

# **SOBRE LA CONCRECIÓN DEL CONCEPTO DE DISCRIMINACIÓN INDIRECTA. UN ANÁLISIS A PROPÓSITO DEL TRABAJO A TIEMPO PARCIAL Y EL CÁLCULO DE PENSIONES**

**María Amparo Calabuig Puig**

*Personal investigador en formación. Doctoranda del programa de Estudios e Investigación sobre las Mujeres, Feministas y de Género  
Universidad Miguel Hernández de Elche*

## **SUMARIO**

**I. INTRODUCCIÓN.- II. SEXO, GÉNERO, DIVISIÓN SEXUAL DEL TRABAJO Y DIFERENTES USOS DEL TIEMPO DE MUJERES Y HOMBRES: 1. A modo de premisa: la necesidad de alertar sobre la contextualización desde la perspectiva de género. 2. Algunas consideraciones en torno al trabajo a tiempo parcial en España.- III. IGUALDAD Y TIPOLOGÍA EN TORNO A LAS DISCRIMINACIONES: PRECISIONES CONCEPTUALES.- IV. DISCRIMINACIÓN INDIRECTA POR RAZÓN DE SEXO, CÁLCULO DE PENSIONES Y TRABAJO A TIEMPO PARCIAL A LA LUZ DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA, DE 22 DE NOVIEMBRE DE 2012.- V. RECEPCIÓN Y CONSECUENCIAS DE LA DOCTRINA EUROPEA EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL: 1. La Sentencia del Tribunal Constitucional 61/2013, de 14 de marzo de 2013. 2. La reforma de la Ley General de la Seguridad Social.- VI. CONSIDERACIONES FINALES.**

## **PALABRAS CLAVE**

Discriminación directa por razón de sexo; Discriminación indirecta por razón de sexo; Cálculo de pensiones; Trabajo a tiempo parcial; Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

## **RESUMEN**

Con el objetivo de aportar luz sobre el concepto de discriminación indirecta, y más concretamente sobre el concepto de discriminación indirecta por razón de sexo, analizaremos dos sentencias que han girado en torno al mismo. Es el caso de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Octava), de fecha 22 de noviembre de 2012, y

en consecuencia también el de la Sentencia del Tribunal Constitucional 61/2013, de 14 de marzo de 2013. Ambas relacionadas con situaciones de cálculo de pensiones en modalidades de trabajo a tiempo parcial.

## I. INTRODUCCIÓN

En el marco de la dinámica referida al avance hacia la igualdad real entre mujeres y hombres se hace imprescindible atender a aquellas medidas que, bajo la apariencia de neutralidad, producen efectos discriminatorios sobre las mujeres; pues aunque éstas no estén elaboradas con esta intencionalidad, tienen lugar en un contexto determinado, y producen unos efectos u otros en relación al mismo. De ahí la importancia de atender a los resultados cuando de hecho perjudican y han perjudicado cuantitativamente y cualitativamente mayoritariamente al sexo femenino.

Para que el compromiso respecto a la necesidad de avanzar en la dirección de la igualdad efectiva sea real, resulta incuestionable dar pasos firmes al objeto de superar los elementos que llevan a estas medidas, a priori neutras, a producir efectos discriminatorios indirectos. Se trata de ir más allá, y atender al motivo, al por qué. El presente trabajo, en definitiva, pretende llevar a cabo una necesaria reflexión al respecto.

Con el objetivo de profundizar en el concepto de discriminación indirecta, y más concretamente sobre el concepto de discriminación indirecta por razón de sexo, analizaremos dos sentencias que se han centrado en el mismo. Es el caso de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Octava), de fecha 22 de noviembre de 2012, y en consecuencia también el de la Sentencia del Tribunal Constitucional 61/2013, de 14 de marzo de 2013. Ambas relacionadas con situaciones de cálculo de pensiones en modalidades de trabajo a tiempo parcial.

En un intento de enmarcar el análisis de ambas, seguiremos la siguiente estructura. Primero, reflexionaremos en torno al sistema sexo/género, la división sexual del trabajo y los diferentes usos del tiempo por parte de mujeres y hombres, dada su importante conexión con los elementos que han determinado las situaciones objeto de pronunciamiento por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Constitucional. A continuación realizaremos un pequeño análisis en torno a la evolución y a la situación de la jornada laboral a tiempo parcial en España, con el objetivo de conocer la realidad de este tipo de jornada. En tercer lugar, como marco teórico necesario, abordaremos el principio de igualdad, y los tipos de discriminación indirecta; para, seguidamente, referirnos a la

jurisprudencia en relación a la discriminación indirecta por razón de sexo, emitida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Ello nos permitirá abordar la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 22 de noviembre de 2012 así como la Sentencia del Tribunal Constitucional español 61/2013, de 14 de marzo de 2013, y finalizar refiriéndonos a la reforma de la Ley General de la Seguridad Social.

## II. SEXO, GÉNERO, DIVISIÓN SEXUAL DEL TRABAJO Y DIFERENTES USOS DEL TIEMPO DE MUJERES Y HOMBRES

### 1. A modo de premisa: la necesidad de alertar sobre la contextualización desde la perspectiva de género

Si intentamos ahondar en el asunto que nos ocupa, a saber, el referido a la discriminación indirecta por razón de sexo en el caso de sistema de cálculo de pensiones español correspondiente al tipo de jornada parcial, es necesario descender a los elementos en cierto modo fácticos que han determinado la existencia de esta situación. Resulta clave, de este modo, entender la realidad que enmascara la jornada a tiempo parcial, y los efectos que en la práctica tenía el sistema de cálculo de pensiones en este sentido. De ahí la necesidad de reflexionar siquiera sea brevemente en torno al sistema sexo/género, a la división sexual del trabajo, y a los diferentes usos del tiempo de mujeres y hombres, haciendo hincapié en cómo ello repercute en la vida de las mujeres.

Mujeres y hombres, en nuestro imaginario colectivo, se relacionan con una "forma de ser" distinta (diferentes atributos conductas, responsabilidades, funciones, actitudes, intereses). La forma de ser hombre y la forma de ser mujer, lo que se espera de un hombre y lo que se espera de una mujer, lo masculino y lo femenino, no coinciden. Además se suelen observar como contrapuestos, y su valoración social no es la misma. Elementos todos ellos relacionados de manera directa con aspectos sociales y culturales, que configuran el género, y que van más allá de las diferencias biológicas, es decir, del sexo. Estos dos modelos han estado y están (aunque se pueden manifestar de un modo más claro o más sutil o difuminado, dependiendo del tiempo y lugar) arraigados, consensuados y naturalizados en la sociedad, quedando las personas condicionadas por ellos desde el momento de su nacimiento, y consiguiendo que se asuma como natural

aquello que, en realidad, es más bien un producto social. De este modo, en función del sexo, y a través de la construcción sociocultural del género, históricamente se han generado estereotipos<sup>1</sup> y se han fijado roles<sup>2</sup>, y por lo tanto funciones diferentes para cada cual, que han retroalimentado los sistemas culturales, económicos, políticos y sociales, determinando el modo de relacionarse entre mujeres y hombres en todos los ámbitos. Se gesta de esta forma esa construcción social, basada en la supremacía de lo masculino, y creadora de desigualdades entre mujeres y hombres. Unas desigualdades que poco tienen que ver con las diferencias biológicas. Este sistema de funcionamiento que socioculturalmente fija como “deben de” ser las cosas, como deben ser y como deben funcionar lo masculino y lo femenino, ha determinado y determina las trayectorias personales y laborales de las personas, y fija unas oportunidades, responsabilidades y facilidades que generalmente no son las mismas para los hombres y para las mujeres.

Una de las principales y más relevantes consecuencias de que hombres y mujeres desarrollen roles diferentes y se ubiquen en distintos campos de actuación, con presencia y responsabilidad distinta, es la división sexual del trabajo<sup>3</sup> y los diferentes usos del tiempo y de los espacios. Ambos fenómenos se han dado históricamente, y aunque han ido evolucionando, continúan presentes para seguir condicionando la vida de mujeres y hombres, lo que se traduce en una todavía existencia de discriminaciones de género. En efecto, universalmente, las sociedades han organizado y organizan las actividades necesarias para subsistir en dos ejes centrales. Por una parte, el ámbito reproductivo o doméstico, que abarca tareas relacionadas con la organización y atención a la familia y aquellas derivadas del cuidado del hogar (lavar, planchar, cocinar, cuidar

---

<sup>1</sup> Por lo que respecta al concepto de estereotipos de género, cabe decir que se refiere a la idea de cómo es un hombre y de cómo es una mujer. Con una asignación diferente de virtudes y defectos. Consultado en Proyecto Artemisa, glosario de términos, UGT. <http://www.ugt.es/Mujer/artemisaconceptos.html> (20 de diciembre de 2014).

<sup>2</sup> Los roles de género son los papeles sociales que en una comunidad cultural define para hombres y mujeres. Cada persona, en función de su sexo, cumple con una función social distinta y presenta, para ello, las características o estereotipos de género óptimos para desarrollarla, de acuerdo con las normas de comportamiento que la sociedad a la que pertenece establece para hombres y mujeres.

<sup>3</sup> La división sexual del trabajo alude a distribución socialmente establecida entre las personas en función del sexo y de los roles tradicionalmente fijados para cada cual. Se produce cuando en una sociedad concreta se atribuyen a mujeres y a los hombres unas características, capacidades y destrezas diferenciadas, adecuadas para desarrollar unas funciones sociales o unos trabajos distintos. La división sexual del trabajo es específica de cada cultura y de cada época concreta, y está determinada por las circunstancias políticas y, sobre todo, socioeconómicas. Definición extraída del sitio web “Depósito de documentos FAO”: <http://www.fao.org/docrep/x0220s/x0220s01.htm> (20 de enero 2014)

a terceras personas, etc.) y se identifica con el espacio privado. Tiene que ver con actividades no mercantiles y, por lo tanto, no se cambia por dinero. Este ámbito ha sido y es ocupado y adjudicado mayoritariamente a las mujeres. Y por otra parte, el ámbito productivo o público, identificado con el espacio público, que ha englobado las ocupaciones relacionadas con la vida económica, política y social. Tiene que ver con las actividades productivas de carácter mercantil en las que se ejerce el poder y, por tanto, poseen un valor de cambio. Se trata de un ámbito notoriamente visible (abogacía, construcción, ingeniería, ministerios...), adjudicado y ocupado, hasta hoy, mayoritariamente por los hombres.

La clave de la cuestión ha radicado en que, aunque ambos trabajos resultan imprescindibles para garantizar la continuidad y supervivencia de las generaciones, históricamente y aún en la actualidad, sólo tienen reconocimiento las actividades que se desarrollan en el ámbito público, permaneciendo en un segundo plano, invisibilizando y no reconociendo, toda la producción que se realiza en el ámbito doméstico, a pesar de constituir *“una actividad esencial para la producción de vida, de fuerza de trabajo y de ser un elemento central para la sostenibilidad humana y la cohesión social”*<sup>4</sup>. Así tradicionalmente el hombre, de forma general, ha desarrollado el trabajo productivo y remunerado. El trabajo valorado socialmente y ligado al poder económico, que le ha permitido desarrollar el papel de varón sustentador de la unidad familiar. Como consecuencia *“en el juego de las representaciones sociales frente a la figura del varón sustentador, emerge la figura de la mujer mantenida, como si el trabajo doméstico no produjera lo mismo y servicios para el consumo interno familiar, y como si en dicha actividad no se sustentara el bienestar familiar y la reproducción y el cuidado de la especie humana”*<sup>5</sup>.

El trabajo reproductivo o doméstico se ha vinculado en las estadísticas con la *“inactividad”*, dado que las personas que lo han realizado y lo realizan, principalmente mujeres, no han recibido ninguna prestación económica, invisibilizando este tipo de trabajo en las estadísticas oficiales. En este sentido, un elemento significativo es que ni el trabajo reproductivo ni el doméstico están recogidos en las estadísticas referentes al Producto Interior Bruto (P.I.B.)<sup>6</sup>, excluyéndolos de ser considerados como trabajo que contribuya al crecimiento y desarrollo de un país.

Las consecuencias de la situación planteada han girado en torno a que las mujeres, durante mucho tiempo, han llevado a cabo un papel

<sup>4</sup> L. Nuño Gómez, *El mito del varón sustentador*, Icaria, Barcelona, 2010, p. 175.

<sup>5</sup> *Ibidem*, pp. 174-175.

<sup>6</sup> El PIB es el valor monetario de los bienes y servicios finales producidos por una economía en un periodo determinado.

fundamental para el desarrollo de nuestra sociedad, que sin embargo no ha sido valorado, remunerado, ni visibilizado. Tradicionalmente se ha tratado de una obligación inherente a su condición de mujer, considerándosela “mantenida” por el varón sustentador, que en cambio si desarrollaba un trabajo remunerado; y situándola en situación de absoluta dependencia económica durante toda su vida. De este modo, si no se ha formado parte del mercado de trabajo de forma activa y cotizando un número de años, se daría la paradoja de que ha pesar de haber trabajado durante todo su vida en el entorno doméstico y el cuidado de la familia, en la madurez de su vida, no tenga derecho a pensión contributiva. Así, en ese momento de su vida en el que son más dependientes si cabe, si cuentan con alguna transferencia del Estado lo hacen a través de sus esposos, generalmente con su pensión en esta modalidad (bien porque entra en casa y se reparte, o por tratarse de una pensión de viudedad)<sup>7</sup>.

A partir de la década de los 80, las mujeres, en todos los países desarrollados, han ido incorporándose de forma progresiva al espacio asalariado y a la esfera pública, aunque incluso en la actualidad su tasa de inserción laboral continúa estando por debajo de la masculina en la mayor parte de los países occidentales<sup>8</sup>. Esta incorporación progresiva se ha dado sin cuestionar el reparto de tareas en la esfera doméstica y sin que la sociedad haya tomado en consideración las nuevas necesidades consecuencia de los cambios en las formas de vida y trabajo<sup>9</sup>. Y es que no se ha producido la consecuente redistribución del trabajo doméstico y de atención y cuidado de las personas dependientes, pues la titularidad de su responsabilidad continúa recayendo en mayor medida sobre ellas. Ello estaría provocando un grave problema para la calidad de la vida de las mujeres, que soportan una excesiva carga de trabajo (acumulación del trabajo productivo y reproductivo)<sup>10</sup>. Se trata de la denominada doble jornada, desarrollándose ambas de forma parcial (la doble presencia

---

<sup>7</sup> J. Aznar Márquez, I. Belmonte Martín, “Las familias como elemento subsidiario del estado de bienestar”, *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche*, n° 9, 2013, p. 14.

<sup>8</sup> M.L. Martín Hernández, “Discriminación por razón de sexo en el acceso al empleo en la empresa privada”, en *Políticas de empleo e igualdad: Especial referencia al ámbito universitario*, N. Sanz Mullas (Coord.), Comares, Granada, 2012, pp. 13-14.

<sup>9</sup> “La incorporación de las mujeres al espacio público mantuvo prácticamente incólume la división sexual del trabajo en el espacio privado. Y, por ello, los nuevos roles de género en el espacio público se han visto acompañados por el mantenimiento de los roles tradicionales en el espacio privado”. L. Nuño Gómez, *El mito del varón... cit.*, p. 187.

<sup>10</sup> I. Cebrián López, G. Moreno Raymundo, “El empleo femenino en el mercado de trabajo en España”, *Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social. Temas laborales. Monográfico sobre Aspectos Socio-Laborales de la Ley para la Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombres*, n° 91, 2007, p. 51.

parcial)<sup>11</sup>.

En resumidas cuentas, los roles de género continúan presentes en la distribución asimétrica de la asignación del trabajo doméstico. “La corresponsabilización de las mujeres en el ámbito productivo no se ha visto secundada por una corresponsabilización de similar intensidad de los varones en el ámbito privado; y aunque, si bien es cierto, los roles en torno a la paternidad se están modificando, este cambio dista mucho de representar una corresponsabilización con el trabajo doméstico y, específicamente, con las tareas del cuidado”<sup>12</sup>. A pesar de experimentarse avances, la cooperación de los hombres sigue entendiéndose en términos de ayuda a unas tareas identificadas como femeninas, y no como asuntos también propios<sup>13</sup>. Ello además de que las ocupaciones remuneradas también se encuentran estereotipadas como masculinas o femeninas, dándose la denominada segregación, vertical y horizontal<sup>14</sup>. De este modo, las estrategias adoptadas por gran parte de las mujeres para afrontar dicha jornada, han ido desde la búsqueda de empleos a tiempo parcial, la solicitud de la jornada laboral, el rechazo de puestos de trabajo incompatibles con sus responsabilidades familiares, la ayuda de las abuelas en la atención a los nietos y/o nietas, la contratación de personal externo (normalmente mujeres), etc. Así han tendido a ocupar puestos menos cualificados, con un número muy inferior de horas, con pocas posibilidades de promoción, y por lo tanto peor remunerados, permitiéndoles compatibilizar sus “obligaciones” en el ámbito doméstico<sup>15</sup>. Al tiempo se ha dado la situación de que un número importante de mujeres presenta carreras profesionales discontinuas, o interrumpidas definitivamente (tras la maternidad o al hacerse cargo de personas dependientes)<sup>16</sup>; considerándose en definitiva, los recursos económicos que han aportado las mujeres a las familias, como complementos de los obtenidos por los varones. Y configurando todos estos elementos la denominada brecha salarial de género que consiste en la diferencia entre el salario medio de los hombres y de las mujeres<sup>17</sup>.

<sup>11</sup> L. Nuño Gómez, *El mito del varón... cit.*, p. 197.

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 196.

<sup>13</sup> *Ibidem*, p. 164.

<sup>14</sup> I. Cebrián López, G. Moreno Raymundo, “El empleo femenino...” *cit.*, p. 48.

<sup>15</sup> *Ibidem*, pp. 28-29.

<sup>16</sup> L. Wirth, *Rompiendo el techo de cristal, Las mujeres en los puestos de dirección*, Colección Informes OIT, n° 59, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2002.

<sup>17</sup> La brecha salarial de género no ajustada a las características individuales según la definición del Eurostat, es la diferencia entre el salario bruto por hora de los hombres y de las mujeres, expresado como porcentaje de salario bruto por hora de los hombres. [http://epp.eurostat.ec.europa.eu/portal/page/portal/labour\\_market/earnings](http://epp.eurostat.ec.europa.eu/portal/page/portal/labour_market/earnings) (20 de enero de



En este sentido, según los datos, España se encuentra entre los países que en mayor medida refuerzan este doble rol de género tras la maternidad, reduciéndose la actividad laboral entre las madres trabajadoras y un incremento considerable en las tasas de actividad de los progenitores<sup>18</sup>.

Las repercusión de estas tendencias personales, determinadas socialmente, han llevado a que las aportaciones de las mujeres a la Seguridad Social, hayan sido y sean menores a las realizadas por los varones y, por lo tanto, las prestaciones que tendrán derecho a percibir en caso de perder su empleo o su pensión futura serán inferiores a las que recibirán los varones<sup>19</sup>. De esta forma, quedan en situación de dependencia económica respecto al hombre que aporta el núcleo duro de la renta familiar, durante toda su vida. E incluso se colocan en situaciones de potencial exclusión social ante casos de rupturas familiares<sup>20</sup>. En este sentido, debemos hacer referencia a un fenómeno cuyo incremento en nuestro país es preocupante, más si cabe en el reciente contexto de crisis económica: nos referimos a la feminización de la pobreza<sup>21</sup>. Un tipo de pobreza diferente a la del hombre, que viene determinada por el sesgo de género, y cuya resolución tiene que darse desde la inclusión de la perspectiva de género en la configuración

---

2014)

<sup>18</sup> Un elemento que merece a nuestro juicio un análisis detenido es el impacto de la maternidad en la vida laboral y profesional de las madres trabajadoras. Aunque cada vez es menos frecuente que abandonen la actividad, es un hecho que el impacto de la maternidad en la vida laboral y profesional de las mujeres no es el mismo que el de la paternidad. Tal y como está estructurado el sistema se percibe como un “obstáculo” sólo para mujeres, impacta en la vida laboral y en la empleabilidad, y limita la oportunidades laborales de ellas y no tanto las de ellos. Lo más habitual es que ellas reduzcan la actividad laboral o interrumpida temporalmente (la opción por la que se opta suele ser diferente según el nivel de estudios y la edad). Por lo tanto, la maternidad continúa teniendo un impacto negativo sobre la tasa de ocupación femenina y, en cambio, un efecto positivo sobre el empleo masculino. Informe: *El empleo de las mujeres en cifras, día Internacional de la Mujer*, Unión General de Trabajadores, Comisión Ejecutiva Confederal, Secretaría para la Igualdad, Departamento de la Mujer Trabajadora, 8 de marzo de 2013, p. 31.

<sup>19</sup> J. Aznar Márquez, I. Belmonte Martín, “Las familias...” *cit.*, p. 11.

<sup>20</sup> *Ibidem*, p. 14.

<sup>21</sup> Como consecuencia de la actual crisis económica durante los últimos años hemos asistido a una situación de precarización generalizada. A la inestable y delicada situación del mercado laboral le hemos tenido que añadir los recortes en políticas públicas derivados del contexto. La supresión de planes de educación infantil, los recortes en el transporte escolar, las limitaciones en las ayudas del comedor, la paralización de la financiación de la Ley de Dependencia, el copago farmacéutico... Todos estos factores han incidido, hablando en términos generales, de forma más aún más negativa a las mujeres. Dado que ya antes del inicio de la crisis económica ellas se encontraban, mayoritariamente, en una situación más vulnerable. *La mujer camina hacia la precariedad*, El País, 6 de marzo de 2013. [http://sociedad.elpais.com/sociedad/2013/03/06/actualidad/1362567867\\_252438.html](http://sociedad.elpais.com/sociedad/2013/03/06/actualidad/1362567867_252438.html)



de las políticas públicas<sup>22</sup>.

En definitiva, el sistema sexo/género, la división sexual del trabajo y los diferentes usos del tiempo por parte de mujeres y hombres, en el que han y hemos basado la construcción de nuestras sociedades, generalmente ha tenido diferentes consecuencias para mujeres y hombres, determinando de forma directa e indirecta las trayectorias vitales, personales y laborales, de las mujeres que se encuentran ahora en situación de jubilación, de las que pronto lo estarán, y de las que ahora se encuentran en la plenitud de su vida productiva. Por lo tanto los elementos planteados inicialmente tienen una incuestionable relación con los elementos que han determinado las situaciones objeto de pronunciamiento por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Constitucional.

## 2. Algunas consideraciones en torno al trabajo a tiempo parcial en España

Tradicionalmente, a raíz de la incorporación de la mujer al mercado laboral, en todo el entorno europeo la modalidad de trabajo a tiempo parcial<sup>23</sup>

<sup>22</sup> “A finales de los años 70 se acuñó el término “feminización de la pobreza”, para referirse al fenómeno en virtud del cual la pobreza afectaba más a las mujeres que a los hombres y, muy en particular, a las mujeres que asumían en solitario las cargas familiares. Se constató que el aumento de la incidencia de la pobreza entre las mujeres se debía en buena medida al incremento de los hogares encabezados por una mujer. Siempre había existido un desigual acceso de la mujer a los recursos, que, en la práctica, se veía compensada gracias a los ingresos del varón; los problemas se planteaban cuando la mujer se convertía en la única cabeza de la familia, en esta situación, su dependencia respecto del varón la colocaba en situación de pobreza. Estos primeros análisis del fenómeno de la feminización de la pobreza, centrados en los hogares monoparentales, dieron paso a otros estudios cuyo objetivo era la identificación de las causas que sitúan a la mujer en situación de pobreza económica. Con el tiempo los significados del término se han ampliado y, en la actualidad, se utiliza no solo para aludir a la mayor incidencia cuantitativa de la pobreza entre las mujeres, sino también al sesgo de género de las causas que originan la pobreza femenina. Se puede decir que la expresión feminización de la pobreza alude al fenómeno en virtud del cual la pobreza afecta más a las mujeres que a los hombres pero, además, con dicho término se pone de relieve las particularidades características de la pobreza de las mujeres que la diferencian de la de los hombres. El concepto encierra, por tanto, más connotaciones que la meramente cuantitativa”. B. Rodríguez Sanz de Galdeano, *El derecho del trabajo ante la feminización de la pobreza*, Bomarzo, Albacete, 2013, pp. 9-11.

<sup>23</sup> Al pasar a profundizar en análisis del trabajo a tiempo parcial, se hace necesario definir en qué consiste. En este sentido cabe señalar que según el Acuerdo Marco entre los interlocutores sociales de la Unión Europea celebrado en 1997: “*Se considera trabajador a tiempo parcial a aquel empleado cuyas horas normales de trabajo, calculadas sobre una base semanal o sobre un periodo medio de empleo de hasta un año, son inferiores a las horas normales que realiza un trabajador a tiempo completo comparable*”. Definición extraída del sitio web: [http://europa.eu/legislation\\_summaries/employment\\_and\\_social\\_policy/employment\\_rights\\_and\\_work\\_organisation/c10416\\_es.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/employment_and_social_policy/employment_rights_and_work_organisation/c10416_es.htm) (20 de enero 2014).

<sup>24</sup> se ha configurado como estrategia para compatibilizar las responsabilidades derivadas de la doble presencia. Dado que la conciliación se ha percibido como un asunto principalmente “de mujeres”, la jornada parcial se ha configurado de igual manera. De este modo, esta modalidad de contrato ha sido y es típicamente femenino<sup>25</sup>.

Y si ahondamos un poco más en los datos, descubrimos que las tasas de empleo parcial son más dispares entre mujeres y hombres en las edades medias. Dado que corresponde con la etapa vital en las que más influencia suelen tener las cargas familiares en la vida de las mujeres, y sin embargo en la que se puede observar un mayor desarrollo de las carreras profesionales de los hombres<sup>26</sup>.

Por lo tanto, en lo relativo a las repercusiones que genera esta tendencia, del mismo modo que ocurriera con la inactividad por motivos familiares, la jornada parcial también obstaculiza la promoción profesional de las mujeres; ya que la etapa vital que corresponde con la maternidad coincide, precisamente, con un periodo clave en la promoción y consolidación profesional, acarreando costes no sólo en términos salariales, sino también profesionales. Así, hemos avanzado hacia un modelo familiar donde la mujer tiene dos jornadas parciales (ámbito reproductivo/productivo) y el varón dedicación completa en el ámbito profesional (ámbito productivo); en una tendencia que no está contribuyendo a transformar y a equilibrar la posición que hombres y mujeres ocupan en la sociedad, con las consecuentes diferencias salariales, de cotización, de progreso profesional, de realización personal y de protección social.

---

<sup>24</sup> Según un informe publicado el 16 de enero de 2014, del Instituto de Estudios Económicos (IEE), basado en los últimos datos del Eurostat, la importancia de esta modalidad contractual ha ido creciendo entre las mujeres durante los últimos años en los países de la Unión Europea, aunque con distinta intensidad. En España, concretamente, esta modalidad de trabajo en el caso de las mujeres, ha aumentado de un 22,7% en 2007 a un 24,4% en 2012. Pero aún así continúa situándose por debajo de la media de la UE, dado que esta modalidad contractual continúa comparativamente poco implantada en nuestro país. <http://www.ieemadrid.es/sala-de-prensa/las-notas-del-iee/un-244-de-las-mujeres-espanolas-trabajan-a-tiempag.html> (20 de enero de 2014)

<sup>25</sup> Informe: *El empleo de las mujeres...* cit, p. 34.

<sup>26</sup> Las tasas de empleo a tiempo parcial masculinas para estas edades son realmente bajísimas, mientras que las tasas de empleo a tiempo parcial femeninas a estas edades son especialmente altas. Los hombres tienden a trabajar a tiempo parcial en edades jóvenes y cuando se aproximan a la jubilación, mientras que en el caso de las mujeres las diferencias por edades no son tan grandes, y de hecho tienden a trabajar más a menudo a tiempo parcial en las edades medias. R. Muñoz de Bustillo, E. Fernández Macías, J.I. Antón Pérez, *El trabajo a tiempo parcial en España en el contexto de la Unión Europea*, MTIN, Colección Informes y Estudios, Madrid, 2008, pp. 28-29.

### III. IGUALDAD Y TIPOLOGÍA EN TORNO A LAS DISCRIMINACIONES: PRECISIONES CONCEPTUALES

A la luz del asunto objeto de análisis, parecen apropiadas ciertas reflexiones en torno al principio de igualdad y los tipos de discriminación, directa e indirecta, y más concretamente a las causadas por razón de sexo<sup>27</sup>.

Como punto de partida, parece fundamental destacar que la incorporación al concepto de discriminación de la modalidad de discriminaciones indirectas, supone un paso más allá, avanzando desde la identificación de lo explícito (la discriminación manifiesta), a lo sutil (aquella otra no tan fácilmente detectable). Así, el concepto de discriminación indirecta descubre la forma que adopta el fenómeno de la discriminación en su exteriorización, pues se da como consecuencia de la aplicación de medidas en principio neutras en un marco sociocultural concreto, con unas diferencias preexistentes<sup>28</sup>. Por lo tanto, conlleva una

<sup>27</sup> En cuanto a las razones en las que radica la discriminación –directa o indirecta–, el artículo 14 establece una enumeración de posibles causas de discriminación en tanto causas específicas utilizadas históricamente como causa de discriminación, es decir, categorías sospechosas. Y por otro lado, recurre a una cláusula general que se refiere a la existencia de discriminación basada en “*cualquier otra condición o circunstancia personal o social*”, pareciendo inútil la enumeración concreta y reduciéndola a la simple consideración de enumeración *ad exemplum*. De este modo, como consecuencia de la cláusula general, nos encontramos ante el problema de determinar las posibles tipos de discriminación incluidas en la misma. En este sentido, se consideraría por los tribunales necesario recurrir a los parámetros del juicio de razonabilidad, dado que el principio de igualdad no conlleva que toda desigualdad sea constitutiva de discriminación, pues no se prohíbe toda diferencia de trato, sino que la igualdad solo se vulnera cuando dichas discriminaciones están desprovistas de una justificación objetiva y razonable. El juicio de razonabilidad se convierte así en el elemento determinante para poder apreciar la violación del principio de igualdad. De este modo no toda posible causa de discriminación debe ser considerada como constitucionalmente relevante, sino solamente aquellas que sean razonables. En este sentido, será la jurisprudencia del Tribunal Constitucional la encargada de ir decantando todas las posibles causas, en base a la vigencia de las diferentes Declaraciones y Pactos Internacionales. Así, el art. 2 de la Declaración Universal se recoge también el color, idioma y la posición económica. Del mismo modo, el art 14 del Convenio de Roma, alude, asimismo, a la pertenencia a una minoría nacional o social. Además del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su art. 4.1, se pronuncia en los mismos términos. Para finalizar, el artículo 21 de la Carta de Niza, establece que “*se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual*”. E. Álvarez Conde, R. Tur Ausina, *Derecho Constitucional*, Tecnos, Madrid, 2013, p. 269.

<sup>28</sup> C. Sáez Lara, “Las discriminaciones indirectas en el trabajo”, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, nº 6, 1995, p. 67.

superación de los insuficientes planteamientos clásicos en este sentido, que únicamente observaban las discriminaciones directas, sin llegar a considerar aquellas producto de medidas formal o aparentemente neutras, y suponiendo, en definitiva, un avance significativo en la tutela antidiscriminatoria.

Dicha incorporación tiene su origen en la experiencia judicial norteamericana, en los primeros años de la puesta en práctica de la *Civil Rights Act* de 1964, cuando a la luz del caso *Griggs vs. Duke Power Company* (1971)<sup>29</sup> el Tribunal Supremo formulaba su teoría sobre las *Adverse impact*, es decir, sobre las discriminaciones por impacto o efecto adverso. A raíz de ello, el Supremo norteamericano entendería que aquellas prácticas formalmente neutras pero que, de hecho, desfavorecen a un determinado grupo, sin la justificación necesaria, son constitutivas de este tipo de discriminación.

En cuanto a la concreción de los diferentes tipos de discriminación, éstas serían definidas principalmente por la jurisprudencia comunitaria<sup>30</sup> y, en nuestro caso, posteriormente recepcionadas por la normativa española<sup>31</sup>, pudiéndose hacer referencia de forma general, a tres tipos de

---

<sup>29</sup> Se trataba de un caso de discriminación indirecta por razón de raza, pues se exigía bachillerato para un puesto de bedel, requisito que según el Tribunal perjudicaba de forma desproporcionada a las personas de raza negra. J.F. Lousada Arochena, “El principio de Igualdad entre mujeres y hombres en la legislación española”, p. 7, publicado y consultado en el sitio web: [http://www.ugr.es/~filode/Articulo\\_Lousada\\_Arochena.pdf](http://www.ugr.es/~filode/Articulo_Lousada_Arochena.pdf) (20 de enero 2014).

<sup>30</sup> Al respecto cabe destacar que materia de igualdad, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea también ha sido uno de los instrumentos fundamentales en la ampliación del acotado panorama que a priori ofrecían los Tratados constitutivos, sirviendo de inspiración e impulso en la elaboración de normas, resoluciones y políticas comunitarias de promoción y tutela en materia de igualdad de mujeres y hombres. Se destaca así, la actitud activista que en materia de igualdad ha mostrado el Tribunal, configurando paulatinamente la igualdad de mujeres y hombres como un principio nuclear del derecho comunitario a través de la vía pretoriana, y desde su apoyo inicial en un solo precepto, pues el artículo 119 del Tratado de la Comunidad Económica Europea se convertiría en base para la construcción de conceptos básicos, como el de las discriminaciones directas e indirectas. En lo relativo a la configuración del propio concepto de discriminación, el Tribunal se refiere al mismo como “*en sentido legal consiste en tratar de forma idéntica situaciones que son diferentes o de forma diferente situaciones que son idénticas*” (SSTJUE en el asunto *Adam*, de 1 de julio de 1982, asunto *Battaglia*, de 15 de diciembre de 1982, asunto *Schumacker*, de 14 de febrero de 1995). Quedando perfilado en el caso *Defrenne II* (8 de abril de 1976), con la diferenciación entre discriminaciones directas, indirectas y ocultas.

<sup>31</sup> Acogidas en la normativa española, en la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social (art. 28), y con posterioridad en la Ley Orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (art. 6).

discriminaciones: las directas<sup>32</sup>, las ocultas<sup>33</sup> y las indirectas<sup>34</sup>, éstas últimas objeto de nuestro análisis.

En tal sentido, cabe destacar que la Directiva 76/207 sobre la igualdad de trato no incluye una definición explícita de las discriminaciones indirectas. Sin embargo si prohíbe, bien sea directa o indirectamente, toda discriminación por razón de sexo, siendo el Tribunal de Justicia de la Unión Europea quien ha concretado dichos conceptos a través de su jurisprudencia, y pudiéndose advertir que es precisamente la construcción de la noción de discriminación indirecta una de las aportaciones más significativas del Tribunal a la teoría antidiscriminatoria<sup>35</sup>. Se admite de este modo, considerando el componente “por razón de sexo”, que “*son contrarias al derecho comunitario las disposiciones, criterios o prácticas aparentemente neutras, que perjudican de manera desproporcionada a los miembros de un grupo por su pertenencia a éste, y que no se justifican objetivamente o por una razón necesaria ligada con la persona en cuestión, o extraña a toda discriminación fundada en el sexo*”<sup>36</sup>. De hecho, precisamente dicho concepto, el de la discriminación indirecta por razón de sexo, se construyó, por parte del Tribunal, en relación a las diferencias retributivas del trabajo a tiempo parcial, para extenderlo posteriormente a otros ámbitos.

<sup>32</sup> Las discriminaciones directas son aquellas que, basadas directamente en la categoría sospechosa de discriminación, establecen consecuencias distintas o un trato menos favorable en situación análoga para las personas afectadas. Se trata de las discriminaciones más fáciles de detectar, pues pueden ser descubiertas a partir de criterios puramente jurídicos. En cuanto al caso concreto de las discriminaciones directas por razón de sexo, el artículo 6.1 LOI señala: “*Se considera discriminación directa por razón de sexo la situación en que se encuentra una persona que sea, haya sido o pudiera ser tratada, en atención a su sexo, de manera menos favorable que otra en situación comparable*”.

<sup>33</sup> En cuanto a las discriminaciones ocultas, se trata de medidas discriminatorias que, con voluntariedad por parte del que las adopta, sin referirse directamente a la categoría sospechosa de discriminación estarían encubriendo una desigualdad por tal motivo. E. Álvarez Conde, R. Tur Ausina, *Derecho... cit.*, p. 269.

<sup>34</sup> Las discriminaciones indirectas que se dan en “*aquellas situaciones en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros ponen a personas determinadas en desventaja particular respecto a personas que se encuentran en la misma situación, salvo que puedan ser justificadas de forma objetiva en atención a una finalidad legítima*”. De este modo, la supuesta neutralidad estaría encubriendo una discriminación práctica, dado que es en la aplicación de la medida cuando se manifiestan los efectos discriminatorios. E. Álvarez Conde, “La igualdad como principio constitucional”, en E. Álvarez Conde, Á. Figueruelo Burrieza, L. Nuño Gómez (Dirección), *Estudios Interdisciplinarios sobre la Igualdad*, Madrid, 2011, p. 45.

<sup>35</sup> C. Sáez Lara, “Las discriminaciones indirecta... *cit.*, p. 71. Al respecto, SSTJCE en el caso *Jekins*, de 31 de marzo de 1981, *Bilka*, de 3 de mayo de 1986, *Dantos*, de 17 de octubre de 1989, *Kowalska*, de 7 de febrero de 1991, y *Enderby*, de 27 de octubre de 1993, entre otras.

<sup>36</sup> R. Tur Ausina, “Las políticas de igualdad...” *cit.*, p. 407.

En España, la incorporación del concepto de discriminación indirecta por razón de sexo, es fruto de la aplicación del principio de igualdad a través de la acción del Tribunal Constitucional. Y ha venido desarrollándose además, principalmente, en torno a casos relativos a discriminaciones indirectas retributivas por razón de sexo<sup>37</sup>, discriminaciones sexistas indirectas en las condiciones de trabajo<sup>38</sup>, discriminaciones indirectas por razón de sexo en el acceso al trabajo<sup>39</sup> y discriminaciones indirectas por razón de sexo en relación al cálculo de pensiones<sup>40</sup> –como es el caso objeto de análisis en el presente trabajo-.<sup>41</sup>

Posteriormente sería la Ley Orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres<sup>42</sup>, en su artículo 6.2 la que establecería una definición de las discriminaciones indirectas, de modo muy similar al

<sup>37</sup> STC 145/1991, de 1 de julio, Caso *Hospital Gregorio Marañón*, que consistió en una reclamación salarial de trabajadoras que, integradas en una categoría profesional predominantemente femenina –limpiadoras-, por percibir una retribución inferior, a pesar de realizar trabajos de igual valor, a los trabajadores de otra categoría profesional predominantemente masculina –peones-. Varias sentencias posteriores ratificaron, siempre en el ámbito de la discriminación retributiva entre mujeres y hombres, diversos aspectos de la doctrina contenida en la citada sentencia constitucional –SSTC 145/1992, de 13 de octubre, Caso *Avón*, 58/1994, de 28 de febrero, Caso *Antonio Puig*, 286/1994, de 27 de octubre, Caso *Galletas Fontaneda*, 147/1995, de 16 de octubre, Caso *Gomaytex*, y el caso *Convenio Colectivo de Manipulación y Envasado de Agrios de Murcia*, 250/2000, de 30 de octubre.

<sup>38</sup> Las SSTC 240/1999, de 20 de diciembre, y 203/2000, de 24 de julio, abordaron una discriminación sexista indirecta en las condiciones de trabajo y, en concreto, en el acceso a la excedencia para el cuidado de hijos, que se denegaba a los funcionarios públicos interinos de la Junta de Castilla y León, confirmando la existencia de discriminación sexista indirecta, al entrar a valorar los datos estadísticos y en definitiva la realidad social imperante, que demostraba que las mujeres son de hecho las que usaban y usan habitualmente este tipo de excedencia.

<sup>39</sup> Resulta necesario hacer referencia al Caso *Fasa Renault* cuya doctrina ha permitido, a lo largo de las diversas sentencias dictadas –hasta siete, destacando entre ellas la STS de 18 de febrero de 1994, la STC 41/1999, y la STS de 4 de mayo de 2000-, allanar los principales obstáculos teóricos con los que tropezaba la reclamación judicial en los casos de discriminación colectiva indirecta en el acceso a un puesto de trabajo. En este caso concreto se exigía formación profesional de segundo grado en ramas técnicas para un puesto de trabajo en la cadena de montaje, situación que según el Tribunal perjudicaba desproporcionalmente a las mujeres.

<sup>40</sup> La STC 253/2004, de 22 de diciembre, ya consideró inconstitucional, por vulneración del principio de igualdad y por su carácter discriminatorio indirecto, el sistema –artículo 12 del Estatuto de los Trabajadores anterior al Real Decreto Ley 15/1998, de 27 de noviembre– de cómputo de las carencias de los trabajadores a tiempo parcial por horas trabajadas. En relación al carácter discriminatorio indirecto argumentó que según la Encuesta de Población Activa, quedaba patente que las personas trabajadoras a tiempo parcial eran mayoritariamente mujeres.

<sup>41</sup> J.F. Lousada Arochena, “*El principio de Igualdad... cit*, p. 7.

<sup>42</sup> En adelante LOI.

concepto configurado en el ámbito comunitario, dado que se refiere a los elementos de aparente neutralidad, la producción de efectos desfavorables para un determinado sexo y la injustificación del efecto adverso<sup>43</sup>. En relación con ello, es necesario destacar que el Tribunal Constitucional parece ir más allá de esta definición, puesto que además de referirse a los elementos anteriormente destacados, hace mención por un lado, a las diferencias fácticas que de partida se dan entre las personas a las que les afecta la norma en cuestión, y por otro se refiere al impacto diferenciado, en decir en este caso, el impacto de género. Por lo tanto, tiene en cuenta el contexto en el que se desarrolla la norma, la realidad en la que tiene lugar y los motivos que llevan a que, aunque a priori sea neutra, al aplicarla cause efectos discriminatorios injustificados<sup>44</sup>.

En definitiva, el concepto de discriminación indirecta –y concretamente el de discriminación indirecta por razón de sexo– se configura, primero a nivel comunitario y posteriormente a nivel nacional, ante la insuficiencia de los planteamientos clásicos que no pasaban más allá de la identificación de las discriminaciones directas. De este modo, la progresiva delimitación de dicho concepto ha supuesto un sustancial avance en la tutela antidiscriminatoria; una auténtica transformación en su perspectiva, evolucionando de lo formal a lo efectivo. Y ello porque el concepto de discriminación indirecta descubre la forma que adopta el fenómeno discriminatorio en su exteriorización, consecuencia de la aplicación de medidas neutras, tomando en consideración las diferencias existentes en la sociedad, y captando además su dimensión supraindividual<sup>45</sup>. Un fenómeno, del mismo modo que en el caso de las discriminaciones ocultas, más difícil de detectar, pues no basta con atender a criterios puramente jurídicos en una vertiente o modo que podríamos denominar clásico y que no compartimos, siendo preciso un análisis sociológico y una mayor atención a la aplicación del derecho, lo que por lo demás, a nuestro juicio, debería formar parte de la norma misma.

El caso en el que a continuación profundizaremos constituye un

---

<sup>43</sup> “Se considera discriminación indirecta por razón de sexo la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pone a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro, salvo que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados”.

<sup>44</sup> El TC define las discriminaciones indirectas del siguiente modo: “Discriminación indirecta es aquella que incluye los tratamientos formalmente no discriminatorios de los que se derivan, por las diferencias fácticas que tienen lugar entre trabajadores de diverso sexo, consecuencias desiguales perjudiciales por el impacto diferenciado y desfavorable que tratamientos formalmente iguales o tratamientos razonablemente desiguales tienen sobre los trabajadores de uno o de otro sexo a causa de la diferencia de sexo” (STC 145/1991).

<sup>45</sup> C. Sáez Lara, “Las discriminaciones indirecta...” cit., p. 72.



ejemplo concreto en el que podremos observar todos los elementos que interactúan en la configuración del fenómeno de la discriminación indirecta por razón de sexo. Al hilo del mismo analizaremos la actitud al respecto de las diferentes instituciones implicadas desde una perspectiva multinivel.

#### IV. DISCRIMINACIÓN INDIRECTA POR RAZÓN DE SEXO, CÁLCULO DE PENSIONES Y TRABAJO A TIEMPO PARCIAL A LA LUZ DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA, DE 22 DE NOVIEMBRE DE 2012

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Octava), de fecha 22 de noviembre de 2012, da respuesta a una petición prejudicial planteada por el juzgado de lo Social nº 33 de Barcelona, mediante auto de fecha 4 de julio de 2011, recibido en el Tribunal de Justicia el 19 de julio de 2011. Dicha petición de decisión prejudicial se enmarca en el procedimiento que inicia Isabel Elbal Moreno contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social<sup>46</sup> y contra la Tesorería General de la Seguridad Social<sup>47</sup> cuyo fondo del asunto recae en si la citada trabajadora tiene o no derecho a que le sea reconocida una pensión de jubilación por la Seguridad Social española.

Doña Isabel Elbal Moreno, una vez cumplidos los 66 años, presentó una solicitud ante el INSS para la obtención de la correspondiente prestación de jubilación. La cuestión gira en torno a la denegación de dicha solicitud, tras comprobarse que, al aplicar los criterios de cómputo de los periodos de cotización establecidos en la Disposición Adicional Séptima del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social<sup>48</sup>, la señora Isabel Elbal Moreno no reunía el período mínimo de cotización de quince años exigido para poder ser beneficiaria de una prestación por jubilación, artículo 161.1.b).

Una vez desestimada la correspondiente reclamación mediante

<sup>46</sup> En adelante INSS.

<sup>47</sup> En adelante TGSS.

<sup>48</sup> En adelante LGSS, en referencia a la Ley General de la Seguridad Social, aprobada mediante Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio.

Resolución del INSS, de 9 de diciembre de 2009, la Señora Elbal interpuso una demanda ante el juzgado de lo social de Barcelona (n° 33), en que alegaba que la Disposición Adicional Séptima de la LGSS<sup>49</sup> es contraria al principio de igualdad, al exigir al trabajador a tiempo parcial un mayor período de cotización para acceder a una prestación económica por jubilación, en comparación con el trabajador a tiempo completo. Una prestación que el caso del tiempo parcial sería evidentemente más reducida. Ello además de ser contraria al principio de no discriminación por razón de sexo, por afectar esta exigencia de forma mayoritaria a las mujeres, dado que estas son las que principalmente desarrollan este tiempo de jornada.

Tras ser admitida a trámite la demanda por parte del Juzgado de lo Social de Barcelona, el mismo vino a entender que la legislación española<sup>50</sup> computa exclusivamente las horas trabajadas y no el periodo de cotización, es decir, los días trabajados, comportando, en definitiva, la doble aplicación –aunque corregida– del principio *pro rata temporis*. Así, resultaría que se exige una mayor carencia de cotización al trabajador o trabajadora a tiempo parcial, en inversa proporción a la reducción de su jornada, para acceder a una pensión que en su importe ya se ve directa y proporcionalmente reducida, dada la parcialidad de la jornada<sup>51</sup>.

A raíz de ello, el citado juzgado interrogaría al Tribunal Europeo de Justicia sobre si la Directiva sobre la igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social<sup>52</sup> entra en conflicto con la legislación

---

<sup>49</sup> En España, para obtener la pensión de jubilación contributiva es necesario haber cumplido sesenta y cinco años de edad y haber cubierto un período mínimo de cotización de quince años. Para determinar los periodos de cotización exigidos, la normativa española se basa en el principio de cómputo exclusivo de las horas efectivamente trabajadas, calculando su equivalencia en días teóricos cotizados. Este método queda atenuado mediante dos reglas correctoras que buscan facilitar el acceso a la protección de la seguridad social a los trabajadores a tiempo parcial. De este modo, en primer lugar, se establece un concepto de “día teórico de cotización”, equivalente a cinco horas diarias de trabajo efectivo, o 1.826 horas anuales. Se computan las cotizaciones efectuadas en función de las horas trabajadas, pero calculando su equivalencia en días teóricos de cotización. En segundo lugar, para causar derecho a las presentaciones de jubilación se introduce una regla correctora específica, que consiste en un coeficiente multiplicador del 1,5 que, aplicado sobre los días teóricos de cotización, que los aumenta facilitando en teoría el acceso a la protección.

<sup>50</sup> Más concretamente la Disposición Adicional Séptima de la LGSS.

<sup>51</sup> En el caso concreto de la Sra. Elbal Moreno, siéndole aplicada la legislación española, se obtiene como resultado que las cotizaciones pagadas durante 18 años al 10% de la jornada (4 horas semanales), equivaldrían a un pago de cotizaciones durante un periodo de menos de 3 años, por lo que tendría que llegar a trabajar 100 años para poder acreditar la carencia necesaria de 15 años. Que sería la que le permitiría el acceso a una pensión de jubilación que ascendería a los 112,93 euros al mes.

<sup>52</sup> Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación

española, planteándose un total de cuatro cuestiones prejudiciales (tres de ellas relativas al concepto de “pensión de jubilación”), a las que responderá el Tribunal en la Sentencia objeto de análisis. En particular, una vez examinadas de forma negativa las tres primeras cuestiones relativas a la naturaleza jurídica del concepto de “pensión de jubilación” español, el Tribunal determinó que tan sólo procedía tener en cuenta, en el caso objeto de estudio, la cuarta de las preguntas.

Respecto a esta cuarta cuestión preliminar relativa a si la normativa española es contraria a la comunitaria, la respuesta que da el Tribunal es clara. En efecto, argumenta que: *“el artículo 4 de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de 1978 (LCEur 1979, 7), relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, debe interpretarse en el sentido de que se opone, en circunstancias como las del litigio principal, a una normativa de un Estado miembro que exige a los trabajadores a tiempo parcial, en su inmensa mayoría mujeres, en comparación con los trabajadores a tiempo completo, un período de cotización proporcionalmente mayor para acceder, en su caso, a una pensión de jubilación contributiva en cuantía proporcionalmente reducida a la parcialidad de su jornada”*.

Por lo tanto, el fundamento jurídico de dicha afirmación recae en la prohibición genérica de discriminación entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social recogida en el artículo 4 de la Directiva 79/7; prohibición de discriminación en la que deberán entenderse incluidos tanto el concepto de discriminación directa como el de discriminación indirecta, como así ha sido interpretado reiteradamente por la jurisprudencia europea. Concretamente, el fallo de la sentencia se fundamenta en la existencia de una situación de discriminación indirecta hacia las mujeres dado que la situación en cuestión es el resultado de una norma, aparentemente neutra, que perjudica de manera desproporcionada a las personas que desarrollan jornada a tiempo parcial, que en su gran mayoría son mujeres según los datos oficiales; norma española que lo hace sin una justificación razonable.

En este sentido es importante destacar que el Tribunal en cuestión no consideraría la disposición adicional séptima alegada por el Gobierno objetivamente justificable. Así tras el análisis de los argumentos aportados por las partes, argumenta su innecesariedad para alcanzar el objetivo aducido por el Gobierno español, es decir, el de garantizar el equilibrio financiero del Sistema de Seguridad Social, dado que podrían aplicarse mecanismos menos gravosos para lograr dicha meta.

En definitiva, con esta sentencia, el Tribunal obliga a replantear

---

progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social.

las pensiones a tiempo parcial en el sentido de su cálculo, por causar discriminación indirecta por razón de sexo, lo que se hace sin una justificación objetivamente razonable. Por lo tanto, se dispone que la legislación sobre la materia tendrá que ser modificada para que no afecte al principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres, respetándose así la directiva comunitaria sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social. Por lo demás, ello implica que será el Juzgado de lo Social de Barcelona, una vez recibida la notificación del fallo, al que corresponderá determinar la forma de ejecución de la sentencia; además de que el fallo será vinculante para todos los tribunales, abriendo la vía para la demanda de asuntos análogos en toda Europa, dado que cualquier caso afín deberá dirimirse y ajustarse en congruencia, consecuencia y concordancia con los criterios de la sentencia.

## V. RECEPCIÓN Y CONSECUENCIAS DE LA DOCTRINA EUROPEA EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL

Dada la indudable relevancia que adquiere el criterio seguido por la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de noviembre de 2012, asunto *Elbal Moreno*, anteriormente analizada, el citado tribunal impulsa lo que podríamos denominar un “efecto cascada”. Un proceso dinámico, producto del diálogo entre tribunales –Europeo y nacionales– que llegará a tener consecuencias determinantes en nuestra propia normativa estatal en materia de cálculo de pensiones por ser de hecho causante de discriminación indirecta por razón de sexo.

Así en primer lugar, el Tribunal Constitucional español se ve impulsado a resolver poco tiempo después, en concreto el 14 de marzo de 2013, una cuestión de inconstitucionalidad relativa a los mismos elementos normativos. Concretamente en un caso muy similar al que llevó a la justicia europea a dictaminar que la normativa española era discriminatoria por razón de sexo. Un caso que como desarrollaremos a continuación, el TC resolverá con similares criterios, llegando a declarar inconstitucional y nulo el sistema con el que se calculan los periodos de cotización en los contratos a tiempo parcial cuando se solicita el cobro de una pensión contributiva. Por lo demás, a esta sentencia le seguirán otras de casos similares que el TC tenía pendientes, y que serán resueltos con la misma línea argumental.

Y en segundo lugar, y como consecuencia de dicha declaración de inconstitucionalidad, el legislador estatal se verá determinado a llevar a cabo una reforma de la Ley General de la Seguridad Social, con el

objetivo de adecuar a las exigencias constitucionales y a las derivadas del ordenamiento comunitario las reglas de aplicación al acceso a las prestaciones de Seguridad Social por parte de las personas que realizan trabajos bajo la modalidad de trabajo a tiempo parcial.

Sin lugar a dudas, el Tribunal de Justicia se convierte en el responsable del impulso a nivel nacional –en el detonante, si se quiere- de la necesidad de abordar cambios significativos en un asunto, el de la discriminación indirecta por razón de sexo en el cálculo de pensiones, que no había sido resuelto aún de forma satisfactoria, a pesar de los anteriores intentos.

## 1. La Sentencia 61/2013 de 14 de marzo de 2013 del Tribunal Constitucional

Casi diez años después, a raíz de la condena europea y antes de que el legislador tomara la iniciativa de modificar la normativa, el Tribunal Constitucional vino a resolver una cuestión de inconstitucionalidad, planteada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (5862/2003) que tenía como objeto determinar si el inciso inicial de la letra a) de la regla segunda del apartado 1 de la disposición adicional séptima de la Ley general de la Seguridad Social, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, en la redacción dada por el Real Decreto-ley 15/1998, vulnera el art. 14 de la Constitución.

La cuestión de inconstitucionalidad concretamente derivaba del caso de una trabajadora a la que se le denegó una pensión contributiva de jubilación por no reunir el periodo mínimo de cotización de 15 años que se exige; y ello a pesar de tener 18 años de cotización acreditados, de los que 11 correspondían a la modalidad de jornada a tiempo parcial. Por lo tanto un asunto que guarda importante similitudes con el del Elbal Moreno, con la añadidura de que en éste la trabajadora contaba con un mayor número de horas trabajadas.

En este sentido el TC se refiere a la indudable relevancia que adquiere el criterio seguido en la ya referida STJUE de 22 de noviembre de 2012, relativa a los mismos elementos normativos que son objeto de su consideración en la presente cuestión de inconstitucionalidad.

Al respecto el Tribunal Constitucional considera que, a pesar de haberse modificado<sup>53</sup>, vulnera el artículo 14 de la CE, en dos vertientes. Tanto en relación con el principio de igualdad, por ruptura del principio de proporcionalidad, como respecto al derecho a la no discriminación, por generarse una discriminación indirecta por razón de sexo.

---

<sup>53</sup> Entre 1994 y 1998 la redacción dada a este artículo era diferente, y ya en este momento el TC, en una sentencia de diciembre de 2004 (STC 253/2004), se opuso a la regulación antigua al considerar que producía efectos discriminatorios.

En cuanto a la primera de las vertientes, el TC determina que las reglas que acompañan a la previsión cuestionada en relación con el cómputo de períodos de cotización, en los contratos a tiempo parcial para causar derecho a una prestación de jubilación, no permiten superar los parámetros de justificación y proporcionalidad exigidos por el art. 14 de la CE, ya que las diferencias de trato en cuanto al cómputo de los períodos de carencia que siguen experimentando los trabajadores a tiempo parcial, en comparación a los de jornada completa, se encuentra desprovista de una justificación razonable, y que guarde la debida proporcionalidad entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida.

Por lo que hace a la segunda, el TC expone que, conforme a su propia doctrina, elaborada con apoyo de la jurisprudencia comunitaria – desarrollada especialmente en relación a los contratos a tiempo parcial-, la referida discriminación indirecta se define como *“aquel tratamiento formalmente neutro o no discriminatorio del que se deriva, por las diversas condiciones fácticas que se dan entre trabajadores de uno y otro sexo, un impacto adverso sobre los miembros de un determinado sexo (por todas, STC 240/1999, de 20 de diciembre, FJ 6; o STC 3/2007, de 15 de enero, FJ 3)”*. Y dispone que en el presente caso se aprecian ambos presupuestos, pues, *“Por un lado la disposición cuestionada constituye una norma neutra, aplicable con independencia del sexo de los trabajadores”* pero *“Por otro, los datos estadísticos consultados permiten constatar que el contrato a tiempo parcial es una institución que afecta predominantemente al sexo femenino, con el consiguiente mayor impacto que la aplicación de la norma cuestionada puede tener sobre las trabajadoras: así, tal y como se refleja en el Auto de planteamiento, los datos derivados de la encuesta de población activa, publicados por el Instituto Nacional de Estadística, muestran que, en el año 2002 –anterior a la elevación de la presente cuestión-, los varones asalariados a tiempo parcial eran 198.100, mientras las mujeres alcanzaban la cifra de 879.200, lo que supone un porcentaje superior al 81 por 100; asimismo, las estadísticas elaboradas por el Instituto de la Mujer a partir de los datos de la encuesta de población activa, ponen de relieve que del total de trabajadores asalariados a tiempo parcial en el año 2003, las mujeres representaban el 82,2 por 100, del porcentaje mayoritario que, con ligeras variaciones, en el primer trimestre de 2012 se ha situado en el 78,7 por 100”*. Además añade un tercer elemento en consideración respecto a la posible existencia de discriminación indirecta por razón de sexo, la valoración de si la previsión cuestionada resulta justificada y proporcionada. Es este sentido determina que no se aprecia justificación objetiva que permita descartar la existencia de dicho tipo de discriminación.

En definitiva considera que la citada regla de cálculo contenida en la normativa española vulnera el artículo 14 de la CE. Por un lado en su vertiente del principio de igualdad, pues como se ha comentado,

carece de una justificación razonable. Y por otro lado, en su vertiente de discriminación indirecta por razón de sexo, al considerar la realidad, es decir, que los contratos a tiempo parcial son mayoritariamente de mujeres.

Por lo tanto, resulta fundamental destacar que el Tribunal Constitucional, fruto del diálogo entre tribunales, ha hecho suya la interpretación del TJUE, recogiendo, incluso textualmente, a lo largo de sus Fundamentos Jurídicos los elementos clave de la argumentación recogida en la STJUE de 22 de noviembre de 2012. Haciendo referencia a esa doble vertiente que ya utilizó el Tribunal Europeo. Es decir, la del perjuicio desproporcionado e injustificado a los trabajadores a tiempo parcial, y además existencia de discriminación indirecta por razón de sexo, por ser las personas que desempeñan esta modalidad de trabajo mayoritariamente mujeres, también injustificada.

En definitiva, las argumentaciones expuestas llevan al Tribunal en su sentencia 61/2013, de 14 marzo, a declarar inconstitucional y nulo el sistema con el que se calculan los periodos de cotización en los contratos a tiempo parcial cuando se solicita el cobro de una pensión contributiva, es decir, la regla segunda del apartado 1, Disposición Adicional 7º de la LGSS.

En cuanto a las más inminentes consecuencias de dicha declaración de inconstitucionalidad, resulta conveniente precisar que el TC indica que será a los órganos judiciales a quienes les corresponda integrar, a través de los medios que el ordenamiento jurídico pone a su disposición, la eventual laguna que la anulación de la previsión cuestionada provoca, hasta que el legislador tome las medidas pertinentes. Cambios normativos necesarios para la superación de los vacíos legales provocados, que en este caso se verán plasmados en una reforma de la LGSS que a continuación pasaremos a analizar.

Finalmente destacar que en el marco del “efecto dominó” que provocó el fallo que anula la regla de cálculo, el mismo TC dictaría una serie de nuevas sentencias en la misma línea. Se trata de las sentencias 71/2013 y 72/2013, ambas de 8 de abril y 116/2013 y 117/2013, de 20 de mayo<sup>54</sup>.

---

<sup>54</sup> Las sentencias afectan, pues, al cálculo de los periodos de cotización para acceder a las correspondientes prestaciones económicas, respecto de los periodos acreditados con contrato de trabajo a tiempo parcial, incluidos los contratos de trabajo fijo-discontinuo a tiempo parcial o completo, con independencia de que la reducción de jornada se realice en cómputo diario, semanal, mensual o anual. A juicio del Tribunal, las diferencias de trato en cuanto al cómputo de los periodos de carencia que siguen experimentando los trabajadores a tiempo parcial respecto a los trabajadores a jornada completa se encuentran desprovistas de una justificación razonable que guarde la debida proporcionalidad entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad perseguida.



## 2. La reforma de la Ley General de la Seguridad Social

Con el objetivo de dar cumplimiento a lo establecido en la comentada sentencia del Tribunal Constitucional, el Gobierno de España dictó una norma de rango legal con la que se trataba de integrar la laguna que la anulación de la regla mencionada produjo en relación al cómputo de los periodos de carencia, para causar derecho a las prestaciones de la Seguridad Social en el caso de los Trabajadores a Tiempo parcial. De este modo, a través del Real Decreto-ley 11/2013, de 2 de agosto, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social<sup>55</sup>, se introducen una serie de modificaciones en el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, en materia de protección social del trabajo a tiempo parcial, que se concretan en un conjunto de reglas específicas relativas a la acción protectora de la Seguridad Social aplicables a los trabajadores a tiempo parcial.

La finalidad de dichas medidas sería la de flexibilizar el número de años requeridos para acceder a una prestación, garantizando de este modo en todo momento el principio de igualdad de los trabajadores, tanto para los del tiempo parcial, como para los de tiempo completo. Y evitando además que se produjeran efectos desproporcionados entre las cotizaciones realmente efectuadas por el trabajador y la cuantía de la prestación recibida. Por ello, la norma recoge una fórmula para exigir, proporcionalmente, el mismo esfuerzo a un trabajador a jornada completa y a un trabajador a jornada parcial, adecuando los periodos de carencia a la media de jornada que a lo largo de la vida laboral (pensiones) o en un periodo más corto (subsidios), acredite el solicitante de la prestación y que se constata a través del coeficiente laboral. Por lo tanto, no se llega a optar por la fórmula consistente en “día trabajado=día cotizado”, pero si se salva el canon de proporcionalidad que exige el TC<sup>56</sup>.

En este sentido, cabe destacar que las modificaciones recogidas en la misma vienen a desarrollar el “Acuerdo para la mejora de las condiciones de acceso a la protección social de los trabajadores a tiempo parcial” firmado el 31 de julio de 2013, por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social y las organizaciones Comisiones Obreras, Unión General de Trabajadores, Confederación Española de Organizaciones Empresariales y Confederación Española de la Pequeña y Mediana Empresa.

<sup>55</sup> BOE nº 185 de 03/08/2013 Real Decreto-ley 11/2013, de 2 de agosto, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social

<sup>56</sup> J.A. Panizo Robles, *Las nuevas reglas de la Seguridad para los Trabajadores a Tiempo Parcial*, consultado en web: <http://www.laboralsocial.com/> (20 de enero de 2014).

En definitiva, la modificación legal resultante, según su exposición de motivos, busca cumplir con cuatro objetivos generales. El primero, dar cobertura adecuada a todas las personas que realizan una actividad laboral o profesional. El segundo, mantener los principios de contributividad, proporcionalidad y equidad que caracterizan el Sistema Español de Seguridad Social. El tercero, mantener la equidad respecto a la situación de los trabajadores a tiempo completo. Y en cuarto y último lugar, evitar situaciones fraudulentas o irregulares, así como evitar la desincentivación de la cotización del sistema.

Posteriormente, el 12 de septiembre de 2013, el Real Decreto-ley en cuestión fue convalidado y tramitado como proyecto de ley<sup>57</sup>. Durante el debate de convalidación, en el Congreso de los Diputados, la ministra de Empleo y Seguridad Social, Fátima Báñez en su intervención afirmó que la nueva regulación de la cotización de los trabajadores a tiempo parcial mejoraría “las prestaciones sociales de más de 2,5 millones de personas”<sup>58</sup>. Además, explicó que ello va más allá de la aplicación literal de las sentencias y materializa un gran acuerdo que se puede calificar como histórico en cuanto a la protección de los trabajadores a tiempo parcial, y fijos discontinuos. Según la ministra “Esta norma pone fin a un sistema que reclamaba a los trabajadores a tiempo parcial, en su inmensa mayoría mujeres, un período de vida proporcionalmente mayor al que tienen los empleados a tiempo completo para acceder a una pensión de jubilación contributiva”<sup>59</sup>.

Por lo tanto, este sería el último paso de un proceso en “efecto cascada” iniciado por el Tribunal de Justicia, producto del diálogo multinivel entre tribunales y actores políticos, que ha sido capaz poner en marcha la maquinaria necesaria para abordar un asunto pendiente para nuestro Estado, el de la discriminación indirecta por razón de sexo en el cálculo de pensiones, insuficientemente tratados hasta entonces.

---

<sup>57</sup> Resolución de 12 de septiembre de 2013, de la Presidencia del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 11/2013, de 2 de agosto, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social. Texto completo en: [http://www.congreso.es/constitucion/ficheros/leyes\\_espa/rdl\\_011\\_2013\\_conv.pdf](http://www.congreso.es/constitucion/ficheros/leyes_espa/rdl_011_2013_conv.pdf) (20 de enero de 2014)

<sup>58</sup> Consultado en: <http://prensa.empleo.gob.es/WebPrensa/noticias/ministro/detalle/2039> (20 de enero de 2014)

<sup>59</sup> *Ídem*.

## VI. CONSIDERACIONES FINALES

De la conjunción de la jurisprudencia europea y constitucional española puede deducirse que ambas vendrían a considerar que la regla de cálculo contenida en la regla 2ª, apartado 1 de la Disposición Adicional 7ª de la LGSS, aunque aparentemente neutral, en la práctica lesionaba el derecho a la igualdad (artículo 14 de la CE), además de causar concretamente discriminación indirecta por razón de sexo. Y ello dado que, conforme a los datos estadísticos, y como se pone de manifiesto en ambas resoluciones, dicha modalidad se ha encontrado tradicionalmente y se encuentra, ampliamente feminizada. Una situación, como hemos abordado anteriormente, determinada por múltiples factores relacionados con la relación sexo/género, la división sexual del trabajo y los diferentes usos del tiempo.

En este sentido, podría decirse que en consecuencia hemos presenciado una importante y positiva transformación del sistema de cálculo de los períodos de cotización relativo al contrato a tiempo parcial en el marco de una reforma de la LGSS. Una ley, ya reformada con anterioridad, con el mismo objetivo, pero sin que diera los frutos deseados. Una reforma consecuencia de la condena del Tribunal Europeo, y la declaración de inconstitucionalidad por parte del TC, y llevada a cabo ante el vacío legal provocado, a través del Real Decreto-ley 11/2013, de agosto, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social, pero trabajada desde el consenso con los diferentes agentes sociales

De este modo, como consecuencia de un proceso en cascada iniciado e impulsado por el Tribunal Europeo de Justicia, la normativa española en esta materia ha corregido el anterior modelo de acreditación de los períodos de cotización a tiempo parcial para acceder a las diferentes prestaciones de Seguridad Social, conforme a las citadas sentencias. Ello para avanzar hacia un sistema que flexibiliza el número de años requeridos para acceder a una prestación, de modo que garantice en todo momento el principio de igualdad de las trabajadoras y de los trabajadores, tanto a tiempo parcial, como a tiempo completo, y que evite por lo tanto, en la práctica, los efectos indirectos de la discriminación por razón de sexo.

Según nuestro criterio, no obstante, continuaría subyacente el asunto que hemos analizado en el presente texto a raíz de las citadas sentencias, es decir, el de la realidad de la feminización de los contratos a tiempo parcial, y los efectos que provoca en la vida de mujeres este fenómeno. Y sobre todo continúan presentes, aunque se manifiesten de diferente modo, los factores que lo determinan. Por ello, a nuestro juicio queda por resolver la situación de discriminación de origen, que es la que provoca que al

aplicar una norma a priori neutra, se obtengan resultados discriminatorios por razón de sexo. Y por ello creemos que la solución tendría que pasar por la incorporación real de la perspectiva de género en la reforma de las medidas que aún provocan discriminación indirecta por razón de sexo, y por supuesto, en la elaboración de las nuevas, siempre teniendo en cuenta la realidad en base a la que se legisla.

Por lo tanto, parece necesario que los esfuerzos de las políticas públicas se centren tanto en el fomento del empleo como en el de la igualdad, con el objetivo de lograr un sistema equitativo de la organización del trabajo dentro y fuera del hogar, resultando fundamental que los poderes públicos asumieran efectivamente la idea de que la consecución de la igualdad beneficiaría no sólo a las mujeres, sino también a la sociedad en su conjunto. No solo en términos de calidad de vida, sino en también en términos económicos a través de los incrementos de productividad alcanzables. Y difundiendo, por lo demás, esta nueva perspectiva al resto de la sociedad.

A la luz de lo analizado queda patente que los agentes sociales son conscientes de este reto, prueba de ello son los importante avances normativos que en los últimos años se han desarrollado tanto en el ámbito comunitario como en el estatal. Pero es necesario ir más allá, es necesario un cambio de perspectiva realmente asumido, es fundamental superar la tendencia a “parchear” las situaciones que son el origen de las desigualdades, pues el reto de la igualdad efectiva está aún por alcanzar. Y ello porque, al fin y al cabo, la única manera de avanzar hacia superación de los aún presentes desigualitarios roles «femenino» y «masculino» tiene que pasar por la concienciación real respecto a su persistencia, y respecto a los efectos que aún hoy tienen en la vida de mujeres y hombres.

En definitiva, la solución del problema abordado en ambas sentencias va mucho más allá de la solución planteada, que según nuestro criterio es un “parche” más. Una solución que aunque necesaria y positiva –desde el punto de vista de las mejoras que pueda aportar a las mujeres objeto de dicha discriminación y desde la visibilización de la problemática -, no soluciona la cuestión de fondo. En este sentido consideramos que los tribunales hubieran podido llegar más lejos, no tanto en la *ratio decidendi* de sus sentencias, pero si en los *obiter dicta*, instando a los poderes públicos a atender a los elementos discriminatorios en los que aún hoy se estructura nuestra sociedad, y que la continúan haciendo injusta desde sus cimientos.

## TITLE

ON THE CONCRETION OF THE CONCEPT OF INDIRECT DISCRIMINATION.  
AN ANALYSIS ABOUT PART-TIME WORK AND CALCULATION OF PENSIONS

## SUMMARY

I. INTRODUCTION-. II. SEX, GENDER, SEXUAL DIVISION OF THE LABOUR MARKET AND DIFFERENT USES OF TIME OF WOMEN AND MEN: 1. As a premise: the need to warn of contextualization from a gender perspective. 2. Some considerations about part-time work in Spain-. III. EQUALITY AND TYPES OF DISCRIMINATION: CONCEPTS.- IV. INDIRECT DISCRIMINATION BASED ON SEX, CALCULATION OF PENSIONS AND PART-TIME WORK IN THE LIGHT OF THE JUDGMENT OF THE COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION OF 22<sup>nd</sup> NOVEMBER 2012.- V. CONSEQUENCES OF THE EUROPEAN DOCTRINE IN THE SPANISH LAW: 1. The Constitutional Court Decision 61/2013, of March 14, 2013. 2. The reform of the General Law on Social Security-. VI. FINAL CONSIDERATIONS.

## KEY WORDS

Direct discrimination on grounds of sex; Indirect discrimination on grounds of sex; Calculation of Pensions; Part-time work; Court of Justice of the European Union.

## ABSTRACT

In order to shed light on the concept of indirect discrimination, particularly on the concept of indirect discrimination on grounds of sex, we discuss two judgments about the concept. This is the case of the Judgment of the Court of Justice of the European Union (Eighth Chamber), dated November 22, 2012, and consequently also of the judgment of the Constitutional Court 61/2013, of March 14, 2013. Both situations related to pension calculation rules for part-time work.

Fecha de recepción: 9/02/2014

Fecha de aceptación: 28/02/2014

