sociais sufran, igualmente, as dificultades de acceso a determinadas titulacións, por razóns socio-económicas que semellan obvias. Non obstante, este tipo de discriminación pasou inadvertida e non xerou litixiosidade algunha.

Seguindo os artigos 9.2 e 14 CE, pódese deducir unha clara analoxía entre as dificultades de acceso ao emprego por razón de xénero e por razón de clase, especialmente en atención a esixencia de titulacións para postos de traballo nos que

---

<sup>26</sup> A socioloxía e a historia demostran que os traballos feminizados acaban masculinizándose cando, por calquera causa, a sociedade lle outorga un valor do que antes carecían, ben porque pasa do ámbito doméstico á profesionalización (matronas e xinecólogos, o sector da cociña e a restauración), ben porque o "máxico" se converte en académico (menciña), ben pola mecanización dos oficios (industria do vidro). Cfr. AYUSO LÓPEZ, T., *Fuentes documentales sobre el trabajo de las mujeres*, Akal, Madrid, 1997; IBARZ GELABERT, J., "Con gesto viril. Política sindical y trabajo femenino en la industria del vidrio de Barcelona, 1884-1930", *Género y políticas del trabajo en la España contemporánea. 1836-1936*, (Coord. BORDERÍAS, C.) Icaria, Barcelona, 2007, pp. 191 e ss.

resultan innecesarias. É máis, é así como nace o concepto de discriminación indirecta - caso *Griggs*-, a través da discriminación por razón de nacemento (raza ou clase), O Sr. *Giggs* era un individuo, que se integraba no grupo de raza negra e clase baixa. A pertenza a un destes grupos, por razóns socio-económicas, determinaba unha especial dificultade de acceso á titulación de bacharel. A esixencia deste grado académico para acceder ao posto de traballo de carboeiro non se xustificaba en ningunha razón obxectiva. Polo tanto, o criterio de selección consistente na esixencia de grado de bacharel para o posto de traballo de carboeiro resultaba discriminatoria.

Partindo desta base, a pregunta que se debe facer é se a esixencia dunha determinada titulación pode provocar un efecto adverso nun colectivo de persoas determinado pola súa condición ou procedencia social. É público e notorio que, especialmente no acceso ao emprego público, sóese esixir para concorrer as probas selectivas unha determinada titulación, que vai desde o ensino básico ao universitario, en función do emprego a cubrir. En moitas ocasións, esta esixencia ven dada polas características concretas do posto de traballo, que esixe unha serie de aptitudes para o seu desenvolvemento, polo que aquela esixencia é plenamente xustificada. Noutras ocasións, a esixencia de titulación nada ten que ver co traballo a desenvolver (xardinería, limpeza viaria, etc.). É nestes supostos onde pode apreciarse a existencia de discriminación indirecta. Para comprobalo, partírase dun concreto exemplo real, a través do cal se analizarán os diferentes elementos configuradores do concepto de discriminación indirecta. Trátase dun proceso similar ao que resolve a STS de 4 de maio de 2000, coa particularidade de que o colectivo afectado ven determinado non polo seu sexo, senón pola súa procedencia social.

Con data de 5 de marzo de 2012 e de 16 de marzo de 2012, publícase, respectivamente no DOG e no DOUE a Resolución de 5 de marzo de 2012 da Secretaría Xeral Técnica da Consellería de Cultura, Educación e Ordenación Universitaria, pola que se anuncia a licitación, mediante procedemento aberto e tramitación ordinaria, para a contratación do servizo para o desenvolvemento de novas funcionalidades nas aplicacións informáticas de xestión de probas de acceso e admisión de ciclos formativos. No prego de prescricións técnicas recóllese a esixencia de que o 100% dos recursos totais ofertados, incluído o xefe de proxecto, disporán de titulación universitaria (punto 2.3.3, apartado 1 do Prego de prescricións técnicas), pese a que, a

continuación, exprésanse os perfís de programador/a e analista-programador/a, categorías para as que o título habilitante provén de titulacións de formación profesional<sup>27</sup>. Trátase, polo tanto, dun criterio de selección. A empresa adxudicataria, que resultou ser a mesma que viña realizando ese servizo ininterrompidamente durante máis dunha década, contaba, cando menos, con dous traballadores sen titulación universitaria, pero con diversos títulos de FP II relacionados coa informática, que viñan realizando o seu traballo sen necesitar en absoluto un título universitario. A nova redacción do prego de condicións significaba que xa non poderían seguir neste posto de traballo.

O sindicato CNT presenta recurso contencioso-administrativo contra o prego de prescricións técnicas, pretendendo a declaración de nulidade da cláusula que establece que o 100% dos recursos deben posuír titulación universitaria, entendendo que provoca un efectos adverso inxustificado a un colectivo determinado pola súa ascendencia social.

### **3.1. Análise da concorrencia de discriminación indirecta por razón de clase, condición ou procedencia social**

#### *3.1.1. Existencia dunha norma, criterio, práctica, orde ou decisión aparentemente neutral*

Na actualidade, a existencia de grupos determinados pola súa situación socio-económica e a súa relación cos medios de produción continúa vixente, de modo que non todos os estratos sociais acceden aos mesmos niveis académicos. Pese ao soño da clase media, hoxe esvaecido, é un feito que non todas as clases sociais accederon a estudos universitarios en condicións de igualdade. O sistema de bolsas permitiu un notable ascenso do número de fillos e fillas de persoas de clase obreira á educación superior, pero esta mellora non implicou á absoluta igualdade, do mesmo xeito que as diversas normativas ditadas para evitar a discriminación por razón de xénero non acadaron a equiparación total.

---

<sup>27</sup> Así se establece en diferentes normas reguladoras do currículo de diversos FPs. Por todas, *Orden EDU/2000/2010, de 13 de julio, por la que se establece el currículo del ciclo formativo de Grado Superior correspondiente al título de Técnico Superior en Desarrollo de Aplicaciones Multiplataforma* e *Orden EDU/2887/2010, de 2 de noviembre, por la que se establece el currículo del ciclo formativo de Grado Superior correspondiente al título de Técnico Superior en Desarrollo de Aplicaciones Web*.

Fálase de fillos e de fillas, xa que a clase social ven determinada polo nacemento nun determinado estrato<sup>28</sup>. Así, os diferentes estudos que analizan a relación entre clase social e nivel de estudos falan de "transmisión interxeracional". Estas análises determinan a relación entre a ocupación do pai (por motivos socio-económicos referidos ao momento histórico analizado non fan referencia á ocupación da nai) e o acceso aos estudos dos seus fillos e fillas.

Este tipo de estudos estatísticos non son abundantes nin se realizan todos os anos. Pero si son clarificadores en canto a relación entre a clase social e o acceso a niveis superiores de ensino. Xunto con diversos estudos de ámbito autonómico, no estatal destacan dous: 1) *La reproducción intergeneracional de las desigualdades educativas: límites y oportunidades de la democracia*<sup>29</sup> e *Transmisión intergeneracional de la pobreza. Resultados basados en el módulo adicional de la encuesta de Condiciones de Vida 2005*<sup>30</sup>.

Trátase de dous estudos sobre datos estatísticos<sup>31</sup> que poñen en relación a procedencia social co nivel de estudos das persoas en idade adulta no momento analizado. A conclusión á que chegan é que os adultos que proveñen de familias cuxo pai é un obreiro agrícola ou non cualificado acceden a FP I ou II como nivel formativo máximo o 73,4% e, no caso dos fillos de vendedores ou comerciantes nun 69,8% , mentres que os que proceden de familias cuxo pai é un profesional, técnico ou similar só acceden a este nivel de formación como nivel máximo o 52,6%. Pero, sobre todo, é de destacar que só o 8,4% dos fillos de traballadores agrícolas e non cualificados acceden ao ensino universitario, e só o 9,3% no caso de fillos de vendedores ou comerciantes, mentres que, no caso de fillos de profesionais e técnicos, acceden á universidade nun 47,3%, o que significa unha diferenza abismal en canto ao nivel de formación en función da clase socio-económica á que se pertence ou da que se provén.

---

<sup>28</sup> Precisamente, as posibilidades de mobilidade entre clases dependerá de se existen ou non e en que medida oportunidades de acceso aos estudos ou a condicións laborais mellores que as da xeración precedente.

<sup>29</sup> MORENO MÍGUEZ, A., "La reproducción intergeneracional de las desigualdades educativas: límites y oportunidades de la democracia", *Revista de Educación*, Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, núm. extraordinario 2011, pp. 83-206, pp. 190-192 e 197-204.

<sup>30</sup> INE, Madrid, 2008.

<sup>31</sup> Lembremos que en epígrafes anteriores fíxose referencia a validez das estatísticas como medio de proba en procedementos sobre discriminación indirecta.



A maiores, se nos centramos no acceso á universidade (e obtención do correspondente título) obsérvase a vinculación directa coa clase social, ata o punto en que se pode observar unha relación directa entre o nivel económico da familia e dito acceso. Así, mentres que nas clases máis baixas o acceso á universidade é moi baixo (fillos de vendedores e comerciantes non propietarios e de obreiros agrícolas e non cualificados), nas chamadas clases medias ascende un pouco (fillos de capataces e encargados 13,3%; de persoal de servizos 20,6%, de traballadores cualificados e semicualificados 15,8%, de persoal administrativo 31,2%), observándose nestas unha diferenza substancial entre o acceso á universidade dos fillos de traballadores manuais (capataces, encargados, cualificados e semicualificados) e o persoal de administración e servizos. Non obstante, onde se dá o maior salto é, obviamente, na comparación de acceso á universidade entre a clase economicamente máis baixa (fillos de obreiros agrícolas e non cualificados e de vendedores e comerciantes) e as clase máis altas (47,3% de fillos de técnicos e profesionais, 37% de fillos de cadro medios<sup>32</sup>).

En ambos estudos chégase á conclusión de que o nivel económico e de formación dos pais redunda de forma evidente na formación e consecuente nivel económico dos fillos/as (actuais adultos en idade activa).

Nas conclusións do primeiro estudo sinálase que *se puede concluir que, aunque todas las variables consideradas afectan a la educación y a la situación económica del adulto, son el nivel de formación del padre y la frecuencia de los problemas económicos de la adolescencia las que ejercen una mayor influencia.*

No capítulo “El nivel de formación actual de los adultos y relación con la adolescencia” sinálase que *el nivel formativo también tiene una fuerte conexión con la capacidad económica y, por tanto, con la pobreza.* E, no apartado 1.1 do mesmo capítulo: *El medio cultural y educativo en el que crece un adolescente puede ser determinante cuando se trata de establecer sus objetivos en lo que a su formación y*

---

<sup>32</sup> Non se introduce o parámetro de membros do goberno, directivos e funcionarios, porque dentro de dita clase profesional existe unha importante brecha salarial, por exemplo, entre funcionario e directivo, sen que se sinalen a diferenza entre os fillos duns e outros en canto a acceso á universidade. O mesmo en canto a propietarios de hostalería e comercio, xa que a diferenza socioeconómica en amplísima entre o pequeno comercio e a gran empresa. Non obstante, o resto das categorías si é fácil determinar o nivel económico, xa que se mide en salarios que os convenios distribúen en grupos profesionais nos que se poden incardinar as categoría analizadas.

*nivel educativo se refiere, y por tanto, la relación entre el nivel de formación de sus padres y el suyo propio parece innegable.*

Ante estes datos, probados estatisticamente con cifras oficiais, semella manifesta que a esixencia de titulación universitaria para realizar o servizo adxudicado provoca un efecto adverso no colectivo dos adultos que proveñen de familias cuxo sustento principal é un obreiro non cualificado, agrícola ou vendedor/comerciante.

Interesa fixar a comparativa nos niveis de estudos secundarios fronte aos niveis de estudos universitarios, xa que se entende que existe un motivo obxectivo para requirir a primeira titulación (por ser necesarias unha serie de aptitudes relacionadas coas tarefas de programador/a e analista-programador/a), pero non o existe respecto a segunda e respecto a todas as categorías da contrata. De dita comparativa, e como se observa nas porcentaxes de titulados/as universitarios/as por procedencia familiar, o colectivo que resulta adversamente afectado é o das persoas que proceden de familias cuxo pai era un traballador non cualificado (xa sexa agrícola ou industrial, xa se adicase á venda ou comercio), fronte aos fillos e fillas de profesionais e técnicos cualificados. Debemos ter en conta que na xeración anterior, que sufriu a ditadura franquista, os obreiros e obreiras tiñan case imposible acceder ao ensino universitario, polo que os técnicos e profesionais da xeración anterior (pais dos e das actuais adultos en idade activa) pertencían, por norma xeral, a unha clase social acomodada.

En resumo, parece evidente que dos datos oficiais que a esixencia de título universitario provoca un efecto adverso nas clases menos favorecidas, concretamente nas persoas en idade activa que proceden de familias nas que o pai era un traballador agrícola ou non cualificado ou vendedor ou comerciante non propietario, fronte aos/ás fillos/as das clases socio-económicamente máis favorecidas, especialmente en canto aos/ás fillos/as de técnicos, profesionais ou similares<sup>33</sup>, da mesma forma que a esixencia do grao de bacharel para ser carboeiro provocaba un efecto adverso nos EE.UU dos anos setenta, ou a esixencia de titulación de FP II para determinados postos de traballo provoca dito efecto no colectivo de mulleres nos casos resoltos nas SSTSX de Cantabria

---

<sup>33</sup> Debe terse en conta que o acceso a estas profesións, que esixen titulación, estaba, na xeración anterior, moito máis vinculada á clase social, sendo pública e notoria a imposibilidade da clase obreira de acceso a estudos universitarios con anterioridade aos anos oitenta.

(sala do social) de 14 de novembro de 2005 (AS 3000) e de 23 de maio de 2007 (AS 2556) e STS de 4 de maio de 2000, RJ 4266.

3.1.2. *Que tal norma, criterio, práctica, orde ou decisión non veñan xustificadas en criterios obxectivos*

Unha vez determinada a existencia dun efecto adverso a un determinado colectivo social, é necesario que a norma, práctica, orde ou decisión que o provoca, non estea baseada en criterios obxectivos e proporcionados para a consecución dun fin que, no que respecta ao acceso ao emprego, concrétese en que os requisitos esixidos para o mesmo non sexan esenciais para o desenvolvemento da actividade laboral. Neste senso, e seguindo co mesmo exemplo, cabe destacar que:

1) No mesmo prego de prescricións técnicas do concurso, nos apartado 3 e 4 do título 2.3.3 referido a *requisitos de solvencia técnica*, sinálase a necesidade de perfíles de analista-programador (apartado 3) e de programador (apartado 4), ambas categorías profesionais cuxo título habilitante se obtén cursando os estudos de FP (superior no primeiro caso e medio no segundo).

2) No convenio de aplicación do persoal laboral da Xunta de Galicia (V Convenio Único do persoal laboral da Xunta de Galicia, DOG núm. 213, de 3 de novembro de 2008), que serve de referencia por ser o que aplica a Xunta ao seu persoal de contratación directa, exprésase con claridade, no seu Anexo II A, as titulacións requiridas: grupo I, titulados/as superiores: (18) Licenciado informático/a (antigo técnico/a de sistemas e analista titulado/a superior); grupo II, titulados/as de grao medio: (27) Técnico/a superior licenciado/a en informática, antigo analista de aplicacións (titulado/a medio/a) e analista programador/a (titulado/a medio); grupo III: (30): Programador/a (Bacharelato, FP II ou grao equivalente).

3) No convenio de aplicación á empresa contratada (Convenio Colectivo estatal de consultoría e estudos de mercado e da opinión pública, BOE núm. 82, de 4 de abril de 2009), non se especifica ningunha titulación concreta, incluíndo entre o persoal titulado tanto ao universitario como ao dos ciclos de formación profesional. Non obstante, establece con maior profundidade que o convenio anterior as específicas funcións de cada categoría, de forma que se deduce que o título habilitante para as

categorías de programador, analista-programador e incluso analista, é o proporcionado polos diferentes ciclos de FP.

4) Pero, sobre todo, a arbitrariedade ven dada pola absoluta falta de relación entre a titulación esixida e o posto de traballo. A Administración, no seu ámbito, ten a potestade auto-organizativa. No exercicio da mesma, nada impediría, cando menos para determinadas categorías, o establecemento de elevados niveis de calidade. Sería entendible que se esixira, por exemplo, a titulación universitaria de enxeñería informática en relación a determinados postos de traballo da contrata comentada. Pero a titulación esixida non é a de enxeñería informática, directamente relacionada co servizo, senón calquera titulación universitaria. Isto leva ao paradoxo consistente en que un/ha licenciado/a en historia ou filosofía superaría o criterio de selección, mentres que un programador con un título de formación profesional relacionado coa informática non podería acceder ao emprego.

Estamos, polo tanto, ante un suposto perfectamente análogo ao caso *Griggs*, no que un criterio de selección totalmente afastado da prestación de servizos contratada xera un efecto adverso nun colectivo determinado pola súa condición social.

#### **4. A SENTENZA QUE RESOLVE O ASUNTO: STSX GALICIA NÚM. 587/2013 DE 18 DE XULLO**

O recurso contencioso-administrativo interposto polo sindicato CNT é desestimado. Respecto á discriminación indirecta, só existen dous fundamentos na sentenza para rexeitar a pretensión.

O primeiro (FD 4º) o Tribunal sinala que: *El Convenio 111/1985 de la Organización Internacional del Trabajo determina en su artículo 1 que es lo que, a sus efectos, comprende el término discriminación, y es cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación; y en su artículo 2 aclara que las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas como discriminación. Por lo tanto, no puede considerarse discriminación indirecta por origen social que para un*

*determinado puesto de trabajo se exija un nivel de estudios elevado, como la titulación universitaria, si es necesario o conveniente para su desempeño haberlo alcanzado. Esta necesidad o conveniencia es una cuestión de legalidad ordinaria, que también puede suscitarse en relación con la exigencia de una concreta titulación con exclusión de otras del mismo nivel, o de otras con un nivel inferior pero que pertenezcan a la misma rama de conocimientos científicos o técnicos, y que tiene que ser enjuiciada exclusivamente en relación con su racionalidad o justificación. Por ello tiene que ser rechazada la alegada existencia de discriminación indirecta.*

Desde o punto de vista defendido neste traballo, esta conclusión non é acorde a dereito. A sentenza non valora en absoluto a necesidade da titulación para o posto de traballo. É certo, como non podería ser doutro xeito, que a esixencia de determinadas titulacións pode vir requirida polo propio posto de traballo. Non só o citado Convenio OIT establece dita excepción, senón que así ven recollida nas diferentes normas destinadas á consecución da igualdade real<sup>34</sup>. Pero todas estas normas fan referencia, implícita ou explicitamente, a que os criterios referidos á formación ou á titulación necesarias para o desenvolvemento dun posto de traballo deben vir relacionadas coa concreta actividade a desenvolver, sen que isto permita a esixencia dun título que nada teña que ver co posto de traballo. Así o sinala o TC, o TS e os TSX, como se sinalou en epígrafes anteriores. Entender o contrario deixa un campo aberto á discriminación, permitindo criterios de selección que impliquen exclusión de determinados colectivos sen xustificación algunha.

No segundo (FD 6º) indica: *En cuanto a que el proceder de la Administración, al incluir en el pliego de prescripciones técnicas la exigencia impugnada, sea arbitrario, por carecer de justificación y racionalidad, en la Memoria justificativa de la necesidad de la contratación (folio 4 del expediente administrativo) se indica que la calidad exigida al servicio objeto de contratación es muy elevada, y se explica por qué; y se añade que por ello el perfil del personal necesario para poder realizar las funciones requeridas deberá corresponderse con técnicos informáticos altamente cualificados y especializados. Es cierto, como argumenta la parte actora, que un título universitario en una ciencia o técnica que poco o nada tenga que ver con la informática no garantiza conocimientos en esta materia, pero en el pliego no se exige solamente la*

---

<sup>34</sup> Por todas, artigo 5 LOIMH.

*titulación universitaria. En su apartado 2.3.2.1 se requiere que el equipo de trabajo disponga de conocimientos técnicos suficientemente elevados en las plataformas tecnológicas y funcionales descritas en los anexos I y II. En los números 2, 3 y 4 del apartado 2.3.3 se requiere que, como mínimo, un miembro del equipo de trabajo, que no sea el jefe de proyecto, disponga de la certificación profesional Scrum Manager; que las personas con perfil de analista-programador tengan que acreditar haber participado en tal concepto durante un mínimo de 12 meses en un proyecto similar en cuanto a dedicación y objeto; y lo mismo aquellas con perfil de programador, si bien la duración mínima en este caso ha de ser de 6 meses. Por ello no cabe apreciar la falta de racionalidad y justificación que se atribuye por la parte actora a la cláusula cuya declaración de nulidad se pretende, lo que determina, junto con lo antes dicho, que no quepa considerar contraria a derecho su inclusión en el pliego de prescripciones técnicas, ante lo que el recurso tiene que ser desestimado.*

Neste fundamento, a sentenza confunde a aptitude para desenvolver o traballo a través de requisitos adicionais coa criba de inicio que supón unha titulación universitaria. A propia sentenza reconece que esta esixencia *pouco ou nada* ten que ver ten coa informática e que non garante coñecementos nesta materia.

O recurso contencioso-administrativo interposto polo sindicato CNT nada cuestiona sobre os requisitos esixidos para a realización dos postos de traballo, relacionados con específicos coñecementos de informática. Trátase, sen dúbida, de criterios obxectivos non cuestionados na demanda. Pero ditos coñecementos non dependen da posesión dunha titulación universitaria, e é este criterio e non outro o que provoca o efectos adverso. A conclusión a que chega o Tribunal consistente en que o feito de que a titulación universitaria esixida nada aporta a cualificación do posto, vese suplida por requisitos adicionais que si garanten que as persoas contratadas podan realizar as funcións do servizo, nada ten que ver coa existencia de discriminación indirecta. Se estivesemos ante un caso de discriminación por razón de sexo –que semella entenderse mellor- sería tanto como dicir que a discriminación provocada ás mulleres pola esixencia dunha titulación que non soen posuír como requisito para acceder a un emprego, significa que os varóns que si a posúen non están cualificados para dito traballo. Esta conclusión é un despropósito: a discriminación pode existir porque se esixa unha titulación para o posto de carboeiro que as persoas negras nos anos

setenta en Estados Unidos non posuían, e iso non implica que as persoas brancas realizasen peor ese traballo; que a titulación en automobilística como requisito para traballar nunha cadea de montaxe sexa totalmente impropia e discrimine ás mulleres, no implica que os varóns que a posúen estean menos cualificados para o mesmo posto que elas.

O que se recorre no caso analizado e o criterio de selección consistente en que o 100% dos recursos humanos posuían titulación universitaria. Os demais requisitos esixidos son obxectivos, e poden ser posuídos por persoas con ou sen titulación universitaria. O problema ven dado porque esta última é o elemento de criba, sen o cal non se pode acceder ao emprego, aínda posuíndo todas as demais aptitudes esixidas e que garanten o correcto desenvolvemento do servizo.

Finalmente, entendo que a sentenza comentada perdeu a oportunidade de pronunciarse entrando de verdade no fondo do asunto, con independencia de que a conclusión final fose ou non estimatoria do recurso interposto polo sindicato CNT. Chama a atención a total carencia de análise dos elementos de discriminación indirecta, isto é, en primeiro lugar, analizar se existe ou non un efecto adverso nun determinado grupo social, para o cal debeu analizar a suficiencia ou insuficiencia da proba estatística en relación ao grupo indiciariamente discriminado; en segundo lugar, de estimarse a existencia de indicios de discriminación, valorar a proba segundo as regras de inversión da mesma e, se non estima suficiente os indicios, alegar as razóns polas que a proba estatística resulta insuficiente; en último lugar, de estimarse a existencia de indicios de discriminación, debería valorar a xustificación obxectiva do criterio, ao marxe da intencionalidade discriminatoria. E, esta xustificación ten que partir da existencia ou non de obxectividade no criterio indiciariamente discriminatorio. En ausencia de dita obxectividade (recoñecida na propia sentenza), non cabe concluír que a posesión doutras aptitudes garante a calidade do servizo, xa que esas, absolutamente razoables, non son obxecto de impugnación, e poden ser ostentadas por calquera persoa con total independencia do requisito principal: a titulación universitaria.

## 5. CONCLUSIONES

O artigo 14 CE é o suficientemente aberto para permitir a identificación de calquera tipo de discriminación por *calquera circunstancia persoal ou social*. Calquera colectivo determinable por algunha das condicións ás que se refire o citado artigo pode ser obxecto de discriminación indirecta, que poderá vir xustificada ou non en criterios obxectivos.

A consolidación do Estado de Benestar ou do Estado Social nos anos 80, a universalización da educación e das prestacións da seguridade social e o aumento do poder adquisitivo das clases (ou clase) traballadoras desemboca nunha ilusión: o concepto da clase media. Este acaba esvaecido coa crise que se manifesta no ano 2008. Nesta situación social, faise especialmente relevante ter en conta todas as trabas inxustificadas que impiden o acceso ao emprego aos membro dun grupo, incluso se non existe intención discriminatoria.

Se os datos estatísticos demostran que non todas as persoas teñen as mesmas oportunidades de acceder a niveis de estudo superiores e se eses mesmos datos establecen que concreto grupo é o máis desfavorecido, os poderes públicos vense na obriga de tomar nota dos mesmos e evitar os obstáculos para que a igualdade dos individuos e dos grupos nos que se integra sexa real e efectiva.

No suposto do principio de igualdade no acceso ao emprego, as Administracións Públicas deben ser especialmente coidadosas en evitar criterios que xeren discriminacións inxustificadas. E debe insistirse neste último adxectivo, xa que os criterios de selección non só son necesarios, senón que deben constituír un garante de igualdade.

Neste senso, resulta especialmente relevante facer fincapé en que ditos criterios de selección deben estar directamente relacionados co posto de traballo para o que son creados. Só así se pode evitar a produción dun efecto adverso indesexado e, ás veces, invisible.

Para finalizar, e como simple declaración de intencións, agardo que este pequeno traballo serva para reflexionar sobre como certas decisións en aparencia inocuas, poden chegar a producir exclusión social, especialmente nun contexto de grave crise de emprego posterior a varios anos de euforia económica. Desde diversos ámbitos advírtese que o *boom* na construción e no turismo provocou que moitas persoas



abandonaran a súa formación para traballar nestes sectores emerxentes. Dado que gran parte do emprego en España é emprego público, ben directo, ben indirecto (a través de contratas), os criterios de selección consistentes na posesión de titulacións superiores deben reservarse aos postos para os que sexan, se non absolutamente necesarias, cando menos si adecuadas ou minimamente xustificadas, relacionadas co posto de traballo a desenvolver, no sentido establecido no caso *Albemarle Paper Company vs. Moody*. De prescindirse destas consideracións, haberá colectivos que, inelutablemente, acaben abocados ao desemprego de longa duración e, finalmente, a exclusión social.

## 6. BIBLIOGRAFÍA

AYUSO LÓPEZ, T., *Fuentes documentales sobre el trabajo de las mujeres*, Akal, Madrid, 1997.

CARMONA CUENCA, E., "El principio de igualdad material en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", *Revista de Estudios Políticos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, núm. 84, Madrid, 1994.

FERNÁNDEZ SEGADO, F., *El sistema constitucional español*, Dickinson, Madrid, 1997.

IBARZ GELABERT, J., "Con gesto viril. Política sindical y trabajo femenino en la industria del vidrio de Barcelona, 1884-1930", *Género y políticas del trabajo en la España contemporánea. 1836-1936*, (Coord. BORDERÍAS, C.) Icaria, Barcelona, 2007.

LOUSADA AROCHENA, J.F., *Discriminación indirecta por razón de género en la promoción profesional*, Westlaw Insignis, BIB 2007/2897.

LOUSADA AROCHENA, J.F., *La tutela jurisdiccional de la discriminación colectiva*, Westlaw Insignis, BIB 1996/98.

LOUSADA AROCHENA, J.F., *La tutela jurisdiccional de la discriminación colectiva*, Westlaw Insignis, BIB 2000/1472.

MENGUER, A., *El Estado Democrático del Trabajo (El Estado Socialista)*, Comares, Granada, 2004.

MORENO MÍGUEZ, A., "La reproducción intergeneracional de las desigualdades educativas: límites y oportunidades de la democracia", *Revista de Educación*, Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, núm. extraordinario 2011.

STUART MILL, J., *El sometimiento de la mujer*, Alianza editorial, Madrid, 2010.

VALDÉS DAL-RÉ, F., "Igualdad y no discriminación por razón de género: una mirada laboral", *Igualdad de Género: una visión jurídica plural: realidad o ficción*, (Coord. GÓMEZ CAMPELO, E.) Jornadas Igualdad Efectiva: Realidad o Ficción (Burgos, 2008).

