

LA VULNERACIÓN DEL DERECHO EFECTIVO A LA NO DISCRIMINACIÓN LABORAL EN LAS EMPRESAS EXTERNALIZADAS

MARÍA AMPARO BALLESTER PASTOR

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Valencia
amparo.ballester@uv.es

RESUMEN

En los últimos tiempos, la contratación externalizada se está transformando en un mecanismo de reducción de costes laborales, aprovechando determinados vacíos en su regulación. Este artículo analiza la relativa ineficacia del principio de igualdad clásico, en especial en la aplicación de convenios colectivos, y explora las vulneraciones del principio de no discriminación que pueden darse a través del contrato de obra vinculado a contratas y en los despidos objetivos o colectivos derivados de la externalización.

Palabras clave: No discriminación, igualdad, externalización, contrato de obra, contratas, extinción del contrato.

SUMARIO

1. EL DERECHO A LA NO DISCRIMINACIÓN LABORAL Y EL TRABAJO EXTERNALIZADO: PLANTEAMIENTO GENERAL Y LÍNEAS ROJAS; 2. EL TRABAJO EXTERNALIZADO Y EL PRINCIPIO DE IGUALDAD: ESCASA VIABILIDAD Y DEGRADACIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD; 3. EL CONTRATO DE OBRA VINCULADO A LA CONTRATA COMO FIGURA CONTRARIA AL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN; 4. LA EXTERNALIZACIÓN COMO CAUSA DEL DESPIDO OBJETIVO/COLECTIVO Y LA VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN.

1. EL DERECHO A LA NO DISCRIMINACIÓN LABORAL Y EL TRABAJO EXTERNALIZADO: PLANTEAMIENTO GENERAL Y LÍNEAS ROJAS

La regulación del trabajo externalizado se ha ido configurando por aluvión jurisprudencial, lo que ha generado el fenómeno de que se eleven a categorías jurídicas soluciones puntuales que no podían prever (ni tampoco era su función) las disfunciones que con posterioridad se han producido. La contratación externalizada que, en un principio, encontraba justificación como mecanismo de especialización terminó degradándose hasta convertirse en un mecanismo generalista de reducción de costes laborales. En este contexto surgió la admisión del contrato de obra que tiene como causa la duración de la contrata¹, la no aplicación de la subrogación en caso de contrata, el estricto concepto de propia actividad o el reducido alcance de la cesión ilegal. También ha tenido notable relevancia la doctrina judicial que, como consecuencia de las reformas flexibilizadoras de la normativa laboral, ha justificado la reducción de costes que implica la externalización como causa suficiente para la aplicación de despidos por causa económica, técnica, organizativa o de producción. Pese a las correcciones puntuales que, también en el ámbito jurisprudencial, en ocasiones se han ido produciendo² las categorías se han ido consolidando y han generado un ámbito de prestación de servicios desprotegido, marginal y precarizado³.

¹ Las primeras sentencias del TS que reconocieron el contrato de obra vinculado a la contrata datan de 1997. Por todas, STS de 15 de enero de 1997 (Rec. 3827/95).

² Algunos pronunciamientos del TS han tendido a limitar las prerrogativas empresariales en este ámbito estableciendo, por ejemplo, que la sucesión de una contratista por otra no extingue el contrato de obra (STS de 17 de junio de 2008 (Rec. 4426/2006), o que tampoco lo hace la rescisión *ante tempus* de la contrata (STS de 28 de abril de 2015 (Rec. 1016/2014)).

³ Una interesante reflexión acerca del fenómeno por FERNANDEZ AVILES, "Empresas multinacionales y dumping social. Estado de la cuestión", *Revista Trabajo y seguridad Social (CEF)*, nº 405, 2016

La falta de regulación normativa del trabajo externalizado se inserta en un fenómeno generalizado de precarización del trabajo que, hasta la fecha, ha tenido como eje al trabajador. La huida del Derecho del Trabajo se había producido hasta ahora a partir de las llamadas zonas grises fundamentalmente por medio de la expansión de la condición de autónomo. Similar huida se ha producido, de hecho, a partir de la precarización provocada por la contratación temporal masiva. Con la actual situación del trabajo externalizado el fenómeno de las zonas grises de expulsión además se ha expandido al ámbito empresarial. La externalización es un instrumento de expulsión y degradación de las relaciones laborales que aparenta ser novedoso pero que se inserta en una dinámica ya antigua.

La implicación del legislativo no se produce cuando, en el plano ideológico, el Derecho del Trabajo se considera un obstáculo a la competitividad y cuando el objetivo prioritario es la flexibilidad laboral. Es difícil pensar en que el mantenimiento de la actual falta de protección en las situaciones de externalización sea inevitable o fruto de una involuntaria falta de previsión. De hecho, la propia actuación del legislativo español que operó la reforma del 2012 ha servido para endurecer la marginalidad del trabajo externalizado al otorgar mayor entidad a los convenios de empresa. En definitiva, para garantizar un marco de trabajo digno para los trabajadores externalizados debiera producirse una regulación normativa más garantista que, entre otras cosas, recuperara las responsabilidades de las empresas implicadas y las devolviera al ámbito aplicativo del Derecho del Trabajo⁴. Pero en tanto ello se produce la

⁴ Muy interesantes son las propuestas para incrementar las garantías de los trabajadores en contratas expuestas por FALGUERA BARÓ, *La externalización y sus límites*, Albacete, 2015. Apunta, por ejemplo, el autor, la necesidad de replantear el concepto de propia actividad como presupuesto aplicativo del art. 42 ET. También propone aplicar las consecuencias de la cesión legal a la contrata por medio de la posibilidad de entrar en la plantilla indefinida de la empresa contratante (que en la Administración sería indefinido no fijo).

situación desregulada actual es fruto de una determinada opción ideológica y de una concreta concepción de las relaciones laborales.

Se constata, sin embargo, que después de bastantes años de retroceso de la norma laboral, han empezado a reaparecer viejos límites. Es llamativo el resurgimiento reciente de los derechos fundamentales⁵, los acuerdos internacionales⁶ o incluso la normativa de la Unión Europea como insospechadas líneas rojas a las prerrogativas empresariales. Las relaciones laborales se desarrollan, pues, en un nuevo escenario en el que los derechos sociales efectivos se diluyen en su contenido al pertenecer a textos más imprecisos, aunque curiosamente asciendan de rango. Es una nueva realidad en la que aparecen nuevas dimensiones que adoptan también terminologías alternativas a las que pretendían justificar la desregulación: es particularmente significativa la aparición del “trabajo decente”, en el seno de la OIT, como la otra cara de la moneda de la “flexiguridad”⁷. Incluso se revitaliza la

⁵ Ciertamente el Tribunal Constitucional ha legitimado la validez constitucional de la reforma laboral de 2012 (SSTC 119/2014, de 16 de julio; o 8/2015, de 22 de enero) pero es significativa la persistencia e intensidad de las dudas sobre la legitimidad constitucional de la reforma que se plantearon desde el mismo momento en que se aprobó. Por todos, RODRIGUEZ - PIÑERO, VALDÉS DAL-RÉ y CASAS BAAMONDE, “La nueva reforma laboral”, *Relaciones Laborales*, 5, 2012.

⁶ De particular relevancia está siendo en los últimos años la virtualidad de la Carta Social Europea como instrumento limitativo de las reformas laborales recientes. Así lo refieren SALCEDO BELTRÁN, “Incumplimientos de la Carta Social Europea por España. Conclusiones XX-2 (2013)”, *Revista de Derecho Social*, 66, 2014; y SARMIENTO BARRA y AUBRIERE, “La Charte Sociale Européenne et son application par les juridictions internes: regards croisés entre la jurisprudence française et espagnole”, *Lex Social. Revista de Derechos Sociales*, vol. 5, nº 1, 2015. En general, sobre la virtualidad actual del Derecho Internacional del Trabajo, ALFONSO MELLADO, “Constitución, tratados internacionales y Derecho del Trabajo”, *Lex Social. Revista de Derechos Sociales*, vol. 5, nº 1, 2015.

⁷ Resulta de particular interés el alcance del concepto de trabajo decente como nueva dimensión ética. Al respecto, SERVAIS, “El trabajo decente: la visión de la OIT y su puesta en práctica”, *Relaciones Laborales*, 15, 2012, pág. 150 ss. El mismo autor destacó más adelante el dilema conceptual

actuación en el ámbito de los derechos sociales de órganos judiciales internacionales de defensa de los derechos humanos, como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que tradicionalmente había tenido una relevancia menor en la materia jurídico laboral⁸. El papel de la normativa y de la jurisprudencia del TJUE es también particularmente relevante.

De este modo, aunque el régimen jurídico español sobre la externalización laboral pueda ser el resultado de una determinada opción ideológica y política, difícil de contrarrestar si no es por la propia acción democrática, existe el límite de los derechos fundamentales que actúa siempre a modo de línea roja. Además de los textos internacionales más arriba referidos existen, con relación al principio de no discriminación, una serie de imperativos nacidos en el ámbito de la normativa y jurisprudencia de la Unión Europea. Es sabido que la normativa antidiscriminatoria (fundamentalmente por razón de género, pero también la correspondiente a las causas de discriminación de nueva generación) dispone en el ámbito de la Unión Europea de una normativa muy consolidada cuyo cumplimiento es obligatorio para todos los Estados miembros, y cuyo alcance concreto ha sido específicamente detallado en numerosos pronunciamientos del TJUE. En la práctica, algunas de las formulaciones de naturaleza jurisprudencial que actualmente son los ejes de las relaciones laborales externalizadas en nuestro país chocan frontalmente con el principio de no discriminación configurado en la UE.

El derecho a la no discriminación no es un principio general de actuación ni una mera declaración de intenciones, sino que constituye un derecho pleno y efectivo, que exige de las instituciones una tarea de garantía de efectividad. Así lo

entre flexiguridad y trabajo decente en SERVAIS, "El Derecho Internacional del Empleo frente a la crisis", *Temas Laborales* 126, 2014, pág. 14.

⁸ Así lo refiere, entre otros, SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, Paris, 2011, pág. 46

establece con toda rotundidad el derecho de la UE. Efectivamente, el derecho a la acción judicial para la satisfacción de la víctima de discriminación se encuentra formulado en cada una de las tres Directivas antidiscriminatorias. El texto del art. 17 de la Directiva 2006/54 establece, para la discriminación por razón de género, lo siguiente: *Los Estados miembros velarán por que, tras el posible recurso a otras autoridades competentes, incluidos, cuando lo consideren oportuno, procedimientos de conciliación, existan procedimientos judiciales para exigir el cumplimiento de las obligaciones establecidas con arreglo a la presente Directiva en favor de toda persona que se considere perjudicada por la no aplicación, en lo que a ella se refiera, del principio de igualdad de trato, incluso tras la terminación de la relación en la que supuestamente se haya producido la discriminación.* Para la discriminación por razón de etnia el art. 7 de la Directiva 2000/43 tiene un sentido similar. Para la discriminación por razón de religión o convicciones, edad, discapacidad y orientación sexual también tiene igual sentido el art. 9 de la Directiva 2000/78. El derecho a la acción judicial formulado en las Directivas antidiscriminatorias tiene, a su vez, dos contenidos: De un lado supone la existencia de un derecho formal de las víctimas de discriminación al planteamiento de acciones judiciales por vulneración del derecho a la no discriminación. De otro lado supone también que el ordenamiento debe tener establecidos mecanismos para que al sujeto discriminado le compense la reclamación judicial, porque al final del mismo obtendrá una reparación/compensación adecuada –contenido material del derecho a la acción judicial– (reconocido desde antiguo, por todas, en la STJUE de 2 de agosto de 1993, asunto *Marshall II*). De manera específica para la discriminación por razón de sexo se establece en el art. 18 de la Directiva 2006/54, en su primera frase, el derecho a la acción judicial en su vertiente material del siguiente modo: *Los Estados miembros introducirán en sus ordenamientos jurídicos*

nacionales las medidas necesarias para garantizar la indemnización o la reparación, según determinen los Estados miembros, real y efectiva del perjuicio sufrido por una persona a causa de una discriminación por razón de su sexo, de manera disuasoria y proporcional al perjuicio sufrido. Aunque esta formulación expresa del art. 18 de la Directiva 2006/54 no se encuentra en las otras Directivas antidiscriminatorias (Directiva 2000/43 y Directiva 2000/78) también para las otras causas de discriminación prohibida se aplica el contenido material del derecho a la acción judicial (puesto que proviene de una doctrina antigua del TJUE que procede del derecho a la acción judicial general⁹).

La preocupación por la efectividad de la normativa antidiscriminatoria es una prioridad histórica, que se advierte desde que se reconoció la eficacia directa horizontal de las Directivas antidiscriminatorias (STJUE de 8 de Abril de 1976, asunto *Defrenne*) y que se constata claramente a partir de la gran importancia que en el texto de las tres Directivas antidiscriminatorias se otorga a las cláusulas horizontales. Es una característica poco habitual en las Directivas de la UE (que por definición establecen meramente objetivos y dejan libertad a los Estados miembros para que las desarrollen y garanticen su efectividad de la manera que libremente elijan). En el caso

⁹ Conforme a esta doctrina del TJUE los Estados miembros disponen de plena libertad para establecer los instrumentos que garanticen la efectividad subjetiva del principio antidiscriminatorio (STJUE de 10 de Abril de 1984, asunto *Von Colsson*). No es obligatorio que los ordenamientos garanticen en primer término la recuperación o restitución del derecho, sino que el principio de efectividad material queda garantizado si simplemente se establece una compensación o indemnización adecuada por el daño sufrido (STJUE de 2 de Agosto de 1993, asunto *Marshall II*). Asimismo, la reparación/compensación debe ser adecuada al perjuicio sufrido (STJUE de 10 de Abril de 1984, asunto *Von Colsson*). Indemnización adecuada es la que ofrece una reparación íntegra del daño, por ello no caben indemnizaciones máximas tasadas por ley que pudieran no compensar adecuadamente por el daño sufrido (STJUE de 2 de Agosto de 1993, asunto *Marshall II*; y STJUE de 22 de Abril de 1997, asunto *Draehmpaehl*).

de las Directivas antidiscriminatorias, sin embargo, el legislador de la UE ha optado por utilizar un sistema estricto de garantía de efectividad y descripción concreta de los mecanismos adecuados para garantizarla.

De la contradicción entre el derecho pleno y efectivo a la no discriminación en los términos que se han descrito y algunas figuras consolidadas en nuestro país que constituyen los ejes de las relaciones laborales externalizadas se tratará en la presente exposición. De modo previo se realizará una aproximación al principio de igualdad en la relación laboral externalizada.

2. EL TRABAJO EXTERNALIZADO Y EL PRINCIPIO DE IGUALDAD: ESCASA VIABILIDAD Y DEGRADACIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD

A primera vista, el principio de igualdad sería el primero que aparecería formalmente vulnerado por el actual régimen jurídico de la externalización en nuestro país. Efectivamente, la externalización como técnica de reducción de costes empresariales implica una desigualdad cronológica en la retribución (entre el trabajo que se desarrollaba antes con mayor coste y el posterior externalizado, con coste reducido) y/o una desigualdad horizontal (entre los trabajadores de la empresa principal que percibieran la retribución establecida en el convenio de empresa y los trabajadores externalizados que percibieran por el mismo trabajo la retribución inferior que pudiera venir establecida en el convenio de empresa o sectorial que le resultara de aplicación). Sin embargo, y pese a esta primera percepción, lo cierto es que, a diferencia del principio de no discriminación, el principio de igualdad es un principio muy frágil, que admite notables excepciones y que carece de apoyo rotundo en la normativa de la UE. La fragilidad del principio de igualdad se incrementa notablemente cuando procede de convenio colectivo. Lamentablemente, entiendo, existen serias dificultades para considerar, al menos en atención a la actual doctrina del TC y del TS españoles, que

las diferencias retributivas existentes en los convenios colectivos aplicables en los casos de externalización atenten al principio de igualdad. En el ámbito de la normativa de la UE el principio de igualdad carece de configuración expresa, más allá de la formulación general en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE)¹⁰.

En España el principio de igualdad establecido en el art. 14 CE es un derecho fundamental autónomo¹¹, diferente del derecho a la no discriminación¹². Obliga a la igualdad de trato entre ciudadanos ante situaciones iguales, aunque admite la diferencia cuando resulte objetiva y razonablemente justificada en atención a la consecución de otros fines. Surge como parámetro de actuación de los Poderes Públicos: constituye un principio de orden público constitucional¹³ que enlaza con la configuración del Estado moderno y con los pilares de la propia democracia¹⁴. Es una

¹⁰ El art. 20 de la CDFUE se titula *Igualdad ante la ley* y establece lo siguiente: *Todas las personas son iguales ante la ley*. El art. 21 CDFUE se titula *No discriminación* y establece lo siguiente: *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*

¹¹ El carácter autónomo del derecho fundamental a la igualdad fue descrito y analizado en su momento por RODRIGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER y FERNANDEZ LOPEZ, *Igualdad y discriminación*, Madrid, 1986, pág. 255.

¹² Ambos derechos parecen confluir en uno solo en la regulación del art. 14 CE, siquiera porque vienen formulados en una sola frase, pero este efecto es meramente ilusorio porque el principio de igualdad (*Todos los españoles son iguales ante la ley*) y el de no discriminación (*sin que pueda prevalecer discriminación por razón de...*) son diferentes.

¹³ Así lo definió ALONSO GARCIA, "El principio de igualdad del art. 14 de la Constitución española", *Revista de Administración Pública*, 100, 1983, pág. 88.

¹⁴ Tras la Revolución Francesa el principio de igualdad ante la ley fue un mecanismo para terminar con los privilegios correspondientes a la etapa feudal. Al respecto, PEREZ LUÑO, *Dimensiones de la igualdad*, Madrid, 2005, pág. 19. Refiere este autor la importancia otorgada al principio de igualdad en la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de 1776 y en la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789 (pág. 19).

garantía del ciudadano frente al Estado, que le protege frente a la arbitrariedad de quien ejerce el Poder Público¹⁵. En el ámbito jurídico laboral la aplicación del principio de igualdad se extiende también a los convenios colectivos estatutarios, como una extensión especial del poder legislativo, pero no abarca la actuación del empresario que, como sujeto, privado, tan solo está vinculado por el principio de no discriminación. Tan solo cuando el empresario es la Administración Pública se aplica en su actuación como tal ante sus trabajadores el principio de igualdad. En España el principio clásico de igualdad ante la ley se ha aplicado con una notable flexibilidad, admitiendo numerosas excepciones en atención a las circunstancias concurrentes. Esta técnica de admisión de la desigualdad normativa permitió en los primeros años de democracia que no se generaran vacíos normativos y ha terminado consolidándose como una práctica habitual. Son pocos en la historia de la democracia española los casos en los que una norma legislativa no haya superado la prueba del principio de igualdad ante la ley: lo superaron, por ejemplo, las diferentes relaciones laborales especiales o los diferentes regímenes especiales de seguridad social. Una democracia ya madura aconsejaría una mayor exigencia en la aplicación del principio de igualdad, pero lo cierto es que en nuestro país esta evolución no se ha producido suficientemente.

Similar tolerancia en el cumplimiento del principio de igualdad se advierte también cuando el eventual atentado al mismo se produce en convenio colectivo. Esta escasa exigencia de igualdad en los convenios colectivos es la que explica la degradación en la que se desarrollan actualmente las relaciones laborales externalizadas. La tolerancia en las desigualdades de convenio que, hasta ahora, ha

¹⁵ Según DWORKIN, *Virtud soberana. La teoría y la práctica de la igualdad*, Barcelona, 2003, pág. 451: "La cláusula (de igualdad) no garantiza a cada ciudadano que vaya a beneficiarse de igual modo con cada decisión política; solo le garantiza que va a ser tratado como un igual -con igualdad de consideración y respeto- en el proceso político y en las deliberaciones que producen dichas consecuencias".

caracterizado la práctica judicial, no anticipa que se aplique doctrina diferente a convenios en empresas externalizadas. El principio de igualdad en los convenios colectivos se limita a los convenios colectivos estatutarios. De este modo, los convenios colectivos estatutarios no pueden contener diferencias injustificadas, pero sí que pueden contenerlas los convenios colectivos extraestatutarios. Es paradójico que en la aplicación del propio principio de igualdad se genere una diferenciación tan injustificada como ésta, pero precisamente este hecho da cuenta de la escasa relevancia que tiene la aplicación del principio de igualdad en el ámbito de la negociación colectiva.

Pero el principal obstáculo a la aplicación del principio de igualdad en convenio colectivo proviene del hecho de que éste se refiere exclusivamente al contenido interno del convenio. Nuestro sistema de negociación colectiva, en el que pueden convivir convenios de diferentes ámbitos (sectoriales y empresariales) admite con normalidad que ante trabajos iguales, desarrollados por trabajadores pertenecientes a diferentes empresas con diferentes convenios, se apliquen condiciones diferentes. Y este es precisamente el marco en el que se desarrollan las relaciones externalizadas. De hecho es admisible que, dentro de la misma empresa, existan diferentes convenios (por ejemplo, uno por cada centro de trabajo¹⁶), lo que conduce a la aplicación de condiciones diferentes ante trabajos esencialmente iguales. Es relativamente normal, asimismo, que en casos de transmisión de empresas se produzca la convivencia de varias regulaciones convencionales en la misma empresa aplicables a actividades esencialmente iguales. Por ello resulta difícil aplicar en el caso de empresas externalizadas la prohibición

¹⁶ De hecho, en el ámbito de las empresas externalizadas son varios los pronunciamientos del TS en los que se niega la posibilidad de irradiación de un convenio de centro de trabajo al resto de centros de trabajo de la empresa. Por todas, SSTs de 5 de febrero de 2014 (Rec. 20/2014), de 17 de febrero de 2014 (rec. 31/2014), de 10 de junio de 2015 (Rec. 175/2014) o de 18 de febrero de 2016 (Rec. 282/2014)

de dobles escalas salariales¹⁷. En efecto, la falta de legitimidad de las dobles escalas salariales, cuando se asientan exclusivamente en la fecha de ingreso en la empresa, ha sido establecida reiteradamente (y con numerosos matices) tanto por el Tribunal Supremo¹⁸, como por el Tribunal Constitucional¹⁹, pero siempre se ha referido exclusivamente a las diferencias establecidas en un único convenio colectivo.

En el contexto descrito, existen pocas posibilidades de que pudiera prosperar un supuesto de vulneración del principio de igualdad por diferentes condiciones ante trabajos iguales desempeñados por los trabajadores titulares de una empresa y los externalizados. Tal vez podría concurrir desigualdad ilícita en el supuesto de discriminación indirecta por razón de sexo que podría darse si existieran trabajos masculinizados que tuvieran establecida una mayor retribución que los desempeñados mayoritariamente por mujeres, aunque unos y otros estuvieran establecidos en diferentes convenios colectivos (Asunto *Enderby*, STJUE de 27 de octubre de 1993), siempre y cuando ambos fueran trabajos de igual valor (y no necesariamente iguales). Es, sin embargo, un supuesto demasiado alambicado para ser relevante puesto que la discriminación indirecta concurriría cuando los trabajos masculinizados mejor retribuidos y no externalizados correspondieran a la empresa contratante en tanto que los trabajos feminizados peor retribuidos se

¹⁷ Analizando detalladamente los supuestos en los que se ha admitido la legitimidad de las dobles escalas salariales en convenio colectivo estatutario, por todos, TODOLÍ SIGNES, "El principio de igualdad y las dobles escalas salariales", *Trabajo y Seguridad Social (CEF)*, 383, 2015. También realicé una aproximación al tema en mi trabajo, BALLESTER PASTOR, "Las diferencias retributivas por duración del contrato y por fecha de ingreso: La contribución del Tribunal Supremo a la construcción del principio de igualdad", VVAA (Coord. GARCIA MURCIA), *Libro Homenaje al profesor Antonio Martín Valverde*, Ed. Tecnos, Madrid, 2015.

¹⁸ Por todas, SSTs de 12 de noviembre de 2008, Rec. 4273/2007; de 14 de junio de 2010, Rec. 170/2009; y de 18 de junio de 2010, Rec. 152/2010

¹⁹ Por todas, STC 27/2004, de 4 de marzo

dieran en la empresa externalizada. Requeriría, además, que aunque se tratara de trabajos diferentes tuvieran igual valor. Debe tenerse en cuenta asimismo que el TJUE recientemente ha dado un paso atrás en la doctrina *Enderby* puesto que ha considerado justificadas las diferencias retributivas establecidas en diferentes convenios colectivos cuando se refirieran a puestos masculinizados y feminizados²⁰.

3. EL CONTRATO DE OBRA VINCULADO A LA CONTRATA COMO FIGURA CONTRARIA AL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN

La sentencia del TS que por primera vez estableció que el contrato de obra laboral podía tener como causa justificada la duración de la contrata mercantil que el empresario laboral hubiera realizado con una entidad contratista fue la STS de 15 de enero de 1997 (Rec. 3827/95)²¹. Esta sentencia constituyó un punto fundamental en la degradación de la contratación temporal. De poco sirvieron las varias sentencias posteriores que, con correcciones meramente puntuales, intentaron reconducir la situación²².

²⁰ En el asunto *Kenny* (STJUE de 28 de octubre de 2013, C-247/11) el TJUE consideró que era un criterio válido para configurar una diferencia retributiva de efectos perjudiciales para las actividades desarrolladas mayoritariamente por mujeres el interés por mantener buenas relaciones laborales, dado que se trataba de una diferencia que se encontraba en diferentes convenios colectivos aplicables en la misma empresa, cuyos interlocutores sociales habían llevado a cabo estrategias negociadoras que habían dado mejor resultado para el colectivo masculinizado.

²¹ Realicé un comentario acerca del alcance de esta sentencia en BALLESTER PASTOR, "El contrato temporal condicionado a la duración de la contrata: las nuevas fronteras de la contratación temporal estructural", en AAVV, *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas*, Ed. Tirant lo Blanch, 2000.

²² Por ejemplo, (i) la STS de 5 de abril de 2003 (Rec. 1906/2001) estableció que, en todo caso, los servicios contratados entre principal y contratista debían tener consistencia, individualidad y sustantividad; (ii) la STS de 17 de junio de 2008 (Rec. 4426/2000) señaló que, al fin de la contrata, si se mantiene el mismo contratista, no se extingue el contrato de obra; (iii) la STS de 14 de junio de 2007 (Rec. 2301/2006) clarificó que

Una de las consecuencias más importantes de esta doctrina es que legitimó que las empresas que se dedicaran como actividad habitual ordinaria a prestar servicios mediante contratación para otras empresas pudieran no disponer de plantillas con trabajadores indefinidos. Ello implicaba que los trabajadores no podían nunca acceder a la condición de trabajador indefinido en las empresas que se dedicaran con carácter habitual y ordinario a la contratación con otras empresas. Esta justificación en términos absolutos de la temporalidad tiene una consecuencia de enorme gravedad en el ámbito del principio de no discriminación, puesto que en caso de un despido de carácter discriminatorio, aplicando las reglas establecidas actualmente en nuestro ordenamiento, el trabajador se encontrará privado de una reparación/compensación adecuada. Presenta también otros defectos de no poca entidad: de un lado, tampoco ofrece una protección adecuada para garantizar que el trabajador no deja de ser llamado por la empresa contratista en otras contrataciones por causa discriminatoria; de otro lado, podría incurrir en contravención con lo establecido en la Directiva 99/70 sobre contratos de duración determinada.

Con carácter general, en caso de despido discriminatorio (por razón de género o por cualquiera de las causas de discriminación prohibidas en el ordenamiento español), la consecuencia establecida en el ordenamiento español es la calificación de nulidad del despido (art. 108 LRJS). Sin embargo, si el contrato fuera temporal y hubiera llegado a su término/cumplimiento durante la tramitación del

el acuerdo entre contratante y contratista para poner fin a la contrata antes de tiempo no justifica la extinción del contrato de obra; (iv) la STS de 12 de junio de 2008 (Rec. 1725/2007) interpretó que no es causa de extinción del contrato de obra la rescisión parcial del encargo por parte de la empresa principal (aunque en algunos casos se ha admitido que se extingan contratos de obra cuando se produce una reducción del objeto de la contrata – STS de 18 de diciembre de 2012 (Rec. 1117/2012); (v) la STS de 8 de Noviembre de 2011 señaló que no es causa lícita de extinción del contrato de obra la previsión en contrato de que será causa extintiva la rescisión unilateral de la contrata.

procedimiento judicial (lo más habitual) el trabajador despedido con causa discriminatoria no tendrá derecho a la readmisión (porque el contrato temporal ya ha concluido) ni tampoco a una indemnización compensatoria más allá del simple abono de la retribución correspondiente a los días transcurridos desde la fecha de extinción hasta el momento en que se produjera la fecha de terminación del contrato temporal. Así lo estableció en unificación de doctrina la STS de 28 de abril de 2010 (Rec. 1113/2009), sin que hasta la fecha esta doctrina haya sido alterada o siquiera matizada. Basta leer la sentencia para identificar, asimismo, que lo en ella establecido no constituye una solución puntual a un caso puntual, sino que surgió con vocación de generalidad para ser aplicado en todos los supuestos en que se declarara la nulidad de un despido realizado a cualquier trabajador temporal sea cual fuera la forma de contratación temporal utilizada. Ciertamente, la aplicación de esta doctrina judicial no solo se refiere a los despidos nulos recaídos en contratos temporales de empresas externalizadas, sino que afecta también a los despidos nulos en todo tipo de empresas. Pero debe tenerse en cuenta que, en caso de que se tratara de una empresa ordinaria (no externalizada) al trabajador siempre le cabe la posibilidad de que su contrato sea declarado indefinido por carecer de causa temporal, en cuyo caso la readmisión sería posible. En el caso de las empresas contratistas en externalización la consideración de que existe una relación laboral indefinida es remota (prácticamente quedaría limitada al caso de que se hubiera superado el plazo máximo de trabajo efectivo de 24 meses en 30 meses del art. 15.5 ET). De este modo, aunque un trabajador viera reconocido su despido como discriminatorio, logrando que éste fuera calificado de nulo, lo máximo que conseguiría es que se le abonara la retribución correspondiente a los días transcurridos entre el despido y la fecha de terminación del contrato²³.

²³ Establece literalmente la STS de 28 de abril de 2010 lo siguiente: *Para resolver esta cuestión conviene tener en cuenta que la obligación de dar*

A partir de lo expuesto resulta evidente que el ordenamiento español, como consecuencia de la doctrina judicial contenida en la STS de 15 de enero de 1997 y en la STS de 28 de abril de 2010, no otorga una satisfacción adecuada en los supuestos de despido discriminatorio producido en las personas que prestan servicios para las empresas contratistas en empresas externalizadas, con lo que podría contravenir lo establecido en los art. 17 y 18 de la Directiva 2006/54, así como en el art. 7 de la Directiva

empleo, la de readmitir, es una obligación de hacer que ha devenido en imposible por haber vencido el plazo durante el que se convino que esa obligación existiría. Con ello se quiere expresar que la imposibilidad de la readmisión no es caprichosa, sino que deriva de la extinción lícita de la obligación de dar trabajo, imposibilidad sobrevenida que puede calificarse de objetiva porque, desde el principio, es perceptible por todos y especialmente por quienes convinieron la duración temporal del contrato. Este matiz es importante porque la obligación de indemnizar por los daños y perjuicios causados debe limitarse, conforme al artículo 1.101 del Código Civil, a los derivados de culpa o negligencia del deudor, lo que impide apreciar la existencia de daños y perjuicios con posterioridad a la extinción del contrato, ya que esta fue lícita y fruto de lo convenido por las partes, conclusión que excluye la culpa del deudor e impide al acreedor alegar perjuicios posteriores, porque confiaba en el cumplimiento del contrato durante el plazo pactado, pero objetivamente no podía confiar en otros hipotéticos beneficios posteriores. Ello sentado, como se trata de una obligación de hacer es de aplicar lo dispuesto en los artículos 1.184 y 1.136 del Código Civil, precepto este último aplicable a las obligaciones de hacer por mor de lo dispuesto en su último párrafo. Ello comporta que a partir de la extinción del contrato la empresa no venga obligada a dar ocupación a la parte actora, pues no le es exigible legalmente esa obligación. Sin embargo, viene obligada a indemnizar los perjuicios causados hasta ese día, ya que, la irregular extinción anticipada del contrato le es imputable a ella. Consecuentemente, conforme a la regla tercera del citado artículo 1.136, al no ser posible dar la ocupación pactada durante el periodo de tiempo comprendido entre el día del despido nulo y aquél en el que finalizó el contrato, tal obligación debe sustituirse condenando a la empresa al pago de los salarios (precio de la cosa) que la trabajadora debía haber cobrado de haberse ejecutado el contrato hasta el día pactado. Con ello se repara el lucro cesante que la actora sufrió, pues, cual se dijo antes, a partir de la extinción del contrato no existe pérdida imputable a la empresa y la reparación del lucro cesante debe cubrir el real o probable, pero no el que, aunque sea posible, no es objetivamente probable, sino hipotético e imaginario, como dicen las sentencias de la Sala Primera de este Tribunal de 15 de julio de 1998 y 29 de diciembre de 2001, entre otras.

2000/43 y en el art. 9 de la Directiva 2000/78 (derecho a la acción judicial para la defensa contra la discriminación, *supra*). Si la reparación establecida no da satisfacción adecuada a la víctima de una conducta discriminatoria, el Estado debería garantizar una compensación económica (indemnización) para satisfacer los daños adicionales (particularmente los morales), y también para asegurar una compensación adecuada en caso de que la restitución del derecho no pudiera llevarse a cabo o al menos no suficientemente. En la STEDH dictada en el asunto *García Mateo*²⁴ el TEDH condenó a España por no asegurar una indemnización adecuada a una víctima de discriminación que no pudo ser repuesta en su derecho. Podría decirse, pues, que la restitución/reposición del derecho (o la nulidad) es una posibilidad que tiene cada ordenamiento para hacer efectivo el derecho a la no discriminación pero la indemnización por daños no es una posibilidad sino una obligación, al menos porque no existe otra manera de cumplir el objetivo de reparación completa si la restitución no es posible o no es suficiente.

Tal vez la reforma operada en la LRJS de 2011 que estableció la normalización de las indemnizaciones por vulneración de derechos fundamentales podría servir para alterar (o matizar) la doctrina establecida en la STS de 28 de abril de 2010 sobre la falta de derecho a una indemnización en los despidos nulos de contratos temporales. Pero, en todo caso, a fecha de hoy esta doctrina no se ha alterado expresamente y claramente deja sin reparación efectiva a los sujetos contratados por una empresa dedicada a la prestación de servicios para otras que han sido víctimas de un despido discriminatorio.

Un segundo ejemplo de defecto de protección efectiva en los casos de discriminación de los trabajadores contratados en empresas externalizadas se produce en los supuestos de falta de "re-contratación" por causa discriminatoria. Esencialmente, no debiera existir diferencia entre ser

²⁴STEDH de 19 de febrero de 2013, demanda 38285/09.

despedido por causa discriminatoria o no ser re-contratado (o prorrogado el contrato vencido) también por causa discriminatoria. Tanto en caso de despido como en el caso de que no se produzca la renovación, la prórroga o la re-contratación por causa discriminatoria, la consecuencia debería ser la readmisión (o la recontractación). Con relación a un supuesto de falta de renovación de un contrato temporal motivado por el embarazo de una trabajadora así se estableció en la STJUE de 4 de octubre de 2001 (asunto *Jiménez Melgar*). En esta sentencia el TJUE consideró que la falta de renovación del contrato de la trabajadora embarazada no constituía contravención del art. 10 de la Directiva 92/85 (protección específica de la trabajadora embarazada frente al despido sin causa) sino contravención de lo establecido en el art. 2 de la Directiva antidiscriminatoria por razón de género (la entonces vigente Directiva 76/207 que actualmente es la Directiva 2006/54). Esta precisión es de interés porque permite que la solución establecida en el asunto *Jiménez Melgar* se expanda a todos los supuestos de falta de renovación por causa de discriminación prohibida.

En las empresas dedicadas a la contrata con carácter ordinario como parte esencial de su actividad cada uno de los contratos temporales realizados actúa como un compartimento estanco que no guarda relación con otros contratos temporales que pudieran realizarse con el mismo trabajador para atender otras posibles contrata. Esta fragmentación contractual impide, pues, que se analice la causa de la falta de contratación en posteriores ocasiones. Piénsese, por ejemplo, en el caso de que el empresario hubiera conocido la ideología, la religión o la opción sexual del trabajador y ello hubiera sido la causa de la falta de contratación posterior. Piénsese, igualmente, en el caso de que la falta de nueva contratación se produjera tras una maternidad. La fragmentación contractual artificial generada por la doctrina de la contratación de obra con causa en la contrata impide que opere la renovación contractual (a modo de readmisión) porque no existe reconocida una

relación contractual continuada de base sino meramente un contrato ya concluido. En teoría cabría una reclamación judicial por falta de contratación por causa discriminatoria aunque en estos casos es bastante más complicado que prospere un caso de discriminación.

Finalmente, la doctrina judicial que admite la contratación temporal de obra vinculada a la duración de una contrata y fragmenta las relaciones contractuales en una empresa que, con carácter ordinario, lleva a cabo contrata para otras empresas como parte normal de su actividad podría vulnerar lo establecido en la Directiva 99/70 sobre trabajo de duración determinada. Ciertamente el trato diferenciado que prohíbe la Directiva 99/70 no tiene el mismo carácter que las prohibiciones de discriminación establecidas en las tres Directivas antidiscriminatorias que hasta ahora se han referido (Directiva 2000/43, Directiva 2000/78 y Directiva 2006/54). En la Directiva 99/70 la prohibición de diferencia se refiere a dos modalidades contractuales (los contratos indefinidos y los contratos temporales). Su ámbito de aplicación tiene manifestaciones concretas y diferentes de las establecidas en las tres Directivas antidiscriminatorias clásicas (por ejemplo, la prohibición de trato diferenciado establecida en la cláusula cuarta de la Directiva 99/70 puede ceder por razones objetivas y se establecen precisiones con relación a la antigüedad). De otro lado, no se aplican a la diferenciación por el carácter temporal de la relación contractual instituciones consolidadas en las discriminaciones clásicas, como la discriminación indirecta o la acción afirmativa. Finalmente, en la Directiva 99/70 se establecen medidas particulares sin relación alguna con la protección antidiscriminatoria clásica que tienen sus propias reglas y justificaciones, como el sistema de garantías para evitar el enlace de contratos temporales establecido en la cláusula quinta de la Directiva 99/70. De hecho, la prohibición de discriminación por razón del tipo de contrato a que se refiere la Directiva 99/70 no es una causa de discriminación prohibida que derive de las prohibiciones de discriminación establecidas en las Constituciones de los

Estados miembros, como ocurre con las discriminaciones prohibidas en las tres Directivas antidiscriminatorias clásicas. Sin embargo, la cláusula cuarta de la Directiva 99/70 al establecer la prohibición de diferenciación hace referencia a la prohibición de discriminación, y ello justifica su tratamiento en este momento. Su formulación es lo suficientemente significativa al establecer literalmente lo siguiente: *Principio de no discriminación (cláusula 4). 1. Por lo que respecta a las condiciones de trabajo, no podrá tratarse a los trabajadores con un contrato de duración determinada de una manera menos favorable que a los trabajadores fijos comparables por el mero hecho de tener un contrato de duración determinada, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas.*

La prohibición de diferencias entre trabajadores temporales e indefinidos, a menos que concurriera causa justificada, reconduce a la cuestión de si es razonable que las condiciones de trabajo sean tan diferentes (por ejemplo en materia retributiva por aplicación de diferentes convenios colectivos) entre los trabajadores temporales procedentes de la empresa externalizada y los trabajadores indefinidos de la empresa principal contratante, cuando ambos realicen tareas similares. Tal vez en este caso tanto unos como otros podrían ser considerados trabajadores comparables a efectos de aplicar la prohibición de diferencia injustificada establecida en la cláusula cuarta de la Directiva 99/70, al menos cuando la diferencia entre ellos solo se refiera a la retribución o al alcance de otros derechos laborales pero no al contenido de la prestación laboral.

Resulta claro, a partir de lo expuesto, que la doctrina que admite la contrata mercantil entre empresas como causa suficientemente justificativa para la contratación temporal de obra presenta serias dudas de acomodación a la normativa antidiscriminatoria de la UE, tanto en relación con las Directivas antidiscriminatorias clásicas como en relación a la Directiva 99/70 sobre contratos de duración determinada. La única alternativa posible es la eliminación

de la posibilidad de contratos de obra vinculados a la duración de la contrata. Ello implicaría la obligación de que se formalizaran por parte de la empresa contratista contratos indefinidos. El contrato indefinido podría ser ordinario (en cuyo caso tal vez cabría la posibilidad de que al final de la contrata se considerara que concurre la causa de despido objetivo prevista en el ordenamiento español) o fijo discontinuo. La figura del contrato indefinido ordinario incentivaría que la empresa contratista recolocara al trabajador contratado en otra contrata antes de proceder a la extinción a efectos de evitar el abono de la indemnización de 20 días de salario por año de servicio. La solución del contrato de fijo discontinuo, aun sin ser tan garantista como la contratación indefinida ordinaria por no posibilitar el acceso a la indemnización por despido objetivo a la finalización de la contrata, al menos mantendría la vinculación del trabajador con la empresa para cuando en el futuro existieran nuevas contratas. El mantenimiento del orden de llamamiento actuaría como garantía frente a eventuales faltas de contratación posterior por causas discriminatorias.

4. LA EXTERNALIZACIÓN COMO CAUSA DEL DESPIDO OBJETIVO/COLECTIVO Y LA VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN

Es sabido que las sucesivas reformas operadas en la normativa laboral (y particularmente la de 2012) han servido para facilitar el recurso al despido por causa económica, técnica, organizativa o de producción. Estas reformas no solo han removido obstáculos "formales o de procedimiento" para la aplicación del despido por estas causas (si así pudiera ser considerada la autorización laboral para el despido colectivo desaparecida con la reforma de 2012), sino que también han conducido a una nueva configuración de las causas habilitantes. El nuevo contexto surgido de estas reformas laborales es uno en el que el despido colectivo se configura realmente como una

alternativa a las medidas de flexibilidad interna y no propiamente como *ultima ratio*²⁵. La situación de crisis de empresa (suavizada considerablemente a partir del actual concepto de causa económica) o la eventual mejora de la competitividad (sin exigencia de agotamiento de instrumentos de gestión menos agresivos) justifican el despido por causa económica, técnica, organizativa o de producción. En efecto, se entiende que concurre alguna de estas causas cuando el despido objetivo o colectivo es una medida idónea aunque no se requiere que se pruebe que es la más idónea por parte del empresario. En definitiva, el despido objetivo o colectivo debe superar el juicio de razonabilidad pero no necesariamente el de oportunidad. En este contexto, la externalización de servicios suele ser considerada una buena causa para el despido objetivo o colectivo porque, como consecuencia de su propia degradación, es una medida de reducción de costes. Independientemente de la valoración que pudiera hacerse de esta situación, la aplicación del despido en estos casos debiera tener como límite el respeto a los derechos fundamentales y, en concreto, al derecho a la no discriminación. Sin embargo este límite no siempre se ha respetado. De hecho el incremento de la competitividad que la reducción de costes laborales por medio de la externalización supuestamente supone está justificando actualmente cualquier medida extintiva por causa económica, técnica, organizativa o de producción, incluso aquellas que causan un efecto más perjudicial para las mujeres y que, por lo tanto, son constitutivas de discriminación indirecta. La sentencia del TS dictada en el asunto Meliá (STS de 20 de noviembre de 2015, Rec. 104/2015) es buen ejemplo de ello.

La STS de 20 de noviembre de 2015 resolvió un asunto de despido colectivo por causa productiva y organizativa a

²⁵ Así lo expuse en BALLESTER PASTOR, "La flexibilidad interna en el marco de las relaciones laborales", en VVAA, *Las reformas del derecho del Trabajo en el contexto de crisis económica*, Valencia, 2013.

partir de la externalización del servicio de limpieza de habitaciones de la entidad hotelera. El despido afectó a 52 trabajadores, de los que 49 eran mujeres. La sentencia consideró que no concurría discriminación indirecta por razón de sexo porque *la decisión de externalizar los servicios de limpieza es ajena al sexo de los trabajadores afectados, pues se ha tomado por razones objetivas, relacionados con una mejor organización del servicio que, además, redundaría en una reducción de costes y no con el fin de prescindir de trabajadores del sexo femenino. La decisión de externalizar, sea o no ajustada a derecho, lo que luego se verá, se habría tomado igual si todos los afectados fuesen varones, lo que aplicando el "test de but for" nos lleva a concluir que es ajena a toda discriminación indirecta prohibida por la ley.* Al aplicar esta interpretación el TS partió de un presupuesto incorrecto, puesto que la concurrencia de discriminación indirecta no se detecta por aplicación del test "but for" (que sirve solo para detección de la discriminación directa), sino por el hecho de su afectación mayoritaria al colectivo de mujeres²⁶. Efectivamente, la identificación de la discriminación indirecta se realiza por comparación con lo que le hubiera sucedido a un hombre en la misma situación (test "but

²⁶ En todo caso, no ha sido la STS de 20 de noviembre de 2015 la única que aplicó erróneamente el test "but for" a un caso de discriminación indirecta. En las sentencias que aparecen referidas en esta misma sentencia del TS como antecedentes de aplicación del test "but for" se realizó un uso inadecuado del test "but for": en la STS de 18 de julio de 2011 (mencionada en el fundamento de derecho cuarto, número 2 de la STS de 20 de noviembre de 2015) realmente no se aplicó dicho test sino que se aplicaron simplemente los presupuestos de la discriminación indirecta (mayor afectación de mujeres cuando el ascenso se condiciona a que el trabajo se haya desarrollado a jornada completa); en la otra sentencia referida, la STS de 23 de abril de 2009, se aplicó el test "but for" pero no era un caso de discriminación indirecta sino directa por razón de sexo, dado que se trataba del acceso al permiso por enfermedad de familiar del hospitalizado, que sí que se aplicaba en caso de hospitalización ordinaria de cualquier trabajador/a pero no se aplicaba en caso de hospitalización por parto. Recuérdese que la discriminación por razón de embarazo o maternidad es siempre una discriminación directa por razón de sexo (art. 2.2.c Directiva 2006/54).

for”), pero la discriminación indirecta concurre cuando con determinada medida o acto quedan afectadas mayoritariamente las mujeres (o un colectivo protegido por el derecho a la no discriminación)²⁷. Adviértase que el propio concepto de discriminación indirecta implica que ésta concurre aunque algún hombre pudiera quedar afectado también por la medida o el acto (dado que la afectación femenina debe ser mayoritaria pero no exclusiva). Por eso la aplicación del test “but for” es, por propia definición, incompatible con el concepto de discriminación indirecta.

Pero aun obviando este defecto en la identificación de la discriminación indirecta hay otro contenido en la STS de 20 de noviembre de 2015 que resulta más inquietante: se corresponde con la frase en la que el TS justifica la medida de externalización porque *redundaría en una reducción de costes y no con el fin de prescindir de trabajadores del sexo femenino*. De este modo, la reducción de costes que supone la externalización termina por justificar la medida empresarial de despido colectivo, sin que resulte relevante la mayor afectación al colectivo de mujeres. Sin embargo, como se sabe, la justificación de la discriminación indirecta solo puede prosperar, no solo cuando sea objetiva y razonable sino también cuando *los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados o necesarios* (art. 2.2 de la Directiva 2006/54). Ello significa que, si una determinada medida de gestión empresarial tiene un efecto más perjudicial para las mujeres que para los hombres no será suficiente para justificarla con que se evidencie que es idónea o meramente razonable (lo que implicaría un mero control de legalidad de las causas concurrentes), sino que tendrá que probarse por el empresario que es oportuna

²⁷ El art. 2.2. de la Directiva 2006/54 define la discriminación indirecta por razón de sexo de la siguiente manera: *la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados o necesarios*.

(adecuada o necesaria) en relación con otras medidas posibles de gestión que pudieran haber tenido un menor impacto en el colectivo de mujeres. En definitiva, el mero juicio de razonabilidad que la normativa española parece exigir para justificar los supuestos de despido objetivo o colectivo no es suficiente cuando se alegue discriminación indirecta por mayor afectación de mujeres (o de alguno de los colectivos protegidos por el principio de no discriminación). En tales casos el empresario está obligado a aportar una justificación adicional de oportunidad/adecuación o necesidad en relación con otras medidas posibles que hubieran causado menor impacto. Dado que ni la norma ni la jurisprudencia española admiten este juicio específico de oportunidad en caso de que se alegue discriminación indirecta la normativa actual española y la aplicación jurisdiccional de la misma podrían ir en contra de la normativa de la UE en materia de discriminación indirecta. Recuérdese, por cierto, que la alegación de concurrencia de discriminación indirecta debe generar, conforme a lo establecido en el art. 19 de la Directiva 2006/54 y en el art. 96 LRJS, la modificación de la carga de la prueba por lo que es el empresario el que debe probar la necesidad de que sea ésta la medida aplicable y no otra de menor impacto en el colectivo femenino.