

# EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN EN LA RECIENTE JURISPRUDENCIA COMUNITARIA

FEDERICO NAVARRO NIETO

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*  
Universidad de Córdoba

## EXTRACTO

**Palabras clave: principio de igualdad, no discriminación, jurisprudencia comunitaria**

El estudio pretende ofrecer un análisis de la jurisprudencia reciente sobre el derecho comunitario de tutela frente a la discriminación en el ámbito del empleo y la ocupación, tomando como referencia la Directiva 2006/54 y las Directivas generales de no discriminación (Directivas 2000/43 y 2000/78). Estamos ante uno de los bloques normativos más significativos de la construcción jurídica del Derecho social europeo, en cuyo avance ha jugado un papel central la jurisprudencia comunitaria. Nuestro interés en este estudio se centra en la más reciente elaboración jurisprudencial del TJUE: la construcción conceptual de la tutela antidiscriminatoria en nociones como la discriminación indirecta o la retribución al hilo de la discriminación por razón de sexo; la anticipación de la tutela frente a factores emergentes de discriminación distintos del sexo, como en el caso de la transexualidad y la orientación sexual; la aproximación más atenta a la efectividad de la regulación, como se constata en diversos aspectos de naturaleza procesal.

El estudio se detiene en el tratamiento jurisprudencial de las excepciones al principio de no discriminación, en particular en el supuesto de justificación para la diversidad de trato en discriminaciones indirectas y en el caso de las discriminaciones por razón de edad. En ambos casos nos encontramos con una jurisprudencia de desigual alcance, que aborda con flexibilidad la justificación objetiva de la existencia de una finalidad legítima, poniendo el acento en la exigencia de necesidad y adecuación de la normativa nacional objeto de valoración en las diversas cuestiones prejudiciales planteadas al Tribunal de Justicia.

## ABSTRACT

**Key words: principle of equality, non-discrimination, community jurisprudence**

The study aims to provide an analysis of the recent case-law on Community law of protection against discrimination in the field of employment and occupation, taking as a reference the Directive 2006/54 and the Directive general about policies of non-discrimination (2000/43 and 200078). We are in front of one of the most significant regulatory legal construction of European Social Law, whose advance has played central role community jurisprudence. Our focus in this study is developing most recent jurisprudence of the European Court of Justice: the conceptual construction of the anti-discrimination protection in notions such as indirect discrimination or retribution in line with discrimination on grounds of sex; the anticipation of the protection against emerging factors of discrimination other sex, as in the case of Transsexualism and sexual orientation; the approach is more attentive to the effectiveness of the regulation, as stated in various aspects of procedural nature.

## ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. LAS DISCRIMINACIONES DIRECTAS E INDIRECTAS
3. LA ANTICIPACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA TUTELA FRENTE A FACTORES EMERGENTES DE DISCRIMINACIÓN: LA TRANSEXUALIDAD
4. LAS EXCEPCIONES GENERALES AL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN: JUSTIFICACIÓN PARA LA DIVERSIDAD DE TRATO EN EL SUPUESTO DE DISCRIMINACIONES INDIRECTAS Y POR EXIGENCIA ESENCIAL DEL EMPLEO
5. ASPECTOS PROCESALES PROBLEMÁTICOS EN LA JURISPRUDENCIA RECIENTE
  - 5.1. La carga de la prueba y los hechos que permitan presumir la existencia de discriminación
  - 5.2. La legitimación procesal en torno a los medios de acción de tutela
6. LA DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO EN MATERIA RETRIBUTIVA Y EN LAS CONDICIONES DE TRABAJO Y EMPLEO
7. LA TUTELA ANTIDISCRIMINATORIA EN SITUACIONES DE EMBARAZO, MATERNIDAD Y PERMISOS PARENTALES
8. LA TUTELA FRENTE A DISCRIMINACIONES POR RAZÓN DE EDAD Y SUS EXCEPCIONES
9. LA PROBLEMÁTICA DE LA TUTELA DE LA ORIENTACION SEXUAL
10. SENTENCIAS DEL TJUE Y BIBLIOGRAFÍA CITADAS

## 1. INTRODUCCIÓN

En materia antidiscriminatoria en el campo laboral el Derecho comunitario ha pasado de un tratamiento fragmentario y funcional a sus principios de carácter económico con el Tratado de Roma, circunscribiendo la tutela jurídica a discriminaciones por razón de la nacionalidad y por razón de sexo en materia retributiva, a un desarrollo normativo sistemático, ampliando y enriqueciendo su ámbito personal y material y su construcción jurídica. Esta evolución del marco jurídico se ve acompañada del reconocimiento, por vía jurisprudencial, de un principio general de Derecho Comunitario, a partir de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, y a la luz de los instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos ratificados por los Estados miembros, y en particular, el Convenio Europeo de Derecho Humanos. Esta evolución legal y jurisprudencial cristaliza, con el Tratado de Ámsterdam, en los Tratados constitutivos de la Unión y en el derecho derivado. Estamos ante una evolución que incorpora a la lógica económica de la regulación en sus orígenes la lógica social de mejora de las condiciones de vida y de trabajo de los ciudadanos de la Unión.

Los textos jurídicos comunitarios tienen como centro de gravedad los arts. 2 y 6 TUE, que como objetivos transversales sitúan la igualdad y no discriminación como fundamento de la Unión; el 3, apartado 3, pár. 2º TUE lo refiere en particular a la igualdad entre mujeres y hombres. Por su parte, el art. 19 TFUE [anterior art. 13 TCE] reconoce a las instituciones de la Unión, en la esfera de las competencias comunitarias, facultades para “adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual”. Esta norma recoge así un nuevo cuadro de la tutela antidiscriminatoria, más allá del ámbito clásico de la discriminación por razón de sexo, que ha servido de fundamento al activismo de las instituciones comunitarias en este terreno jurídico en los umbrales del siglo XXI. Específicamente para la igualdad de trato y no discriminación por razón de sexo deben contemplarse las previsiones del art. 157 TFUE [anterior art. 141 TCE], que establece en su apartado 1º que “cada Estado miembro garantizará la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor”, a partir de determinados parámetros normativos fijados en el precepto, y prevé en su apartado 4º, situando en el plano constitucional las políticas de igualdad de oportunidades, la posibilidad de que los Estado miembro mantengan o adopten “medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales”.

El reconocimiento constitucional se cierra con el art. 21.1 CDFUE donde “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”, y el art. 23.1 que proclama que “la igualdad entre hombres y mujeres será garantizada en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución”. El principio general del derecho comunitario, a partir de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y los instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos, pasa a ser un derecho fundamental con reconocimiento en los propios textos comunitarios y con la misma eficacia jurídica de los Tratados (art. 6 TUE).

Con esta sólida panorámica jurídica de fondo, nuestro análisis de la jurisprudencia reciente se centra en el derecho comunitario de tutela frente a la discriminación en el ámbito del empleo y la ocupación, concretamente, la Directiva 2006/54 y las Directivas generales de no discriminación (Directivas 2000/43 y 2000/78). Dejamos al margen la problemática de la discriminación por razón de

nacionalidad, que requiere una óptica más amplia de análisis vinculada a otros núcleos temáticos abordados en este monográfico (singularmente la libertad de circulación de trabajadores). E igualmente, y debido a la amplitud de la problemática, apartamos de nuestro estudio también la temáticas de la igualdad de trato por razón de sexo en materia de Seguridad Social<sup>1</sup>.

Las Directivas 2000/43 y 2000/78, aprobadas con fundamento en el art. 19 TFUE, están referidas a un conjunto de causas cerrado (el origen racial o étnico, de un lado, y, de otro, la religión o convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual) que no admite su extensión en vía analógica (por todas, STJUE 18-12-2014, *asunto Karsten Kaltoft*), a diferencia de la legislación sobre discriminación por razón de sexo, donde el TJUE sí ha admitido una interpretación extensiva, como ha sido el caso de los transexuales. Los importantes desarrollos normativos en materia de discriminación por razón de sexo (esencialmente Directivas 75/117, 76/207, 79/7 y 97/80), se han enriquecido con las novedades de aquellas Directivas generales, así como con la evolución jurisprudencial en torno a este *acquis* comunitario antidiscriminatorio, cristalizando normativamente toda esta evolución en la Directiva 2006/54.

Estamos, pues, ante uno de los bloques normativos más significativos de la construcción jurídica del Derecho social europeo, que ha encontrado no pocas resistencias nacionales, y en cuyo avance ha jugado un papel central la jurisprudencia comunitaria. Se puede decir que se avanza hacia una convergencia en la regulación comunitaria en la tutela antidiscriminatoria en el ámbito laboral, aunque esta consideración no debe perder de vista que hablamos de factores de discriminación heterogéneos. Como observa el Abogado General Cruz Villalón en la STJUE 13-9-2011, *asunto Prigge*, “la heterogeneidad reina entre las distintas «realidades» que vienen a trasladar los enunciados que vehiculan los diferentes mandatos de no discriminación”. Es evidente que la naturaleza estructural y social de la discriminación por razón de sexo no es equiparable a la discriminación de minorías o personas afectadas por discapacidad<sup>2</sup>; de ahí que el enfoque de la tutela antidiscriminatoria por razón de sexo se despliega en una construcción jurídica más ambiciosa a través de las políticas de igualdad de oportunidades y las acciones positivas<sup>3</sup>. De la misma forma en la tutela de las

<sup>1</sup> Remito para una visión actualizada y en detalle a Roccella y Treu, 2012, pág. 334 y sigs.; Vallauri, 2009, págs. 238 y sigs.

<sup>2</sup> Roccella y Treu, 2012, pág. 344.

<sup>3</sup> Sáez Lara, 2005, pág. 370.

minorías, el régimen jurídico de la Directiva 2000/43 contempla implícitamente que el factor del origen étnico o racial tiene mayores implicaciones para la vida social y política<sup>4</sup>. Esto nos ayuda a entender el diferente grado de construcción jurídica de los distintos supuestos de tutela, la diferencia en cuanto al ámbito objetivo de tutela<sup>5</sup>, y las especialidades en algunas de ellas (por ejemplo, en el caso de las discriminaciones por razón de edad).

Nuestro interés en este estudio se centra en la más reciente elaboración jurisprudencial del TJUE y su incidencia en aspectos nucleares del actual entramado normativo. Existen evidencias suficientes sobre la relevancia de la doctrina del TJUE en esta materia: la importante declaración del efecto directo del art. 119 TCEE [actual 157 TFUE]<sup>6</sup>, la contribución a la construcción conceptual de la tutela antidiscriminatoria (el concepto de discriminación indirecta o de retribución al hilo de la discriminación por razón de sexo), la anticipación de la tutela frente a factores emergentes de discriminación distintos del sexo a través de una dilatación del alcance interpretativo del marco legislativo vigente (la transexualidad), facilitando en definitiva una aproximación menos formalista a los textos jurídicos y su efectividad (en materia de orientación sexual, por ejemplo).

La jurisprudencia del TJUE en materia de discriminación se ha visto motivada -podemos decir- por una consideración plasmada en la conclusión del Abogado General Trabucchi, en un asunto de 1975, que se reiterada en asuntos posteriores en materia de discriminación por otros Abogados Generales, que vale la pena reproducir en esta introducción: “si queremos que el derecho comunitario no sea únicamente una normativa mecánica de la economía, sino que constituya un ordenamiento jurídico a la medida de la sociedad que debe regular, si queremos que exista un derecho conforme a la idea de justicia social y a las

<sup>4</sup> Sáez Lara, 2005, pág. 336.

<sup>5</sup> Así lo constatamos en el caso de las Directivas 2000/43 y 2000/78 que presentan inicialmente un campo de aplicación coincidente en relación con el empleo y las condiciones de trabajo. Concretamente, las condiciones de acceso al empleo, a la actividad por cuenta propia y al ejercicio profesional, la orientación y formación profesional, formación profesional superior y reciclaje, incluida la experiencia laboral práctica; las condiciones de empleo y trabajo, incluidas las de despido y remuneración. Pero el campo de la Directiva 2000/43 es más amplio al abarcar también la protección social, incluida la seguridad social y la asistencia sanitaria, las ventajas sociales, la educación y el acceso a bienes y servicios disponibles para el público y la oferta de los mismos, incluida la vivienda.

<sup>6</sup> Asunto resaltado en los estudios doctrinales a los que me remito en este concreto punto. Cfr. Rocella y Treu, 2012, págs. 291-292; Rodière, 2014, 331; Vallauri, 2009, pág. 229-230.

exigencias de la integración europea tanto respecto de la economía, como también de los pueblos, no podemos defraudar las expectativas que en nosotros se depositan”<sup>7</sup>.

## 2. LAS DISCRIMINACIONES DIRECTAS E INDIRECTAS

La labor jurisprudencial en esta temática es una clara expresión del activismo del TJUE, que, a partir de la única referencia inicial a la materia en el art. 119 TCEE y de las primeras Directivas de los años 70, ha ido ampliando el alcance de los postulados normativos y anticipando los perfiles que modelan el derecho comunitario de tutela antidiscriminatoria.

Los conceptos de discriminación directa e indirecta ya se introducen en la Directiva 76/207, art. 2 -“pieza maestra de la construcción de las discriminaciones indirectas”<sup>8</sup>-, y se perfilan por vía jurisprudencial en relación con la discriminación por razón de sexo, sobre todo en lo referido a las discriminaciones indirectas. Con posterioridad esta elaboración jurisprudencial se recoge normativamente en las Directivas generales de no discriminación (2000/45 y 2000/78). Finalmente, los desarrollos de este marco normativo general y la evolución jurisprudencial en torno a este *acquis* comunitario antidiscriminatorio cristalizan en la Directiva 2006/54.

El concepto de «discriminación directa» es semejante en las tres Directivas, con algún cambio terminológico en la Directiva 2000/78. En concreto el art. 2.1 a) Directiva 2006/54 la define como “la situación en que una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada por razón de sexo de manera menos favorable que otra en situación comparable”<sup>9</sup>. La «discriminación indirecta» se define a continuación en el art. 2.1 b) Directiva 2006/54 como “la situación en que una disposi-

<sup>7</sup> Tomo la cita de las conclusiones del Abogado General Ruiz-Jarabo en el *asunto K.B.*, apartado 80.

<sup>8</sup> Rodière, 2014, pág. 313.

<sup>9</sup> Por su parte el art. 2.2 a) Directiva 2000/43 indica que existirá discriminación directa “cuando, por motivos de origen racial o étnico, una persona sea tratada de manera menos favorable de lo que sea, haya sido o vaya a ser tratada otra en situación comparable” y el art. 2.2 a) Directiva 2000/78, “cuando una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga” por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual.

ción, criterio o práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo...”<sup>10</sup>.

La definición contenida en el art. 2 Directiva 2006/54 es el punto de llegada de una importante elaboración del TJUE<sup>11</sup>. En efecto, cconforme a una reiterada jurisprudencia, las discriminaciones directas son aquellas discriminaciones directamente basadas en el sexo. Es un ejemplo característico el supuesto de una normativa nacional que fija una edad de jubilación distinta para hombres y mujeres<sup>12</sup>. La discriminaciones indirectas establecen diferencias de trato entre trabajadores de uno y otro sexo en virtud de criterios no fundados en el sexo, esto es, una medida formulada de manera neutra, pero que perjudica de hecho a un número mayor de trabajadores de un sexo que del otro, “cuando tales diferencias de trato no puedan explicarse por factores objetivamente justificados y ajenos a toda discriminación por razón de sexo”<sup>13</sup>. La práctica, formulada de manera neutra, que perjudica de hecho a un número mayor de trabajadores de un sexo que del otro, puede provenir de una disposición nacional, un convenio colectivo o una práctica o una acción unilateral de un empleador respecto al personal que emplea<sup>14</sup>. Se puede decir que la discriminación directa está en el mismo enunciado de la norma, el convenio o la práctica empresarial, mientras que la indirecta se deduce de los efectos de la regla de derecho o criterio aplicativo; esto es, una discriminación de resultado, al margen de la intención de discriminar<sup>15</sup>.

Por otro lado, la discriminación indirecta se construye sobre el criterio de la comparación, dado que se traduce en una posición de desventaja de personas de un sexo con respecto a personas del otro sexo. Este elemento integrador del concepto de discriminación indirecta está sufriendo una evolución más allá del concepto clásico basado en una comparación directa entre hombres y mujeres; así ocurre en el caso de la transexualidad, como vamos a ver a continuación, o en el caso de la discriminación por el ejercicio de permisos parentales, donde la

<sup>10</sup> Los parámetros de esta definición se contienen igualmente en las definiciones de la discriminación indirecta en las Directivas 2000/43 (art. 2.2 b) y 2000/78 (art. 2.2 b).

<sup>11</sup> Rocella y Treu, 2012, págs. 296 y 297.

<sup>12</sup> Por todas, STJUE 12-9-2013, *asunto Kuso*.

<sup>13</sup> STJUE 9-2-1999, *asunto Seymour-Smith y Pérez*, apartado 52.

<sup>14</sup> STJUE 28-2-2013, *asunto Margaret Kenny*, apartado 40.

<sup>15</sup> Rodière, 2014, pág. 313.

comparación lo es hipotéticamente por relación a personas que no ejercen tales derechos<sup>16</sup>. Incluso en determinados casos no se requiere elemento comparativo alguno, como ocurre con el concepto del “acoso discriminatorio”<sup>17</sup>.

Como quiera que sea, el enfoque clásico de la discriminación indirecta es el de una “discriminación estadística”<sup>18</sup>, es decir, es la constatación de que una de las dos poblaciones diferenciadas y que resulta desfavorecida es mayoritariamente de un mismo sexo<sup>19</sup>. Es cierto que la definición de la discriminación indirecta ha evolucionado desde la exigencia de que la disposición, criterio o práctica aparentemente neutro “afecte a una proporción sustancialmente mayor de miembros de un mismo sexo” (art. 2.1 Directiva 97/80/CE, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo) a una situación de un tratamiento “de manera menos favorable que otra en situación comparable” (Directivas en estudio). Por tanto, es cierto que la situación comparable ya no exige una comparación estadística, y ello tiene un evidente efecto positivo al aligerar la carga probatoria sobre los indicios de discriminación, donde ya no será necesaria la onerosa carga de la prueba de la cuantificación del efecto desproporcionado de la medida sobre un colectivo<sup>20</sup>.

Lo cierto es que a pesar del cambio en la formulación de la discriminación indirecta, la Directiva 2000/43, en su Considerando 15º, sigue otorgando relevancia a la comparación estadística, indicando que los desarrollos normativos nacionales “podrán disponer que la discriminación indirecta se establezca por cualquier medio, incluso basándose en pruebas estadísticas”. Y este criterio de la comparación estadística sigue siendo de hecho un instrumento jurisprudencial

<sup>16</sup> Lousada Arochena, 2014, pág. 159, entiende que estamos más ante un test de sustitución que de comparación.

<sup>17</sup> Como he expuesto en otro lugar, la normativa comunitaria no confunde los conceptos de “acoso” y “discriminación”, sino que otorga relevancia al fenómeno del acoso como instrumento de una conducta discriminatoria a efectos de la tutela antidiscriminatoria. Además, el acoso como conducta discriminatoria no va a requerir, en la definición de las Directivas, la aportación por parte de la víctima de un término de comparación entre la situación de una pluralidad de sujetos, bastando la prueba de la conducta y del propósito o consecuencia para que se considere discriminatoria. Cfr. Navarro Nieto, 2007, págs. 48-49.

<sup>18</sup> Rodière, *ibidem*.

<sup>19</sup> Véase, en la jurisprudencia reciente, las sentencias STJUE 18-11-2010, *asunto Kleist*, apartado 37, y STJUE 12-9-2013, *asunto Kuso*, apartados 48 y 49.

<sup>20</sup> Sáez Lara, 2005, pág. 347.

esencial en la concreción del criterio de la comparación, como se constata en la STJUE 28-2-2013, *asunto Kenny*<sup>21</sup>, y la STJUE 17-7-2014, *asunto Maurice Leone*, que comentaré más adelante.

### **3. LA ANTICIPACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA TUTELA FRENTE A FACTORES EMERGENTES DE DISCRIMINACIÓN: LA TRANSEXUALIDAD**

Como he apuntado, la relevancia de la doctrina del TJUE en materia anti-discriminatoria en el campo laboral tiene como ejemplo la anticipación de la tutela frente a factores emergentes de discriminación apoyándose en una dilatación del alcance interpretativo del marco legislativo vigente. Este es el caso de la transexualidad.

Mantiene el TJUE desde su primera doctrina en la materia, a mediados de los años 90, que la protección de las Directivas antidiscriminatorias por razón sexo “no puede reducirse únicamente a las discriminaciones que se derivan de la pertenencia a uno u otro sexo”, debiendo extenderse, en atención a su objeto y a los derechos que pretenden proteger, “igualmente a las discriminaciones que tienen lugar a consecuencia del cambio de sexo del interesado”<sup>22</sup>. El trato desfavorable que resulta únicamente del hecho de un cambio de sexo constituye una discriminación directa por razón de sexo, diferenciable de la discriminación asociada con la orientación sexual (heterosexual, homosexual o bisexual). El Tribunal de Justicia reitera en su doctrina que una legislación nacional que, al no reconocer a los transexuales su nueva identidad sexual, impide que un transexual

<sup>21</sup> Se observa en la sentencia que, “si la retribución correspondiente a los empleos de un grupo de trabajadores es sensiblemente inferior a la correspondiente a los empleos de otro grupo y los primeros están ocupados casi exclusivamente por mujeres mientras que los segundos están ocupados fundamentalmente por hombres, dicha situación pone de manifiesto una apariencia de discriminación por razón de sexo, siempre, al menos, que las dos funciones de que se trata tengan el mismo valor y que los datos estadísticos que caracterizan dicha situación sean válidos” (apartado 42). Y respecto de los datos estadísticos reitera esta Sentencia una doctrina consolidada que estima que debe comprobarse “si se refieren a un número suficiente de individuos, si no constituyen la expresión de fenómenos meramente fortuitos o coyunturales y si, de manera general, resultan significativos” (apartado 43).

<sup>22</sup> STJUE 30-4-1996, *asunto P contra S*, apartados 20 y 21, a propósito de la Directiva 76/207/CEE.

reúna uno de los requisitos necesarios para disfrutar de un derecho protegido por el Derecho comunitario debe considerarse, en principio, incompatible con las exigencias de este Derecho<sup>23</sup>.

En la base de la doctrina del TJUE estaría la consideración de que, en el marco general de los Tratados y la legislación antidiscriminatoria, si la discriminación que padecen los transexuales no se considerara fundada en el sexo, “se llegaría a la paradójica situación de que esta categoría de personas, particularmente vulnerables, carecería de una protección específica en el ámbito comunitario”, porque “ni el artículo 13 CE [actual art. 19 TFUE] ni el artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea hacen mención expresa de los transexuales”<sup>24</sup>. La anticipación del TJUE en la tutela frente a factores emergentes de discriminación, como en otros aspectos, ha favorecido la evolución normativa. De hecho, tomando en consideración la jurisprudencia comunitaria el considerando 3º de la Directiva 2006/54 reconoce ahora que “en atención a su objeto y a los derechos que pretende proteger, debe aplicarse igualmente a las discriminaciones que tienen lugar a consecuencia del cambio de sexo de una persona”<sup>25</sup>. En el activismo jurisprudencial comunitario en la tutela de la transexualidad en el ámbito antidiscriminatorio laboral ha sido fundamental la consideración de los derechos fundamentales como principios generales del derecho comunitario que han de interpretarse a partir de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, y de los instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos ratificados por los Estados miembros, y en particular, el Convenio Europeo de Derecho Humanos<sup>26</sup>.

Es significativa de una profundización de su doctrina la STJUE 7-1-2004, *asunto K.B.*, donde el TJUE estima, siguiendo el criterio del Abogado General Ruiz-Jarabo, que la discriminación por razón de sexo se da igualmente cuando, a pesar de que el sexo no afecte inmediatamente al disfrute de un derecho prote-

<sup>23</sup> STJUE 7-4-2006, *asunto Margaret Richards*, apartado 31, en relación con la Directiva 79/7CEE.

<sup>24</sup> Como observa el Abogado General Ruiz-Jarabo en sus conclusiones en el asunto K.B apartado 73.

<sup>25</sup> Sobre los conceptos, su desarrollo normativo y evolución jurisprudencial en el derecho comunitario y español, remito extensamente a Lousada Arochena, 2014, págs. 155 y sigs.

<sup>26</sup> Véase en este sentido las conclusiones del Abogado General Ruiz-Jarabo en el *asunto K.B.*, apartado 66, y su traslación al caso planteado en los apartados 67 a 69.

gido por el Tratado, afecta sin embargo a uno de sus presupuestos (apartado 30). En el caso en cuestión la desigualdad de trato no incide en el reconocimiento de una pensión de viudedad, sino en una condición previa necesaria (la capacidad para contraer matrimonio) para acceder a dicha prestación, lo que vendría a constituir una forma de discriminación indirecta. Es la afectación indirecta de un derecho reconocido en la legislación comunitaria (no la condición previa que excede de las competencias del ámbito comunitario) lo que legitima la conclusión de la incompatibilidad de la legislación inglesa con la legislación comunitaria, y por tanto la obligación del órgano judicial nacional de interpretar aquella legislación en términos que sean compatibles con el disfrute del derecho a la no discriminación que garantizan los textos jurídicos comunitarios.

En esta jurisprudencia del TJUE además se produce una adaptación del criterio comparativo clásico basado en una comparación directa entre hombres y mujeres. Como observa el Abogado General F.G. Jacobs en sus conclusiones a la STJUE 7-4-2006, *asunto Margaret Richards*, el razonamiento que ha de utilizarse al aplicar la normativa sobre discriminación sexual al supuesto de las personas transexuales debe ser distinto. En esta sentencia el criterio de comparación será el las personas inscritas con dicho género en el momento del nacimiento. En la STJUE 7-1-2004, *asunto K.B.*, también hace aguas el modelo clásico de comparación directa entre hombres y mujeres, porque el trato discriminatorio no se basa directamente en el sexo (su condición de hombre o mujer), sino en el presupuesto previo que necesariamente excluye a los transexuales (la capacidad para contraer matrimonio).

#### **4. LAS EXCEPCIONES GENERALES AL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN: JUSTIFICACIÓN PARA LA DIVERSIDAD DE TRATO EN EL SUPUESTO DE DISCRIMINACIONES INDIRECTAS Y POR EXIGENCIA ESENCIAL DEL EMPLEO**

Las Directivas antidiscriminatorias distinguen diversos supuestos donde las diferencias de tratamiento están justificadas: 1) supuestos de discriminaciones indirectas donde existe una justificación para la diversidad de trato (art. 2.1 b Directiva 2006/54, art. 2.2 b i) Directivas 2000/43 y 2000/78); 2) supuestos donde lo impone una exigencia esencial del empleo (art. 14.2 Directiva 2006/54, art. 4 Directivas 2000/43 y 2000/78) y en particular el empleo en las fuerzas armadas por lo que respecta a la discriminación basada en la discapacidad y en la edad (art. 3.4 Directivas 2000/78); 3) finalmente supuestos justificados como medidas de acción positiva (art. 3 Directiva 2006/54, art 5 Directiva 2000/43 y art. 7 Directiva 2000/78).

Diversas reglas excepcionales se contienen específicamente en la Directiva 2000/78. La primera regla acota negativamente el ámbito de la no discriminación en materia laboral para todos los supuestos de la Directiva (art. 2.5). Las dos restantes se refieren a supuestos específicos: la discapacidad (art. 2.2 b) ii) de la Directiva), que dejamos apuntado porque el asunto tiene un tratamiento específico en otro estudio de este monográfico; y la edad (art. 6), sobre la volveremos en otro apartado.

La Directiva 2000/78 introduce una cláusula genérica de cierre en su art. 2.5 justificadora de las diferencias de trato mediante “las medidas establecidas en la legislación nacional que, en una sociedad democrática, son necesarias para la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención de infracciones penales, la protección de la salud y la protección de los derechos y libertades de los ciudadanos”. Como se ha observado, tan amplia habilitación puede tener el efecto de favorecer la discriminación en daño precisamente de los colectivos a los que se dirige la Directiva (personas con una religión o convicción, con una discapacidad, de una edad, o con una orientación sexual determinadas), amparándose en genéricos motivos de seguridad o salud públicas<sup>27</sup>. Al respecto observa la STJUE 13-9-2011, *asunto Prigge*, que el legislador de la Unión pretendió con esta norma “prevenir y arbitrar un conflicto entre, por una parte, el principio de igualdad de trato y, por otra parte, la necesidad de garantizar el orden, la seguridad y la salud públicas, la prevención de las infracciones y la protección de los derechos y libertades individuales, que son indispensables para el funcionamiento de una sociedad democrática”<sup>28</sup>, aunque entiende que, al establecer una excepción al principio de no discriminación, la norma debe ser interpretada de forma restrictiva (apartado 56)<sup>29</sup>.

De las excepciones generales al principio de no discriminación que hemos expuesto al inicio, resultan de interés en la jurisprudencia reciente las referidas

<sup>27</sup> Militello, 2009, pág. 286.

<sup>28</sup> Apartado 55. Conforme a esta Sentencia encaja en el art. 2.5 el supuesto de limitación de la edad de 60 años para la actividad de los pilotos de líneas aéreas, por motivos relacionados con la seguridad de los pasajeros y de los habitantes de las zonas sobrevoladas, pero también para la tutela de la salud y la seguridad de los propios pilotos.

<sup>29</sup> De ahí que esta STJUE concluya: “Una medida como la que es objeto del procedimiento principal, que fija en 60 años la edad máxima a partir de la cual los pilotos ya no pueden ejercer su actividad profesional, pese a que las normativas nacional e internacional fijan dicha edad en 65 años, no es una medida necesaria para la seguridad pública y la protección de la salud, en el sentido del propio artículo 2, apartado 5.”).

a los supuestos de discriminación indirecta del art. 2.1 b Directiva 2006/54 (art. 2.2 b i) Directivas 2000/43 y 2000/78) y los supuestos donde lo impone una exigencia esencial del empleo (art. 14.2 Directiva 2006/54, art. 4 Directivas 2000/43 y 2000/78).

En relación con el alcance de la previsión general de justificación del art. 2.1 b) de la Directiva 2006/54 (y equivalentes de las Directivas antidiscriminatorias), aclara el Tribunal de Justicia que la justificación referida en la citada norma circunscribe su operatividad a las discriminaciones indirectas. En cambio, tal posibilidad no está prevista en el caso de las discriminaciones directas, con la consecuencia de que cuando una normativa nacional es constitutiva de una diferencia de trato basada directamente en el sexo, la discriminación que establece no puede ampararse en ninguna justificación objetiva<sup>30</sup>. No obstante, esta doctrina debe ser matizada para el caso de una discriminación por razón de edad, donde el art. 6 de la Directiva 2000/78 introduce una vía relevante de justificación de la diferencia de trato directamente basada en la edad (asunto sobre el que de nuevo remito a un apartado posterior).

Pues bien, en el caso de las discriminaciones indirectas la admisión de excepciones se recoge inicialmente por la jurisprudencia. En su doctrina, el Tribunal de Justicia admite la legitimación de diferenciaciones indirectas si presentan un motivo objetivo y justificado y si la desventaja no es desproporcionada<sup>31</sup>. Esta posible justificación se plasma posteriormente en la legislación comunitaria y específicamente en el art. 2.1 b) de la Directiva 2006/54: las discriminación indirecta admiten como excepción el que “dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios” (en términos semejantes en las Directivas generales: finalidad legítima y medios adecuados y necesarios).

En relación con el alcance de la previsión general de justificación, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que debe existir una justificación apoyada en factores objetivos ajenos a toda discriminación por razón de sexo, y así se verifica “cuando los medios elegidos responden a una finalidad legítima de política social, son adecuados para alcanzar el objetivo perseguido por la normativa de que se trate y son necesarios a tal fin”, y si tales medios “se

<sup>30</sup> STJUE 12-9-2013, *asunto Kuso*, apartado 50.

<sup>31</sup> Sobre esta jurisprudencia, Rodière, 2014, pág. 315.

aplican de forma coherente y sistemática”<sup>32</sup>. La jurisprudencia sobre estas excepciones se concreta en pronunciamientos de desigual alcance, lo que lleva a pensar que es arriesgado interpretar que estemos ante una jurisprudencia consolidada<sup>33</sup>. Como justificación ha jugado un papel importante las orientaciones de política social, como ocurre en el campo de la protección de Seguridad Social ligada a contratos a tiempo parcial de jornada muy reducida. Aunque otra línea jurisprudencial avala una interpretación restrictiva (SJUE 9-2-1999, *asunto Seymour-Smith y Pérez*), donde el TJUE rechaza la argumentación en abstracto de los objetivos de ocupación. Recientemente, el Tribunal de Justicia refuerza esta línea interpretativa restrictiva con la STJUE 17-7-2014 *asunto Maurice Leone*<sup>34</sup>.

También las exigencias empresariales de índole económica pueden ser contempladas como justificación para una diferenciación en sus efectos, aunque también aquí la jurisprudencia comunitaria excluye este argumento en abstracto,

<sup>32</sup> Sintetizando esta jurisprudencia, STJUE 17-7-2014, *asunto Maurice Leone*, apartados 53 y 54.

<sup>33</sup> Rocella y Treu, 2012, págs. 312-314.

<sup>34</sup> En el caso de la STJUE 17-7-2014, *asunto Maurice Leone*, el gobierno francés alega que la finalidad de la bonificación de que se trata es compensar las desventajas en la carrera que resulten de la interrupción de la actividad profesional por el nacimiento, la llegada al hogar o el cuidado de hijos y en este sentido el mismo Tribunal de Justicia observa que el empeño por compensar las desventajas sufridas en el desarrollo de su carrera por todos los trabajadores, independientemente de su sexo, que la hayan interrumpido durante un cierto lapso de tiempo para dedicarse a sus hijos constituye, ciertamente, como tal, un objetivo legítimo de política social (apartados 57 y 58). Pero se constata que, a pesar de dicha apariencia de neutralidad, la normativa francesa cuestionada lleva a la situación en la que la ventaja en cuestión beneficia a un porcentaje mucho más elevado de mujeres que de hombres. La norma fija entre otras ventajas en el acceso a la jubilación (también cuestionadas en la Sentencia) un régimen de bonificación de antigüedad en el momento de la jubilación en caso de interrupción de actividad profesional, condicionado al requisito de que tal interrupción sea de dos meses mínimo. Se incluye, entre las formas estatutarias de interrupción de actividad que causan derecho a una bonificación, el permiso de maternidad y respecto de tal permiso se benefician las funcionarias que son el progenitor biológico de su hijo. El Tribunal de Justicia entiende en el asunto que “aunque tenga carácter aparentemente neutro en el plano del sexo de los funcionarios afectados, en el presente caso, puede cumplirlo un porcentaje considerablemente más reducido de funcionarios que de funcionarias, por lo que, en realidad, discrimina a un número mucho mayor de trabajadores de un sexo que de trabajadores del otro”. En este caso concluye el Tribunal que un objetivo legítimo de política social puede constituir un factor objetivo que justifica el trato diferencial y que es ajeno a toda discriminación por razón de sexo, pero requiere además que dicho objetivo sea “adecuado para garantizar el objetivo invocado y necesario a tal fin, lo que exige que responda verdaderamente al empeño en alcanzar ese objetivo y que se aplique de manera coherente y sistemática desde este punto de vista”, lo que no se constata en el régimen de bonificación de pensión como el controvertido (apartado 79).

esto es, exigiendo una argumentación excluyente de decisiones empresariales meramente discrecionales y no verificables; de esta manera, por ejemplo, se estima legítima la introducción de complementos de asistencia al trabajo, que a pesar de afectar negativamente a quienes han ejercido derechos de compatibilización de la vida laboral y familiar, no se consideran discriminatorios por justificarse en objetivos empresariales de reducción del absentismo e incremento de la productividad<sup>35</sup>.

En la STJUE 28-2-2103, *asunto Margaret Kenny*, se suscita la cuestión de si cabe tener en cuenta “el interés por mantener unas buenas relaciones laborales” para justificar objetivamente una aparente discriminación salarial indirecta por razón de sexo<sup>36</sup>. Al abordar la cuestión, el Tribunal de Justicia parte de su doctrina de que las razones que puedan proporcionar la justificación de un trato diferencial “deberán responder a una efectiva necesidad del empleador” (apartado 46), aunque puntualizando que “este interés no puede constituir, por sí mismo, el único fundamento que justifique tal discriminación” (apartado 48). Para el Tribunal de Justicia este dato puede ser tomado en consideración en una valoración de conjunto, teniendo en cuenta la existencia de otros elementos de valoración (apartado 52). En este sentido, el Tribunal recuerda que el hecho de que la materia (y por tanto la diferenciación en el trato) se haya fijado a través de la negociación colectiva “puede ser tomado en consideración por el órgano jurisdiccional nacional como elemento para apreciar si las diferencias entre las retribuciones medias de dos grupos de trabajadores se deben a factores objetivos y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo” (apartado 49).

De la argumentación jurisprudencial que acabo de sintetizar cabe destacar, como ya observara la doctrina<sup>37</sup>, que en estos supuestos de justificación de una discriminación indirecta el centro de gravedad del enjuiciamiento por parte del

<sup>35</sup> Sobre esta jurisprudencia en particular, Vallauri, 2009, pág. 225.

<sup>36</sup> En el caso, se argumentó por la parte demandada que el número de puestos designados (con una retribución diferenciada respecto del resto de funcionarios de administración) había sido determinado mediante un acuerdo suscrito entre los mandos y los órganos representativos del personal de la Policía Nacional en el marco de un procedimiento de reducción de estos puesto (procedimiento denominado «civilianisation») para los que no existía ninguna verdadera necesidad operativa. De forma que se alega que la asignación de miembros de la Policía Nacional a puestos administrativos responde, bien a necesidades operativas de ésta, bien a la necesidad de ejecutar el proceso de «civilianisation» de una manera, y a un ritmo, que garantizaran la adhesión de los órganos representativos del personal.

<sup>37</sup> Sáez Lara, 2005, págs. 346-347.

TJUE no está en la justificación objetiva de la existencia de una finalidad legítima, porque tratándose de una discriminación indirecta siempre contaremos con una justificación que otorgará a la norma una apariencia de neutralidad. Es pues en la exigencia de necesidad y adecuación donde la jurisprudencia comunitaria pone el acento en estos supuestos de discriminación indirecta. Claramente lo vemos en el *asunto Maurice Leone*. Y lo mismo podemos decir, incluso con mayor claridad, en los supuestos, que estudiaremos más adelante, de la justificación de una discriminación directa por motivos de edad ex art. 6 Directiva 2000/78.

Vamos a referirnos para concluir este apartado a los supuestos donde la excepción al principio de no discriminación viene justificada por una exigencia esencial del empleo (art. 14.2 Directiva 2006/54, art. 4 Directivas 2000/43 y 2000/78). Conforme a esta normativa una diferencia de trato basada en una característica relacionada con las circunstancias referidas en las directivas (particularmente el sexo o la edad) no constituirá discriminación cuando, “debido a la naturaleza de las actividades profesionales concretas o al contexto en que se lleven a cabo”, dicha característica constituya “un requisito profesional esencial y determinante”, siempre y cuando “su objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado”.

Dos asuntos recientes han centrado su interés en esta norma: la STJUE 13-9-2011, *asunto Prigge*, y la STJUE 13-11-2014, *asunto Vital Pérez*. En ambos casos se trata de la fijación de un límite de edad. En la primera sentencia por establecer un límite máximo para la actividad profesional de los pilotos de líneas aéreas (60 años) mediante una cláusula de un convenio colectivo en Alemania; en la segunda, al fijar un límite máximo de edad (30 años) para el acceso al cuerpo de la policía local establecido en la normativa de una Comunidad Autónoma española.

Ambas sentencias parten de dos premisas. En primer lugar, se declara en ambas que del artículo 4, apartado 1, de la Directiva 2000/78 se deduce que lo que debe constituir un “requisito profesional esencial y determinante” no es el motivo en el que se basa la diferencia de trato, sino una característica relacionada con dicho motivo. En este sentido, se considera que la posesión de capacidades físicas específicas es una característica relacionada con la edad, de manera que las capacidades físicas específicas pueden considerarse un “requisito profesional esencial y determinante”.

En segundo lugar, las normas requieren un requisito profesional “esencial y determinante”, lo que postula claramente una interpretación estricta de las posi-

bilidades abiertas por esta disposición<sup>38</sup>, como así se deduce del vigesimotercer considerando de la Directiva 2000/78<sup>39</sup>. Se establece como criterios al respecto que las exclusiones no sean generalizadas, esto es, debe ser para profesiones concretas en las que la especial naturaleza de la actividad profesional hace que determinadas características, como la edad, disminuyan de modo “esencial y determinante” la capacidad de la persona para desarrollar esa actividad de modo correcto y eficaz.

En las dos sentencias comentadas se estima que existe una finalidad legítima, porque en ambos asuntos es esencial que los sujetos afectados (pilotos de líneas aéreas o policías locales) posean capacidades físicas específicas, en la medida en que los fallos físicos en dichas profesiones pueden tener consecuencias importantes tanto para los sujetos interesados como para terceros y para el interés general, y porque es necesario garantizar, en particular en el caso de los policías locales, que los nuevos funcionarios puedan efectuar las tareas más pesadas desde el punto de vista físico durante un período relativamente largo de su carrera; es decir el objetivo de garantizar el carácter operativo y el buen funcionamiento del cuerpo de agentes de Policía Local exige mantener una determinada estructura de edad en su seno.

Pero ambas sentencias califican la medida convencional o legal como desproporcionada, contraviniendo el art. 4.1 de la Directiva. Un argumento fundamental y común en ambos casos consiste en que la edad límite fijada (60 años para pilotos y 30 para la policía local) no viene amparada en datos técnicos o científicos y se constata además que otras regulaciones para los mismos colectivos (pilotos o policías) de carácter nacional o internacional fijan edades más avanzadas (por ejemplo los 65 en la normativa nacional alemana o internacional para pilotos; y entre 35 y 40 años para los policías locales en otras legislaciones autonómicas españolas o en la legislación para la policía nacional).

<sup>38</sup> STJUE 13-11-2014, *asunto Vital Pérez*, apartado 47.

<sup>39</sup> El cual precisa que “en muy contadas circunstancias” una diferencia de trato puede estar justificada cuando una característica vinculada a este conjunto de factores constituya un requisito profesional esencial y determinante, cuando el objetivo sea legítimo y el requisito, proporcionado.

## 5. ASPECTOS PROCESALES PROBLEMÁTICOS EN LA JURISPRUDENCIA RECIENTE

### 5.1. La carga de la prueba y los hechos que permitan presumir la existencia de discriminación

Los aspectos procesales constituyen una cuestión crítica de cara a la efectividad del principio de igualdad y no discriminación. En esta temática abundan las Directivas de la década del 2000 (concretamente en los aspectos de medios de protección jurídica y previsión de sanciones adecuadas). Vamos a detenernos únicamente en algunos aspectos problemáticos abordados en la última jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

La objetivación de la discriminación indirecta tiene su plasmación en la problemática procesal de la articulación de la prueba. Estamos ante un aspecto también de elaboración jurisprudencial en sus orígenes, en paralelo a la doctrina sobre las discriminaciones indirectas. Esta doctrina del reparto de la carga de la prueba se perfila en el TJUE en los años 80<sup>40</sup>, y evoluciona hacia el aligeramiento de la carga probatoria de la parte demandante a la que no se exige la prueba del hecho discriminatorio, sino únicamente la aportación de indicios serios de la situación discriminatoria (la pertenencia al colectivo tutelado, la situación comparable, la desventaja para su colectivo estadísticamente acreditada), correspondiendo en ese caso a la parte empresarial demandada la desvirtuación de los indicios de discriminación o directamente la prueba de razones objetivas que justifican la diferencia de trato y su proporcionalidad<sup>41</sup>. Esta jurisprudencia asienta por tanto dos criterios: por una parte, la obligación de la parte demandante de aportación de hechos indiciarios (no de hechos ciertos que acrediten la discriminación); por otra parte, el criterio de la traslación de la carga de la prueba o la inversión parcial de la misma (por tanto, excluyendo una inversión de la carga en sentido técnico-jurídico).

El legislador comunitario acogió esta doctrina con la Directiva 97/80/CE, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo (concretamente con su art. 4.1<sup>42</sup>, que actualmente se integra en el art. 19 de la

<sup>40</sup> STJUE 17-10-1989, *asunto Danfoss*, y STJUE 9-2-1999, *asunto Seymour-Smith y Pérez*.

<sup>41</sup> Sobre esta evolución jurisprudencial, Rodière, 2014, págs. 324-325; Lousada Arochena, 2014, pág. 561 y sigs.

<sup>42</sup> Conforme al apartado 1 de dicha norma, referido a la “Carga de la prueba”, “los Estados miembros adoptarán con arreglo a sus sistemas judiciales nacionales las medidas necesarias para

Directiva 2006/54; art 8 Directiva 2000/43 y art. 10 Directiva 2000/78)<sup>43</sup>. Actualmente, con esta base normativa observa el Tribunal de Justicia que “la obligación de aportar la prueba contraria, a cargo pues del presunto autor de la discriminación, sólo se supedita a la constancia de una presunción de discriminación si ésta se funda en hechos acreditados”<sup>44</sup>. Y cuando se acrediten hechos que permitan presumir que existe una discriminación, “la aplicación efectiva del principio de igualdad de trato exigirá que la carga de la prueba recaiga en los demandados de que se trate, quienes habrán de demostrar que no hubo violación de dicho principio”, en particular, mediante la acreditación de que la actuación empresarial “está basada en elementos ajenos a cualquier discriminación”<sup>45</sup>.

Un aspecto que centra la atención del TJUE en los últimos años radica en “los hechos que permitan presumir la existencia de discriminación” y su doctrina parece avanzar hacia una facilitación de la consideración de hechos que permiten afirmar dicha presunción, a partir de una consideración de conjunto de los indicios. La problemática se ha suscitado últimamente en la discriminación en el momento del acceso al empleo (procesos de selección o contratación) en supuestos discriminatorios previstos en las Directivas 2000/43 y 2000/78, donde la empresa se ampara en su deber de confidencialidad de información como forma de condicionar la aportación de indicios del demandante o como forma de atenuar su carga probatoria.

De interés resulta el caso de la STJUE 19-4-2012, *asunto Galina Meister*<sup>46</sup>. El problema radica en estos casos en que la aportación de indicios que conlleven la traslación va a depender del acceso por la parte demandante a la documentación relativa al proceso de selección o contratación. En esta Sentencia se estima que la empresa no está obligada a suministrar tal información, en tanto pueda afectar al derecho a la intimidad de otros candidatos y a la obligación de confidencialidad que el empresario debe guardar respecto a la información a la que

que, cuando una persona que se considere perjudicada por la no aplicación, en lo que a ella se refiere, del principio de igualdad de trato presente, ante un órgano jurisdiccional u otro órgano competente, hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta, corresponda a la parte demandada demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato”.

<sup>43</sup> Sobre el tratamiento de esta regla procesal en la Directiva de 1997, véase Lousada Arochena, 2014, pág. 555-560.

<sup>44</sup> STJUE 10-7-2008, *asunto Feryn*, apartado 30.

<sup>45</sup> STJUE 25-4-2013, *asunto Accept*, apartados 55 y 56.

<sup>46</sup> Un comentario a esta Sentencia en Carrizosa Prieto, 2012.

tiene acceso en virtud del proceso selectivo o de contratación, porque el mecanismo de la carga de la prueba del artículo 4, apartado 1, de la Directiva 97/80 [actual art. 19.1 Directiva 2006/54] “no prevé, a favor de una persona que se considere perjudicada por la inobservancia en lo que a ella se refiere del principio de igualdad de trato, un derecho específico a acceder a información para que le sea posible acreditar «hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta» conforme a esa disposición” (apartado 39).

Pero el Tribunal de Justicia es consciente de que la negativa empresarial puede tener efectos en la tutela antidiscriminatoria, porque “no puede excluirse que la denegación de información por la parte demandada, en el contexto de la prueba de tales hechos, puede frustrar la realización del objetivo pretendido por la citada Directiva y privar así a dicha disposición de su efecto útil, en particular” (apartado 39). De esta forma, y aunque en términos imprecisos, matiza el TJUE que “una denegación total” de acceso a la información por una parte demandada puede constituir “uno de los factores que se deben tener en cuenta en el contexto de la acreditación de los hechos que permiten presumir la existencia de una discriminación directa o indirecta” (apartado 47).

En el caso de la STJUE 25-4-2013, *asunto Accept*, se denuncia la violación del principio de igualdad de trato en materia de contratación de personal por un club de fútbol profesional, ex artículo 2, apartado 2, letra a), de la Directiva 2000/78. En el supuesto un accionista del club, que se presenta a sí mismo y es percibido en los medios de comunicación y en la sociedad como el principal directivo (“patrón”) de ese club de fútbol, se manifiesta públicamente contrario a la contratación de futbolistas homosexuales. En concreto se plantea si el art. 10, apartado 1, de la Directiva 2000/78 [que actualmente reproduce el art. 19.1 Directiva 2006/54] debe interpretarse en el sentido de que tales declaraciones pueden calificarse de «hechos que permitan presumir la existencia de discriminación» por lo que respecta al club de fútbol profesional.

Para el Tribunal el empresario las declaraciones de quien afirma y parece desempeñar un papel importante en la gestión de la empresa, que sugieren la existencia de una política de contratación homófoba, constituyen hechos que permitan presumir que existe una discriminación en el sentido de dicha Directiva 2000/78 (apartado 55), y recuerda el Tribunal su doctrina de que la percepción del público o de los medios de comunicación pueden constituir indicios pertinentes (apartado 51). Para el Tribunal, el hecho de que la dirección del club de fútbol “no se distanciara claramente de las declaraciones controvertidas constituye un elemento que puede ser tenido en cuenta por el tribunal que conoce del litigio, en una apreciación global de los hechos” (apartado 52); de la misma

manera que la apariencia de discriminación basada en la orientación sexual “podría refutarse a partir de un conjunto de indicios concordantes”: en el caso en cuestión entre tales indicios podría figurar, en particular, una reacción de la parte demandada distanciándose claramente de las declaraciones públicas que dieron lugar a la apariencia de discriminación, así como la existencia de disposiciones expresas en materia de política de contratación de personal de esa parte demandada, al objeto de garantizar el respeto del principio de igualdad de trato en el sentido de la Directiva 2000/78<sup>47</sup>.

## 5.2. La legitimación procesal en torno a los medios de acción de tutela

Un último aspecto general en la tutela antidiscriminatoria está en el establecimiento de medios de protección jurídica adecuados. Por una parte, se prevé que “los Estados miembros velarán por la existencia de procedimientos judiciales o administrativos, (...) para exigir el cumplimiento de las obligaciones establecidas (...) *para todas las personas que se consideren perjudicadas* por la no aplicación, en lo que a ellas se refiere, del principio de igualdad de trato” (art. 7.1 Directiva 2000/43 y 9.1 Directiva 2000/78; y posteriormente art. 17.1 Directiva 2006/54). Por otra parte, uno de tales medios de protección incorporado en las Directivas de 2000 radica en facultar a las asociaciones o personas jurídicas para que puedan iniciar procedimientos, en nombre de cualquier víctima o en su apoyo, sin perjuicio de la normativa nacional respecto a la representación y defensa ante los tribunales. En este sentido se establece que “los Estados miembros velarán por que las asociaciones, organizaciones u otras personas jurídicas que, de conformidad con los criterios establecidos en el Derecho nacional, tengan un interés legítimo en velar por el cumplimiento de lo dispuesto en la presente Directiva, puedan iniciar, *en nombre del demandante o en su apoyo, y*

<sup>47</sup> Esta STJUE 25-4-2013 tiene un importante antecedente en la SJUE 10-7-2008, *asunto Feryn*, que tiene como supuesto de hecho las declaraciones mediante las que un empleador da a conocer públicamente que, en el marco de su política de contratación, no empleará a trabajadores de determinado origen étnico o racial, y donde se plantea si esos hechos son aptos para basar la presunción de una política de contratación discriminatoria. El Tribunal da una respuesta positiva, de forma que tales declaraciones “bastan para presumir la existencia de una política de contratación directamente discriminatoria, en el sentido del artículo 8, apartado 1, de la Directiva 2000/43”, ya que declaraciones de esa clase “pueden disuadir firmemente a determinados candidatos de solicitar el empleo y por tanto dificultar su acceso al mercado de trabajo”. De forma que incumbe en tal caso a ese empleador probar que no se ha vulnerado el principio de igualdad de trato, lo que puede hacer “demostrando que la práctica real de contratación de su empresa no corresponde a esas declaraciones” (apartado 34).

*con su autorización*, cualquier procedimiento judicial o administrativo previsto para exigir el cumplimiento de las obligaciones de la presente Directiva” (art. 7.2 Directiva 2000/43 y 9.2 Directiva 2000/78; y posteriormente art. 17.2 Directiva 2006/54).

Pues bien, tales normas han sido matizadas en sentencias del TJUE recientes<sup>48</sup>, en relación con las normas citadas de las Directivas 2000/43 y 2000/78 en su exigencia de que existan “personas que se consideren perjudicadas”, conforme al apartado 1º de la aquellas normas, y de que la legitimación procesal de los organismos de interés público que actúen ante los tribunales lo sea “en nombre del demandante o en su apoyo”, según dispone el apartado 2º de las mismas.

En primer lugar, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha puntualizado que la existencia de una discriminación directa de las Directivas 2000/43 y 2000/78 no presupone la identificación de un denunciante que sostenga que ha sido víctima de tal discriminación. El TJUE entiende que la falta de un denunciante identificable no permita concluir que no existe discriminación directa en el sentido de la Directiva 2000/43. La Directiva concreta su objetivo de promover las condiciones para un mercado de trabajo que propicie la integración social a través de la tutela antidiscriminatoria, que abarca los criterios de selección y las condiciones de contratación (artículo 3, apartado 1, letra a). Entiende el TJUE que difícilmente se alcanzaría tales objetivos si el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/43 se limitara únicamente a los supuestos en los que un candidato a un empleo que no haya sido contratado, y se considere víctima de una discriminación directa, haya ejercitado acción judicial contra el empleador. Se interpreta en los casos planteados que el hecho de que un empleador declare públicamente que no contratará a determinados trabajadores puede disuadir firmemente a determinados candidatos de presentar su candidatura y, por tanto, dificultar su acceso al mercado de trabajo, lo cual constituye una discriminación directa en la contratación. Por consiguiente, “la existencia de tal discriminación directa no requiere que haya un denunciante identificable que alegue haber sido víctima de tal discriminación”<sup>49</sup>.

<sup>48</sup> STJUE 10-7-2008, *asunto Feryn*, y STJUE 25-4-2013, *asunto Accept*.

<sup>49</sup> STJUE 10-7-2008, *asunto Feryn*, apartado 25; STJUE 25-4-2013, *asunto Accept*, apartado 36.

Por otra parte, interpreta el TJUE que los medios de acción en Derecho deben ser accesibles para las personas que se consideren perjudicadas por una discriminación, o sin existir perjudicados, el acceso debe ser posible para las personas jurídicas que tengan “interés legítimo” en el asunto. Puede ser un obstáculo, el hecho de que la previsión del art. 7.2 Directiva 2000/43 es que la intervención de asociaciones de interés público lo sea “en nombre del demandante o en su apoyo, y con su autorización”. Pero entiende el TJUE que las prescripciones del artículo 7 de la Directiva 2000/43 sólo son, como expresa el artículo 6 de esa Directiva, normas mínimas y dicha Directiva no impide que los Estados miembros adopten o mantengan en vigor disposiciones más favorables para la protección del principio de igualdad de trato. Por ello, se afirma en las sentencias referidas que cabe entender posible que “los Estados miembros reconozcan, en su legislación nacional, el derecho de las asociaciones que tengan un interés legítimo en lograr que se respete dicha Directiva a promover los procedimientos judiciales o administrativos sin que actúen en nombre de un denunciante determinado, o a falta de un denunciante identificable”<sup>50</sup>.

## **6. LA DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO EN MATERIA RETRIBUTIVA Y EN LAS CONDICIONES DE TRABAJO Y EMPLEO**

El principio de igualdad de retribución constituye “una parte esencial e indispensable del acervo comunitario” sobre la tutela antidiscriminatoria entre hombres y mujeres (considerando 8º de la Directiva 2006/54). Se trata de una temática de particular atención normativa en la Unión y que cuenta con una jurisprudencia consolidada<sup>51</sup>, lo que no impide que siga siendo una cuestión central en la problemática de la igualdad de trato<sup>52</sup>. Los más recientes pronunciamientos abundan en los dos parámetros esenciales del principio de igualdad retributiva recogidos en el art. 157 TFUE: el concepto de retribución y los términos de referencia para valorar la igualdad de trato.

<sup>50</sup> STJUE 10-7-2008, *asunto Feryn*, apartado 27; STJUE 25-4-2013, *asunto Accept*, apartado 37.

<sup>51</sup> El tema es abordado con detalle en la doctrina. Cfr. Rocella y Treu, 2012, págs. 301-303; Rodière, 2014, págs. 333-336; Benavente Torres, 2011, pág. 238-239; Lousada Arochena, 2014, págs. 174-177.

<sup>52</sup> Remito en este sentido a Ballester Pastor, 2015, pág. 19 y sigs.

En relación con la noción de retribución, el art. 157.2 TFUE introduce un concepto amplio, acogiendo la jurisprudencia del TJUE que toma como referencia el antiguo art. 119 TCEE, a tenor del cual la retribución se identifica con “el salario o sueldo normal de base o mínimo, y cualesquiera otras gratificaciones satisfechas, directa o indirectamente, en dinero o en especie, por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo”. La jurisprudencia adopta un concepto amplio, esto es, el elemento decisivo en la cualificación como retribución es el nexo entre la prestación y el empleo del trabajador<sup>53</sup>, lo que permite incluir en el concepto, por ejemplo, prestaciones sociales a cargo de la empresa ligadas a periodos de suspensión del contrato, o prestaciones por jubilación o de supervivencia (prestaciones correspondientes al régimen profesional<sup>54</sup>, o prestaciones sociales complementarias<sup>55</sup>) o indemnizaciones por despidos o extinciones del contrato (incluso en este caso concebidas como compensaciones indemnizatorias por pérdida de empleo).

Esta temática cobra interés recientemente en relación con el art. 3.3 de la Directiva 2000/78, que dispone que esta Directiva “no se aplicará a los pagos de cualquier tipo efectuados por los regímenes públicos o asimilados, incluidos los regímenes públicos de seguridad social o de protección social”. Observa la STJUE 7-1-2004 *asunto K.B.* (apartado 25), que dicho precepto debe entenderse en el sentido de que el ámbito de aplicación de dicha Directiva no cubre los regímenes de seguridad social y de protección social cuyas ventajas no estén equiparadas a una retribución en el sentido conferido a este término para la aplicación del artículo 157 TFUE, ni a los pagos de cualquier naturaleza efectuados por el Estado cuyo objetivo sea el acceso al empleo o el mantenimiento de los trabajadores en el empleo. Para determinar si una pensión puede calificarse de retribución, el Tribunal de Justicia reitera su doctrina de que el único criterio que puede revestir carácter decisivo es el de la relación de trabajo ex art. 157 TFUE, lo que supone comprobar que los abonos al trabajador se realizan en razón de la relación laboral que lo vincula al empleador, sin que la naturaleza jurídica de la pensión, su origen legal o forma de gestión sea decisivo.

El segundo elemento de importancia es el término de referencia para valorar la igualdad de trato entre trabajadores y trabajadoras, que el art. 157.1 TFUE

<sup>53</sup> Una descripción de la jurisprudencia comunitaria sobre la noción de “retribución” ex art. 141 CE (actual 157 TFUE) la ofrece el Abogado General Ruiz-Jarabo en sus conclusiones a la STJUE 1-4-2008, *asunto Maruko*, apartados 53 a 62.

<sup>54</sup> STJUE 7-1-2004, *asunto K.B.*

<sup>55</sup> SSTJUE 1-4-2008, *asunto Maruko*, y 10-5-2011, *asunto Römer*.

identifica como una retribución “para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor”. Se añade en el apartado 2º de la misma norma que “la retribución establecida para un mismo trabajo remunerado por unidad de obra realizada se fija sobre la base de una misma unidad de medida” y “para un trabajo remunerado por unidad de tiempo es igual para un mismo puesto de trabajo”<sup>56</sup>. Como comentamos a continuación, a pesar del avance que supone el concepto de “trabajo de igual valor”, los documentos comunitarios más recientes llaman la atención sobre la falta de claridad y de seguridad jurídica sobre el concepto<sup>57</sup>.

Sobre la comparación de trabajos a efectos de evaluar que estamos ante trabajos iguales o de igual valor, en materia de igualdad retributiva la jurisprudencia aplica un criterio de comparación *in concreto*, excluyéndose la referencia a un trabajador “hipotético” cuando la actividad está reservada a las mujeres<sup>58</sup>. La mayor flexibilización del juicio de comparación ya se contiene en las Directivas generales de no discriminación (Directivas 2000/43 y 2000/78) que definen la discriminación como “la situación en que una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada” en comparación con otra. Con ello se abre el elemento cronológico a supuestos distintos de la simultaneidad de situaciones<sup>59</sup>, y potencialmente a situaciones de comparación hipotética (sin necesidad de un comparador masculino idéntico)<sup>60</sup>, aunque, como acabamos de indicar, no es este el criterio que de antiguo viene manteniendo el Tribunal de Justicia. Tampoco es necesario que la comparación se refiera a trabajos dentro de la misma empresa, siempre que en otro caso la diferencia proceda de una regulación legal o convencional aplicable a ambos empleos<sup>61</sup>. De hecho, cuando se trata de una discriminación indirecta,

<sup>56</sup> Respecto de trabajos iguales especifica el art. 4 Directiva 2006/54 que “cuando se utilice un sistema de clasificación profesional para la determinación de las retribuciones, este sistema se basará en criterios comunes a los trabajadores de ambos sexos, y se establecerá de forma que excluya las discriminaciones por razón de sexo”. Previsión completada por la jurisprudencia comunitaria en el sentido de que cuando no exista sistema de clasificación, bastará con el criterio de una valoración comparativa de los contenidos profesionales de la actividad desarrollada. Sobre esta jurisprudencia, Vallauri, 2009, págs. 227-228.

<sup>57</sup> Informe sobre la aplicación de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006 (COM(2013) 861 final); Recomendación de la Comisión de 7 de marzo de 2014, sobre el refuerzo del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres a través de la transparencia (2014/124/UE; DOCE de 8-3-2014).

<sup>58</sup> Sobre esta jurisprudencia, Rocella y Treu, 2012, págs. 293 y sigs.; Rodière, 2014, págs. 336-338.

<sup>59</sup> Militello, 2009, pág. 283.

<sup>60</sup> Ballester Pastor, 2015, págs.

<sup>61</sup> Benavente Torres, 2011, pág. 242.

observa el Tribunal de Justicia que el origen de la diferencia de retribución puede ser diverso y, de este modo, referirse a una disposición nacional, a un convenio que regule colectivamente el trabajo por cuenta ajena o incluso a una práctica o a una acción unilateral de un empleador respecto al personal que emplea<sup>62</sup>.

Admite el TJUE la consideración de criterios que puedan justificar diferencias en la retribución, como es el conocido criterio del esfuerzo físico (con la condición de que, mediante la consideración de otros criterios, su aplicación excluya una discriminación por sexo). Reiterará el TJUE que la comparación de trabajos debe tener en cuenta un conjunto amplio de factores como la naturaleza de la actividad desarrollada, la flexibilidad en las condiciones de trabajo (adaptación a horarios o lugares de trabajo), la cualificación o formación profesional (cuando es relevante en la ejecución del trabajo) o la antigüedad<sup>63</sup>. Como se recuerda en la STJUE 28-2-1013, *asunto Margaret Kenny*<sup>64</sup>, ha de tomarse en cuenta “los elementos relativos a la naturaleza de las tareas que pueden encomendarse a cada uno de dichos grupos de trabajadores, a los requisitos de formación exigidos para su ejercicio y a las condiciones laborales en las que dichas tareas se efectúan”(apartado 28). Esta Sentencia subraya en particular que la formación profesional constituye uno de esos factores que pueden justificar

<sup>62</sup> STJUE 28-2-2013, *asunto Margaret Kenny*, apartado 40.

<sup>63</sup> Benavente Torres, 2011, págs. 239-240; Lousada Arochena, 2014, págs.216-217.

<sup>64</sup> En este caso las recurrentes son funcionarias adscritas al desempeño de tareas administrativas en la Policía Nacional que estiman que efectúan un trabajo equivalente al de otros empleados varones del mismo cuerpo policial igualmente adscritos al desempeño de tareas administrativas en puestos específicos reservados a miembros de éste, denominados «puestos designados» o «puestos reservados». El Tribunal observa que de la documentación se desprende que la habilitación o la cualificación profesional de los oficiales administrativos, por un lado, y de los miembros de la Policía Nacional adscritos a los puestos designados, por otro, presenta diferencias (apartado 30). Además se toma en consideración que Irlanda, como parte demandada, alegó que todos los miembros de la Policía adscritos a puestos designados pueden, en circunstancias excepcionales, ser requeridos para trabajar sobre el terreno por necesidades operativas (apartado 33). Por tanto el Tribunal observa como cuestión preliminar que es necesario verificar la existencia de trabajos iguales a partir de la doctrina expuesta. En el caso concreto planteado, “corresponderá, en su caso, al órgano jurisdiccional remitente comprobar si, habida cuenta de los elementos relativos a la naturaleza de las tareas que pueden encomendarse a los miembros de la An Garda Síochána adscritos a puestos designados y a las condiciones laborales de tales miembros, y tomando en consideración los requisitos de formación exigidos para los diferentes grupos de trabajadores de que se trata, la actividad aparentemente idéntica efectuada por los miembros de la An Garda Síochána adscritos a puestos designados y por los oficiales administrativos puede calificarse de «mismo trabajo» en el sentido del artículo 141 TCE” (apartado 34).

objetivamente una diferencia en las retribuciones asignadas a trabajadores que efectúan un mismo trabajo (apartado 29). Cabe recordar también que en estos casos se exigen criterios “transparentes” de encuadramiento retributivo que justifiquen la utilización de factores diferenciadores (como la flexibilidad o la formación profesional) para modular la valoración económica de los puestos de trabajo<sup>65</sup>.

Recientemente, la Recomendación de la Comisión de 7 de marzo de 2014, *sobre el refuerzo del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres a través de la transparencia*, reconoce las dificultades para avanzar en la aplicación efectiva del principio de igualdad de remuneración e identifica como principales causas, por un lado, “unas estructuras salariales opacas y la falta de información disponible sobre los niveles salariales de los trabajadores que realizan el mismo trabajo o un trabajo de igual valor”, por otro lado, “la falta de una definición de trabajo de igual valor, y en particular de una indicación clara de los criterios de evaluación para comparar empleos diferente”. La Comisión propone, de una parte, el reconocimiento de un derecho individual y colectivo a solicitar información salarial, el establecimiento de auditorías salariales en las empresas, reforzar el papel de la negociación colectiva sobre igualdad de retribución, entre otras medidas; por otro lado, la inclusión de la definición de un trabajo de igual valor y de los criterios de evaluación y clasificación de empleos en las legislaciones nacionales, teniendo en cuenta una serie de factores, entre ellos la naturaleza del trabajo, la formación y las condiciones de trabajo.

La Directiva 76/707 vino a extender el principio de igualdad de trato por razón de sexo a todos los aspectos de la vida laboral y ahora se recogen en el art. 14 de la Directiva 2006/54<sup>66</sup>. Existe una importante elaboración jurisprudencial sobre el principio de igualdad en relación tanto con el acceso al empleo, como

<sup>65</sup> Vallauri, 2009, pág. 228.

<sup>66</sup> Conforme al apartado 1 de dicha norma “No se ejercerá ninguna discriminación directa ni indirecta por razón de sexo en los sectores público o privado, incluidos los organismos públicos, en relación con: a) las condiciones de acceso al empleo, al trabajo por cuenta propia o a la ocupación, incluidos los criterios de selección y las condiciones de contratación, cualquiera que sea el sector de actividad y en todos los niveles de la jerarquía profesional, incluida la promoción; b) el acceso a todos los tipos y niveles de orientación profesional, formación profesional, formación profesional superior y reciclaje profesional, incluida la experiencia laboral práctica; c) las condiciones de empleo y de trabajo, incluidas las de despido, así como las de retribución de conformidad con lo establecido en el artículo 141 del Tratado”.

respecto de las condiciones de trabajo<sup>67</sup>. En este segundo aspecto con una doctrina flexibilizadora de su contenido, como ocurre con la consideración del despido en la letra c) del art 14.1. Constituye jurisprudencia reiterada que, en el ámbito de la igualdad de trato, el concepto de despido debe interpretarse en sentido amplio. Más concretamente, el Tribunal de Justicia ha declarado, en referencia al art. 3.1 c) de la Directiva 76/207 (actual 14.1 c) Directiva 2006/54), por una parte, que el término «despido» debe entenderse en el sentido de que incluye la extinción de la relación de empleo entre el trabajador y el empresario incluso en el ámbito de un régimen de cese voluntario, y, por otra parte, que una política general de despido que implique el despido de una mujer trabajadora por la única razón de haber alcanzado ésta la edad a la que tiene derecho a la pensión estatal de jubilación (edad que es diferente para hombres y mujeres en virtud de la legislación nacional) constituye una discriminación por razón de sexo prohibida por esa misma Directiva<sup>68</sup>.

## **7. LA TUTELA ANTIDISCRIMINATORIA EN SITUACIONES DE EMBARAZO, MATERNIDAD Y PERMISOS PARENTALES**

La diferencia de trato basada en una característica relacionada con el sexo tiene una problemática específica en relación con la legislación de protección de las mujeres embarazadas y la maternidad, así como en relación con los permisos parentales. En la normativa comunitaria sobre tutela de las mujeres embarazadas y la maternidad hay que tener en cuenta este doble enfoque, por una parte de tutela de la salud de la mujer (Directiva 92/85/CEE) y de compatibilización entre la vida laboral y familiar (Directiva 2010/18/UE que sustituye a la Directiva 96/34/CE); por otra parte, de tutela de la igualdad y no discriminación (Directiva 2006/54). Desde este último punto de vista se trata de que los objetivos de tutela de la salud de la mujer y la obligación para ésta de compatibilización entre la vida laboral y los tiempos de vida familiar no repercutan en una desventaja de la posición de la mujer en el mercado laboral. En lo cual también incide la Directiva 2010/18/UE, facilitando una corresponsabilidad entre hombres y mujeres al equiparar a ambos progenitores como titulares de los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar<sup>69</sup>.

<sup>67</sup> Vallauri, 2009, págs. 230 y sigs.

<sup>68</sup> Véase por todas, STJUE 18-11-2010, *asunto Kleist*, apartados 26 a 28. El tema vuelve a plantearse en la STJUE 12-9-2013, *asunto Kuso*.

<sup>69</sup> Indica esta Directiva en su Considerando 8º que sus objetivos son la mejora de la conciliación de la vida profesional, privada y familiar para los trabajadores con hijos “y la igualdad entre

Pues bien, desde el estricto ámbito de la tutela antidiscriminatoria, prevé el art. 2.2 de la Directiva 2006/54 que el concepto de discriminación incluirá “c) el trato menos favorable a una mujer en relación con el embarazo o el permiso por maternidad en el sentido de la Directiva 92/85/CEE”. El art. 28 de la misma Directiva añade que la aplicación de la Directiva “se entenderá sin perjuicio de las disposiciones relativas a la protección de la mujer, en particular referida al embarazo y la maternidad”, no afectando a lo dispuesto en la Directiva 2010/18/UE (anterior 96/34/CE) y en la Directiva 92/85/CEE. En aplicación de este marco normativo, la STJUE 19-9-2013, *asunto Marc Betriu*, entiende que la previsión del permiso de maternidad ex art. 48.4 LET supone una diferencia de trato entre trabajadoras y trabajadores amparada en el art. 3.2 Directiva 76/207 [actual 28 Directiva 2006/54]<sup>70</sup>.

El Tribunal de Justicia restringe el alcance del artículo 2, apartado 2, letra c), de la Directiva 2006/54 a estas concretas situaciones biológicas de las mujeres, de manera que no se contempla la protección de la mujer en situaciones de enfermedad posteriores y derivadas del embarazo o maternidad<sup>71</sup>, ni se admite una atribución de derechos particulares a las mujeres que los hombres habrían podido disfrutar igualmente<sup>72</sup>, es decir, porque la situación de mujeres y hombres sea comparable, como ocurre en el cuidado de hijos<sup>73</sup>. El carácter restrictivo de esta excepción al principio de igualdad se refuerza tanto legislativa como jurisprudencialmente al excluirse, como excepción al principio de igualdad, la protección de la relación especial de la mujer e hijo en el periodo subsiguiente a la maternidad, que ha de alcanzar indistintamente a ambos proge-

hombres y mujeres por lo que respecta a las oportunidades en el mercado laboral y al trato en el trabajo en toda la Unión”.

<sup>70</sup> Conclusión a la que llega el Tribunal de Justicia porque, por un lado, “está claro que una medida como la controvertida en el litigio principal está destinada, en todo caso, a proteger la condición biológica de la mujer durante su embarazo y con posterioridad a él” (apartado 63), y por otro, en lo referido al disfrute de parte del permiso por el padre, tampoco existe lesión del derecho a la no discriminación porque “el padre de un menor, que tiene la condición de trabajador por cuenta ajena, puede, con el consentimiento de la madre, que tiene también la condición de trabajadora por cuenta ajena, tener derecho a un permiso de maternidad para el periodo posterior a las seis semanas de descanso obligatorio para la madre inmediatamente posteriores al parto (...), mientras que el padre de un menor, que tiene la condición de trabajador por cuenta ajena, no puede tener derecho a tal permiso cuando la madre de su hijo no tiene la condición de trabajadora por cuenta ajena y no está afiliada a un régimen público de seguridad social” (apartado 66).

<sup>71</sup> Benavente Torres, 2011, pág. 252.

<sup>72</sup> Sobre esta jurisprudencia, Rocella y Treu, 2012, págs. 314 y sigs.; Rodière, 2014, pág. 318-319.

<sup>73</sup> Benavente Torres, 2011, pág. 242.

nitores<sup>74</sup>. Parece pues superada en la jurisprudencia comunitaria la confusión de la tutela de la salud de la trabajadora con la tutela de las relaciones entre madre e hijo<sup>75</sup>. Aunque el mismo TJ ha reiterado últimamente que el permiso de maternidad pretende proteger las relaciones especiales de la mujer con su hijo, puntualizado ahora que ese objetivo, “sólo abarca sin embargo el período posterior «al embarazo y al parto»”<sup>76</sup>.

La tutela antidiscriminatoria en el caso de los permisos parentales se refuerza con las previsiones de los arts. 15 y 16 de la Directiva 2006/54<sup>77</sup>. Recuerda la STJUE 20-6-2013, *asunto Nadezda Riezniece*, que conforme a este último precepto, se “reconoce la libertad de los Estados miembros para conceder o no un permiso por adopción y que las condiciones de aplicación de dicho permiso no relacionadas con el despido y la reincorporación al trabajo no entran en el ámbito de aplicación de la Directiva” (apartados 62 y 63). Obviamente, salvo que entrañen una discriminación por razón de sexo, como se constata en el asunto de la sentencia<sup>78</sup>.

<sup>74</sup> Lousada Arochena, 2014, págs. 179-180.

<sup>75</sup> Para una crítica a esta confusión, Sáez Lara, 2005, pág. 361-362.

<sup>76</sup> STJUE 18-3-2014, *C. D. y S. T.*, C-167/12, apartado 36.

<sup>77</sup> Conforme al artículo 15, “la mujer en permiso de maternidad tendrá derecho, una vez finalizado el período de permiso, a reintegrarse a su puesto de trabajo o a uno equivalente, en términos y condiciones que no le resulten menos favorables y a beneficiarse de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a la que hubiera podido tener derecho durante su ausencia”. El art. 16 prevé, para el caso de que los Estados miembros reconozcan derechos específicos al permiso de paternidad y/o de adopción, los Estados “tomarán las medidas necesarias para proteger a los trabajadores -hombres y mujeres- del despido motivado por el ejercicio de dichos derechos y garantizarán que, al término de dicho permiso, tengan derecho a reintegrarse a su puesto de trabajo o a uno equivalente, en condiciones que no les resulten menos favorables, y a beneficiarse de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a las que hubieran podido tener derecho durante su ausencia”.

<sup>78</sup> En la STJUE 20-6-2013, *asunto Nadezda Riezniece*, un empleador, en el marco de una decisión de amortización de puestos de trabajos, evalúa a una trabajadora que se ha acogido a un permiso parental. En el caso podría hablarse de una discriminación indirecta por cuanto una medida que aparece formulada de manera neutra puede perjudicar de hecho a un número mucho mayor de mujeres que de hombres, por cuanto las mujeres recurren al permiso parental con mucha mayor frecuencia que los hombres (apartados 39 y 40). De manera que se estaría incurriendo en una violación del principio de igualdad y no discriminación y la garantía de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres si el modo de evaluación de los trabajadores en el marco de la amortización de un puesto coloca a los trabajadores que se hayan acogido a un permiso parental en una posición de desventaja con respecto a los trabajadores que no se hayan acogido a tal permiso y a ello se añade que, en el Estado miembro de que se trata, se acogen al permiso parental

De manera que los permisos parentales, cuando están desconectados de la tutela de la mujer en el embarazo y la maternidad, también cuentan con la tutela antidiscriminatoria de la Directiva 2006/54. Resulta de interés, en un caso todavía pendiente del pronunciamiento del TJ, las conclusiones de la Abogada General Juliane Kokott presentadas el 16 de abril de 2015, en el *asunto Konstantinos Maïstrellis*, C-222/14. En este asunto la normativa nacional griega concede al padre un derecho de permiso parental sólo en el caso de que su cónyuge trabaje o, por motivos de salud, no esté en disposición de cuidar del hijo, mientras que no se establece tal limitación del permiso parental para la madre. La conclusión de la AG es que dado que esta disposición expresamente sólo establece una limitación del permiso parental para el padre, estamos en presencia de una discriminación directa por razón de sexo, al margen del art. 28, apartado 1, de la Directiva 2006/54, porque la normativa griega no tiene por objeto dispensar una protección especial a la mujer en el embarazo y la maternidad.

Un nuevo capítulo en relación con la problemática de los permisos parentales y el principio de no discriminación se plantea recientemente en dos sentencias de la misma fecha: STJUE 18-3-2014 y STJUE 18-3-2014<sup>79</sup>. Ambas Sentencias se refieren a supuestos de denegación de un permiso retribuido equivalente al permiso de maternidad o al permiso por adopción a una trabajadora, en su calidad de madre subrogante, que ha tenido un hijo gracias a un convenio de gestación por sustitución. En ambas sentencias se interpreta que la situación de una madre subrogante no puede equipararse a la situación de maternidad protegida en la Directiva 92/85<sup>80</sup>.

En el *asunto C. D. y S. T.*, C-167/12, el Tribunal de Justicia declara que el objetivo de la Directiva 92/85 tiene la finalidad de proteger “la salud de la madre

un número muy superior de mujeres que de hombres, de modo que las primeras pueden verse más afectadas por medidas como las controvertidas. Observa el Tribunal que “para no colocar a los trabajadores que se hayan acogido a un permiso parental en tal posición desfavorable, la evaluación debe cumplir una serie de requisitos. En particular, debe evaluarse a todos los trabajadores que puedan verse afectados por la amortización del puesto de trabajo. Además, tal evaluación debe basarse en criterios estrictamente idénticos a los que se aplican a los trabajadores en activo. Por otra parte, la aplicación de dichos criterios no puede implicar la presencia física de los trabajadores, requisito que el trabajador en situación de permiso parental no puede cumplir” (apartado 43). De manera que si no se observan estos principios y criterios de evaluación, perjudicando de este modo a la trabajadora que hace uso de su permiso parental, dicha circunstancia supondría una discriminación indirecta (apartado 48).

<sup>79</sup> Respectivamente, *asunto C. D. y S. T.*, y *asunto Z.*

<sup>80</sup> Un comentario crítico en Rodríguez Rodríguez, 2015, págs. 94 y sigs.

del niño durante la específica situación de vulnerabilidad derivada de su embarazo” y “las relaciones especiales de la mujer con su hijo aunque en este caso de forma limitada durante el período posterior al embarazo y al parto, evitando que la acumulación de cargas que deriva del ejercicio simultáneo de una actividad profesional perturbe dichas relaciones” (apartados 35 y 36). De ello se sigue que la atribución de un permiso de maternidad con fundamento en el artículo 8 de la Directiva 92/85 requiere que la trabajadora que se beneficie de él haya estado embarazada y haya dado a luz al niño (apartado 37). Por consiguiente, la Directiva 92/85 debe interpretarse en el sentido de que “los Estados miembros no están obligados en virtud del artículo 8 de esta Directiva a conferir un permiso de maternidad a una trabajadora, en su calidad de madre subrogante que ha tenido un hijo gracias a un convenio de gestación por sustitución, incluso cuando puede amamantar a ese niño tras su nacimiento o lo amamanta efectivamente” (apartado 43).

Sobre tales premisas, la sentencia interpreta que la prohibición de discriminación por razón de sexo ex artículo 14.1, Directiva 2006/54 no resulta cuestionada por el hecho de que un empleador deniegue un permiso de maternidad a una madre subrogante que ha tenido un hijo gracias a un convenio de gestación por sustitución. Considera que no hay discriminación directa porque la razón esencial de esa denegación no afecta exclusivamente a los trabajadores de uno u otro sexo: “en virtud de la normativa nacional aplicable en una situación como la del litigio principal, un padre que sea parte en un convenio de gestación por sustitución y haya tenido un hijo gracias a ese convenio recibe el mismo trato que una madre subrogante en una situación comparable, a saber, tampoco él tiene derecho a un permiso retribuido equivalente a un+ permiso de maternidad” (apartados 46 y 47). Y no se constata discriminación indirecta porque no se deduce que ningún dato obrante en los autos permita acreditar que la denegación del permiso en cuestión perjudique especialmente a las trabajadoras en comparación con los trabajadores (apartado 49). Por otro lado, tampoco se infringe el artículo 2, apartado 2, letra c), de la misma Directiva 2006/54, porque “una madre subrogante que haya tenido un hijo gracias a un convenio de gestación por sustitución no puede por definición ser objeto de un trato menos favorable ligado a su embarazo, ya que ella no ha estado encinta de ese niño” (apartados 51 y 52).

Esta línea argumental parece criticable porque, al igual que hemos visto con la transexualidad, estamos ante nuevos fenómenos ligados a la condición sexual o a la maternidad a los que no se puede aplicar un esquema clásico de comparación con el hombre o la mujer. Es significativo que la Cláusula 1ª del Acuerdo Marco Revisado sobre el permiso parental, contenido en la Directiva 2010/18/UE, tiene como objetivo facilitar la conciliación de las responsabi-

dades familiares y profesionales a los trabajadores con hijos, “teniendo en cuenta la diversidad cada vez mayor de las estructuras familiares”. En todo caso, al igual que hemos visto para la fecundación *in vitro*, si se considerase que estadísticamente la maternidad subrogante afecta especialmente a las mujeres es trasladable la doctrina de la tutela antidiscriminatoria por razón de sexo que ampara las relaciones especiales de la mujer con su hijo aunque de forma limitada durante el período posterior al nacimiento del hijo, “evitando que la acumulación de cargas que deriva del ejercicio simultáneo de una actividad profesional perturbe dichas relaciones” (STJUE 18-3-2014, *C. D. y S. T.* que acabamos de comentar). Debería tomarse en consideración que con la actual doctrina del TJ las personas que acceden a la maternidad por esta vía quedan desprotegidas, y probablemente discriminadas frente a una situación comparable como es la maternidad por adopción.

La orientación flexibilizadora que se propugna va en la línea de la doctrina plasmada en la STJUE 26-2-2008, *Asunto Mayr*, en la que el Tribunal de Justicia entiende que la Directiva 92/85 no resulta aplicable al supuesto de una fecundación *in vitro* cuando la fecundación de los óvulos de la trabajadora no ha sido aún transferida al útero de la mujer. No obstante, debido a que esta problemática sólo afecta directamente a las mujeres, el despido de una trabajadora basado fundamentalmente en el hecho de que ésta se somete a un tratamiento de fecundación *in vitro* constituye una discriminación directa basada en el sexo (apartado 50). Y concluye que admitir que un empresario pueda despedir a una trabajadora en estas circunstancias sería contrario al objetivo de protección que persigue el artículo 2, apartado 3, de la Directiva 76/207 (actual Directiva 2006/54), en la medida en que, ciertamente, el despido se base esencialmente en el tratamiento de fecundación *in vitro* (apartado 51). Conviene observar que la mencionada norma prevé la compatibilidad de la tutela antidiscriminatoria con “la protección de la mujer, especialmente en lo que se refiere al embarazo y a la maternidad”, y dado que en el caso abordado no estamos ante un supuesto de embarazo o maternidad, es “la protección de la mujer” la que permite al TJ hacer valer el art. 2.3 de la Directiva 76/207.

Al margen de las previsiones del bloque normativo de tutela antidiscriminatoria por razón de sexo, en las situaciones de embarazo y maternidad y de la vida parental (arts. 2.2 c), 28, 15 y 16 de la Directiva 2006/54), esto es, más allá de la lógica de la tutela antidiscriminatoria, hay que tomar en consideración el objetivo del art. 3 de la Directiva que, como medidas de acción positiva, prevé que “los Estados miembros podrán mantener o adoptar las medidas indicadas en el artículo 141, apartado 4, del Tratado [actual art. 157.4 del TFUE] con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida

laboral”. A las medidas de acción positiva se vinculan las medidas de prioridad en el empleo por razón de sexo (art. 157.4 TFUE)<sup>81</sup>.

Brevemente, la jurisprudencia comunitaria entiende que son admisibles reglas que favorezcan la igualdad de oportunidades (que ponga a todos los individuos en condiciones de partida semejante), pero no que impongan “de manera absoluta e incondicionada” una igualdad de resultados, prescindiendo de los méritos personales de cada persona (esto es que se impongan cuotas rígidas; aunque con excepciones en formación), lo que se estima compatible con las cuotas flexibles o cláusulas de apertura, que “abre el abanico de las razones con la que apoyar la decisión”, permitiendo optar por la persona perteneciente al género no desventajado si existen motivos que lo hagan preferible a la persona del género desventajado<sup>82</sup>.

Algunos pronunciamientos recientes del Tribunal de Justicia abordan tangencialmente esta temática para reproducir la doctrina del Tribunal que valora, desde la óptica de las medidas de acción positiva, la justificación de las diferencias de trato en favor de la mujer si son idóneas para eliminar o reducir en favor de las mujeres las desigualdades fácticas existentes en la vida laboral, esto es, “las medidas nacionales cubiertas por esta disposición [art. 141.a TCE, actual art. 157.4 del TFUE] deben, en todo caso, contribuir a ayudar a las mujeres a avanzar en su vida profesional en pie de igualdad con los hombres”, lo que no se verifica en los casos abordados<sup>83</sup>.

## **8. LA TUTELA FRENTE A DISCRIMINACIONES POR RAZÓN DE EDAD Y SUS EXCEPCIONES**

De las contempladas en la Directiva 2000/78, esta causa de discriminación es la que más atención ha merecido en la jurisprudencia comunitaria. La prohi-

<sup>81</sup> Hay que tener en cuenta que existen previsiones de medidas de acción positiva en el art. 7.1 Directiva 2000/78 para los colectivos tutelados en la Directiva, y en particular por razón edad (art. 6.1 a) o de discapacidad (art. 7.2 de la misma Directiva).

<sup>82</sup> Sáez Lara, 2005, pág. 350 y sigs.; Rodière, 2014, pág. 319-321; Benavente Torres, 2011, págs. 249-250. Ampliamente sobre el marco jurídico de las medidas de acción positivas, Vallauri, 2009, págs. 247 y sigs.

<sup>83</sup> STJUE 26-3-2009, *asunto Comisión/Grecia*, apartado 67; STJUE 13-11-2008, *asunto Comisión/Italia*, apartado 58; STJUE 17-7-2014, *asunto Maurice Leone*, apartado 101.

bición de discriminación por razón de edad fue considerada ya en el *asunto Mangold* (STJUE 22-11-2005) un principio general del Derecho de la Unión que “encuentra su fuente en los distintos instrumentos internacionales y en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros”, que se ha incorporado al artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, y que se ha positivizado con los Tratados vigentes. El principio de no discriminación por razón de la edad tiene su concreción con la Directiva 2000/78 en el ámbito del empleo y la ocupación<sup>84</sup>. Desde entonces, como observa el Abogado General Cruz Villalón en el *asunto Prigge*, la jurisprudencia, expresa o tácitamente, ha ido dando efectividad a este principio, prácticamente siempre en el contexto de la Directiva 2000/78.

Sin embargo la Directiva comunitaria reconoce inmediatamente, en su art. 6, que en determinadas circunstancias se pueden justificar diferencias de trato por razones de edad, lo que encuentra su explicación en buena medida en la extensión de las políticas nacionales que utilizan de manera intensiva la edad como instrumento de política de empleo. El régimen específico para las excepciones a este supuesto de discriminación por razón de edad también se explicaría “por el hecho de que, en principio, la edad no se considera un motivo «sospechoso» como la raza o el sexo, con los que no comparte una larga historia de discriminación y, en parte, por el hecho de que se trata de un factor de riesgo cuyo alcance y límites son difíciles de definir”<sup>85</sup>. La flexibilidad con que la Directiva aborda esta especialidad lleva a dudar de la efectividad de la prohibición de un tratamiento discriminatorio por razón de edad contenido en la Directiva<sup>86</sup>.

En esta materia, los pronunciamientos más recientes del TJUE están relacionados con normativas nacionales que, con diferentes formulaciones, prevén el cese obligatorio de la actividad laboral o la posibilidad empresarial de extinguir el contrato cuando el trabajador puede acceder a una prestación económica de jubilación. Estamos por tanto en todos los casos ante supuestos de discriminación directa en el sentido del art. 2.2 a) Directiva 2000/78. Pero los Estados

<sup>84</sup> STJUE 22-11-2005, *asunto Mangold*, apartado 75; STJUE 13-9-2011, *asunto Prigge*, apartado 38.

<sup>85</sup> Conclusiones del Abogado General Paolo Mengozzi en la STJUE 13-11-2014, *asunto Vital Pérez*.

<sup>86</sup> Roccella y Treu, 2012, pág. 348-349; Militello, 2009, pág. 298. Sobre esta temática y su tratamiento jurisprudencial, cfr. Martín, Morsa y Gosseries, 2015, págs. 579 y sigs.; en la doctrina española, Lousada Arochena, 2009; Monaco, 2013, págs. 107 y sigs.; Guerrero Padrón, 2014, pág. 119 y sigs.

ampan todos ellos su normativa en las excepciones previstas en el art. 6 de la Directiva. Recordemos que la excepción al principio de no discriminación de esta norma es específica del factor de la edad y se añade a las excepciones, por otras razones, previstas en los arts. 2.5 y 4 de esta Directiva, referidos al conjunto de factores personales tutelados en la misma.

El art. 6 contiene dos apartados. El primero prevé la posibilidad de justificar un trato diferencial por razón de edad en el empleo y la ocupación. El apartado segundo se refiere a la posibilidad de establecer un trato diferenciado por razón de edad en el acceso a prestaciones de Seguridad Social<sup>87</sup>. Nos interesa detenernos en el primer apartado de la norma, conforme al cual los Estados miembros podrán disponer que las diferencias de trato por motivos de edad no constituirán discriminación si están justificadas “objetiva y razonablemente, en el marco del Derecho nacional, por una finalidad legítima, incluidos los objetivos legítimos de las políticas de empleo, del mercado de trabajo y de la formación profesional, y si los medios para lograr este objetivo son adecuados y necesarios”<sup>88</sup>. Esta norma responde a los mismos parámetros normativos del art. 2.1 b) de la Directiva 2006/54, que se refiere a la justificación de discriminaciones indirectas (que hemos comentado anteriormente), y ha merecido un tratamiento jurisprudencial con una doctrina coincidente en sus postulados a la referida a la discriminación indirecta. Veamos. En el caso del art. 6 Directiva 2000/78 la jurisprudencia comunitaria verifica, en primer lugar, la existencia de una “fina-

<sup>87</sup> Este segundo apartado del art. 6 deja claro que la Directiva no es aplicable a los regímenes de seguridad social y de protección social cuyas ventajas no están equiparadas a una retribución en el sentido conferido a este término para la aplicación del artículo 157 TFUE ni a los pagos de cualquier naturaleza efectuados por el Estado cuyo objetivo es el acceso al empleo o el mantenimiento de los trabajadores en el empleo” En este sentido se concluye en la STJUE 26-9-2013, *asunto Erik Toftgaard*, apartados 42 a 45, que “el artículo 6, apartado 2, de la Directiva 2000/78 únicamente debe aplicarse a los regímenes profesionales de seguridad social que cubren las contingencias de vejez y de invalidez”. En consecuencia no resulta aplicable la excepción del art. 6.2 a otras percepciones económicas vinculadas a su relación de trabajo y que se corresponden con regímenes profesionales distintos de los anteriores.

<sup>88</sup> Se especifica que dichas diferencias de trato podrán incluir, en particular: a) el establecimiento de condiciones especiales de acceso al empleo y a la formación profesional, de empleo y de trabajo, incluidas las condiciones de despido y recomendación, para los jóvenes, los trabajadores de mayor edad y los que tengan personas a su cargo, con vistas a favorecer su inserción profesional o garantizar la protección de dichas personas; b) el establecimiento de condiciones mínimas en lo que se refiere a la edad, la experiencia profesional o la antigüedad en el trabajo para acceder al empleo o a determinadas ventajas vinculadas al mismo; c) el establecimiento de una edad máxima para la contratación, que esté basada en los requisitos de formación del puesto en cuestión o en la necesidad de un período de actividad razonable previo a la jubilación.

alidad legítima”, justificada “objetiva y razonablemente”; en segundo lugar, si los medios empleados para alcanzarla son “adecuados y necesarios”; finalmente, la jurisprudencia completa estos requisitos exigiendo, para valorar si los medios son adecuados, que la consecución del objetivo alegado responda al empeño por hacerlo “de forma congruente y sistemática”.

Respecto de la existencia de un interés legítimo, la jurisprudencia comunitaria en aplicación de este apartado 1º indica que existe un margen de discrecionalidad para los Estados en la fijación de objetivos sobre políticas sociales y de empleo y sobre las concretas medidas a adoptar. La jurisprudencia también avala la facultad de los agentes sociales nacionales para introducir medidas de diferenciación de trato, aunque condicionada igualmente al respeto de los límites de la Directiva 2006/54<sup>89</sup>. Incluso observa el Tribunal de Justicia que, en principio, la falta de indicación en la normativa nacional del objetivo que pretende alcanzarse con la diferenciación de trato no tiene por qué tener por efecto incurrir en una discriminación por motivo de edad. El TJUE entiende que el objetivo puede no estar identificado expresamente en la norma, pero debe ser deducible. Así observa que es posible “que otros elementos propios del contexto general de la medida en cuestión permitan la identificación del objetivo que subyace a esta medida, a fin de posibilitar el ejercicio del control jurisdiccional sobre la legitimidad, idoneidad y necesidad de los medios empleados para lograr dicho objetivo”<sup>90</sup>. Incluso, un cambio en el contexto en el que se inscribe una Ley, que conlleva una modificación del objetivo de la misma, no puede por sí mismo impedir que ésta persiga un objetivo legítimo, esto es, “puede ocurrir que las circunstancias cambien y la Ley se mantenga, no obstante, por otras razones”<sup>91</sup>.

Tres consideraciones relevantes sobre los objetivos “legítimos” deben destacarse a partir de la jurisprudencia comunitaria. En primer lugar, entiende el Tribunal de Justicia que los objetivos que pueden considerarse “legítimos” deben presentar un carácter de interés general. Es importante el subrayado aquí

<sup>89</sup> STJUE 13-9-2011, *asunto Prigge*, apartado 46 y 48: una legislación nacional puede autorizar, por una causa objetiva, que un convenio colectivo disponga la extinción automática de la relación laboral al cumplir una determinada edad, pero no dispensa a dicho convenio colectivo de la obligación de ajustarse al Derecho de la Unión, y, más concretamente, a la Directiva 2000/78; por lo tanto, “al adoptar medidas comprendidas dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78, que concreta en materia de empleo y ocupación el principio de no discriminación por razón de la edad, los interlocutores sociales deben actuar con observancia de dicha Directiva”.

<sup>90</sup> STJUE 21-7-2011, *asunto Fuchs y Köhler*, apartado 39 y jurisprudencia aquí citada.

<sup>91</sup> STJUE 22-11-2005, *asunto Mangold*, apartados 41 y 42.

de que estos objetivos deben distinguirse de “los motivos puramente individuales, propios de la situación del empleador, como la reducción de costes o la mejora de la competitividad”, aunque no excluye el Tribunal de Justicia que “una norma nacional reconozca a los empleadores, para la consecución de dichos objetivos legítimos, un cierto grado de flexibilidad”<sup>92</sup>.

En segundo lugar, la jurisprudencia comunitaria interpreta que el mencionado artículo 6, apartado 1, restringe la posibilidad de establecer tales excepciones a los objetivos de política social entendida desde una perspectiva amplia o general<sup>93</sup>. Los objetivos legítimos no se limitarían a los objetivos de «políticas de empleo, del mercado de trabajo y de la formación profesional», referidos expresamente en la norma, porque ésta no impone a los Estados miembros la obligación de prever una lista específica de las diferencias de trato que pueden quedar justificadas por una finalidad legítima. Además -se añade- “se desprende del tenor de dicha disposición que los objetivos legítimos y las diferencias de trato que menciona tienen valor meramente indicativo, como demuestra el hecho de que el legislador comunitario haya incluido la locución adverbial «en particular»”<sup>94</sup>.

De esta manera se amplía el abanico de objetivos legítimos ligados a la política social, abarcando la promoción del empleo de los jóvenes<sup>95</sup>, el establecimiento de una estructura equilibrada de edades en el mercado de trabajo o funcional; la garantía del sistema de pensiones; la nivelación de las edades de jubilación<sup>96</sup>, bien para garantizar un cierto equilibrio de niveles de experiencia profesional o bien para hacer posible un reparto del empleo; optimizar la gestión

<sup>92</sup> STJUE 21-7-2011, *asunto Fuchs y Köhler*, apartado 52.

<sup>93</sup> STJUE 5-3-2009, *asunto Age*, apartado 52; La STJUE 13-9-2011, *asunto Prigge*, concluye que un objetivo como la seguridad aérea no se encuentra entre los objetivos contemplados en el artículo 6.1.

<sup>94</sup> STJUE 5-3-2009, *asunto Age*, apartado 43.

<sup>95</sup> Conforme a la jurisprudencia comunitaria, en el marco de profesiones en las que el número de plazas disponibles es limitado la jubilación a una edad fijada por la Ley se entiende que es una medida legítima que permite facilitar el acceso de los jóvenes al empleo: STJUE 21-7-2011, *asunto Fuchs y Köhler*, apartado 58.

<sup>96</sup> STJUE 6-11-2012, *asunto Comisión Europea contra Hungría*, apartado 61. La STJUE 21-7-2011, *asunto Fuchs y Köhler* entiende que los objetivos deducibles de la legislación alemana cuestionada son legítimos por ser de interés general. En concreto se justificaría por el objetivo de establecer una «estructura de edades favorable», constituida por la presencia simultánea en la profesión de que se trata, la de los fiscales, de jóvenes empleados en los comienzos de su carrera

del personal, así como evitar los litigios relativos a la aptitud del empleado para ejercer su actividad superada cierta edad, al tiempo que se pretende ofrecer un servicio de calidad<sup>97</sup>.

También podría considerarse un objetivo legítimo de política social, en el sentido de la Directiva, el objetivo de preservar un espacio a la negociación colectiva, estando legitimada, por ejemplo, para la fijación del momento concreto de interrupción de la relación laboral en el contexto de la adquisición del derecho a la pensión de jubilación, y ello al margen de que las medidas en concreto deban someterse al test de proporcionalidad del art. 6.1.<sup>98</sup>

En tercer lugar, esta jurisprudencia puntualiza que las meras generalizaciones acerca de la idoneidad de una medida determinada para contribuir a las políticas de empleo, del mercado de trabajo o de la formación profesional no bastan para deducir que el objetivo de esta medida puede justificar el establecimiento de excepciones al principio de no discriminación por razón de la edad, ni constituyen elementos que permitan estimar razonablemente que los medios escogidos son adecuados para la consecución de dicho objetivo<sup>99</sup>. En este sentido, se impone a los Estados miembros “la carga de demostrar la legitimidad del objetivo invocado como justificación a un nivel elevado de exigencia probatoria”<sup>100</sup>.

y de empleados más veteranos en una fase avanzada de ésta. De esta forma, la obligación de jubilarse a la edad de 65 años pretende establecer un equilibrio entre las generaciones, a lo que se unen otros tres objetivos adicionales: planificar eficazmente las jubilaciones y las contrataciones de personal, favorecer el empleo y la promoción de los jóvenes y evitar los litigios relativos a la aptitud del empleado para ejercer su actividad superada dicha edad (apartados 50 y 53). La STJUE 5-7-2012, *asunto Torsten Hörnfeldt*, aborda un asunto donde se cuestiona la compatibilidad con el art. 6 Directiva 2000/78 de una previsión de la legislación sueca que permite al empresario rescindir el contrato de trabajo de un trabajador basándose únicamente en que éste ha cumplido los 67 años de edad y puede acceder a una pensión de jubilación. La sentencia entiende que existe una finalidad legítima que reconduce a la promoción de la contratación como objetivo legítimo de la política social o de empleo de los Estados miembros, en particular, cuando se trata de favorecer el acceso de los jóvenes al ejercicio de una profesión (apartado 29).

<sup>97</sup> Aspectos que pueden constituir un objetivo legítimo de la política de empleo y del mercado de trabajo. STJUE 21-7-2011, *asunto Fuchs y Köhler*, apartado 50 y STJUE 6-11-2012, *asunto Comisión Europea contra Hungría*, apartado 62.

<sup>98</sup> Jurisprudencia de la que se hace eco en sus conclusiones el Abogado General Cruz Villalón en la STJUE 13-9-2011, *asunto Prigge*, apartados 79 y 80.

<sup>99</sup> STJUE 21-7-2011, *asunto Fuchs y Köhler*, apartado 77.

<sup>100</sup> STJUE 5-3-2009, *asunto Age*, apartado 67.

Como vemos, la jurisprudencia comunitaria considera la existencia de un amplio margen de apreciación reconocido a los Estados miembros y, en su caso, a los interlocutores sociales a nivel nacional en lo que atañe a la opción de perseguir un objetivo determinado en materia de política social y de empleo. Pero igualmente extiende este margen de discrecionalidad a la definición de las medidas idóneas para alcanzarlo<sup>101</sup>. Es consolidada la doctrina conforme a la cual “los Estados miembros disponen de una amplia facultad de apreciación no sólo al primar un objetivo sobre otros en materia social y laboral, sino también al definir las medidas que les permitan lograrlo”<sup>102</sup>. La amplia discrecionalidad que se otorga al Estado por la jurisprudencia comunitaria la sintetiza la STJUE 21-7-2011, *asunto Fuchs y Köhler*, que concluye en este punto observando que “al definir su política social en función de consideraciones de carácter político, económico, social, demográfico o presupuestario, las autoridades nacionales de que se trate pueden optar entre prolongar la vida activa de los trabajadores o, por el contrario, prever su jubilación anticipada” y que “corresponde a esas autoridades conseguir el justo equilibrio entre los distintos intereses en juego, procurando no exceder de lo adecuado y necesario para alcanzar el objetivo legítimo perseguido” (apartado 65).

El margen discrecional del Estado se amplía si se observa que tales consideraciones de carácter económico, social, demográfico o presupuestario, pueden referirse a datos existentes y comprobables, pero también a “previsiones que, por su propia naturaleza, pueden revelarse inexactas y, por tanto, conllevan un grado de incertidumbre”; y por otra parte, las consideraciones de carácter político “a menudo implican una decisión entre varias opciones posibles y no permiten tampoco dar certidumbre al resultado anticipado”<sup>103</sup>. Matiza no obstante el TJUE que si bien las consideraciones de carácter presupuestario pueden estar en el origen de las opciones de política social de un Estado miembro e influir en la naturaleza o el alcance de las medidas que pretende adoptar, “tales consideraciones no pueden constituir por sí solas un objetivo legítimo en el sentido del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2000/78”<sup>104</sup>.

<sup>101</sup> STJUE 5-7-2012, *asunto Torsten Hörnfeldt*, apartado 32.

<sup>102</sup> STJUE 26-2-2015, *asunto Poul Landin*. Al respecto observa la STJUE 22-11-2005, *asunto Mangold*, que “los Estados miembros disponen indiscutiblemente de una amplia facultad de apreciación al elegir las medidas que les permitan lograr sus objetivos en materia social y laboral” (apartado 63).

<sup>103</sup> STJUE 21-7-2011, *asunto Fuchs y Köhler*, apartado 81.

<sup>104</sup> Apartado 74 de la misma STJUE.

A pesar de la amplia discrecionalidad de los Estados en cuanto a los medios empleados para alcanzar los objetivos legítimos, el art. 6.1 especifica que tales medios deben ser “adecuados y necesarios”. Desde la STJUE 22-11-2005, *asunto Mangold*, es firme la doctrina del Tribunal de Justicia de que la mera consideración de la edad, independientemente de cualquier otra consideración ligada al mercado de trabajo va más allá de lo que es adecuado y necesario. Así, esta Sentencia considera discriminatoria por razones de edad la normativa alemana que permite, sin límite alguno, celebrar contratos de trabajo de duración determinada con trabajadores de más de 52 años, justificándose en que esta política facilita la inserción profesional de los trabajadores de edad avanzada desempleados, que tienen mayores dificultades para encontrar otro puesto de trabajo<sup>105</sup>.

La exigencia de que los medios sean “adecuados y necesarios” viene a traducir un principio de proporcionalidad. De esta forma, el requisito de la necesidad de la medida exige que la finalidad legítima perseguida no se pueda alcanzar también mediante una medida menos severa pero igualmente adecuada<sup>106</sup>. Aunque hemos advertido que se acepta jurisprudencialmente que los Estados miembros dispongan de una amplia facultad de apreciación al elegir las medidas que les permitan lograr sus objetivos legítimos.

<sup>105</sup> El Tribunal entiende que, en principio, un objetivo de esta naturaleza justifica «objetiva y razonablemente», como exige el artículo 6, apartado 1, párrafo primero, de la Directiva 2000/78. Debe comprobarse, además, según el tenor de dicha disposición, si los medios empleados para lograr este objetivo legítimo son «adecuados y necesarios». Al respecto observa la sentencia que los Estados miembros disponen indiscutiblemente de una amplia facultad de apreciación al elegir las medidas que les permitan lograr sus objetivos en materia social y laboral (apartado 63). Pero entiende el Tribunal que la normativa alemana no satisface ese requisito porque justifica que se pueden encadenar contratos de duración determinada hasta el momento en el que pudieran reclamar el abono de una pensión de jubilación, contratos laborales de duración determinada. De forma que este grupo de trabajadores determinado exclusivamente en función de la edad, “corre el riesgo de quedar excluido, durante gran parte de su carrera profesional, del beneficio de la estabilidad del empleo” (apartado 64). Y concluye en consecuencia que “tal normativa, al emplear la edad del trabajador como único criterio de aplicación de un contrato de trabajo de duración determinada, sin que se haya demostrado que la fijación de un límite de edad como tal, independientemente de cualquier otra consideración relacionada con la estructura del mercado laboral de que se trate y de la situación personal del interesado, sea objetivamente necesaria para la consecución del objetivo de inserción profesional de los trabajadores desempleados de edad avanzada, excede de lo apropiado y necesario para alcanzar el objetivo perseguido” (apartado 65).

<sup>106</sup> Conclusiones de la Abogada General Juliane Kokott, apartado 58, en la STJUE 26-9-2013, *asunto Erik Toftgaard*.

El respecto del principio de proporcionalidad, aparte de la necesidad de la medida, requiere que no se produzca un perjuicio desproporcionado en los intereses de los trabajadores afectados por la diferenciación de edad<sup>107</sup>. En este sentido, el TJUE procede situando tal medida en el contexto normativo en el que se inscribe y tomando en consideración tanto el interés general (“los beneficios que de ella obtienen la sociedad en general y los individuos que la componen”), como el perjuicio que puede ocasionar a las personas afectadas<sup>108</sup>.

Tratándose como hemos indicado de supuestos donde se prevé la extinción del contrato y acceso a un régimen de jubilación por razón de edad, el TJUE valora especialmente que dicha medida no menoscabe excesivamente las expectativas legítimas de los trabajadores afectados, traducidas en el acceso a una pensión cuyo nivel no pueda considerarse inadecuado. Se contraviene esta regla, por ejemplo, cuando la medida conlleva una pérdida de ingresos que es especialmente gravosa cuando los afectados han tomado decisiones económicas en base a la confianza de poder seguir en el empleo, o cuando conlleva aceptar una reducción considerable de la pensión por no haber trabajado el tiempo suficiente para adquirir el derecho a una pensión completa. Analizando los casos concretos más recientes abordados por el Tribunal de Justicia se puede concluir que no resultan muy precisos los contornos de este principio de proporcionalidad en relación con el menoscabo en las expectativas legítimas de los trabajadores.

La STJUE 21-7-2011, *asunto Fuchs y Köhler*<sup>109</sup>, entiende justificada la normativa alemana que establece la jubilación obligatoria, sin que menoscabe excesivamente las expectativas legítimas de los trabajadores afectados, porque a estas personas les es posible obtener una pensión cuyo nivel no puede considerarse inadecuado<sup>110</sup>. En el mismo sentido, la STJUE 5-7-2012, *asunto Torsten Hörnfeldt*, aborda un asunto donde se cuestiona la compatibilidad con el art. 6

<sup>107</sup> La distinción de estos dos parámetros del principio de proporcionalidad están en la base del razonamiento de las conclusiones de la Abogada General Juliane Kokott, apartados 58 y 68, en la STJUE 26-9-2013, *asunto Erik Toftgaard*.

<sup>108</sup> STJUE 5-7-2012, *asunto Torsten Hörnfeldt*, apartado 38.

<sup>109</sup> En el caso, se plantea la compatibilidad con la Directiva 2000/78 de la normativa alemana (normativa aprobada en el Land Hessen) que establece la jubilación forzosa de los funcionarios vitalicios, concretamente de los fiscales, a la edad de 65 años, sin perjuicio de la posibilidad de que éstos continúen trabajando hasta la edad máxima de 68 años si el interés del servicio lo requiere.

<sup>110</sup> Con anterioridad siguen este criterio, las SSTJUE 16-10-2007, *asunto Palacios de la Villa*, 12-10-2010, *asunto Rosenblatt*, y 18-11-2010, *asunto Georgiev*.

Directiva 2000/78 de una previsión de la legislación sueca que permite al empresario rescindir el contrato de trabajo de un trabajador basándose únicamente en que éste ha cumplido los 67 años de edad, sin tener en cuenta la cuantía de la pensión de jubilación que percibirá el interesado. No se descarta que existan afectados que no pueden ser beneficiarios de una pensión de jubilación vinculada a los ingresos, o cuya cuantía es escasa, pero en este caso el potencial menoscabo de sus derechos económicos se suple porque pueden obtener una pensión de jubilación en forma de cobertura básica a partir de los 65 años.

En sentido opuesto se pronuncia la STJUE 6-11-2012, *asunto Comisión Europea contra Hungría*<sup>111</sup>. El TJ declara contraria la normativa húngara a la Directiva 2000/78 por la desproporción en el daño a las personas afectadas por la medida al imponer un descenso abrupto y considerable del límite de la edad de cese obligatorio de la actividad (de 70 a 62 años), sin prever medidas transitorias, con evidente efectos económicos para los afectados, sin que Hungría aporte elemento alguno que demuestre que una normativa menos coercitiva no permita alcanzar el objetivo perseguido<sup>112</sup>. También en sentido opuesto se pronuncia el TJ en el caso de la STJUE 26-9-2013, *asunto Erik Toftgaard*. En la sentencia se aborda la compatibilidad de la legislación danesa con la Directiva en estudio que prevé que en caso de separación del servicio público por supresión del puesto, los funcionarios pasan a la situación de disponibles con derecho a una remuneración por disponibilidad (y la obligación de ocupar otro puesto equivalente si se le reclama), salvo en el supuesto de que el funcionario pueda ya acceder a la pensión de jubilación (por el cumplimiento de los 65 años), en cuyo caso se les excluye del derecho a dicha retribución. La sentencia concluye que la norma danesa es desproporcionada porque, conforme a dicha norma, están excluidos de la remuneración por disponibilidad tanto los funcionarios que desean jubilarse, y que, en consecuencia, van a percibir efectivamente una pensión de jubilación, como aquéllos que prefieren continuar su carrera profesional en la administración

<sup>111</sup> En el asunto, la Comisión denuncia que la normativa húngara controvertida infringe el artículo 2 de la Directiva 2000/78, en la medida en que introduce una discriminación por motivos de edad entre los jueces, fiscales y notarios que han alcanzado los límites de edad fijados en ella para jubilarse y los que pueden continuar en activo. La norma húngara cuestionada reduce de 70 a 62 años el límite de la edad que conlleva el cese obligatorio de la actividad aplicable a los jueces, fiscales y notarios, y con ello introduce una diferencia de trato por motivos de edad entre las personas de una determinada profesión. Otro precedente negativo, también por desproporción en el daño a los afectados, está en la STJUE 12-10-2010, *asunto Ole Andersen, C-499/08*.

<sup>112</sup> Un estudio detallado de esta sentencia en Martin, Morsa y Gosseries, 2015, págs. 597 y sigs.

pública después de haber cumplido sesenta y cinco años. De ese modo, con el fin legítimo de evitar que puedan disfrutar de dicha remuneración funcionarios que no pretenden ocupar un nuevo puesto de trabajo, sino que van a percibir unos ingresos sustitutivos en forma de jubilación, la medida priva de la citada remuneración a los funcionarios que deseen permanecer en el mercado de trabajo, por el único motivo de que podrían, debido en particular a su edad, disponer de una pensión de ese tipo. Dicha medida puede de ese modo obligar a dichos funcionarios a aceptar una pensión de jubilación por un importe reducido respecto del que podrían pretender si permanecieran en activo hasta una edad más avanzada, en particular en el supuesto en que no hayan cotizado durante un número de años suficiente para poder obtener una pensión completa (apartados 66-68). Entiende el Tribunal de Justicia que los objetivos legítimos perseguidos por la normativa danesa “pueden alcanzarse por medios menos coercitivos, pero igualmente adecuados”, por ejemplo, para el caso de los funcionarios que hubieran renunciado temporalmente a percibir una pensión de jubilación para proseguir su actividad profesional, podría haberse garantizado que únicamente pudieran disfrutar de dicha remuneración los funcionarios que estuvieran efectivamente disponibles para ocupar un puesto alternativo (apartado 68).

Un asunto muy parecido al anterior, pero que, por el contrario, confirma la compatibilidad de la normativa nacional con la Directiva 2000/78, es el de la STJUE 26-2-2015, *asunto Poul Landin*. En el asunto la normativa danesa priva del derecho a la indemnización especial por despido a determinados trabajadores sólo por el hecho de que pueden percibir, en el momento de su despido, una pensión de jubilación del régimen general. Se entiende que la norma es adecuada porque evita que dicha indemnización beneficie a personas que no buscan un nuevo empleo, sino que van a percibir unos ingresos de sustitución en forma de pensión de jubilación del régimen general. El problema radica en que la medida conduce a privar de la referida indemnización a los trabajadores despedidos que pretenden permanecer en el mercado laboral por la sola razón de que, por su edad, podrían percibir tal pensión. Pues bien, a diferencia del caso anterior, se concluye que existe proporcionalidad en la medida, dado que el despido del trabajador es posible porque el trabajador tiene la posibilidad, en la fecha de extinción de su relación laboral, de percibir la pensión de jubilación del régimen general, sin perjuicio económico (apartados 39 y 40), y porque, si el trabajador decide mantener su actividad profesional a pesar del despido, el pago de dicha pensión puede también quedar en suspenso al objeto de ejercer tal actividad, incrementando con ello su importe en el futuro (apartados 42 y 43). Al igual que se observa en el caso anterior, cabe plantearse si los objetivos legítimos perseguidos por la normativa danesa “pueden alcanzarse por medios menos coercitivos, pero igualmente adecuados”.

## 9. LA PROBLEMÁTICA DE LA TUTELA DE LA ORIENTACIÓN SEXUAL

Como se sabe, desde sus primeros pronunciamientos en la materia (STJUE 17-2-1998, *asunto Grant*), el TJ se ha decantado por estimar que una discriminación por la orientación sexual no queda amparada por la prohibición de discriminación por razón del sexo. Concluía el Tribunal en esta sentencia que “en el estado actual del derecho comunitario, las relaciones estables homosexuales no son asimilables ni a las parejas casadas ni a las uniones estables heterosexuales” (apartado 35). El Tratado de Ámsterdam da un nuevo impulso a la tutela antidiscriminatoria incorporando en el art. 13.1 TCE [actual art. 19 TFUE] la tutela frente a las conductas contrarias a la orientación sexual. Este supuesto ha sido recogido en la Directiva 2000/78, aunque en la Directiva no se contemplan, a diferencia de otros motivos de discriminación, disposiciones singulares para este caso.

Los supuestos problemáticos en este campo se han centrado en el derecho a pensión de personas del mismo sexo en el marco de una relación conyugal estable y formalizada legalmente, pero al margen del matrimonio, es decir, tienen como núcleo problemático la naturaleza jurídica del vínculo civil entre los trabajadores y sus parejas. No se califica de discriminación por razón de sexo por estimarse que el perjuicio sufrido no está relacionado con el sexo, pudiendo sufrir el perjuicio tanto hombres como mujeres. El TJUE ha sido muy cauto en los pronunciamientos al respecto<sup>113</sup>. Por una parte, por afectar a la legislación sobre el estado civil de las personas, de competencia de los Estados miembros. Por otra parte, por eludir el Tribunal una comparación en abstracto de las uniones entre personas de distinto sexo y del mismo sexo, remitiendo a los jueces nacionales el juicio comparativo de ambos supuestos conforme a la legislación nacional. Se puede decir que el TJUE se ha venido decantando, al menos con la regulación anterior a la Directiva 2000/78, por la tesis de que esta problemática está fuera del ámbito aplicativo de la legislación antidiscriminatoria laboral. Es significativo porque, como ya hemos comentado, en el caso de los transexuales la existencia de estos presupuestos legales para acceder a determinados derechos laborales es catalogada por el Tribunal de Justicia como una forma de discriminación indirecta.

<sup>113</sup> En este sentido también Rodière, 2014, pág. 201.

Como sintetiza el Abogado General Niilo Jääskinen<sup>114</sup>, el TJUE ha eludido la posible extrapolación a la prohibición de las discriminaciones por motivos de orientación sexual del reconocimiento de un principio general del Derecho de la Unión sobre la prohibición de la discriminación por razón de la edad. A pesar de que la Comunidad, dentro de los límites de sus competencias materiales, ha asumido potestades específicas para luchar contra toda forma de discriminación basada en alguna de las categorías (entre las que figura la orientación sexual) del art. 19 TFUE, en la misma Sentencia *Grant* se reconoce, como hemos apuntado, que las relaciones estables entre dos personas del mismo sexo no se equiparaban a las relaciones entre personas casadas o a las relaciones estables sin vínculo matrimonial entre personas de distinto sexo. De ello dedujo que las diferencias de trato por motivos de orientación sexual no estaban prohibidas. La jurisprudencia posterior revela asimismo una cierta reticencia a aplicar la prohibición de la discriminación por motivos de orientación sexual.

Merece ser subrayada la consideración del Abogado General citado de que “en un plano estrictamente jurídico, no existe justificación alguna para aplicar con menos vigor el principio de igualdad de trato en lo que respecta a las discriminaciones por motivos de orientación sexual que en lo que respecta a las discriminaciones basadas en los demás motivos mencionados en el artículo 13 CE [art. 19 TFUE]”. Y concluye en el sentido de que, con base en el art. 14 del CEDH, y actualmente el artículo 6.3 TUE y artículo 21.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, “la prohibición de discriminación por motivos de orientación sexual debería ser considerada un principio general del Derecho de la Unión, tal como ha declarado ya el Tribunal de Justicia en relación con la discriminación por razón de la edad”.

Como he indicado la posición del TJUE es cauta, aunque, a partir de la protección específica otorgada a la orientación sexual por la Directiva 2000/78, cabría cuestionar que la elección de la relación matrimonial sea determinante en la concesión de derechos de carácter laboral y consecuentemente discrimine en función de la orientación sexual de los trabajadores<sup>115</sup>. Cabe apuntar que, siguiendo la evolución de la jurisprudencia del TEDH<sup>116</sup>, se abre paso una línea de tendencia en este sentido con las SSTJUE 1-4-2008, *asunto Maruko*, y 10-5-

<sup>114</sup> En sus conclusiones a la STJUE 10-5-2011, *asunto Römer*, apartados 125 a 131.

<sup>115</sup> Críticamente, Benavente Torres, 2011, págs. 254 a 256.

<sup>116</sup> Con más detalle, Benavente Torres, 2011, págs. 255.

2011, *asunto Römer*. En ambas sentencias se aborda la conformidad con la Directiva 2000/78 de una legislación nacional que establece un trato diferenciado en el derecho al acceso a una prestación de Seguridad social entre parejas heterosexuales con unión matrimonial y parejas homosexuales con una relación estable formalmente registrada. En la sentencia *Maruko*, el asunto se centra en una pensión de supervivencia; en el *asunto Römer* consiste en una pensión complementaria de jubilación. Ambas sentencias avanzan unos criterios relevantes en la materia, con los que vamos a concluir el estudio.

Una consideración de partida importante en ambas sentencias, expresiva del activismo del Tribunal en la efectividad de la normativa antidiscriminatoria, es que, frente al vigésimo segundo considerando de la Directiva 2000/78, a cuyo tenor “lo dispuesto en [dicha] Directiva se entiende sin perjuicio de la legislación nacional sobre el estado civil y de las prestaciones que dependen del estado civil”, el TJUE sienta la doctrina de que dado que la pensión en cuestión se califica de “retribución” en el sentido del artículo 157 TFUE y queda comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78, “el vigésimo segundo considerando de dicha Directiva no puede poner en tela de juicio la aplicación de la misma”<sup>117</sup>.

La doctrina sentada en ambas sentencias, ejemplos de la lógica antiformalista de la jurisprudencia, se puede sintetizar en los siguientes términos<sup>118</sup>. En primer lugar, en cuanto a la exigencia de situaciones comparables, indica el Tribunal que no se requiere que las situaciones sean idénticas, sino que basta con que sean análogas, pero a continuación se puntualiza que el examen de este carácter análogo no debe efectuarse de manera global y abstracta, sino de manera específica y concreta a la vista de la prestación de que se trate.

En segundo lugar, la comparación de las situaciones debe basarse en “un análisis centrado en los derechos y obligaciones de los cónyuges y de los miembros de la pareja estable inscrita, tal como resulten de las normas de Derecho interno aplicables que sean pertinentes habida cuenta del objeto y de las condiciones de reconocimiento de la prestación sobre la que verse el litigio principal”. Esta comparación no requiere verificar “una equiparación jurídica general y completa de la relación de pareja estable inscrita con el matrimonio”.

<sup>117</sup> SSTJUE, *asunto Maruko*, apartados 58 a 60, y *asunto Römer*, apartados 34 y 35.

<sup>118</sup> SSTJUE, *asunto Maruko*, apartados 67 y sigs., y *asunto Römer*, apartados 41 y sigs.

Como se constata en el caso de la STJUE *Maruko*, el Tribunal de Justicia no llevó a cabo una comparación global en Derecho alemán entre el matrimonio y la relación de pareja estable inscrita, sino que, basándose en el análisis de aquel Derecho efectuado por el órgano jurisdiccional nacional del que procedía la petición de decisión prejudicial –análisis según el cual el régimen que regula la pareja estable inscrita se había aproximado progresivamente en Derecho alemán al régimen aplicable al matrimonio–, puso de relieve que, a su juicio, “la pareja inscrita, sin ser idéntica al matrimonio, sitúa a las personas del mismo sexo en una situación comparable a la de los cónyuges en lo relativo a la prestación de supervivencia controvertida”. Lo cual lleva al Tribunal de Justicia a concluir que dicha normativa constituye una discriminación directa por motivos de orientación sexual, en el sentido de los artículos 1 y 2, apartado 2, letra a), de la Directiva 2000/78 (apartado 72).

En términos parecidos, concluye el Tribunal en el *asunto Römer* que existe una discriminación directa por motivos de orientación sexual, debido al hecho de que, en el Derecho nacional, la pareja estable inscrita “se encuentra en una situación jurídica y fáctica análoga a la de una persona casada a los efectos de la pensión de que se trata”. La apreciación de si existen situaciones análogas es competencia del órgano jurisdiccional remitente y debe centrarse “en los derechos y obligaciones respectivos de los cónyuges y de las personas que constituyan una pareja estable inscrita, tal como se regulan en el marco de las correspondientes instituciones, que sean pertinentes habida cuenta del objeto y de las condiciones de reconocimiento de la prestación en cuestión” (apartado 52).

## 10. SENTENCIAS DEL TJUE Y BIBLIOGRAFÍA CITADAS

### SENTENCIAS DEL TJUE

- STJUE 17-10-1989, asunto Danfoss, C-109/88
- STJUE 30-4-1996, asunto P contra S y Cornwall County Council, Asunto C-13/94
- STJUE 17-2-1998, asunto Grant, C-249/96
- STJUE 9-2-1999, asunto Seymour-Smith y Pérez, C-167/97
- STJUE 7-1-2004, asunto K.B. contra The National Health Service Pensions Agency y The Secretary of State for Health, C-117/01
- STJUE 7-4-2006, asunto Sarah Margaret Richards y Secretary of State for Work and Pensions, C-423/04
- STJUE 16-10-2007, asunto Palacios de la Villa, C-411/05

- STJUE 26-2-2008, asunto Sabine Mayr contra Bäckerei und Konditorei Gerhard Flöckner, C-506/06
- STJUE 1-4-2008, asunto Tadao Maruko y Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen, C-267/06
- STJUE 10-7-2008, asunto Centrum voor gelijkheid van Kansen en voor racismebestrijding contra Firma Feryn, C-54/07
- STJUE 13-11-2008, asunto Comisión/Italia, C-46/07
- STJUE 5-3-2009, asunto Age Concern England, C-388/07
- STJUE 26-3-2009, asunto Comisión/Grecia, C-559/07
- STJUE 12-10-2010, asunto Rosenblatt, C-45/09
- STJUE 12-10-2010, asunto Ole Andersen, C-499/08.
- STJUE 8-11-2010, asunto Georgiev, asuntos acumulados C-250/09 y C-268/09
- STJUE 18-11-2010, asunto Pensionsversicherungsanstalt contra Christine Kleist, C-356/09
- STJUE 10-5-2011, asunto Jürgen Römer y Freie und Hansestadt Hamburg, C-147/08
- STJUE 21-7-2011, asunto Gerhard Fuchs y Peter Köhler contra Land Hessen, asuntos acumulados C-159/10 y C-160/10
- STJUE 13-9-2011, asunto Prigge y otros, C-447/09
- STJUE 5-7-2012, asunto Torsten Hörnfeldt contra Posten Meddelande AB. C-141/11
- STJUE 6-11-2012, asunto Comisión Europea contra Hungría. C-286/12
- STJUE 19-4-2012, asunto Galina Meister y Speech Design Carrier Systems GmbH, C-415/10
- STJUE 28-2-2013, asunto Margaret Kenny contra Minister for Justice, Equality and Law Reform, C-427/11
- STJUE 25-4-2013, asunto Asociația Accept contra Consiliul National pentru Combaterea Discriminării, C-81/12
- STJUE 20-6-2013, asunto Nadezda Riezniece contra Zemkopības ministrija Lauku atbalsta dienests, C-7/12
- STJUE 12-9-2013, asunto Anneliese Kuso contra Niederösterreichische Landes-Landwirtschaftskammer, C-614/11
- STJUE 19-9-2013, asunto Marc Betriu Montull contra Instituto Nacional de la Seguridad Social, C-5/12
- STJUE 26-9-2013, asunto Erik Toftgaard, asunto C.546/11
- STJUE 18-3-2014, asunto C. D. y S. T. C-167/12
- STJUE 18-3-2014, asunto Z y A Government department and the Board of management of a community school, C-363/12.
- STJUE 17-7-2014, asunto Maurice Leone y Otro contra Garde des Sceaux, ministre de la Justice y Otro. C-173-13

- STJUE 13-11-2014, asunto Vital Pérez, C-416-13
- STJUE 18-12-2014, asunto Karsten Kaltoft y Kommunernes Landsforening (KL), C-354/13
- STJUE 26-2-2015, asunto Poul Landin y ENCO, C 515/13

#### BIBLIOGRAFÍA CITADA

- Ballester Pastor, A., “Desigualdades y discriminaciones retributivas. Ultraactividad contractual, comparador hipotético, transparencia salarial y otros fenómenos”, en *Trabajo y Derecho*, nº 6, junio, 2015.
- Benavente Torres, I., “Igualdad y no discriminación en el empleo y en las condiciones de trabajo”, en Navarro Nieto, Rodríguez-Piñero Royo, Gómez Muñoz, *Manual de Derecho Social de la Unión Europea*, Tecnos, 2011.
- Carrizosa Prieto, E., “La concreción de los indicios de discriminación en la Jurisprudencia comunitaria”, *Aranzadi social*, BIB, 2012/3057.
- Guerrero Padrón, T., “Jurisprudencia comunitaria sobre diferencias de trato por razón de edad y cumplimiento de la edad de jubilación”, en *Revista de Derecho Social*, nº 65, 2014.
- Lousada Arochena J.F. “La discriminación por edad en la jurisprudencia comunitaria. (A propósito de la STJUE de 5 de marzo de 2009)”, en *Revista de Derecho Social*, nº 45, 2009.
- Lousada Arochena J.F. *El derecho fundamental a la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, TB, 2014.
- Martin, Morsa y Gosseries (Coord.), *Droit du Travail Européen. Questions spéciales*, Lacier, 2015.
- Militello, M. “Le nuove discriminazioni”, en Sciarra y Caruso, *Il Lavoro Subordinato*, Giappichelli, 2009.
- Monaco, M.P. “La discriminación por razón de edad y discapacidad en la Unión Europea. Un análisis desde el derecho italiano”, en *Relaciones Laborales*, nº 5, 2013.
- Navarro Nieto, F., *La tutela jurídica frente al acoso moral en el trabajo*, Ed. Thomson-Aranzadi, 2007
- Roccella M. y Treu T., *Diritto del lavoro della Comunità Europea*, Ed. CEDAM, 2012.
- Rodière P., *Droit Social de l’Union Européenne*, Ed. LGDT, 2014.
- Rodríguez Rodríguez, E., “La desprotección de la maternidad por subrogación en la jurisprudencia europea frente al derecho de igualdad en el empleo” (II), en *Trabajo y Derecho*, nº 4, 2015.
- Saez Lara, C. “Igualdad de trato y de oportunidades en el derecho Social comunitario”, en *La igualdad ante la Ley y la no discriminación en las rela-*

*ciones laborales*. XV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lleida, 28 y 29 de mayo de 2004. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2005.

- Vallauri, M.L., “*Rapporto di lavoro e appartenenza de genere: la discriminazione e i congenti parentalì*”, en Sciarra y Caruso, *Il Lavoro Subordinato*, Giappichelli, 2009.