

Crónica de la jurisprudencia europea sobre igualdad (de 1/9/2020 a 31/8/2021)*

Chronicle of the European Case Law on equality (from 1/9/2020 to 31/8/2021)

Jean Jacqmain

Profesor Jubilado de la Universidad Libre de Bruselas

José Fernando Lousada Arcohen (traductor)**

Magistrado especialista del Orden Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia

Profesor asociado de Derecho Procesal de la Universidad de A Coruña

ORCID: 0000-0002-4629-0539

María Gema Quintero Lima***

Profesora titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Carlos III de Madrid

ORCID: 0000-0002-0014-2709

Juan Alberto Tormos Pérez ****

Profesor ayudante doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universitat de València

ORCID: 0000-0001-8829-192X

Belén García Romero*****

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Murcia

ORCID: 0000-0001-6797-7180

doi: <https://doi.org/10.20318/femeris.2022.6949>

* El texto original en francés se publicó en *Journal de Droit Européen*, 2021, pp. 438 a 448. La crónica comprende decisiones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Si usted desea realizar comentarios, los puede enviar a jean.jacqmain@ulb.ac.be.

** De la Parte I “igualdad de género”, ha traducido los epígrafes 5 “protección de la maternidad”, 6 “permiso parental”; y ha realizado una revisión general con Jean Jacqmain, autor del estudio.

*** De la Parte I “igualdad de género”, ha traducido el apartado de “legislación” y los epígrafes 1 “igualdad retributiva”, 2 “igualdad en las condiciones de trabajo”, y 3 “igualdad en los regímenes legales de seguridad social”

**** De la Parte II “otras discriminaciones”, ha traducido el apartado “legislación” y los epígrafes 1 “discriminación por razón de raza y del origen étnico”, y 2 “discriminación por razón de edad”.

***** De la Parte II “otras discriminaciones”, ha traducido los epígrafes 3 “discriminación por razón de la discapacidad”, 4 “discriminación por razón de las convicciones”, y 5 “discriminación más allá del marco general”.

Resumen. El estudio aborda el análisis de las sentencias dictadas en aplicación del principio de igualdad de trato y oportunidades desde el 1 de septiembre de 2020 hasta el 31 de agosto de 2021 por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Palabras clave: Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Principio de igualdad de trato y de oportunidades.

Abstract. This paper deals with the analysis of judgments related to the principle of equal treatment and opportunities and delivered from September 1, 2020 until August 31, 2021 by the Court of Justice and General Court of the European Union and the European Court of Human Rights.

Keywords: Court of Justice of the European Union, European Court of Human Rights, Principle of equal treatment and opportunities.

I. Igualdad entre trabajadores masculinos y femeninos

Legislación. El 4 de marzo de 2021, la Comisión ha presentado una propuesta de directiva (COM (2021) 93 final) por la que se refuerza la aplicación del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor a través de medidas de transparencia retributiva y de mecanismos para su efectivo cumplimiento. Esta iniciativa endurece el tono de la Recomendación 2014/124/UE de 7 de marzo de 2014 sobre el refuerzo del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres a través de la transparencia, que no había suscitado, en muchos Estados miembros, ningún progreso espectacular.

Jurisprudencia. Periodo bastante prolijo, en que el TJUE ha retomado cuestiones en ocasiones ya antiguas. El TEDH ha prestado atención al TJUE (¿rival o compañero?) y sigue paliando las carencias del Derecho de la Unión.

1. Igualdad de remuneración

1.1. Trabajo de igual valor

Sentencia del TJUE de 3 junio 2021, Tesco Stores Ltd, C-624/19. El año pasado, a propósito de pensiones profesionales, los tribunales británicos tuvieron necesidad de aclaraciones (STJUE de 7/10/2019, Safeway, C-171/18), lo que sorprendió a la vista de la jurisprudencia que el TJUE ha consagrado a este tema. El *Employment Tribunal* de Watford nos ha sorprendido aún más.

Numerosos trabajadores, tanto varones como mujeres, se quejaron, respecto de Tesco (gran empresa de distribución con múltiples sucursales), de discriminación salarial por trabajos de igual valor. El *Employment Tribunal* resuelve examinar primero la solicitud de las mujeres, y, en función de los medios de defensa de la empleadora decide preguntar al Tribunal de Justicia.

Hace 45 años, la célebre sentencia Defrenne II (STJUE de 8/4/1976, 43/75) había establecido que el art. 119 del Tratado de Roma producía un efecto directo horizontal. Sin embargo, la disposición no contemplaba la igualdad de remuneración por un mismo trabajo. La Jurisdicción británica quería entonces saber, primero, si esta enseñanza se extendía al trabajo de igual valor, formulación que no apareció hasta 1997 (art. 141 TCE, actual art. 157 TFUE). Manteniendo colegiadamente la flema de rigor, el TJUE recuerda que antes de estas evoluciones legislativas, ya había subrayado que la primera noción incluía la segunda, entre otras, en la sentencia Murphy a propósito de mujeres irlandesas que se quejaban de recibir una remuneración inferior que los hombres, aunque incontestablemente ellas proporcionaban prestaciones de valor superior (STJUE de 04/02/1998, 157/86). El actual art. 157 TFUE también tiene efecto directo horizontal en casos de trabajo de igual valor.

La segunda cuestión concernía al elemento de comparación. Tesco sostenía que no había una fuente única dado que las condiciones de trabajo no eran idénticas en los distintos establecimientos. El Tribunal constata que hay un único empleador y, por tanto, una fuente única, citando precedentes (SSTJUE de 17/9/2002, Lawrence e.a., C-320/00, y de 13/1/2004, Allonby, C-256/01).

1.2. Trabajo a tiempo parcial

Auto del TJUE de 3 de marzo de 2021, J L, C-841/19. En España, la legislación que traspone la actual Directiva 2008/94/CE (relativa a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario) prevé que las deudas referidas a remuneraciones impagadas en supuesto de cese de actividad quedan a cargo del Fondo de Garantía salarial (FOGASA), que las reembolsa según un tope fijado por referencia al salario mínimo interprofesional diario. La Jurisprudencia española ha establecido que, en los supuestos de tiempo parcial, es preciso aplicar a ese tope una reducción proporcional a la duración de la jornada, tomado como referente la jornada a tiempo completo.

Un trabajador varón que había estado contratado a tiempo parcial cuestiona esta reducción como constitutiva de una discriminación indirecta fundada en el sexo y el Juzgado de lo Social de Madrid se dirige al Tribunal de Justicia.

Por esta vez, la cuestión de la sobrerrepresentación de las mujeres en el grupo de personas trabajadoras a tiempo parcial ni siquiera ha sido cuestionada por el Tribunal, que solo examina la cuestión en el plano teórico. Más llamativo aún resulta que, a diferencia de la posición asumida en un caso reciente (STJUE de 18/09/2019, Ortiz Mesonero, C-366/18), el Tribunal acepte sin vacilación que un hombre pueda ser víctima de discriminación indirecta contra las mujeres.

El Tribunal expone que, si la Directiva 2008/94/CE admite que un Estado miembro imponga un tope de indemnización, esta facultad no puede conducir a una contravención de la Directiva 2006/54/CE, que prohíbe la discriminación de género en la remuneración. La mirada del Tribunal se dirige entonces al principio *pro rata* incluido en la cláusula 4ª del Acuerdo Marco sobre Trabajo a Tiempo Parcial (Directiva 97/81/CE). Pues bien, el

Tribunal no duda del carácter apropiado de su aplicación el tope en causa. Mantiene que, en el caso del trabajo a tiempo parcial, la cotización vertida por el empleador para financiar el FOGASA se calcula en proporción a la remuneración abonada. Ante la cuestión de si, una vez más, acaso no habría una doble penalización, el Tribunal estima que no, puesto que la disminución del tope no depende de la remuneración recibida, sino de la duración de la prestación laboral (jornada). Lo que permite concluir que no hay discriminación según la Directiva 2006/54/CE.

Este razonamiento parece impecable, pero, como en otro precedente que invoca el Tribunal (STJUE de 5/11/2014, Österreichischer Gewerkschaftsbund, C-476/12), quedan dudas sobre su carácter equitativo. Más allá del caso individual cuyas circunstancias no se detallan, las finalidades del trabajo a tiempo parcial, y su carácter eminentemente voluntario o no para las trabajadoras a las que se refiere en su mayoría, quedan ausentes de los análisis jurisprudenciales. Es más, no se percibe bien de qué modo, respecto de los cierres de empresa, los trabajadores a tiempo completo se verían desfavorecidos si el tope quedara fijado de modo uniforme, y permitiera a ciertos trabajadores y trabajadoras a tiempo parcial, obtener indemnizaciones mayores que las que percibirían tras serles de aplicación el principio *pro rata*.

1.3. Regímenes profesionales de seguridad social

1.3.1. Sentencia del TJUE de 24 septiembre de 2020, Y S, C-223/19

Beneficiario de una pensión de empresa de prestación definida, un jubilado austriaco reprocha a su ex-empleador que le haya aplicado dos medidas de austeridad introducidas recientemente en la legislación: para las pensiones más elevadas, imposición de una prima conservadora y supresión de la actualización de la cuantía. Denunciando una triple discriminación sustentada en el sexo, la edad y la fortuna, presenta demanda ante el *Landesarbeitsgericht Wiener Neustadt*, quien se dirige a su vez al Tribunal de Justicia.

Este solo había abordado antes una vez cuestiones relativamente similares (STJUE de 20/10/2011, Brachner, C-123/10); pero se trataba entonces de pensiones del sistema legal (Directiva 79/7/CEE) y las víctimas eran mujeres.

Apoyándose en las conclusiones de la Abogada General J. Kokott, el Tribunal establece que este asunto se refiere a las Directivas 2006/54/CE y 2000/78/CE; su análisis aborda separadamente un criterio tras otro, de suerte que no hay nada nuevo que aportar al debate relativo a la interseccionalidad. En lo que se refiere a la prueba de discriminaciones indirectas, la Abogada General había intentado cuestionar el método estadístico afirmando que no era más que un instrumento entre otros posibles. Pero el Tribunal permanece incólume y se refiere solo a la débil concesión a la que ha accedido recientemente a propósito de la información de difícil obtención (STJUE de 18/9/2019, Ortiz Mesonero, C-366/18). Por lo demás, que la categoría “pensiones más elevadas” comprende esencialmente a los hombres, no es cuestión que genere especiales dudas.

El Tribunal trata, en primer lugar, el criterio del género y acepta una eventual justificación objetiva referida a la preocupación de las empresas deudoras de pensiones profesionales, en la idea de constituir reservas que garanticen la financiación de sus regímenes profesionales, a beneficio de los titulares de prestaciones más bajas. A la objeción de que no hay impedimento alguno a las empresas para que reserven a tal fin fondos liberados gracias a las medidas puestas en duda, el Tribunal replica con argumentos más bien sofisticados, puesto que se concentran en las empresas que tiene por accionariado mayoritario al Estado (donde, además, las preocupaciones presupuestarias no pueden constituir una justificación objetiva). En verdad, el carácter indignante del litigio (un hombre que se encuentra situado en el lado bueno de la brecha salarial, con alto nivel de ingresos, denuncia como discriminatorias las medidas aptas para reducir los desequilibrios) solo se menciona con delicadeza.

La misma justificación permite al Tribunal descartar la discriminación fundada en la edad. De paso, el régimen de la empresa afectada, hace más de veinte años que no recibe nuevos beneficiarios; la categoría de los titulares más antiguos y, entonces, los de mayor edad deberían compararse así a los de las personas más jóvenes, sometidas a una regulación diferente, lo que excluye la posibilidad de discriminación (que aparentemente sería discriminación directa).

Por fin, por primera vez, el Tribunal debe analizar la eventual discriminación basada en la fortuna (*in casu*, su presencia más que su ausencia), criterio que aparece en la enumeración no limitativa proporcionada por el art. 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión, pero que no constituye objeto de ningún otro instrumento secundario. Sin embargo, sin detenerse en este aspecto, el Tribunal declara que las mismas justificaciones objetivas que ya ha validado a propósito del género y la edad se aplican a la fortuna y a «suponer ... que la diferencia de trato ... a saber que las disposiciones nacionales puestas en duda afectan únicamente a personas cuya cuantía [de pensión] sobrepasa un cierto umbral, crea una desventaja particular para las personas que disponen de una cierta fortuna». Esta delicada reserva destinada a antiguos miembros de personal ejecutivo sobrecargado de deudas, deja entender que la exploración del criterio fortuna se pospone a un asunto ulterior.

1.3.2. Decisión del TEDH de 17 de junio de 2021, Quintanel e.a. c. Francia, demanda nº 12528/17

Como el águila de Prometeo, la dimensión de género de las pensiones de sus funcionarios sigue atormentando el hígado de la República. El anterior episodio lo pudimos analizar hace siete años (STJUE de 17/7/2014, Leone, C-173/13). Varias veces reformado, el régimen otorgaba, en caso de jubilación anticipada, una bonificación de antigüedad, accesible tanto para hombres como mujeres, con la condición de haber tenido al menos tres hijos, respecto de los cuales el sujeto interesado había debido interrumpir la prestación de servicios al menos 2 meses en el marco de algún permiso, entre los que se encontraba el de maternidad. Interrogado al respecto, el TJUE había concluido que el régimen inducía

a una discriminación contra los hombres, pero indirecta, de forma que la validez de la justificación objetiva que se concretaba en la búsqueda de un interés social legítimo permanecía aún entreabierta.

En el *arrêt* Quintanel de 27/03/2015, el Consejo de Estado francés había validado una justificación así y varias jurisdiccionales administrativas habían seguido esta jurisprudencia para rechazar demandas de indemnización; algunas rehusando interrogar al Tribunal Constitucional o de nuevo al TJUE. Es así como el TEDH se ha visto interpelado por una decena de demandantes, comenzando por la viuda del señor Quintanel, que invocaba diversas violaciones de los arts. 6 y 13 de la CEDH. Por razones de procedimiento, el Tribunal unánimemente ha declarado la inadmisión de las demandas.

2. Igualdad en las condiciones de trabajo

Sentencia del TJUE de 19 de noviembre de 2020, SEAE c. Hebberecht, C-93/19 P

Hace ya casi 35 años desde que unas funcionarias europeas, no promocionadas, reprocharon a la Comisión no haber tenido en cuenta la situación muy desfavorable de las mujeres entre su personal. El Tribunal de Justicia había juzgado entonces que la Comisión no tenía ninguna obligación en esta materia y podía decidir soberanamente como organizar sus servicios (SSTJUE de 12/2/1987, Bonino, 233/85, y de 16/12/1987, Delauche, 111/86).

Desde entonces, el Estatuto de los funcionarios se ha enriquecido con un art. 1 quinquies que prohíbe las discriminaciones, en especial de género, y que autoriza las acciones positivas en favor del género infra-representado, con el fin de asegurar la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres.

Al término de la duración máxima de cuatro años prevista para este tipo de designaciones, la Jefa de misión en Etiopía había demandado al Servicio de Acción Exterior (SEAE) una prórroga de un año (que era posible) invocando el interés del servicio. Tras recibir una negativa basada en la política de rotación en ese tipo de funciones, la funcionaria alegó el art. 1 quinquies; alegación en vano porque el SEAE estimaba llanamente que no estaba obligado a aplicar esa disposición. Del recurso de la interesada, el Tribunal de la Unión retuvo el fundamento basado en tal consideración para anular por defecto de motivación, la decisión que había rechazado la propuesta de prórroga en destino (sentencia de 27/11/2018, T-315/17).

La apelación presentada por el SEAE tiene como resultado una confirmación; el Tribunal de Justicia comenta que, ciertamente, el art. 1 quinquies no impone a las instituciones europeas una obligación de acción positiva, pero un simple rechazo a tener en cuenta la proposición de la funcionaria no responde al objetivo seguido por la disposición en su conjunto.

Contenida en esos límites, la sentencia no representa más que una evolución moderada de la jurisprudencia, aunque se observa que, ni las conclusiones de la Abogada General J. Kokott, ni la relación relativa a las acciones positivas establecidas por el tribunal, dicen nada de los precedentes arriba evocados.

3. Igualdad en los regímenes legales de seguridad social

3.1. Sentencia del TJUE de 21 de enero de 2021, INSS, C-843/19

En España, la Ley General de Seguridad Social establece una cuantía mínima de la pensión de jubilación que se garantiza si fuere necesario a través de un complemento de prestación. Pues bien, el acceso a la jubilación anticipada a la edad de 65 años solo se permite si la pensión a la que la persona interesada alcanza esa cuantía mínima garantizada. El TJUE, que ha tenido conocimiento de este mecanismo en un asunto de Seguridad Social de personas migrantes, decidió que el Reglamento 883/2004/CE se opondría a una aplicación de la regla que solo tomara en consideración la pensión causada en España, pero no una prestación reconocida por otro Estado miembro (STJUE de 5/12/2019, Bocero Torrico y Bode, C-398/18 y C-428/18 acumulados). A su vez, el Tribunal Superior de Justicia de Catalunya ha sometido a la Corte de justicia el mismo dispositivo, confrontado ahora con la Directiva 79/7/CEE ante la eventualidad de discriminación indirecta contra las mujeres; en el caso, una empleada de hogar contestaba la decisión del Instituto Nacional de la Seguridad Social en la que se le había denegado la pensión anticipada.

Afortunadamente, la jurisdicción catalana parece disponer de todas las estadísticas útiles, pues el Tribunal de Justicia se sumerge otra vez en unas exigencias estadísticas para apreciar la discriminación indirecta que se pueden calificar como obsesivas, como si el sector de las trabajadoras del hogar suscitara la menor duda sobre el desequilibrio de género que las caracteriza.

Habiendo tenido que admitir que cabría la posibilidad de que hubiera una discriminación indirecta contra las mujeres, el TJUE se apresura a validar la justificación objetiva presentada por las autoridades españolas: el interés de preservar la viabilidad del sistema de seguridad social justificaría no abonar el complemento por mínimo de la pensión de jubilación a quienes quieren anticipar la edad de jubilación y causan una prestación de cuantía demasiado baja e insuficiente (las causas de esta débil cuantía no merecen aparentemente ninguna atención). Por lo demás, añade el Tribunal, esta preocupación de preservar la viabilidad del sistema se corresponde con los objetivos de la Unión relativos al equilibrio entre la carrera profesional y la duración de la jubilación. El art. 4 de la Directiva 79/7/CEE no se opone así a la disposición litigiosa.

3.2. Sentencia del TJUE de 12 de mayo de 2021, INSS, C-130/20

La legislación española rechaza también, en caso de anticipación voluntaria de la jubilación, otro complemento de pensiones, el destinado a las mujeres que han tenido al menos dos hijos biológicos o adoptados. Un litigio opuso a una trabajadora que solicitaba el complemento y al INSS ante el Jutjat social 3 de Barcelona, que plantea una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia.

Si en este caso hubiera discriminación, sería dentro de otra discriminación puesto que el Tribunal ya ha afirmado que la Directiva 79/7/CEE se opone a que este comple-

mento excluya a los hombres (STJUE de 12/12/2019, W A, C-450/18). Pero en este caso el TJUE constata que la nueva cuestión se sustenta en la comparación de dos categorías de mujeres, según quieran o no anticipar la jubilación. La Directiva no tiene modo entonces de aplicarse a este caso.

Cabría preguntarse si esta respuesta simple es enteramente coherente con aquella que el Tribunal ha dado en la sentencia de 26 de enero de 2021, asunto C-16/19, *infra*, a propósito de discriminación fundada en discapacidad.

3.3. Sentencia del TEDH de 20 de octubre 2020, B. c. Suiza, demanda nº 78630/12

En materias de Derecho Social, y singularmente en materia de igualdad de género, los arcaísmos de la legislación suiza no dejan nunca de sorprender. Después del fallecimiento accidental de su mujer, un padre de familia debió renunciar a su actividad profesional para consagrarse a la educación de sus dos hijas. Percibió una renta legal de viudedad, cuyo pago acabó cuando la hija menor alcanzó la mayoría de edad; un efecto como este no se habría producido si se hubiera tratado de una mujer viuda. Sus recursos fueron rechazados en todos los niveles jurisdiccionales, incluso por el Tribunal Federal, que constató la desigualdad de trato, pero admitió que no tenía mayor potestad respecto de este dispositivo que el legislador se niega a corregir.

A partir de la solicitud del interesado, el Tribunal de Estrasburgo reafirma su concepción de la CEDH como «instrumento vivo» y estima que el gobierno suizo no puede limitarse a presentar en 2020 una justificación sustentada en el lugar que ocupaban respectivamente los hombres y mujeres en el mercado de trabajo en el momento en que se adoptó la norma discutida, en 1948. Por unanimidad, el TEDH constata una violación del art. 14 combinado con el art 8. En su opinión concordante, la jueza H. Keller entiende que es el art. 1 del Protocolo el que se encuentra en juego, más que el art. 8 del CEDH, aun cuando Suiza no lo haya ratificado. En cuanto a la reparación de los perjuicios, el Tribunal remarca que en el plano material (la pérdida de rentas desde 2010), la autoridad suiza reconoce que el interesado puede requerir la revisión de la sentencia del Tribunal Federal. En el moral, el TEDH le concede 5.000 euros.

Si este asunto se hubiera enmarcado en el Derecho de la Unión Europea, habría hecho falta, además, mencionar el carácter inacabado de la Directiva 79/7/CEE, esta vez a la vista de las prestaciones de supervivencia, y regocijarse de que, de nuevo, «Estrasburgo vino a ayudar a Luxemburgo», como hace veinte años lo hizo a propósito de las prestaciones familiares (STEDH de 21/2/1997, van Raalte c. Holanda, demanda nº 20060/92).

3.4. Sentencia del TEDH de 11 de mayo de 2021, Yocheva y Ganeva c. Bulgaria, demandas nº 18592/15 y 43863/15

La legislación búlgara solo concede prestaciones familiares si el menor tiene dos progenitores que lo han reconocido, o si uno de ellos se queda viudo/viuda. Estas restric-

ciones privaban de prestaciones a las mujeres que criaban solas a sus hijos, y estos no habían sido reconocidos por sus padres. Las quejas planteadas habían llegado hasta el Tribunal Supremo, que había validado las normas en causa. Igualmente decidió el Tribunal Constitucional cuando se le planteó un recurso de anulación.

Respecto de las solicitudes introducidas por las personas interesadas, el TEDH declara una inadmisión por caducidad del plazo de recurso, y admite la otra. Por unanimidad, concluye que hay una violación del art. 14 de la CEDH combinado con el art. 8. El Tribunal Europeo considera, a propósito del art. 14, que la discriminación se establece a partir de dos criterios: el sexo (porque un padre que cría solo a sus hijos/as no se enfrenta a la falta de reconocimiento de la madre) y el estado familiar; noción que ya había invocado en un caso precedente (STEDH de 31/3/2009, *Weller c. Hungría*, demanda nº 44399/05); el gobierno búlgaro no ha aportado justificación objetiva a un dispositivo como este que descansa sobre un estereotipo de género. Al estimar la demanda, la solicitante obtiene 3.915 euros por daños materiales y 4.500 por daño moral.

4. Protección de la maternidad

4.1. Sentencia del TJUE de 18 noviembre 2020, *Syndicat CFTC*, C-463/19

En 1988 (STJUE de 25 octubre 1988, *Commission c. France*, 312/86), el Tribunal de Justicia había dictaminado que la República Francesa había infringido sus obligaciones en virtud de la Directiva 76/207/CEE al permitir que los interlocutores sociales celebraran convenios colectivos de trabajo que establecían una discriminación directa contra los hombres. Inspirados en realidad en la condescendencia masculina en cuanto al lugar de la mujer en la vida profesional, estos instrumentos les reservaban “ventajas” a menudo caricaturescas (el derecho a ausentarse el día que los niños regresaban a la escuela, el derecho a una reducción de la duración del trabajo para tareas “mecanográficas”). Sin embargo, en sus conclusiones, el Abogado General Sir G. Slynn había considerado que las ampliaciones del período legal del permiso de maternidad podían justificarse en virtud de la excepción entonces autorizada por el art. 2.3 de la Directiva 76/207/CEE y el TJUE no lo había contradicho.

Más de treinta años después, el minucioso inventario de jurisprudencia elaborado por el Abogado General M. Bobek en un nuevo caso omite este precedente, y el propio Tribunal se limita a citar el dictum general. Esta vez fue el convenio colectivo de trabajo de los organismos de seguridad social, que otorga, bajo diversas condiciones, prórrogas de la licencia de maternidad a “la mujer que cría sola a su hijo”. Un trabajador había solicitado el beneficio y su empleador, el Fondo de Seguro Médico Primario de Moselle, se lo había negado. La CFTC, el sindicato de la persona en cuestión, había citado al Fondo ante el Tribunal Laboral de Metz, que había cuestionado al Tribunal de Justicia sobre el impacto del derecho de la Unión, principalmente la directiva “refundida” 2006/54/CE (que refundió, entre otras, la 76/207/CEE).

Como era de esperar, el Tribunal responde que los arts. 14 (prohibición de discriminación en las condiciones de trabajo) y 28.1 (excepción de protección de la maternidad) de la Directiva, aclarados por el instrumento específico, la Directiva 92/85/CEE, no se oponen a la disputada disposición, “siempre que este permiso complementario tenga por objeto proteger a las trabajadoras tanto de las consecuencias del embarazo como de su condición de maternidad”, lo que el tribunal nacional deberá comprobar. Pero lo que resulta perturbador es la obstinación del Tribunal en citar su sentencia Hofmann (STJUE de 12/7/1984, Hofmann, 184/8), que seguramente en nada ayudará al tribunal laboral nacional en esa labor de comprobación. En la sentencia Hofmann, el Tribunal había considerado que entraba dentro de la excepción de la protección de la maternidad un sistema alemán que, en realidad, era un permiso parental *avant la lettre*, mientras que en aquel caso, su uso por parte del padre en lugar de la madre obviamente habría respondido mejor a los deseos e intereses profesionales de ambos padres. En nuestra opinión, esta decisión de hace 36 años debería ser relegada ya a la historia jurisprudencial y legislativa.

4.2. Sentencia del TEDH de 20 octubre 2020, *Napotnik vs. Rumanía*, dda. 33139/13

Una diplomática rumana adscrita a la sección consular de la embajada en Ljubljana (Eslovenia) se casó y durante su primer embarazo tuvo que guardar cama por motivos de salud. Esta ausencia, seguida del permiso de maternidad, impuso una sustitución que fue difícil de conseguir. Posteriormente, el anuncio de un nuevo embarazo llevó al embajador a solicitar la retirada de la interesada y el cese de su encargo; ahora trabaja en el Ministerio de Relaciones Exteriores en Bucarest. Ella impugnó la decisión de terminar su adscripción a la sección consular de la embajada ante los tribunales civiles, que la desestimaron, sosteniendo que el ministerio tenía facultades discrecionales en la organización de sus servicios.

Siendo Rumanía uno de los miembros del Consejo de Europa que ha ratificado el Protocolo Adicional 12 del CEDH, la demandante basó su solicitud ante el Tribunal Europeo en el art. 1 de este Protocolo, que prohíbe cualquier discriminación basada en el sexo. El Tribunal observa que la legislación nacional no prohíbe una decisión como la que dio lugar a la controversia; que la demandante no fue despedida; que los tribunales rumanos señalaron que tampoco había sido objeto de ninguna medida disciplinaria; y que siguió beneficiándose de los sucesivos ascensos a que tenía derecho. El Tribunal concluye por unanimidad que no hay violación.

Sorprende que durante el procedimiento nacional no parezca haberse invocado el derecho de la Unión europea, sobre todo porque el Tribunal de Estrasburgo no dejó de consultarlo cuando su sentencia revisó el contexto internacional. También leemos en la exposición de hechos que, debido a las ausencias vinculadas al primer embarazo, el embajador había decidido posponer seis meses la evaluación anual de la interesada; esta circunstancia acaso debió merecer más atención porque si este aplazamiento hubiera tenido efectos negativos en la carrera profesional, hubiera sido oportuno hacer mención a la sentencia Thibault del Tribunal de Justicia (STJUE de 30/4/1998, C-136/95). Examinado

desde la perspectiva del Derecho de la Unión, el caso en su conjunto no habría movilizado la Directiva 92/85/CEE, que solo prohíbe la extinción de la relación laboral en relación con el embarazo y la maternidad, sino la Directiva 2006/54/CE, en particular, su art. 15, que se refiere al derecho a regresar al “empleo o empleo equivalente en condiciones no menos favorables”. Como la jurisprudencia del TJUE no revela un caso exactamente similar al comentado, su análisis habría ofrecido algunas lecciones útiles.

4.3. Sentencia del TEDH de 4 febrero 2021, Jurčić v. Croatia, dda. 54711/15

En Croacia, una trabajadora, que había recibido un tratamiento de fecundación in vitro, respondió a una oferta de trabajo de una empresa ubicada lejos de su casa, fue contratada y luego se encontró embarazada pero con complicaciones que la obligaron a estar de baja por enfermedad. Cuando solicitó una indemnización, las autoridades competentes examinaron su situación con respecto al seguro de salud, concluyeron que el trabajo era ficticio y que solo tenía como objetivo recibir los beneficios del seguro de salud, y en consecuencia la excluyeron del seguro. Los procesos que inició fracasaron en todos los niveles, incluido el Tribunal Constitucional, pues se consideró que su condición la había incapacitado para poder trabajar.

Aunque los hechos del caso son anteriores a la adhesión de Croacia a la UE (1/7/2013), el TEDH, en respuesta a la demanda de la interesada, invoca la jurisprudencia pertinente del TJUE y, sobre todo, su única sentencia sobre reproducción asistida, Mayr (STJUE de 26/2/2008, C-506/06). El TEDH encuentra sin vacilar la existencia de una discriminación directa, alimentada por estereotipos que dificultan el logro de una verdadera igualdad de género en Europa; en su voto concurrente, el presidente de la sección, K. Wojtyczek, sin embargo critica a sus colegas por la falta de precisión en el análisis de esta discriminación. Se concedió a la demandante 7.000 euros por daños morales.

5. Permiso parental

5.1. Sentencia del TJUE de 25 febrero 2021, XI, C-129/20

Aunque sea muy habitual su invocación en litigios sobre permiso parental, la dimensión de género no fue mencionada en un litigio que obligó al Tribunal de Casación de Luxemburgo a interrogar a su vecino, el TJUE, sobre el alcance del Acuerdo marco europeo sobre permisos parentales. En este caso, la pregunta remitida se refería a la versión original del Acuerdo, objeto de la Directiva 96/34/CE, pero el Tribunal de Justicia estableció que es el texto revisado del Acuerdo, por lo tanto, la Directiva 2010/18/UE, el que encuentra aplicable (aunque sin práctica consecuencia, las disposiciones en cuestión resultaban idénticas).

Después de ser empleada como educadora, una trabajadora se quedó sin trabajo cuando dio a luz a mellizos. Posteriormente, volvió a trabajar durante más de un año y

solicitó un permiso parental que, en el Gran Ducado, se puede disfrutar hasta que el niño cumpla 5 años, tiene una duración de seis meses y da derecho a una indemnización de seguridad social. La institución competente le denegó este beneficio porque, si bien la interesada cumplía la condición de antigüedad laboral de al menos un año en el momento de la solicitud, no cumplía otra exigida, la de haber estado empleada al momento del nacimiento.

Ante este rechazo, el TJUE responde sin dificultad que mientras la primera condición para la concesión puede estar autorizada por la cláusula 3.1 b) del Acuerdo marco revisado, la segunda no encuentra base en ella y, por el contrario, contradice los principios de las cláusulas 1.1 y 2, y 2.1, que, además, concretan el derecho al permiso parental consagrado en el art. 33.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión. No fue objeto de debate en este caso la cuestión del derecho al permiso parental por parto múltiple o adopción como sí lo fue en el caso griego Chatzi (STJUE de 16/9/2010, C-194/10).

5.2. Sentencia del TEDH de 6 julio 2021, *Gruba a.o. vs. Rusia*, ddas. 66180/09, 30711/11, 50089/11 y 22165/12

El Tribunal Europeo tuvo que volver sobre un motivo que ya había aclarado muy bien, relativo al permiso parental en determinados servicios públicos rusos. Pero a diferencia de las fuerzas armadas, analizadas en el caso Markin (STEDH de 22/3/2012, demanda 300078/06), en que la legislación reservaba el permiso parental a las mujeres soldados, esta vez se trataba de la policía, en que los hombres sí tienen acceso al permiso parental, aunque solo si los hijos no pueden beneficiarse del cuidado de su madre. Cuatro agentes varones, que procedían de varios departamentos, no habían podido cumplir esta condición por diversas razones y los tribunales nacionales habían aprobado las desestimaciones sufridas.

Rechazando el argumento del gobierno ruso de que el régimen impugnado no es el mismo que en el caso Markin, el Tribunal unánime se remite al análisis realizado en ese caso: la diferencia de trato se basa en la concepción tradicional de las responsabilidades parentales, lo que da lugar a una discriminación de género prohibida por el art. 14 del CEDH, combinado con el art. 8 (vida familiar). A un demandante se le conceden 1.200 euros por daños materiales, y a los cuatro, sumas entre 1.000 a 7.500 euros por daño moral.

II. Otras discriminaciones

Legislación. Nada reseñable en este ámbito.

Jurisprudencia. La nueva hornada procede principalmente del TJUE, en la que vuelve a destacar principalmente el criterio de la edad. No obstante, cabe señalar que el criterio lingüístico, que se invoca cada vez con más frecuencia, sigue siendo, por defecto, responsabilidad exclusiva del Tribunal Europeo.

1. Discriminación por motivos de raza u origen étnico

1.1. Sentencia del TJUE de 15 de abril de 2021, *Braathens Regional Aviation*, C-30/19

Enriqueciendo su escasa jurisprudencia en relación con estos criterios de raza u origen étnico, el TJUE se ha pronunciado en relación con una disposición legal sueca inspirada en una desacertada preocupación por la economía del proceso. Al embarcar en un vuelo nacional, un pasajero de origen chileno tuvo que someterse a un control de seguridad adicional, impuesto por el capitán: una triste ilustración del “reconocimiento facial”, ya que el agente había creído que el interesado era de origen árabe, y musulmán.

El *Diskrimineringsombudsmannen* pidió entonces al tribunal que condenara a la compañía aérea a indemnizar a la víctima por haber infringido la ley antidiscriminación. Sin reconocer la falta, la empresa accedió inmediatamente a la reclamación monetaria, por un montante equivalente a 1.000 euros, tras lo cual el tribunal de primera instancia, aplicando una ley que remite a una norma general de procedimiento civil, archivó el caso. Tras un recurso infructuoso, el mencionado órgano remitió el asunto al *Högsta domstolen*, que preguntó al Tribunal de Justicia sobre los requisitos de la Directiva 2000/43/CE.

De acuerdo con las conclusiones del Abogado General H. Saugmandsgaard Øe, el Tribunal de Justicia se remite a sus precedentes para recordar que la discriminación debe ser reconocible y las sanciones eficaces y disuasorias. Por ello, los artículos 7 y 15 de la Directiva se oponen al mecanismo jurídico en cuestión y, al tener efecto vertical directo, el tribunal nacional debe inaplicarlos.

1.2. Sentencia del TJUE de 10 de junio de 2021, *Land Oberösterreich*, C-94/20

En el caso de los residentes nacionales de Estados no pertenecientes al Espacio Económico Europeo, la legislación austríaca condiciona la concesión de una ayuda de vivienda al conocimiento de los fundamentos de la lengua alemana, demostrado mediante una lista limitada de pruebas. Este requisito obligó al jefe de una familia turca a presentar un litigio en el que el *Landesgericht Linz* preguntó al TJUE sobre el impacto de las normas de la UE.

En cuanto a la Directiva 2003/109/CE relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración, el TJUE debe examinar su artículo 11, que garantiza a estas personas la igualdad de trato con respecto a los nacionales, pero cuyo apartado 4 permite a un Estado miembro limitar esta garantía a las “prestaciones esenciales” en materia de protección y asistencia social. El precedente en este ámbito es *Kamberaj* (STJUE de 24 de abril de 2012, C-571/10), pero mientras que el Abogado General G. Hogan había concluido sin reservas que en base a tal precedente la ayuda a la vivienda sí estaba comprendida en este concepto, el TJUE ha preferido remitir la tarea de comprobación al tribunal austríaco; en caso de que esto condujera a resultado negativo, el litigio no entraría en el ámbito de aplicación de la Directiva.

A la luz del principio de no discriminación, el Tribunal de Justicia considera que la disposición impugnada no afecta al criterio del origen étnico, sino al de la nacionalidad,

por lo que no es aplicable la Directiva 2000/43/CE ni, por la misma razón, el artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales (aunque el objeto del litigio fuera un “servicio esencial”, antes citado).

Asimismo, cabe señalar que el criterio de la lengua, que figura en la lista abierta del artículo 21, pero que no encuentra en el Derecho sustantivo de la Unión ninguna concreción pertinente para el caso, no fue examinado en el procedimiento. Véase *infra*, “Discriminación fuera del ámbito de aplicación”.

1.3. Sentencia del TEDH de 1 de septiembre de 2020, R.R. y R.D. c. Eslovaquia, demanda nº 20649/18

En 2013, la policía llevó a cabo una búsqueda de sospechosos en una calle de una ciudad del este de Eslovaquia habitada por una comunidad gitana. La detención de dos hombres provocó violencia física, por la que las víctimas no pudieron obtener indemnización, ya que la fiscalía desestimó sus denuncias y el Tribunal Constitucional rechazó sus recursos. En sus demandas, el TEDH consideró que se había violado el artículo 3 del CEDH (trato inhumano y falta de investigación), pero también el artículo 14, en la medida en que las autoridades judiciales se habían negado a examinar si la violencia era el resultado del racismo institucional contra su comunidad. Cada demandante recibió 20.000 euros por daños morales.

1.4. Decisión del TEDH de 24 de junio de 2021, Bekir a.o. c. Macedonia Norte, demanda nº 46889/16

El TEDH ha vuelto a recibir solicitudes relativas a la destrucción de un asentamiento gitano en Skopje, que “albergaba” a más de 130 personas, entre ellas muchos niños. La polémica se centró en las verdaderas intenciones de las autoridades, que alegaron que simplemente habían limpiado un campo de basura de un terreno público destinado a la construcción de una carretera, y en el realojamiento de los afectados, que rechazaron un albergue para personas sin hogar ya que querían acceder a pisos sociales. El Tribunal examinó la reclamación en virtud del artículo 8 del CEDH, pero consideró que los demandantes no habían agotado todos los recursos posibles y declaró el caso inadmisibles. No obstante, la descripción que hace el Tribunal de las condiciones de “vida” en el campo es una muestra más de la gravedad de una cuestión que sigue sin resolverse en toda Europa.

2. Discriminación por razón de edad

2.1. Sentencia del TJUE de 15 de abril de 2021, Olympiako Athlitiko Kentro Athinon, C-511/19

Un alto empleado del complejo olímpico de Atenas (una empresa privada propiedad del Estado) impugnaba la aplicación de una disposición legal recientemente introducida.

A los 58 años y con al menos 35 años de cotización a la Seguridad Social, el trabajador recibe una pensión completa y el empresario que rescinde el contrato le debe una indemnización por despido. Pero ahora la nueva normativa permite al empresario colocar al interesado, que se acerca al momento en que cumplirá ambas condiciones, en situación de “reserva de mano de obra”, con un máximo de 24 meses de antelación, y pagarle sólo el 60 % de su remuneración; además, no se le debe pagar la indemnización por despido, en compensación por este último pago.

Cuando el litigio llegó al Tribunal de Casación, este recurrió al TJUE ya que el trabajador denunció este acuerdo como contrario a la Directiva 2000/78/CE.

Tras las conclusiones del Abogado General J. Richard de la Tour, el Tribunal de Justicia volvió a explorar las posibilidades que ofrece el artículo 6.1 de la Directiva. Analiza cuestiones como las necesidades de saneamiento presupuestario del Estado griego, el principio según el cual estas no pueden justificar la discriminación, el objetivo de mantener a las personas mayores en el trabajo (al cual la “reserva de mano de obra” parece responder singularmente mal), las oportunidades de empleo de los jóvenes, y acaba concluyendo que la Directiva no se opone a la medida en cuestión, a reserva de las comprobaciones habituales que debe realizar el tribunal que lo cuestiona. En relación con dos precedentes bastante similares (STJUE de 12 de octubre de 2010, *Ingeniør-foreningen i Danmark*, C-499/08; STJUE de 5 de julio de 2012, *Hörn eldt*, C-141/11), parece que el elemento diferencial –pero no mencionado, salvo en los hechos– consiste en que el trabajador griego se había limitado a reclamar el 40 % del salario que le faltaba y la indemnización por despido, sin manifestar la voluntad de continuar su actividad.

2.2. Sentencia TJUE de 3 de junio de 2021, *Ministero della Giustizia (Notarios)*, C-914/19

La legislación italiana exige, como condición para acceder a la profesión de notario, que el candidato supere un examen al que solo pueden presentarse los menores de 50 años. Una candidata que había sido rechazada por este motivo obtuvo de un *Tribunale amministrativo* la suspensión de la denegación de inscripción; sobre esta base, superó las pruebas, tras lo cual el tribunal decidió que su solicitud original de anulación ya no era pertinente. Sin embargo, el Ministerio de Justicia impugnó la decisión de suspensión ante el *Consiglio di Stato*, que se interesó por el Derecho de la UE.

El TJUE recuerda que la discriminación por razón de edad sí está comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 21 TFUE, tal y como se recoge en la Directiva 2000/78/CE, y el debate se centra inmediatamente en los objetivos de política social que, a la luz del artículo 6, apartado 1, de la Directiva, permitirían absolver la disposición impugnada. Dado que los candidatos cercanos a los 50 años son elegibles y que los notarios pueden continuar en el cargo hasta los 75 años, el TJUE se siente mucho más cómodo que en otro caso italiano reciente (STJUE de 2 de abril de 2020, *Comune di Gesturi*, C-670/18) para concluir que la medida no parece garantizar ni la financiación del régimen de pensiones,

ni la estabilidad del cargo, ni las oportunidades de empleo de los jóvenes. Sin embargo, deja el juicio de proporcionalidad en manos del tribunal remitente.

2.3. Sentencia TJUE de 8 de octubre de 2020, *Universitatea Lucian Blaga Sibiu e.a.*, C-644/19

La legislación rumana establece que los profesores universitarios pierden su titularidad a los 65 años, la edad de jubilación. Sin embargo, las instituciones académicas pueden volver a contratarlos con contratos de duración determinada y renovable por un año, pero con una remuneración por hora inferior a la de los profesores titulares. Como excepción, en caso de escasez y teniendo en cuenta los méritos, una institución puede mantener en servicio a un empleado titular con conservación de sus derechos, por tiempo indefinido, pero con una evaluación anual, en las condiciones que ella misma establezca. La *Universitatea Lucian Blaga* de Sibiu decidió reservar esta excepción a los profesores que tenían el título de director de tesis. Al no cumplir esta condición, una profesora jubilada inició un litigio en materia de derecho laboral y luego de derecho administrativo, durante el cual la *Curtea de apel* de Alba Iulia preguntó al TJUE sobre dos formas de discriminación.

En cuanto al criterio de la edad en el marco de la Directiva 2000/78/CE, el Tribunal de Justicia consideró que no era discutible, ya que la diferencia de trato no se derivaba de la edad, sino que se debía a una característica (la condición de director de tesis) ajena al ámbito de aplicación material de la Directiva. Por otra parte, la repercusión de la Directiva 1999/70/CE relativa al acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada requiere un examen minucioso. A pesar de la similitud de las circunstancias, el Tribunal de Justicia no hace referencia al reciente asunto austríaco en el que las cuestiones prejudiciales no mencionaban esta Directiva (STJUE de 3 de octubre de 2019, *Schuch-Ghannadan*, C-274/18). En cambio, se basa en su amplia jurisprudencia para concluir que el uso de la característica en cuestión puede dar lugar a una discriminación prohibida por el Acuerdo Marco, siempre que el tribunal nacional compruebe la comparabilidad de las dos categorías de profesores y la ausencia de justificación objetiva de un trato diferenciado.

2.4. Decisión del TEDH de 10 de noviembre de 2020, *Delimatsis a.o. c. Chipre*, demanda nº 66772/13

El aspecto mencionado en el anterior epígrafe parece haber estado ausente en un litigio entre nueve antiguos militares y la República de Chipre relativo, entre otras cosas, a los derechos de pensión derivados de los nombramientos de duración determinada. Basándose en el artículo 1 del Protocolo 12 y en el artículo 14 del CEDH combinado con el artículo 1 del Primer Protocolo, sus solicitudes fueron declaradas inadmisibles, ya que el Tribunal Europeo consideró que su redacción era demasiado general. De paso, se puso de manifiesto que el Gobierno había adoptado una acción positiva al reservar ciertos puestos

de trabajo vacantes para las mujeres, con el fin de animarlas a alistarse en las fuerzas armadas; los demandantes no habían impugnado el fundamento de esta medida.

3. Discriminación por razón de la discapacidad

3.1. Sentencia del TJUE de 26 enero 2021, *VL*, C-16/19

Los hechos de un litigio sometido al TJUE ponen de manifiesto, por parte del empleador en cuestión (un hospital), una interpretación singularmente perversa de la legislación polaca en lo que respecta al empleo de trabajadores discapacitados. Persiguiendo el objetivo de que cada empresa emplee a estas personas en un porcentaje de al menos el 6% de su plantilla, esta legislación impone al empleador que no alcance este umbral una contribución a un fondo nacional de rehabilitación, proporcional al déficit. Con el fin de reducir el importe de su cotización, el hospital había considerado la posibilidad de ofrecer un complemento salarial mensual a cada uno de sus trabajadores a quienes se declarase su situación de incapacidad permanente a partir de una fecha determinada. Esta ventaja se denegaba a quienes, antes de dicha fecha, ya hubieran presentado el certificado de invalidez. Uno de ellos se quejó de la diferencia de trato y, en el procedimiento subsiguiente, el Tribunal Regional de Cracovia interrogó al TJUE sobre la aplicación de la Directiva 2000/78/CE.

El primer elemento a dilucidar se refiere al fundamento de la supuesta discriminación: ¿Se basa en el criterio de discapacidad contemplado por la Directiva, cuando todas las personas afectadas -favorecidas o desfavorecidas- cumplen este criterio y, como observó el Abogado General G. Pitruzzella en sus conclusiones, ayuda al empresario a acercarse al umbral del 6%? En Gran Sala, el Tribunal respondió afirmativamente, adoptando una referencia que le había propuesto el Abogado General: la sentencia Coleman (STJUE de 17/7/2008, C-303/06), en la que afirmaba que la directiva pretende combatir “todas las formas de discriminación vinculadas a la discapacidad”.

¿Cuál es la naturaleza de la discriminación? Es necesario comparar dos grupos de trabajadores inválidos: los que se dieron a conocer a partir de la fecha fijada por el empleador, y los que lo hicieron con anterioridad, a los que este no les da la posibilidad de iniciar nuevamente su declaración. Según el TJUE, se trata de una discriminación directa, contraria al art. 2 de la Directiva, si el juez remitente está convencido de que el criterio de la fecha está “inextricablemente vinculado a la discapacidad”. Teniendo en cuenta los datos expuestos anteriormente, la más mínima duda sobre este aspecto parece inimaginable.

Sin embargo, tal y como la formuló el tribunal polaco, la cuestión preliminar presenta la medida introducida por el empleador como “aparentemente neutra”, por lo que si hubiera discriminación sería indirecta; el Tribunal entonces se centra en considerar esta hipótesis. Así, señala que la medida impugnada “podría” suponer una “particular desventaja” (es evidente) para los trabajadores que, por la naturaleza de su discapacidad (visible o que requiera la realización de adaptaciones razonables), se habrían visto obligados a declararlo antes de la fecha, mientras que otros podrían haber optado por no ser recono-

cidos como discapacitados. Los jueces nacionales competentes deben entonces someter la medida a la prueba habitual de justificación objetiva. Precisamente por los fines de la Directiva 2000/78/CE la mera idea de que una política de personal imbuida de tal cinismo pueda constituir tal justificación, causa hondo malestar.

3.2. Sentencia del TJUE de 15 julio 2021, XX, C-795/19

El art. 4.1 de la Directiva 2000/78/CE autoriza a un Estado miembro a decidir que una medida no crea una discriminación prohibida por el art. 2.2 si responde a una exigencia profesional y determinante de la función considerada. Previamente, el Tribunal de Justicia había examinado el recurso a esta facultad en relación con el criterio de la edad (STJUE de 15/11/2016, Salaberria Sorondo, C-258/15) y el de las convicciones (STJUE de 11/9/2018, I R, C-68/17). Un caso estonio planteó por primera vez la cuestión a propósito de la discapacidad.

En la prisión de Tartu en la que estuvo durante quince años, un agente penitenciario, que desempeñaba en los últimos tiempos la gestión de la vigilancia electrónica (pulseras), fue despedido porque el nivel auditivo de uno de sus oídos había caído por debajo del umbral fijado para esta actividad por la legislación, que no admite el uso de prótesis auditivas durante los exámenes de control. Disconforme con la baja y reclamando una indemnización, el afectado interpuso una demanda que llegó hasta el Tribunal Supremo, el cual se remitió al Tribunal de Justicia.

Siguiendo las conclusiones del Abogado General H. Saugmandsgaard Øe, el Tribunal de Justicia precisa que el art. 4.1 de la Directiva no puede invocarse con respecto a una norma que, por su carácter lineal, no permite comprobar si realmente se aplica a una función particular. El Tribunal también reitera la necesidad de considerar si los ajustes razonables eliminarían la dificultad. Sin embargo, como en lo que respecta a la agudeza visual, la misma legislación permite el uso de lentillas o de gafas incluso durante el control, cabe preguntarse si el rodeo mediante la adaptación razonable es realmente necesario, o se trata más bien de corregir una norma inexplicablemente rígida.

3.3. Decisión del TEDH de 16 marzo 2021, Raventos Martínez vs. España, dda. 25284/16

Una cuidadora española sufre mensualmente episodios de migraña de carácter crónico, pero no ha realizado ningún trámite para ser reconocida como discapacitada. Sus numerosas ausencias son causa de despido en virtud del Estatuto de los Trabajadores. La interesada demandó ante un Jutjat social de Barcelona que, observando la evolución de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia desde Chacón Navas hasta Ring y Skouboe Werge, consideró que el concepto de discapacidad debe valorarse conforme a la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de Naciones Unidas y concluye que al autorizar el despido en tales circunstancias, el Estatuto de los Trabajadores induce a una

discriminación indirecta prohibida por la Directiva 2000/78/CE. Esta decisión fue revocada por el Tribunal Superior de Justicia de Catalunya y el recurso de amparo de la trabajadora fue desestimado, considerando el Tribunal Constitucional que no se había vulnerado ningún derecho fundamental.

Ante el Tribunal de Estrasburgo, la interesada invoca, además del art. 6.1 de la CEDH, el art. 1 del Protocolo 12^a, alegando que la legislación española, en cuanto a la justificación de los despidos por ausencias reiteradas, discrimina entre un/a empleado/a reconocido/a como discapacitado/a y otro/a que padece una enfermedad crónica. El TEDH destaca que el TSJ determinó que solo la mitad de las ausencias de la demandante eran debidas a su enfermedad; no se puede considerar la existencia de ningún elemento de discriminación y además, el Tribunal realizó motivación adecuada. La demanda es inadmisibile.

4. Discriminación por razón de las convicciones

4.1. Sentencia del TJUE de 29 octubre 2020, A, C-243/19

El art. 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión europea sirvió como fondo para un caso de asistencia sanitaria transfronteriza. En Letonia, un menor con una malformación congénita necesitaba un trasplante de corazón. Practicada en este país, la operación requiere realizar una transfusión de sangre, que el padre del niño, testigo de Jehová, rechazó. El tratamiento se realizó en Polonia, sin transfusión, y el servicio nacional de salud de Letonia rechazó la solicitud de reembolso del tratamiento por no haberlo autorizado, por lo que se suscitó un litigio que terminó ante el Tribunal Supremo. Este último dirigió cuestiones al Tribunal de Justicia relativas al impacto del Reglamento 883/2004/CE (coordinación de los sistemas de seguridad social) y de la Directiva 2011/24/UE (relativa a los derechos de los pacientes a la asistencia sanitaria transfronteriza), a la luz del art. 21.1 de la CDFUE (prohibición de discriminación basada, en particular, en las creencias religiosas).

Basándose en las conclusiones del Abogado General G. Hogan, el Tribunal responde que el art. 20.1 del Reglamento 883/2004/CE no se opone a las disposiciones nacionales que solo prevén una compensación por la operación con transfusión y excluyen la de un procedimiento médico diferente realizado en el extranjero. La preocupación por garantizar la estabilidad financiera del sistema sanitario evitando costes adicionales constituye un objetivo legítimo, que justifica una discriminación indirecta ligada a las creencias religiosas de determinados pacientes.

En cambio, este razonamiento no se aplica respecto de la Directiva 2011/24/UE, que responde al principio de libre circulación y cuyo art. 7 prevé la indemnización hasta un máximo del coste del tratamiento en el Estado de afiliación. Su art. 8.5 y 6 d), que prohíbe la denegación de la autorización para el tratamiento en el extranjero salvo en estrictas condiciones, se opone a las normas que la deniegan por el solo hecho de que el tratamiento existe en el Estado de afiliación, cuando den lugar a una discriminación por razón de las creencias del paciente. No obstante, el órgano jurisdiccional remitente debe examinar si tienen el

objetivo legítimo de mantener una capacidad asistencial o una competencia médica y que tales normas permitirían alcanzar dicho objetivo legítimo de manera adecuada y necesaria.

4.2. Sentencia del TJUE de 15 julio 2021, *WABE y Müller Handels*, C-804/18 y C-341/19, acumulados

Hace cuatro años, sin acumular dos casos aunque dictando sus sentencias el mismo día (SSTJUE de 14/3/2017, *Achbita*, C-157/15, y *Bougnaoui*, C-188/15), la Gran Sala del TJUE había elegido un camino sinuoso para tratar un tema delicado: la prohibición de los signos religiosos -léase: el hiyab islámico- en el lugar de trabajo. Su razonamiento había dejado abierta la polémica existente en varios Estados miembros; además, los dos litigios que habían dado lugar al reenvío tuvieron resultados diferentes después de que cada uno de los dos tribunales, francés y belga, hubieran censurado la sentencia sometida a su consideración. En el caso del despido, El Tribunal de Apelación de Versalles reconoció la discriminación, declaró nulo el despido y concedió la indemnización correspondiente. Por su parte, el *Arbeidshof* de Gante concluyó que no hubo discriminación.

La Gran Sala volvió sobre el tema, esta vez uniendo dos casos alemanes. En un caso, una puericultora de una guardería, en el otro, una empleada de una cadena de venta minorista, denunciaron e impugnaron ante la Justicia decisiones de prohibición tomadas por sus respectivos empleadores en nombre de sus políticas de neutralidad. Ninguna de ellas había sido despedida.

En el primer caso, el *Arbeitsgericht* de Hamburgo planteó primero al TJUE la posibilidad de que, con arreglo a la Directiva 2000/78/CE, la prohibición de llevar cualquier signo que exprese convicciones daría lugar a una discriminación directa de los trabajadores (o más bien de las trabajadoras) que, en virtud de sus creencias, estiman que tienen que vestirse de cierta manera. Habiendo señalado el empleador que también había obligado a otra empleada a quitarse una cruz, el Tribunal decidió que tal prohibición general no constituía una discriminación directa.

En el segundo, el *Bundesarbeitsgericht*, se había dirigido de entrada, y exclusivamente, al Tribunal de Justicia sobre la posibilidad de discriminación indirecta contra la misma categoría de miembros del personal. Sin embargo, en este caso, el empleador limitó su prohibición solo a signos explícitos o de gran tamaño. El Tribunal destaca, por tanto, que esta política selectiva, frente a la respuesta expuesta anteriormente en el primer caso, genera una discriminación directa contra las portadoras del hiyab.

Aclarado esto, el Tribunal de Justicia trata el aspecto de la discriminación indirecta y, siguiendo las conclusiones del Abogado General A. Rantos, establece el principio de que la política de neutralidad de un empleador puede constituir una razón objetiva de justificación, sujeta a un control de las condiciones habituales de validez. En cuanto a las de la finalidad, necesidad, eficacia, el Tribunal se detiene en ciertos datos que pueden sorprender. Así, en el segundo caso, el empresario invocó la necesidad de paz social pues las muestras de convicción religiosa ya habían provocado tensiones entre la plantilla: teniendo en

cuenta las realidades de la sociedad alemana, nos gustaría saber más sobre estas tensiones, pero al Tribunal no. En el primero recuerda (STJUE de 10/7/2008, Feryn, C-54/07) que las demandas de la clientela no pueden justificar las prácticas discriminatorias de un empleador, pero afirma que no sucede lo mismo con los deseos de los padres para la educación de sus hijos. En verdad, el establecimiento en cuestión decía seguir las normas de la ciudad de Hamburgo en materia de educación, que, entre otras cosas, pretenden abrir la mente de los alumnos para descubrir otras religiones. Cabría preguntarse entonces si la desaparición de todo signo religioso contribuye realmente a tal objetivo, pero esta dimensión del debate parece un tanto abstracta si se toma en cuenta que el empleador en cuestión no es una escuela, sino una guardería.

Por último, el Tribunal de Justicia trae también a colación el riesgo de daño excesivo infligido a los miembros del personal que llevan signos por convicción, y encuentra una salida en el art. 8.1 de la Directiva: la opción que se deja a los Estados miembros de mantener o adoptar disposiciones más favorables a la igualdad de trato. Según el Tribunal, mediante su silencio, la Directiva dejó deliberadamente a los Estados miembros la tarea de conciliar la libertad de empresa y la libertad de conciencia. En otras palabras, amortiguar la colisión entre los arts. 16 y 10.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales. O de nuevo, optar (o no hacerlo) entre los conceptos de “neutralidad exclusiva” (ilustrado por los dos casos, y previamente por la Abogada General –alemana– J. Kokott en sus conclusiones sobre Achbita) y “neutralidad inclusiva” (explicado por la Abogada General –británica– E. Sharpston sobre Bougnaoui).

Además, de nuevo la dimensión, aunque evidente, del riesgo de discriminación de género no fue abordada ni en los dos procesos nacionales ni ante el Tribunal y, como en el caso C-223/19 YS (supra, regímenes profesionales de la seguridad social), se pierde otra oportunidad para abordar la interseccionalidad.

5. Discriminación más allá del marco general

5.1. Sentencia del TEDH de 13 octubre 2020, *Ádám a.o. vs. Rumanía*, dda. 8114/17

Bajo este epígrafe de discriminación más allá del marco general debe mencionarse un caso de desigualdad de trato en la educación. La legislación rumana permite que los alumnos que pertenecen a una minoría nacional sigan su curso en su lengua materna; sin embargo, el programa de bachillerato (final de la secundaria) incluye pruebas de lengua y literatura rumana y de la lengua y literatura de la minoría en cuestión. Seis estudiantes de origen húngaro se quejaron de haber suspendido a causa de la sobrecarga del plan de estudios.

En relación a un precedente similar, el organismo contra la discriminación había decidido que la diferencia de trato en comparación con los hablantes rumanos no estaba sujeta a críticas, y el Tribunal Constitucional lo había aprobado. Por lo tanto, los demandantes no habían iniciado un procedimiento ante los tribunales nacionales, por considerarlo abocado al fracaso, antes de acudir al Tribunal Europeo. Además, Rumanía ha ratificado el Protocolo Adicional 12º del CEDH (ver arriba, la sentencia *Napotnik vs. Rumanía*); por lo tanto, los de-

mandantes se basaron únicamente en el art. 1 de este Protocolo, que prohíbe en particular la discriminación basada en la pertenencia a una minoría nacional, en lugar de basarse en el art. 2 del Protocolo 1º (derecho a la educación) combinado con el 14 del CEDH, como en los casos de naturaleza similar que involucran a otros Estados miembros del Consejo de Europa.

Por mayoría, el TEDH declara admisibles las demandas. Seguidamente, tiene en cuenta, por una parte, el respeto a las minorías nacionales, de la que es una prueba la legislación en cuestión, y, por otra, la importancia que reviste para los miembros de estas minorías el dominio de la lengua principal, y considera que los esfuerzos adicionales impuestos a las personas en cuestión no fueron excesivos. Por 5 votos contra 2, concluyó que no había habido violación.

5.2. Sentencia del TEDH de 17 diciembre 2020, Novaković vs. Croacia, dda. 73544/14

Una cuestión relativa a la lengua motivó el despido de un profesor en Croacia. Pertenecía a la minoría serbia de Eslavonia Oriental, y la dirección de la escuela que lo empleaba le reprochaba no utilizar el estándar del idioma croata en sus clases. La dirección rescindió el contrato considerando, entre otras cosas, que, a los 55 años, la persona en cuestión no podía beneficiarse de un reciclaje en lengua croata. Doce años de juicio, llevado hasta el Tribunal Constitucional, no le reportaron ninguna reparación.

A petición suya, el Tribunal Europeo decidió que el caso se refiere al art. 8 del CEDH (vida privada) porque el idioma hablado naturalmente por una persona es parte de su “identidad étnica”, y su edad de su “identidad física”. El Tribunal considera que el despido no respondió a ninguna necesidad social apremiante y constituyó una medida desproporcionada en relación con el fin perseguido. No ve la utilidad de realizar un examen a la luz del art. 14, lo que es muy sorprendente ya que acaba de invocar los criterios de etnicidad y edad (que entrarían en el ámbito de la Directiva 2000/78, aunque los hechos son en gran medida anteriores a la adhesión de Croacia a la Unión el 1 de julio de 2013). Por 6 votos contra 1, el Tribunal declara una violación del art. 8; se concede al demandante 5.000 euros por daños morales. El juez discrepante, K. Wojtyczek, argumenta que el recurso al art. 8 del CEDH es excesivo, especialmente porque el caso se enmarca en el art. 1 del Protocolo 12º, ratificado por Croacia.

* * *

Desde un punto de vista científico y sobre todo práctico, vincular los dos ordenamientos jurídicos europeos (Derecho de la UE y CEDH) y las dos jurisprudencias que suscitan (TJUE y TEDH) sigue siendo ejercicio imprescindible para el progreso social y la defensa de los justiciables. En este sentido, y aunque hasta el momento solo ha sido ratificado por 20 de los 47 Estados del Consejo de Europa, incluidos 10 miembros de la Unión, el Protocolo Adicional 12º al CEDH, que garantiza la igualdad de trato en el uso de cualquier derecho reconocido por la ley, incluida la legislación nacional, ha comenzado a ejercer una influencia cuyo alcance merecerá la mayor atención.