

**Judit Rodríguez Martínez**

**DISCRIMINACIÓN EN EL ACCESO AL EMPLEO POR  
RAZON DE GÉNERO**

**TRABAJO FINAL DE MÁSTER**

**Directora: Dra. María Esther Guerrero Vizuite**

**Tarragona  
2021**

**Este TFM se ha realizado en la modalidad (marcar la opción que corresponda y completar)**

**X Artículo científico**

**La investigación se presenta siguiendo las normas para autores previstas en la Revista de Trabajo y Seguridad Social (RTSS.CEF):[https://www.ceflegal.com/ayuda/pdf/Normas\\_publicacion\\_trabajo\\_seguridad\\_social.pdf](https://www.ceflegal.com/ayuda/pdf/Normas_publicacion_trabajo_seguridad_social.pdf)**

**Trabajo de investigación**

## DISCRIMINACIÓN EN EL ACCESO AL EMPLEO POR RAZÓN DE GENERO

El acceso al empleo esta precedido por los procesos de selección en los que mujeres y hombres se disputan un puesto de trabajo para el que, en cada caso, se requieren una serie de capacidades, formación y experiencia. No obstante, en ocasiones durante el transcurso de las distintas fases del proceso de selección se producen situaciones, comportamientos, actitudes e ideas preconcebidas claramente marcadas por sesgos culturales y sociales que llevan a una toma de decisiones contaminada por la discriminación por razón de género y que supone la vulneración del derecho a la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en el acceso al empleo. Este artículo trata sobre la protección que nuestro ordenamiento jurídico otorga a estas situaciones analizando si ésta es suficiente o no para proteger los derechos de las personas víctimas de discriminación.

## **SUMARIO**

1. Introducción
2. Enclave jurídico y social de la discriminación
  - 2.1. Marco constitucional
  - 2.2. Alcance de la discriminación
  - 2.3. Libertad de empresa y límites a la discrecionalidad
    - 2.3.1. Los planes de igualdad
3. Instrumentos de lucha contra la discriminación en el acceso al empleo
  - 3.1. El CV anónimo
  - 3.2. La integración del derecho a la igualdad en el diseño de algoritmos
4. Tutela judicial de la discriminación en el acceso al empleo
  - 4.1. La acción de discriminación
  - 4.2. El resarcimiento de la víctima
5. Valoración final

---

## 1. Introducción

La discriminación atenta directamente contra el derecho fundamental a la igualdad y, en consecuencia, contra la dignidad de las personas ya que la igualdad viene de la mano de la dignidad como no pudiera ser de otra manera.

El presente trabajo tiene como finalidad analizar qué respuesta da nuestro ordenamiento jurídico a la discriminación en el acceso al empleo por razón de género. Como veremos a lo largo de las diferentes disposiciones que regulan esta materia, se reitera la finalidad de que los mecanismos para prevenir, evitar y reparar las situaciones de discriminación sean reales y efectivos, pero ¿nuestro sistema cumple con su cometido?

El acceso al empleo es la fase precontractual de la relación laboral, es decir, previa a la formalización de la misma a través del contrato de trabajo, donde se producen actos de discriminación por razón de género cuya tutela judicial escasamente se ejercita por las personas que lo sufren ya que como veremos, a pesar de que la carga probatoria recaiga sobre el empresario, previamente el demandante debe aportar indicios suficientes que sustenten su pretensión y en un ámbito precontractual como bien sería el proceso de selección es difícil. A ello se añade el hecho de que muchas de las conductas jurídicamente reprochables son actos de discriminación indirecta por cuanto, aunque tienen plena apariencia de conductas legítimas, en su lectura mucho más profunda se esconden conductas discriminatorias que son aún más difíciles de probar.

El derecho a la libertad de empresa supone que las organizaciones tengan libertad en la toma de decisiones pero, como sucede con todos los derechos sin excepción, este derecho no es absoluto y está limitado, entre otros, por la prohibición de conductas discriminatorias. No obstante, la realidad es otra muy distinta puesto que la configuración jurídica del derecho a la igualdad y no discriminación presenta problemas en su integración y aplicación real.

Por otra parte, uno de los retos del derecho es la crear sistemas que le permitan adaptarse al uso de la tecnología en el acceso al empleo para garantizar el principio de seguridad jurídica, máxime en nuestro ordenamiento jurídico. Actualmente, las aplicaciones móviles y portales virtuales son los recursos de búsqueda de empleo más utilizados. Dichos recursos se nutren de algoritmos que no son diseñados teniendo en cuenta las exigencias legales y de ello pueden

---

derivarse actos de discriminación directa e indirecta. Por ello, resulta necesario acercar la esfera del derecho a esta nueva y creciente presencia de la tecnología en la vida de las personas que inevitablemente tiene un impacto y unas consecuencias a las que resulta necesario dar respuesta.

En el presente trabajo, asimismo, se analizan las vías jurídicas a las que las víctimas de discriminación, sindicatos y la representación legal de los trabajadores pueden acudir con el fin de garantizar la tutela de sus derechos fundamentales. Es decir, se abordan la vía judicial en conexión con el acceso al empleo y cómo se resarce y repara a la víctima de la discriminación sufrida.

## **2. El enclave jurídico y social de la discriminación en el acceso al empleo**

### **2.1. Marco constitucional**

El marco de referencia del derecho a la igualdad en toda su extensión es el artículo 14 de la Constitución española (CE). Dicho precepto consagra la igualdad de todos los españoles ante la Ley, con el fin de evitar cualquier tipo de discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. Esencial, asimismo, es el artículo 9.2 CE el cual atribuye a los poderes públicos el deber de promover las condiciones necesarias para que esta igualdad sea real y efectiva y remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud. Por otra parte, el artículo 40 CE pone especial énfasis en que los poderes públicos realicen una política orientada al pleno empleo a través del desarrollo de políticas dirigidas a la estabilidad económica del país. Por consiguiente, dichos preceptos mencionados anteriormente, representan el mandato constitucional a los poderes públicos para que la igualdad entre las personas no se limite a una mera declaración de intenciones, sino que se integre en todas las políticas públicas. Ello atendiendo a la naturaleza del derecho a la igualdad en tanto derecho fundamental y, por tanto y de acuerdo con el artículo 10.1 CE, en conexión directa e inseparable con la dignidad, el libre desarrollo de la personalidad y el respeto a la ley, el orden público y la paz social como finalidad última de nuestra Carta Magna.

Por otra parte, dentro del enclave constitucional del derecho a la igualdad, el artículo 149 CE otorga al Estado competencia exclusiva en la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales.

---

No obstante, como sucede con todos los derechos fundamentales, ninguno de ellos es absoluto. Así pues "el principio de igualdad, no sólo exige que la diferencia de trato resulte objetivamente justificada, sino también que supere un juicio de proporcionalidad en sede constitucional sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida"<sup>1</sup>.

He ahí, la determinación de la líneas básicas del principio de igualdad establecidas por la doctrina constitucional: "a) no toda desigualdad de trato en la Ley supone una infracción del art. 14 de la Constitución, sino que dicha infracción la produce sólo aquella desigualdad que introduce una diferencia entre situaciones que pueden considerarse iguales y que carece de una justificación objetiva y razonable; b) el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas; c) el principio de igualdad no prohíbe al legislador -o negociador colectivo- cualquier desigualdad de trato, sino sólo aquellas desigualdades que resulten artificiosas, o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y suficientemente razonables de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados; y d) por último, para que la diferenciación resulte constitucionalmente lícita no basta con que lo sea el fin que con ella se persigue, sino que es indispensable además que las consecuencias jurídicas que resultan de tal distinción sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos."<sup>2</sup>

## **2.2. El alcance de la discriminación**

La ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOI) garantiza el principio de igualdad, entre otros ámbitos, en el acceso al empleo. Así lo establece el artículo 5 el cual, junto con el artículo 55 relativo al informe de impacto de género en las pruebas de acceso al empleo público, constituyen los únicos preceptos en la LOI donde se hace mención al concepto de acceso al empleo. En este sentido, en la anterior redacción del artículo 46 de la LOI se hacía referencia al acceso al empleo como contenido necesario mínimo, entre otros, en los Planes de Igualdad en la empresa <sup>3</sup>; concepto actualmente sustituido por el término

---

<sup>1</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (STS) 1131/2020, Sala Cuarta de lo Social de 18 de diciembre de 2020. Rec. 31/2019. FJ 2º

<sup>2</sup> Por todas, STS 1111/2020, Sala Cuarta de lo Social, de 23 de julio. Rec. 65/2019. FJ 4º.

<sup>3</sup> Art.46.2. Para la consecución de los objetivos fijados, los planes de igualdad podrán contemplar, entre otras, las materias de acceso al empleo, clasificación profesional, promoción y formación, retribuciones,

---

procesos de selección y contratación a raíz de la reforma de la LOI que vino de la mano del Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre hombres y mujeres en el empleo y la ocupación. Así pues, dicho artículo 5, mencionado anteriormente, establece en su último apartado, la conducta que debe estar excluida de ser considerada como discriminatoria en el acceso al empleo. En concreto y siguiendo su literalidad dispone:

No constituirá discriminación en el acceso al empleo, incluida la formación necesaria, una diferencia de trato basada en una característica relacionada con el sexo cuando, debido a la naturaleza de las actividades profesionales concretas o al contexto en el que se lleven a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado.

Sea como fuere, para garantizar el principio de igualdad en el acceso al empleo resulta necesario definir las conductas que implican la ruptura del mismo. De hecho, ya en el artículo 3 de la LOI el principio de igualdad se equipará a la ausencia de todo tipo de discriminación, sea directa o indirecta. De ahí, la importancia de la configuración y definición jurídica del concepto de discriminación en consonancia con el propio objeto de la Ley, que no es otro que hacer efectivo el derecho de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres de acuerdo con el artículo 1 de la norma. Cabe recordar que el derecho a no ser discriminados directa o indirectamente para el empleo se reconoce también, como no podía ser de otra forma, en los artículos 4 y 17 del Estatuto de los Trabajadores (ET).

El artículo 6 de la LOI no tan sólo establece lo que jurídicamente se entiende por una discriminación directa e indirecta, sino que determina el marco general del concepto de discriminación. Así pues, y al tenor literal de la norma, constituye una discriminación directa por razón de sexo, toda 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. Al tenor literal de la norma, la discriminación indirecta, por su parte, se considera 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

---

ordenación del tiempo de trabajo para favorecer, en términos de igualdad entre mujeres y hombres, la conciliación laboral, personal y familiar, y prevención del acoso sexual y del acoso por razón de sexo.

---

para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados.

En definitiva, la LOI realiza una definición abierta, inclusiva y excluyente del concepto de discriminación.

Las conductas representativas de una discriminación directa son fácilmente detectables en contraposición a las que forman parte del abanico de la discriminación indirecta. En este último caso, se requiere un análisis mucho más profundo de cada caso por cuanto dichas conductas podrían definirse como conductas aparentemente ajenas a cualquier tipo de discriminación pero que producen un perjuicio real y efectivo. Tal y como afirma Rodríguez Piñero y Bravo-Ferrer (1986), son los efectos de las conductas, el resultado final y no la intención de quien las realiza, lo determinante para calificar un acto como discriminatorio.<sup>4</sup>

No obstante, en lo que se refiere al acceso al empleo, el marco de actuación de una posible discriminación tanto directa o indirecta, no requiere de la existencia de una relación laboral formalmente suscrita a través de un contrato de trabajo, sino que la discriminación se puede manifestar en una fase previa a la toma de decisión de la empresa, en el proceso de selección. La jurisprudencia nos ofrece multitud de ejemplos, y sin ánimos de ser exhaustivos, señalamos un pronunciamiento judicial<sup>5</sup> cuyo objeto litigioso consistió en dirimir si existía discriminación en el hecho de que, concretamente, el puesto de jefe de sector siempre benefició a hombres y nunca a mujeres, hecho constatado al menos en el período de 2001 a 2009, aún existiendo candidatas interesadas que cumplieran con los requisitos exigidos en las distintas convocatorias. Al respecto, el tribunal concluye que “nos encontramos ante un supuesto de discriminación indirecta al haber consolidado la empresa en la categoría a siete trabajadores que venían desempeñando funciones efectivas de jefe de sector durante cierto tiempo, porque se trataba de una medida aparentemente neutra, pero que la empresa debió haber ofrecido el desempeño de tales funciones con anterioridad y aún de forma temporal también a las trabajadoras, que hay en la empresa, aunque sean menos y siendo así no debieron haberse consolidado las plazas indicadas sino que debiera haberse procedido a cubrirlas mediante concurso oposición o promoción interna, dando posibilidad a las mujeres trabajadoras a optar a las mismas. Se añade que los cargos

---

<sup>4</sup> Rodríguez-Piñero, M y Bravo-Ferrer, M.F (1986): “Igualdad y discriminación”, 325. Madrid. Editorial Tecnos. ISBN 9788430912537

<sup>5</sup> Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSJ) de Palma de Mallorca 1131/2020, Sección 1 de 31 de julio de 200. Rec. 346/2019. FJ 6º

---

consolidados no fueron ocupados temporalmente por mujeres y siendo esto así la empresa debió convocar un sistema de acceso que ofreciera las mismas oportunidades a las mujeres”.

Efectivamente, en este caso se constata una discriminación indirecta por cuanto este contexto se encuadraba dentro de una práctica aparentemente neutra que, resulta evidente, perjudicaba al colectivo femenino el cual, aunque era menor en número que el masculino, debía tener las mismas oportunidades en igualdad de condiciones. En este sentido, es representativa también la Sentencia del Tribunal Supremo 145/1991 de 1 de julio en la que se señala que “la discriminación indirecta incluye los tratamientos formalmente no discriminatorios de los que se derivan, por las diferencias fácticas que tiene lugar entre trabajadores de diverso sexo, consecuencias desiguales perjudiciales por el impacto diferenciado y desfavorable que tratamientos formalmente desiguales tienen sobre los trabajadores de uno y otro sexo a causa de la diferencia de sexo”<sup>6</sup>.

Estos pronunciamientos judiciales son sólo una diminuta muestra de la falta de eficacia jurídica de la normativa que pretende la consecución de la igualdad real y efectiva entre hombres y mujeres en lo que al acceso al empleo se refiere, debiéndose en gran parte a la falta de regulación de los procesos de selección que otorga al empresario amplia discrecionalidad.

En definitiva, toda orden de discriminar, directa o indirectamente, por razón de sexo se considerará discriminatoria. Las conductas discriminatorias, tanto las directas como las indirectas, representan un agravio con independencia de la existencia de intencionalidad. La discriminación indirecta resulta más difícil de probar por cuanto aparece camuflada entre conductas que tienen la apariencia de legítimas y detrás de las cuales se esconden verdaderas conductas discriminatorias que suponen, como en el caso de la discriminación directa, un ataque directo a la dignidad de la persona que la sufre.

La LOI, desarrolla el derecho fundamental a la igualdad consagrado en el artículo 14 CE. En consecuencia, la configuración jurídica del concepto de discriminación debe ser amplio de acuerdo con la naturaleza de la norma la cual prohíbe cualquier conducta discriminatoria; concretamente en el artículo 2. Así mismo, el artículo 9 de la LOI añade que “También se considerará discriminación por razón de sexo cualquier trato adverso o efecto negativo que se

---

<sup>6</sup> Rec. Amparo 175/1989. FJ 2º

---

produzca en una persona como consecuencia de la presentación por su parte de queja, reclamación, denuncia, demanda o recurso, de cualquier tipo, destinados a impedir su discriminación y a exigir el cumplimiento efectivo del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres. Se trata, por lo tanto, de proteger al sujeto de toda discriminación sea consecuencia de una decisión empresarial o como consecuencia del ejercicio legítimo de la defensa de su derecho a la igualdad ante una conducta que considera como discriminatoria”.

### **2.3. La Libertad de empresa y límites a la discrecionalidad**

En lo que al acceso al empleo se refiere, la formalización de la relación laboral no es el marco necesario para que se produzca una conducta discriminatoria, sino que la fase previa y preparatoria a la incorporación a un puesto de trabajo, es decir, el proceso de selección en toda su extensión, puede ser el escenario de conductas discriminatorias. Así lo estableció el Tribunal Constitucional, quien a través de distintos pronunciamientos, declaró que “no puede sostenerse en modo alguno que solo cuando está en curso una relación laboral pueda generarse una conducta de esta naturaleza discriminatoria, puesto que, de mantenerse la postura anterior añadía, quedarían al margen de tutela algunas de las más notorias consecuencias de la discriminación como mal social a erradicar por mandato constitucional ( las especiales dificultades en el acceso al empleo de los colectivos discriminados o, en el caso de la mujer, la continuidad de su propia carrera profesional por la maternidad) y, además, quedarían virtualmente vacíos de contenido compromisos internacionales adquiridos por España en esta materia, de cuya virtualidad interpretativa de lo dispuesto en el artículo 14 CE no cabe duda (art.10.2 CE)”<sup>7</sup>. Al hilo de la cuestión, Fernández García (2019) estableció las diversas fases precontractuales que se incluían en el proceso de selección donde podían surgir conductas discriminatorias, siendo ésta una lista no exhaustiva: intermediación laboral, emisión y difusión de una oferta de empleo, las entrevistas y otras pruebas selectivas, la negociación previa a la contratación...etc.<sup>8</sup>

Desde la perspectiva del acceso al empleo, el trato adverso o efecto negativo se encuadraría en la no contratación como consecuencia de una conducta discriminatoria. Por lo tanto, en la fase

---

<sup>7</sup> Por todas, Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 173/1994 de 7 de junio, F.J. 2º. Rec. Amparo 18/1992

<sup>8</sup> Fernández García, A (2019). La lucha contra la discriminación en el acceso al empleo mediante el curriculum vitae anónimo. IUSlabor (1/2019), 237.

---

de la selección para la cobertura de un puesto de trabajo se pueden producir, y de hecho así ocurre, conductas discriminatorias que han provocado que se descarten a candidatos y candidatas por concurrir circunstancias personales o familiares que las empresas han considerado, de forma injusta y discriminatoria, no compatibles con la prestación de servicios, como pudiera ser el embarazo, siendo éste un ejemplo típico.

Destacado es el Informe de Randstad de 20 de agosto de 2018 que concluye que dos de cada diez empresas utilizan las redes sociales para el reclutamiento de los candidatos<sup>9</sup>. Es evidente que la consulta a las redes sociales es una tendencia cada vez más utilizada lo cual conlleva la exposición de la vida privada de los candidatos que puede considerarse apta o no para un determinado puesto de trabajo con las implicaciones legales sobre protección de datos que irremediabilmente se suscitan.

Como resulta evidente, juega un papel decisivo en este contexto la discrecionalidad en la toma de decisiones del empresario. En este sentido, el artículo 38 reconoce el derecho a la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Esta libertad incluye, entre otros, el derecho a escoger a quién contratar y a quien no. No obstante, esta decisión no tiene más límite que el cumplimiento de la ley. Es más que evidente que este límite que, a priori, debería ser más que suficiente para evitar discriminaciones en el acceso al empleo, en la práctica no lo es debido a la falta de regulación de los procesos de selección al que se une la escasa previsión en la negociación colectiva. Al respecto, Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden social establece como infracción grave en su apartado 5 del artículo 15: “La publicidad por cualquier medio de difusión de ofertas de empleo que no respondan a las reales condiciones del puesto ofertado, o que contengan condiciones contrarias a la normativa de aplicación, sin perjuicio de lo establecido en el artículo siguiente”. Además, constituyen infracciones muy graves las conductas empresariales establecidas en el artículo 8.12 y 16.b): “Solicitar datos de carácter personal en los procesos de selección o establecer condiciones, mediante la publicidad, difusión o por cualquier otro medio, que constituyan discriminaciones para el acceso al empleo por motivos de sexo, origen, incluido el racial o étnico, edad, estado civil, discapacidad, religión o convicciones, opinión política, orientación sexual, afiliación sindical, condición social y lengua dentro del Estado” y “ Las decisiones unilaterales de la empresa que impliquen discriminaciones

---

<sup>9</sup> Recuperado de <https://www.randstad.es/nosotros/sala-prensa/dos-de-cada-diez-empresas-utilizan-las-redes-sociales-para-reclutar-nuevos-candidatos/> el 31 de mayo de 2021.

---

directas o indirectas desfavorables por razón de edad o discapacidad o favorables o adversas en materia de retribuciones, jornadas, formación, promoción y demás condiciones de trabajo, por circunstancias de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con otros trabajadores en la empresa o lengua dentro del Estado español, así como las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación”, respectivamente. Las infracciones graves suponen multas de entre 626€ a 6250, y las muy graves de 6251€ a 187.515€.

Por último, el artículo 35 del Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Empleo, establece que constituyen ofertas discriminatorias las que se refieran a uno de los dos sexos, salvo que se trate de un requisito profesional y determinante de la actividad a desarrollar considerándose discriminatoria, en todo caso, la oferta referida a uno de los sexos basada en exigencias del puesto de trabajo relacionadas con el esfuerzo físico.

Por consiguiente, a pesar de la libertad de contratación del empresario, la ley impone límites específicos relativos a las ofertas de empleo que publique y a las decisiones que adopte las cuales, en ningún caso, estarán cimentadas en motivos de discriminación directa e indirecta.

### **2.3.1. Los Planes de Igualdad**

Los planes de igualdad son un instrumento importante para ejercitar la responsabilidad social corporativa de las empresas en lo que respecta a la consecución de la Igualdad real y efectiva de oportunidades entre mujeres y hombres a través, tal y como establece la propia LOI, de medidas evaluables dirigidas a remover obstáculos que impiden o dificultan la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

Antes de la reforma de la LOI por el RDL 6/2019, sólo las empresas de más de 250 trabajadores tenían la obligación de tener Plan de Igualdad y el acceso al empleo, entre otras materias, se regulaba como contenido orientativo y no obligatorio en el mismo. Así pues, el amplio margen de discrecionalidad en lo que se refiere al contenido de los Planes de Igualdad unido al hecho de

---

que muchas empresas quedan fuera de la obligatoriedad de disponer de éstos, no ha hecho más que fomentar este margen de discrecionalidad al que se une el hecho de que la discriminación en sede precontractual pocas veces es objeto de pleito.

Los Planes de Igualdad de las empresas son el instrumento que permite facilitar el derecho a la igualdad de oportunidades. A partir de la reforma de 2019 en virtud del ya citado RDL 6/2019, las empresas a partir de 50 trabajadores deben disponer de Plan de Igualdad y el contenido de éste debe contener previsiones específicas respecto de los procesos de selección y contratación. Por consiguiente, se puede afirmar que se ha dado un paso hacia adelante en la consecución de la igualdad real y efectiva en lo que al acceso al empleo concierne por los siguientes motivos:

- Se amplía de forma importante el número de empresas que deben disponer de Plan de Igualdad.
- El contenido del Plan de Igualdad deja de regularse a título orientativo y se establece unas materias obligatorias en su contenido, como ocurre con los procesos de selección y contratación.
- Se reduce el margen de discrecionalidad del empresario debiendo ajustar sus decisiones a la legislación vigente, negociación colectiva (si es el caso, y los procesos de selección y contratación están regulados) y al Plan de Igualdad.

En lo que respecta a las empresas de menos de 50 trabajadores la LOI, en su artículo 48, tan sólo dispone la obligatoriedad de que las mismas dispongan al menos de políticas internas en materia de igualdad, aunque no se denominen planes. Dada la importancia del bien jurídico objeto de vulneración, se considera oportuno que estas empresas también dispongan de un plan de igualdad ya que esta libertad de decisión de las empresas deja a un elevado volumen de trabajadores en situación de mayor vulnerabilidad ante la discriminación en acceso al empleo lo cual, junto con las carencias ya aducidas de las previsiones de nuestro ordenamiento jurídico al respecto, no hace más que favorecer la proliferación de conductas discriminatorias. Según datos estadísticos del informe anual sobre empresas del Ministerio de industria<sup>10</sup>, comercio y turismo, el número de empresas por año y tamaño en el año 2019 fue el siguiente:

---

<sup>10</sup> Recuperado de <http://www.ipyme.org/es-ES/AreaEstadisticas/Paginas/Estadisticas.aspx>, el 8 de abril de 2021.

---

Plantilla	Porcentaje empresas
Mas de 50 trabajadores/as	0,63279353
Menos de 50 trabajadores/as	99,2254499

De estos datos se deduce que menos del 1% de las empresas en nuestro país tienen la obligación de disponer de Plan de Igualdad que regule las condiciones de acceso al empleo.

Es evidente pues que la normativa no responde ni se integra suficientemente en el contexto empresarial actual de nuestro país ya que el número de empresas responsables de implantar un Plan de Igualdad con medidas que garanticen el acceso al empleo en condiciones de igualdad no es representativo del entorno laboral.

### **3. Instrumentos de lucha contra la discriminación en el acceso al empleo.**

#### **3.1. El curriculum vitae anónimo**

En 2017, el llamado Curriculum vitae anónimo (CVA) llegó a nuestro país de la mano del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad (actual Ministerio de Igualdad) a través del Instituto de la Mujer para la Igualdad de Oportunidades. Se trata de un proyecto al que se pueden adherir las empresas mediante la formalización con el Ministerio de un convenio regulador que en este caso es el Protocolo general para el diseño, Implantación y valoración del CVA para la selección de personal. En dicho Protocolo, el Ministerio reconoce que “siguen existiendo sesgos discriminatorios de género en los procesos de selección de personal para acceder a puestos de trabajo en el ámbito público y privado”. Por lo tanto, el CVA se articula con la finalidad de luchar contra estas discriminaciones que siguen latentes en el ámbito del acceso al empleo y, más concretamente, en el proceso de selección.

CVA es una de las medidas que promueve el Ministerio de Igualdad en la lucha contra sesgos discriminatorios en el acceso al empleo. Consiste en eliminar del curriculum cualquier dato del candidato/a que puede dar lugar a discriminación en un proceso de selección, es decir, entre otros, foto, edad, sexo, raza u origen geográfico. Muchas son las organizaciones que se han adherido a esta propuesta del Ministerio, pero la implantación de esta medida es compleja por cuanto implica recibir las candidaturas para posteriormente eliminar dichos datos o configurar tecnológicamente la fuente de reclutamiento para que se eliminen los mismos.

---

El protocolo lo define como “el que suprime referencias personales tales como el nombre y apellidos, sexo o edad, y no incluye tampoco fotografía, ni cualquier otro dato que pudiera dar lugar a cualquier sesgo discriminatorio en un proceso de selección de personal, con el fin de centrarlo en lo único que a priori tendría que ser relevante a la hora de acceder a un empleo o puesto, como serían la formación, cualificación, capacidades y perfil del candidato o candidata que mejor se adapta a la función a desarrollar”<sup>11</sup>.

Para la implantación del CVA el Protocolo prevé la constitución de grupos de trabajo entre ambas partes, las cuales desarrollaran el proyecto durante un plazo inicial de 24 meses prorrogables. Este proyecto piloto finalizó en 2020 emitiéndose el informe final sobre los resultados obtenidos en octubre de ese mismo año.

El Protocolo contiene tan sólo cinco cláusulas reguladoras del proceso de implantación, las cuales son demasiado abiertas e imprecisas de acuerdo con el ánimo que el propio protocolo reconoce de ser flexible, abierto y dinámico. Se vuelve a caer en el margen de discrecionalidad empresarial el cual representa un riesgo en la aparición de conductas discriminatorias en el proceso de selección. En este sentido, tal y como afirma Fernández García (2019), la implantación de un sistema efectivo de CVA necesita tres pilares básicos: uso de la tecnología informática, asesoramiento técnico-jurídico en el proceso y una política alineada con la lucha contra la discriminación<sup>12</sup>. Al respecto, la inteligencia artificial en la toma de decisiones esta avanzando a pasos agigantados y corresponde al derecho alcanzar la plena integración. Ello no es tarea fácil ya que el proceso de selección dispone de escasa regulación jurídica y la intervención de la tecnología esta muy presente, siendo la principal fuente de reclutamiento de personas candidatas para los puestos de trabajo vacantes en las empresas. Nos referimos a las webs de empleo, webs corporativas y APP de búsqueda de empleo, donde se publicitan las ofertas de empleo y los interesados/as pueden inscribirse. La decisión de incorporar o descartar a una persona candidata en un sistema de curriculum anónimo, requiere necesariamente de la intervención humana y ésta esta marcada por la falta de regulación jurídica, la persistencia de sesgos discriminatorios y por la política real de la empresa en materia de Igualdad, que como ocurre en muchos casos, no estará alineada con la política real en materia de Igualdad que oficialmente la representa y difunde.

---

<sup>11</sup> Recuperado de [https://www.igualdadenlaempresa.es/novedades/noticias/docs/Protocolo\\_cv\\_anonimo.pdf](https://www.igualdadenlaempresa.es/novedades/noticias/docs/Protocolo_cv_anonimo.pdf) , 23 de febrero de 2021.

<sup>12</sup> Fernández García, A (2019). La lucha contra la discriminación en el acceso al empleo mediante el curriculum vitae anónimo, ob. cit. p. 244.

Por consiguiente, a los inconvenientes que ya vaticinaba Fernández García (2019, p.244), éstos son, complejidad, coste elevado y uso de la tecnología por personas con poca formación que a su vez suelen formar parte de los grupos con mayor posibilidad de ser discriminados o excluidos del mercado laboral<sup>13</sup>, se une la falta en el protocolo (único texto jurídico de referencia sobre el proyecto) de una regulación específica de los mecanismos de control sobre el diseño del proceso de implantación del CVA ya que, aunque el protocolo prevé grupos de trabajo, el Ministerio se limita a dar recomendaciones para la mejora del proyecto, pero finalmente será la empresa la que decide cómo extrapolará este sistema a los procesos de selección que, por lo tanto, seguirán desprovistos de normativa jurídica reguladora específica en pro de la libertad de empresa, en su manifestación de libertad de contratación, y de los riesgos que la misma entraña. Por otra parte, tal y como pasa también con el distintivo de Igualdad,<sup>14</sup> disponer del mismo es una forma de dar visibilidad desde el Ministerio a las empresas adheridas y ello también es un factor muy atractivo para las 92 entidades que en 2019 habían formado parte de la experiencia y de quienes se espera un compromiso pleno con la Igualdad de oportunidades confiando en que en la práctica sea realmente así.

### **2.3.2. La integración del derecho a la igualdad en el diseño de algoritmos**

Por mandato constitucional, en concreto el art.40.1 CE, los poderes públicos deben desarrollar una política orientada al pleno empleo. No obstante, la realidad es otra bien diferente y esta constatada la ineficacia del Servicio Público de Empleo (SPE) para lograr esta finalidad. A título de ejemplo, según los datos estadísticos del mes de marzo de 2021, a través del SPE se colocaron en el mercado de trabajo a 1.337.708 personas de los 7.194.955 demandantes de empleo y en el mismo mes del pasado año se colocaron 1.276.025 de los 4.981.159 demandantes de empleo<sup>15</sup>. Es mas que evidente que el SPE no cumple con uno de sus principales cometidos que, de acuerdo con el artículo 7 del Real Decreto 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Empleo, es el de fomentar el

---

<sup>13</sup> Fernández García, A (2019). La lucha contra la discriminación en el acceso al empleo mediante el curriculum vitae anónimo, ob. cit. p.260

<sup>14</sup> El distintivo “Igualdad en la Empresa” o DIE, como se le denomina coloquialmente, es una marca de excelencia que se obtiene en convocatorias anuales y que reconoce a las empresas y otras entidades que destacan en el desarrollo de políticas de Igualdad entre mujeres y hombres en el ámbito laboral, mediante la implementación de planes y medidas de igualdad. Recuperado de <https://www.igualdadenlaempresa.es/DIE/red-DIE/home.htm> el 22 de abril de 2021.

<sup>15</sup> Recuperado de <https://sepe.es/HomeSepe/que-es-el-sepe/estadisticas.html> el 5 de abril de 2021.

---

empleo y facilitar la información necesaria que permita a los demandantes de empleo encontrar un trabajo.

Es aquí, donde la intermediación laboral privada juega un papel fundamental a través de los portales virtuales de empleo y las apps, siendo éstos la principal vía para la captación de personas que desean optar a un puesto de trabajo; y es en este contexto donde los algoritmos asumen un papel esencial en el proceso. Nos adentramos en una esfera fuera de lo estrictamente jurídico pero que puede ser el origen de conductas discriminatorias. Nos referimos pues, a prácticas que se han anclado potencialmente en ámbitos normativos como el acceso al empleo y cuya influencia no está lo suficientemente determinada puesto que aún queda la tarea más difícil, regular el diseño de los algoritmos de forma ajustada a derecho.

Un algoritmo, de acuerdo con Monasterio Astobiza (2017)<sup>16</sup> es un código software que procesa un conjunto limitado de instrucciones, las cuales se diseñan siguiendo unos parámetros empresariales donde intervienen sesgos discriminatorios. En este sentido, las llamadas killer questions o preguntas de crivaje que deben contestar los candidatos en los portales virtuales de empleo, pueden dejar fuera del proceso de selección a personas candidatas por razón de, a modo de ejemplo: lugar de residencia, expectativas salariales, hijos, etc...E incluso, aún sin la intervención de dichas preguntas, la intermediación laboral o la propia empresa puede realizar filtrajes de candidato en base a criterios de discriminación como edad, sexo, aspecto físico, origen geográfico, etc...produciéndose discriminación múltiple en muchos casos. Cabe tener en cuenta que las APP de búsqueda de empleo utilizan sistemas de geocalización móvil que ya, por sí mismo y sin intervención humana, descartan a personas candidatas por el lugar de residencia desconociendo si éstos o éstas estarían dispuestos a cambiar de residencia para ocupar un determinado puesto de trabajo.

En consecuencia, tal y como apunta Boix Palop (2020)<sup>17</sup>, ante esta nueva tercera revolución tecnológica y productiva, el papel de la Ley ha de ser totalmente consecuente con esta necesidad de establecer objetivos y tratar de, a partir de ahí, reorientar el funcionamiento de estos

---

<sup>16</sup> Monasterio Altobiza, A (2017). Ética algorítmica: Implicaciones éticas de una sociedad cada vez más gobernada por algoritmos. *Dilemata* (24/2017), 186.

<sup>17</sup> Boix Palop, A (2020). Los Algoritmos son reglamentos: la necesidad de extender las garantías propias de las normas reglamentarias a los programas empleados por la Administración para la toma de decisiones. *Revista de derecho público: Teoría y Método* (1/2020), 223-234

---

instrumentos.

Aunque el sistema de toma de decisiones a través de algoritmos ya lleva años en funcionamiento, muy pocos pronunciamientos judiciales hay al respecto del uso de los mismos en las pruebas de selección y de éstos se advierte una extremada prudencia en su abordaje puesto que la jurisdicción tan sólo puede hacer un control estrictamente jurídico para evitar la infracción del ordenamiento jurídico, la arbitrariedad y la desviación de poder. A título de ejemplo, se cita la Sentencia del Tribunal Constitucional 353/1993 de 29 de noviembre y la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 26 de febrero de 2001, cuyos pronunciamientos van en esta línea.

Como consecuencia de ello, a los sesgos discriminatorios que aún persisten en el acceso al empleo, con la inteligencia artificial se ha cimentado el escenario perfecto para la vulneración de derechos fundamentales puesto que aquí se produce una situación paradójica ya que la configuración algorítmica es la clave en los procesos de selección donde debe respetarse la igualdad de oportunidades y no discriminación, pero no obstante, en este caso el control de la legalidad es difícilmente asumible tanto por parte de los poderes públicos como por parte de las personas que se postulan para un puesto de trabajo. En consecuencia, se quebranta, por un lado, el mandato de cumplimiento de la legalidad por parte de los poderes públicos de acuerdo con el artículo 9 CE y, por otro, la tutela judicial efectiva de las personas candidatas a un puesto de trabajo, quienes muy difícilmente acudirán a la jurisdicción social para denunciar una discriminación basada en algoritmos en un proceso de selección.

Dar respuesta a este problema no es fácil. Fernández García (2019)<sup>18</sup> se pronuncia en este sentido al decir que “A nuestro entender, los avances tecnológicos están desbordando al jurista y, por ese motivo, debemos avanzarnos y abrir nuestras vías de investigación (siquiera tangencialmente) hacia ámbitos como la informática, la gestión de empresas, etc...con la finalidad de conocer las prácticas que chocan o chocaran con lo dispuesto en el ordenamiento jurídico-laboral”.

Así pues, resulta del todo necesario:

---

<sup>18</sup> Fernández García, A (2019). La discriminación en el acceso al empleo por razón de origen geográfico. Revista de derecho social (85/2019), 22.

1. Integrar al derecho en el diseño de la inteligencia artificial.
2. Mayor intervención y adaptación de los poderes públicos, sobretodo por parte de la Inspección de trabajo, a esta nueva realidad con el fin de diseñar sistemas de control sobre la inteligencia artificial y su proyección en los procesos de selección con el fin de detectar discriminaciones, sancionarlas y restaurar el sistema.
3. Mayor transparencia a las personas candidatas a un puesto de trabajo de conocer los algoritmos empleados en el proceso de selección que han llevado a su descarte con la finalidad de no vulnerar su ejercicio, si lo consideran oportuno, a la tutela judicial efectiva en caso de discriminación.

#### **4. La tutela judicial de la discriminación en el acceso al empleo.**

##### **4.1. La acción de discriminación**

La discriminación en el acceso al empleo es consecuencia de la falta de regulación y transparencia de los procesos de selección, en especial en el ámbito de la empresa privada. Significativa, en este sentido, es la jurisprudencia cuando establece que “Ahora bien, esta exigencia al empleador de acreditar que los criterios seguidos son ajenos a todo móvil de trato discriminatorio, por descansar en razones objetivas, sólo es procedente en aquellos casos en que la parte demandante aporte al proceso un mínimo de indicios suficientes, o un principio de prueba que genere razonablemente una apariencia o presunción sobre la realidad de la conducta empresarial que se denuncia”<sup>19</sup>. De ello, se desprende que sólo cuando una persona ejerza su derecho a la tutela judicial por considerarse víctima de discriminación en un proceso de selección y, por lo tanto, por vulneración del derecho fundamental a la igualdad, la empresa deberá acreditar la no concurrencia de discriminación alguna en la selección. Así pues, la tutela de la igualdad en el acceso al empleo queda relegada a la interposición de la pertinente demanda y, lamentablemente, los casos que se sustancian ante un procedimiento judicial son muy escasos.

Muy acertadamente señala García-Izquierdo (2007): “el entorno jurídico de la selección de personal adolece de la precisión insuficiente y necesaria. En España carecemos de una legislación clara que oriente al profesional en la toma de decisiones no discriminatorias en los

---

<sup>19</sup> STC 41/1999, de 22 de marzo. Rec.756-1996. FJ. 4º

---

procesos de selección, aunque si existen preceptos dispersos que se pueden tomar como referencia en el acceso al empleo pero que no ofrecen una guía o modelo de actuación”<sup>20</sup>.

Ante una demanda por discriminación y por tanto por vulneración de un derecho fundamental se produce, una vez constatados la existencia de indicios suficientes, una inversión de la carga de la prueba que supone el deber de la empresa de probar la inexistencia de discriminación atendiendo a la razonabilidad y proporcionalidad de la conducta objeto del pleito. No obstante, para que opere la inversión de la carga de la prueba los indicios de la parte que alega la vulneración del principio de igualdad deben ser consistentes y pertinentes. En concreto, y de acuerdo con el art. 179 Ley 36/2011 de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (LRJS), es imprescindible para que la demanda prospere que contenga al menos la descripción de los hechos que provocaron la lesión del derecho fundamental, la cuantía de la indemnización y las circunstancias relevantes para la determinación de dicha indemnización, es decir, gravedad, duración y consecuencias del acto lesivo. Tal y como señala la jurisprudencia, no basta simplemente con que el trabajador afirme el carácter discriminatorio de la conducta, sino que ha de acreditar la existencia de indicios que:

- Deben permitir deducir la posibilidad de que aquella vulneración constitucional se haya producido
- Generen una razonable sospecha, apariencia o presunción en favor de la semejante afirmación
- Se trate de una prueba verosímil o principio de prueba revelador de la existencia de una sospecha vehemente de una discriminación.

Constatados dichos indicios, el demandado asume la carga de probar que los hechos motivadores de la decisión son legítimos, proporcionados y razonables.

A mayor abundamiento, y tal y como señala la STC 154/2006 en su fundamento jurídico 6º, “cualquier comparación que se realice, o pauta relacional que se incorpore, a un juicio de discriminación no puede emplearse como sustento de la negación de su concurrencia, sino, a lo

---

<sup>20</sup> León García-Izquierdo, A., García Izquierdo, M. (2007): Discriminación, igualdad de oportunidades en el empleo y selección de personal en España. Revista de Psicología del Trabajo y de las Organizaciones, (23/2007), 111-138. Recuperado de <https://journals.copmadrid.org/jwop/files/103497.pdf>, 2 de marzo de 2021.

---

más, cómo apoyo en la acreditación de su existencia”. En la misma línea se pronuncia el Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea (TJUE) con la Sentencia de 1986 Bilka, C-170/184, donde se señaló que “se trata de constatar que los medios son idóneos para alcanzar el objetivo de que se trata y necesarios a tal fin”. En definitiva, como indicó en su momento Sáez Lara (1990) se trata de superar el test de la esencialidad, es decir, que la medida sea indispensable para la empresa, no existiendo medios alternativos que permitan alcanzar el objetivo empresarial sin vulnerar la prohibición de discriminación.

Por lo tanto, aunque formalmente, la carga de la prueba recaiga sobre el demandado en estos casos, esta inversión de la carga probatoria sólo se producirá cuando de la demanda se desprenda cierta consistencia y ello no es tarea fácil en un caso de discriminación en el acceso al empleo cuando, en la mayoría de ocasiones, el demandante tan sólo dispone de su versión de los hechos la cual no puede apoyarse en otro medio probatorio que no sea su propio testimonio. Así pues, en la fase previa a la contratación, ofrecer indicios necesarios que sustenten la admisión de una demanda no es fácil y hay muy poca jurisprudencia por la falta de activación de procedimientos en este sentido. Al hilo de la cuestión, es decisiva la Sentencia del TJUE de 19 de abril de 2012 en el Asunto Galina Meister cuyo objeto litigioso era la reclamación de una candidata que fue privada de conocer los motivos de su exclusión en un proceso de selección a pesar de haber solicitado una justificación a la empresa que desestimó su candidatura. Examinado el asunto, el Alto Tribunal Europeo determinó que, ante la negativa total del empresario a ofrecer una justificación sobre la exclusión de la candidata en el proceso de selección, existen indicios para declarar la concurrencia de discriminación basada, precisamente, en dicha negativa del empresario.

El proceso cuyo objeto es la tutela de derechos fundamentales y libertades públicas esta regulado en el Capítulo XI, libro II del Título I de la LRJS, concretamente en los artículos 177 a 184. A este proceso la Ley le atribuye un carácter urgente en su tramitación y la intervención, poco habitual en la jurisdicción social, del Ministerio fiscal como parte el cual tendrá como misión asegurarse de la integridad de la reparación y la adopción, si es el caso, de cuantas medidas cautelares fuesen necesarias.

Por otra parte, la legitimación pasiva en estos procesos no se limita al empresario, sino que el demandante puede dirigir su demanda a cualquier otro sujeto que resulte responsable con independencia del vínculo que le une al empresario. De esta manera y junto a la inversión de la

---

carga probatoria, el legislador otorga a este proceso un plus de garantía y protección de acuerdo con el bien jurídico protegido, la igualdad, y su enclave en la Constitución donde goza de especial amparo.

#### **4.2. El resarcimiento de la víctima**

La LRJS dispone que, una vez constatada la existencia de vulneración del derecho fundamental, el juez de instancia dictará sentencia la cual declarará la nulidad y cese inmediato de la actuación discriminatoria del empresario, lo que supone la reposición de la situación al momento anterior a la misma. Del mismo modo, la Sentencia deberá pronunciarse sobre la indemnización por los daños sufridos, incluidos los morales, para así reparar a la víctima.

Sobre la indemnización de la víctima, se pronuncia el artículo 10 LOI que impone la nulidad a los actos y cláusulas de los negocios jurídicos que constituyan discriminación por razón de sexo; una consecuencia también prevista para tales conductas en el artículo 17 del ET, a la que se une el establecimiento de una responsabilidad basada en reparaciones e indemnizaciones reales, efectivas y proporcionadas al perjuicio sufrido, así como en su caso, a través de un sistema eficaz y disuasorio de sanciones que prevengan la realización de conductas discriminatorias.

Sobre el juez de primera instancia recaerá la responsabilidad y obligación de determinar una indemnización cuya cuantía, de acuerdo con el artículo 183, sea suficiente para resarcir el daño moral unido a la vulneración del derecho fundamental y los daños y perjuicios adicionales derivados. Dicho precepto jurídico, en aras de dar una mínima orientación sobre la cuantificación de la indemnización, establece que la indemnización será compatible con la que pudiera corresponder al trabajador por la modificación o extinción del contrato de trabajo o en otros supuestos establecidos en el Estatuto de los Trabajadores y demás normas laborales. Se trata de una competencia exclusiva del juez de instancia tan sólo limitada si se tratara de una cuantía irrazonable o arbitraria.<sup>21</sup>

En consecuencia, la indemnización abarca, por un lado, los daños materiales causados a la víctima que se traducen en daños y perjuicios y, por otro, los daños morales. Respecto a éstos últimos, constituye doctrina del Tribunal Supremo: “Dada la índole del daño moral, existen algunos daños de este carácter cuya existencia se pone de manifiesto a través de la mera

---

<sup>21</sup> Entre otras, la STS de 16 de marzo de 1998 (Rec.1884/97) y 12 de diciembre de 2005 (Rec. 59/05)

---

acreditación de la lesión... lo que suele suceder, por ejemplo, con las lesiones del derecho al honor o con determinadas conductas antisindicales ...”<sup>22</sup>

En cuanto a la cuantificación del daño moral, es un criterio aceptado por la jurisprudencia<sup>23</sup> tomar como referencia la indemnización que corresponde a la conducta tipificada como infracción grave establecida en el artículo 8 apartado 12 LISOS y para la que la Ley prevé una cuantía de entre 6251 a 187.000 euros de multa que en este caso sería el importe análogo a la indemnización. A este respecto, el artículo 18 del Real Decreto 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de julio de 2006 relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, establece el carácter disuasorio y proporcionado de la indemnización al daño causado, indemnización que no puede estar limitada a un importe. Así pues, viendo la práctica habitual en cuanto a la cuantificación de las indemnizaciones, es evidente que existen límites y que la transposición de la Directiva en la LOI no refleja el mandato europeo.

Tal y como se ha indicado con anterioridad, escasa es la jurisprudencia sobre discriminación por razón de género en lo que al acceso al empleo se refiere. Sin embargo, entre la carencia se detallan las siguientes.

La STSJ de Cataluña 7451/2011 de 18 de noviembre se dictaba en un procedimiento fruto de una denuncia a la Inspección de Trabajo por parte del Comité de empresa de SIEMENS S.A. cuyo objeto era la declaración de discriminación directa por razón de sexo en el acceso al empleo por haber realizado en un proceso de selección pruebas de diferente naturaleza a hombres y mujeres. En concreto, a los hombres pruebas de esfuerzo físico de corte de sierra, limas y hierro y a las mujeres pruebas de habilidad manual encintando bobinas de motores. Las pruebas recaídas sobre los hombres correspondían a los puestos con mayor retribución que el de las mujeres. Resulta más que evidente la discriminación en ausencia, además, de justificación razonable por parte de la empresa sobre la existencia de tal diferenciación en el proceso de selección. El recurso de suplicación confirmaba la Sentencia de instancia del Juzgado de lo Social número 24 de Barcelona de 7 de mayo de 2010 que declaraba que la empresa incurría en una discriminación directa por razón de sexo en el acceso al empleo, condenando a las partes a estar y pasar por esta declaración.

---

<sup>22</sup> STS 3908/2017, Sala Cuarta de lo Social de 5 de octubre de 2017. Rec.2497/2017. FJ 3º

<sup>23</sup> Por todas, STS de 15 de febrero de 2012, Sala Cuarta de lo Social. Rec, 67/2011. FJ 5º

---

Otro ejemplo lo constituye la STSJ de Castilla La Mancha 1526/2013 de 27 de diciembre dictada en un procedimiento cuyo origen fue una demanda por parte de una mujer que fue seleccionada como administrativa en la empresa GOMEZ CORRALES ASESORES S.L. lo que la llevó a causar baja voluntaria en la empresa donde estaba prestando sus servicios. El problema surgió cuando la demandante tuvo conocimiento de su embarazo en ese lapsus temporal y puso en conocimiento de GOMEZ CORRALES ASESORES S.L. su situación de embarazo. Ante esta nueva situación, la empresa donde debía incorporarse se negó a contratarla aduciendo al bajo rendimiento de las trabajadoras en su mismo estado y concertó con la demandante un contrato de 5 a 9 días. La Sentencia constata que la decisión de la empresa de no contratar a la demandante tiene como único motivo su embarazo y la formalización del contrato de tan corta duración se enmarcaba en una estrategia para camuflar de legalidad a la decisión de no contratarla. No obstante, aunque la Sentencia de instancia correspondiente a Juzgado de lo social número 2 de Toledo de 9 de noviembre de 2012 reconocía la existencia de infracción legal por parte de la demandada no se pronunciaba sobre la indemnización solicitada por la demandante sobre los salarios dejados de percibir que calculaba en la cantidad de 1387 euros y ello lo justifica en el hecho de que en la demanda se solicitaba dicha indemnización si el Juez de instancia lo consideraba oportuno.

Por su parte, la STSJ de Santa Cruz de Tenerife viene a confirmar, dentro de un proceso de oficio interpuesto por la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social contra AENA AEROPUERTOS, S.A., la existencia de discriminación por razón sexo contra una trabajadora y al pago a la misma de una indemnización de 3000 euros. El supuesto de hecho objeto del procedimiento fue la no contratación de una trabajadora de la empresa demandante la cual optaba a un puesto de trabajo en un proceso de selección por promoción profesional y se vio obligada a revelar que se había sometido a una ligadura de trompas ante las insistentes e incisivas preguntas de índole personal y familiar realizadas en la entrevista de trabajo, con el fin de justificar por parte de la empresa la idoneidad de la candidata en relación a la vacante a cubrir. Finalmente, la vacante se le asignó a otra trabajadora cuya situación familiar era del todo diferente por no tener hijos.

La STSJ de las Islas Canarias, Las Palmas, 1860/2008 de 22 de diciembre estimó el recurso de la demandante quien fue rechazada en un proceso de selección para el puesto de peón de la construcción aduciendo la empresa como motivación la de no disponer en la obra de baño para

---

mujeres, revocando la Sentencia de Instancia que denegó la contratación de la demandante por no acreditar que el candidato finalmente contratado estuviera en igual o peores condiciones. El Tribunal Superior de Justicia incide en la importancia de que las Sentencias sobre tutela de derechos fundamentales deben contener una tutela inhibitoria respecto del acto empresarial discriminatorio, una tutela restitutoria y, en su caso, una tutela resarcitoria de los daños y perjuicios sufridos. Así pues, en este caso se condena a la empresa a la contratación de la trabajadora, condenó a la empresa al abono de una indemnización de 36,26 € diarios desde el día en que fue rechazada hasta su contratación y a una indemnización por daños morales de 6000 €.

La STC 108/2019, de 30 de septiembre, fue fruto de un arduo proceso en el que la demandante vio atendidas sus pretensiones (aunque parcialmente) en primera instancia para ser rechazada después por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana y finalmente ser revocada ésta última aplicándose los pronunciamientos de la Sentencia de Instancia. La Sentencia del Juzgado de lo Social número 7 de Valencia declaró la existencia de discriminación por razón de sexo a la demandante quien, después de superar un proceso selectivo para la cobertura de una plaza laboral de técnico superior de gestión y servicios comunes en el Instituto Nacional de Estadística, informó de su reciente maternidad solicitando la reserva de su puesto de trabajo por baja por maternidad sin renunciar a la plaza obtenida. No obstante, la demandante fue finalmente apartada de la plaza la cual se adjudicó a la persona que, por debajo de la demandante, había obtenido mayor puntuación. El procedimiento judicial se resolvió asimismo con el reconocimiento de la relación jurídica con efectos retroactivos al momento de la selección, al abono por parte de la demandada de 12791€ como retribuciones que corresponden a la demandante, así como una indemnización a cargo de la demandada de 25.000 €.

Otra muestra de jurisprudencia en el marco de la discriminación en el acceso al empleo lo es la STSJ del País Vasco de 30 de enero de 2001, Recurso, 3009/2000, la cual estima parcialmente las pretensiones de las tres demandantes (mujeres) las cuales presentaron solicitudes de empleo en junio de 1999 en la empresa UTE MEDIOAMBIENTE S.A., dedicada a la limpieza viaria, y nunca fueron contratadas. La empresa en cuestión contaba sólo con hombres en su plantilla desde 1993 a 2000. La empresa argumentaba que las mujeres suelen preferir la limpieza de edificios y locales y la limpieza viaria la realizan hombres por la naturaleza propia del trabajo en cuestión. Argumentos poco sólidos pero que llevaron a una Sentencia desestimatoria en primera instancia y a una estimatoria parcial por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco que

---

declara que la actitud de la empresa atenta contra el principio de igualdad de sexos en el acceso al empleo, por ser discriminatoria contra las mujeres y la condena a abstenerse de dichas prácticas dando igualdad de oportunidades a ambos sexos.

Del análisis de estas Sentencias, se detecta que concretamente la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha anteriormente citada, se limita a declarar la conducta discriminatoria de la empresa infractora pese a que el ordenamiento jurídico establece la obligación del juez de instancia de establecer en su pronunciamiento estimatorio una indemnización de la víctima en función del daño moral, la vulneración del derecho fundamental y los daños y perjuicios sufridos. Por otra parte, la propia jurisprudencia determina el alcance de las sentencias que declaran la vulneración de un derecho fundamental. Prueba de ello, es la sentencia también aludida anteriormente del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Canarias que establece que las mismas deben ser declarativas y condenatorias, es decir, imponer al mismo tiempo una tutela inhibitoria sobre la decisión empresarial discriminatoria, una tutela restitutoria o de reposición del derecho, y en su caso, una tutela resarcitoria de los daños y perjuicios sufridos. Sobre este punto también se ha pronunciado el Tribunal Constitucional al establecer que “la tutela a la declaración de nulidad de la conducta vulneradora, no puede considerarse suficiente para lograr una reparación real y efectiva del derecho fundamental vulnerado, que queda por ello desprotegido”<sup>24</sup>.

Sobre la condena a las empresas infractoras, en nuestro ordenamiento jurídico la sanción al empresario por actos de discriminación, en este caso en el acceso al empleo, forma parte de la esfera administrativa y, en consecuencia, una sentencia condenatoria en aquellos procedimientos instados por parte de la víctima y no fruto de un acta de infracción por la Inspección de Trabajo, no suponen la imposición al empresario de condena alguna y lo mismo sucede a la inversa ya que la imposición de sanción administrativa al empresario no implica que se indemnice a la víctima si ésta no activa un proceso judicial para la tutela de sus derechos. Siendo así se rompe con la naturaleza condenatoria que deben tener las sentencias que declaran la discriminación en casos como los señalados. La prevención de la discriminación pasa por asegurar la imposición a las empresas infractoras de una sanción ya sea administrativa o judicial en consonancia con la naturaleza declarativa y condenatoria de las sentencias sobre vulneración de derechos

---

<sup>24</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional 247/2006, Sala primera, de 24 de julio de 2007. Rec. 6074-2003. FJ 8.

---

fundamentales, sólo así se puede realizar una prevención de la discriminación en el acceso al empleo.

Sobre la condena al sujeto infractor, fue decisiva la STUE de 17 de diciembre de 2015, Sala cuarta, Asunto Arjona Camacho C-407/14, en cuyo FJ número 45 establece que “Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a la cuestión prejudicial planteada que el artículo 18 de la Directiva 2006/54 debe interpretarse en el sentido de que, para que el perjuicio sufrido como consecuencia de una discriminación por razón de sexo sea efectivamente indemnizado o reparado de manera disuasoria y proporcionada, este artículo obliga a los Estados miembros que eligen la forma pecuniaria a introducir en su ordenamiento jurídico interno, según los procedimientos que determinen, medidas que establezcan el pago a la persona que ha sufrido un perjuicio de una indemnización que cubra íntegramente dicho perjuicio”; y por otra parte, en su FJ número 43 establece que “En estas circunstancias, a falta de disposición del Derecho nacional que permita el abono de daños punitivos a la víctima de una discriminación por razón de sexo, el artículo 25 de la Directiva 2006/54 no prevé que el juez nacional pueda condenar por sí mismo al autor de esta discriminación al abono de tales daños”

## **5. Valoración final.**

A lo largo de este artículo hemos hecho un análisis de la discriminación en el acceso al empleo desde una perspectiva de género, es decir, la discriminación más allá del aspecto biológico atendiendo a roles y estereotipos sociales que inciden en las relaciones laborales incluso antes de que éstas se formalicen a través del contrato de trabajo. Nos referimos al ámbito del proceso de selección y todas las fases que se incluyen en él: ofertas de empleo, crivaje, pruebas de selección, entrevistas de trabajo y la toma de decisión sobre la persona que finalmente se incorporará a un puesto de trabajo.

Nuestra Carta magna prohíbe expresamente la discriminación por razón, entre otros aspectos, de sexo o de cualquier otras circunstancias y condiciones sociales e impone a los Poderes Públicos el deber de garantizar que el derecho a la igualdad sea real y efectiva a través de la remoción de los obstáculos que impiden o dificultan su plenitud. No obstante, dicha finalidad dista mucho de cumplirse por los siguientes motivos.

En primer lugar, el acceso al empleo no cuenta en nuestro ordenamiento jurídico con un sistema sólido de protección ante la discriminación tanto directa como indirecta teniendo en cuenta que en la propia LOI, normativa que debería actuar como eje fundamental antidiscriminación, regula

---

escasamente el ámbito del acceso al empleo limitándose a realizar una mera declaración de intenciones. Es decir, garantiza el derecho a la igualdad, pero sin regular los mecanismos para cumplir con el mandato constitucional de hacer que dicha igualdad sea real y efectiva.

En segundo lugar, la entrada en vigor del DL 6/2019 representó un escaso avance en la materia. Su principal aportación fue fijar el contenido mínimo y obligatorio de los Planes de Igualdad dentro del que se incluye el proceso de selección y contratación, teniendo en la anterior redacción carácter meramente orientativo. Así mismo, se amplía la obligación de disponer Plan de Igualdad a las empresas de más de 50 trabajadores cuando antes se partía de las de más de 250 trabajadores. Tal y como ha quedado comprobado, esta nueva previsión afecta en nuestro país a menos de 1% de las empresas. El Plan de Igualdad debería ser un poderoso instrumento representativo de la responsabilidad social corporativa y de control de la representación legal de los trabajadores frente a la discriminación, pero, no obstante, los trabajadores del tejido empresarial mayoritario quedan desprotegidos por cuanto, salvo que voluntariamente la empresa decida disponer de Plan de Igualdad, no existe obligación legal de hacerlo.

El proyecto del CVA en su concepción fue una medida para prevenir cualquier discriminación en los procesos de selección, pero su implantación en el sistema empresarial es sumamente complicada por que la ausencia de cualquier sesgo de discriminación es prácticamente imposible, por una parte, por la indispensable intervención humana y, por otro, por la necesaria presencia de la inteligencia artificial cuyo diseño avanza por delante del propio derecho. A todos estos inconvenientes, cabe añadir que el papel del proyecto que al respecto llevo a cabo el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad (actual Ministerio de Igualdad) se limitaba a dar recomendaciones a las empresas que desarrollaron la propuesta y, por lo tanto, había ampliado el margen de discrecionalidad empresarial y con ello mayor riesgo de discriminación.

En tercer lugar, la ineficiencia del SPE en la creación de empleo lleva al protagonismo en el mercado del trabajo de los agentes de intermediación laboral privada los cuales utilizan portales virtuales de empleo y APP donde la presencia de los algoritmos asume cada vez más un papel fundamental en el acceso al empleo, mal que el diseño de éstos actualmente no esté alineado con la normativa para prevenir y evitar conductas discriminatorias. Este es uno de los retos más importantes a los que el derecho debe hacer frente en pro de la seguridad jurídica.

En cuarto lugar, la realidad constata que son pocas las personas que denuncian frente a la jurisdicción social una discriminación en un proceso de selección. Solemos hacer oídos sordos y en muchas ocasiones normalizamos conductas que son reprochables no sólo desde el punto de

---

vista jurídico sino social, moral y ético y que, además, tienen una enorme repercusión en la calidad de vida de las personas por el daño que generan.

El mecanismo que garantiza la lucha contra estas conductas discriminatorias es el procedimiento judicial de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas. Sin embargo, a lo largo de los diferentes pronunciamientos judiciales se constata que la respuesta frente a la discriminación es insuficiente y, por lo tanto, la protección a la víctima también. La razón principal es que la tutela en estos procedimientos debe cumplir una triple dimensión, restitutoria, resarcitoria e inhibitoria que, sin embargo, no obedece. Tutela restitutoria referida a la nulidad de la conducta y la vuelta a la situación anterior a que se produjese, tutela resarcitoria referida a la reparación de la víctima de los daños y perjuicios causados incluyendo los morales y la tutela inhibitoria que supone la declaración de la conducta discriminatoria y la condena a la empresa como mecanismo disuasorio. Las sentencias no imponen ningún tipo de condena a las empresas y ello representa que no se repara el daño punitivo de la víctima. Sólo en los casos en los que la Administración sanciona a la empresa, a través de la Inspección de Trabajo, se repara dicho daño punitivo. En consecuencia, aunque por mandato legal debe establecerse un sistema disuasorio y eficaz de sanciones al empresario para prevenir conductas discriminatorias, cuando la víctima es la que ejerce su tutela a través de la jurisdicción social y se declara la existencia de discriminación, no se impone condena alguna a la empresa por sus actos. En tal sentido, la finalidad de la indemnización es el resarcimiento de la víctima y la condena a la empresa representa la finalidad inhibitoria de la Sentencia a la que debe unirse necesariamente la declaración de nulidad de la conducta empresarial.

En quinto lugar, la práctica habitual en cuanto a la cuantificación de la indemnización incluye un amplio abanico que va desde los 6251€ a los 187.000€ en aplicación de la LISOS. Aunque parezca un margen amplio y no limitativo en cuanto a la fijación de una indemnización, la verdad es que lo es puesto que el límite elevado o no existe y, de acuerdo con la normativa europea, dicho límite no puede existir. Lo cierto es que las indemnizaciones reconocidas a las víctimas son dispares en las diferentes resoluciones y, a nuestro entender, insuficientes al daño causado y derecho vulnerado.

¿Qué podemos hacer para proteger a las personas de la discriminación en un proceso de selección?

- Ir más allá del simple reconocimiento del derecho a la Igualdad en el acceso al empleo, como bien podría articularse a través del desarrollo reglamentario. Se trata de regular,

---

mayoritariamente en la empresa privada, los procesos de selección en toda su magnitud para evitar cualquier tipo de conducta discriminatoria.

- Como consecuencia de lo anterior, activar un mayor control de la Inspección de Trabajo en lo que a los procesos de selección se refiere.
- Obligatoriedad de los Planes de Igualdad en todas las empresas con independencia del número de trabajadores. Sólo de esta forma la responsabilidad social corporativa responderá de forma global ante la discriminación y habrá mayor implicación de los representantes de los trabajadores.
- Integración del derecho en el diseño de los algoritmos presenten en las webs de empleo, APP y portales de empleo corporativo para evitar sesgos discriminatorios en las ofertas de empleo y crivaje de candidatos. Ello supone una mayor especialización e intervención de los agentes jurídicos en la esfera informática y tecnológica.
- La jurisdicción social debe reformularse para que, en los procedimientos de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas, el juez de instancia tenga la potestad de condenar al autor de la discriminación a una indemnización que cubra los daños punitivos a la víctima. Se trata de una condena disuasoria cuya finalidad es reparar íntegramente a la víctima en su derecho.
- Para cumplir con la finalidad restitutoria de la Sentencia, la reformulación de la jurisdicción social debe contemplar también el ejercicio del derecho de la víctima a optar por incorporarse al lugar de trabajo en el que fue desestimada su candidatura por motivos de discriminación, percibiendo los salarios dejados de disfrutar durante el proceso judicial y hasta su efectiva incorporación o, subsidiariamente, por una indemnización. En relación a esta segunda opción, hay que tener en cuenta que durante el transcurso del proceso judicial es posible que la víctima haya encontrado un empleo al que no quiera renunciar.

En todo caso, tanto la primera como la segunda opción deben prever una indemnización cuya finalidad vaya más allá del simple resarcimiento de la víctima, es decir, que contemple una condena a la empresa por su conducta discriminatoria de acuerdo a la finalidad inhibitoria de la Sentencia para cubrir los daños punitivos de la víctima y, de este modo, reparar íntegramente a la víctima en su derecho.

- Indemnizar en mayor cuantía a las víctimas de discriminación eliminando cualquier tipo

---

de limitación en cuantía al respecto. Las grandes condenas e indemnizaciones son las que reamente hacen eco en nuestra sociedad.

---

## ANEXO BIBLIOGRÁFICO

Blázquez Agudo, E.M. (2018). Los ODS como punto de partida para el fomento de la calidad del empleo femenino (1). Editorial Dykinson.

Boix Palop, A. Los algoritmos son reglamentos: La necesidad de extender las garantías propias de las normas reglamentarias a los programas empleados por la Administración para la adopción de decisiones. *Revista de derecho público: Teoría y Método*, 1.

Cepeda González, M.I. (2018). Discriminación por sexo en el acceso al empleo público: caso de España. *Revista Internacional de Pensamiento Político*, 12.

Fernández García, A. (2019). La lucha contra la discriminación en el acceso al empleo mediante el curriculum vitae anónimo. *Iuslabor*, 0 (1).

Fernández García, A. (2019). La discriminación en el acceso al empleo por razones de origen geográfico. *Revista de derecho social*, (85).

Fernández García, A. (2013). Los procesos de selección en la empresa privada: claves jurídicas (1). Lexnova.

Ledesma, M. (2018). La vulnerabilidad del género. Una mirada desde el diseño social. *Cuadernos del centro de Estudios en Diseño y Comunicación*, 19.

López Baelo, R. (2019). El impacto de las nuevas tecnologías en las relaciones laborales. Hacia una reconfiguración de derechos. *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, (39), 253-268.

López Ahumada, e. (2017). La transversalidad de la igualdad de género y la promoción en condiciones justas en el trabajo: revisión de instrumentos y políticas promovidas por la OIT. *Temas Socio-Jurídicos*, 36 (72).

Mercader Uguina, J.R. Algoritmos y derecho del trabajo. *Actualidad jurídica*, (52), 63-70.

---

Monasterio Altobiza, A (2017). Ética algorítmica: Implicaciones éticas de una sociedad cada vez más gobernada por algoritmos. Dilemata (24/2017).

Rodríguez-Piñero, M y Bravo-Ferrer, M.F (1986): “Igualdad y discriminación”, 325. Madrid. Editorial Tecnos. ISBN 9788430912537

Selma Penalva, A. Aguilar Cárcelos, M. (2019). Retos en materia de igualdad de género en el siglo XXI: un análisis multidisciplinar.

Toyama Miyagusuyu, J. Rodríguez León, A. (2020). Algoritmos laborales: big data e inteligencia artificial. Themis, (75), 255-266.

## **ANEXO JURISPRUDENCIAL**

### Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea (TJUE) con la Sentencia de 1986 Bilka, C-170/184

STJUE de 19 de abril de 2012, Asunto Galina Meister

STJUE de 17 de diciembre de 2015, Asunto Arjona Camacho C-407/14

### Tribunal Constitucional

STC 175/1989, de 30 de octubre

STC 173/1994 de 7 de junio

STC 41/1999, de 22 de marzo

STC 247/2006, de 24 de julio

STC 108/2019, de 30 de septiembre

### Tribunal Supremo

STS de 16 de marzo de 1998

STS de 12 de diciembre de 2005

---

STS de 15 de febrero de 2012

STS 111/2020, de 23 de julio

STS 1131/2020 de 18 de diciembre

Tribunal Superior de Justicia

STS País Vasco, 30 de enero de 2001 (Rec. 3009/2000)

STSJ País Vasco, de 26 de febrero de 2001 (Rec. 4272/1997)

STSJ Cantabria 796/2006, de 6 de septiembre

STSJ Andalucía 1133/2007, de 10 de mayo

STSJ Islas Canarias, 1860/2008 de 22 de diciembre

STSJ Cataluña 7451/2011, de 18 de noviembre

STSJ Castilla-La Mancha 1526/2013 de 27 de diciembre

STSJ Santa Cruz de Tenerife 192/2014, de 7 de abril

STSJ de Palma de Mallorca 1131/2020, de 31 de julio

- WEBGRAFÍA

<https://www.randstad.es/nosotros/sala-prensa/dos-de-cada-diez-empresas-utilizan-las-redes-sociales-para-reclutar-nuevos-candidatos/>

<http://www.ipyme.org/es-ES/AreaEstadisticas/Paginas/Estadisticas.aspx>

<https://www.igualdadenlaempresa.es/DIE/red-DIE/home.htm>