

## 5 La aplicación de la Directiva 2000/78/CE por el Tribunal de Justicia: avances recientes en la lucha contra la discriminación\*)

The implementation of Directive 2000/78/EC by the Court of Justice: recent developments fighting against discrimination

**YOLANDA MANEIRO VÁZQUEZ**

*Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Santiago de Compostela*

**ISSN 2444-3476**

**Revista Española de Derecho del Trabajo 191**

### Sumario:

#### I. Cuestiones generales

#### II. Edad

1. La edad como requisito de acceso y salida forzosa del mercado laboral
2. La edad como elemento determinante de la remuneración del trabajador
3. La edad como elemento determinante del ascenso profesional del trabajador
4. La edad como causa de la diferencia de trato en la extinción del contrato de trabajo

#### III. Discapacidad

#### IV. Orientación sexual

#### V. Los casos pendientes planteados en las más recientes cuestiones prejudiciales

1. Discriminación por motivos de religión o convicciones
2. Discriminación por orientación sexual, edad o interacción de varios factores de discriminación

#### VI. A modo de conclusión

#### VII. Bibliografía citada

### RESUMEN:

No puede negarse la influencia, cada vez más creciente, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre la actividad de nuestros tribunales nacionales. Sin embargo, esa

### ABSTRACT:

The influence of the European Court of Justice is growing in national jurisprudence. Nonetheless, this influence is unequal about Directive 2000/78/EC. In spite of the high

influencia es muy desigual en relación con la jurisprudencia europea relativa a la Directiva 2000/78/CE. A pesar de que el Tribunal de Justicia ha dictado en los últimos años numerosas sentencias sobre la prohibición de discriminación, especialmente por causa de la edad, son muy escasas las sentencias españolas que acuden a ellas para fundamentar sus decisiones. No obstante, el planteamiento de alguna cuestión prejudicial en este ámbito por parte de juzgados españoles, así como la actualidad del tema de otras dos cuestiones pendientes de sentencia, permite predecir una mayor proyección de las sentencias del Tribunal de Justicia en nuestra jurisprudencia nacional.

**PALABRAS CLAVE:** edad - discriminación - orientación sexual - discapacidad - Directiva 2000/78/CE

number of the European Court rulings about discrimination, especially related to age, there are not very used in national rulings. However, recent references for a preliminary ruling have been issued by Spanish courts of justice in this field and the subject has an obvious actual relevance. Everything allows foreseeing a greater presence of the rulings of the European Court of Justice in Spanish case law.

**KEYWORDS:** age - disability - discrimination - sexual orientation - Directive 2000/78/EC

**Fecha recepción original:** 31 de Julio de 2016

**Fecha aceptación:** 23 de Agosto de 2016

## I. CUESTIONES GENERALES

El tratamiento de la discriminación en el ámbito de las relaciones laborales ha sido objeto, en las últimas décadas, de una creciente y constante atención por parte del Tribunal de Justicia. La discriminación por razón de nacionalidad, inicialmente la única tutelada por el derecho comunitario<sup>1)</sup>, quedó felizmente superada por la inclusión de un amplio haz de causas<sup>2)</sup>. Tras las primeras normas dedicadas a combatir el trato desigual entre mujeres y hombres, las [Directivas 2000/43/CE](#) y [2000/78/CE](#), esta última limitada al ámbito laboral, han buscado garantizar la igualdad de trato y ofrecer protección eficaz contra la discriminación por alguno de los motivos expresamente mencionados en ellas<sup>3)</sup>. Entre ellas, sin duda, destaca la edad como fuente inagotable de atención por parte del Tribunal y, consecuentemente, de los legisladores y de los tribunales nacionales, en busca de la perfecta adaptación de los ordenamientos.

La no discriminación de los trabajadores por razón de su edad no ha perdido un ápice de la gran atención que tradicionalmente ha merecido, si bien es cierto que en los últimos tiempos los Tribunales han tenido que enfrentarse a nuevas causas de discriminación<sup>4)</sup>. Se trata de la discapacidad y la orientación sexual como fuentes de discriminación en las relaciones laborales, a las que algún autor se ha referido como «causas modernas de discriminación»<sup>5)</sup> y, más recientemente, la religión o las convicciones.

Desde los inicios de la última década, las sentencias del Tribunal de Justicia, y por ende de los tribunales nacionales, han tutelado la igualdad y la no discriminación al amparo de la [Directiva 2000/78/CE](#) tanto en el ámbito privado como en el sector público. Dicha protección se ha extendido tanto al ejercicio profesional como a las condiciones de acceso, esto es, a los criterios de selección y condiciones de contratación de todas las ramas de actividad y a todos los niveles de contratación. Tampoco ha de omitirse que este principio general de no discriminación también puede llegar a ser aplicable en un litigio entre particulares, cuando la norma nacional se opone a lo dispuesto en la Directiva<sup>6)</sup>. Así pues, ni los principios de seguridad jurídica ni de confianza legítima justifican la aplicación de una legislación nacional y de una jurisprudencia contrarias al principio de igualdad y no discriminación. Al contrario, el órgano judicial nacional que conoce de un litigio entre particulares comprendido en el ámbito de aplicación de la [Directiva 2000/78/CE](#) debe dejar inaplicados, en caso necesario, los preceptos de derecho nacional que sean contrarios al principio de igualdad y no discriminación.

Con todo, tanto la [Directiva 2000/78/CE](#) como el Tribunal de Justicia han querido diferenciar la discriminación de la diferencia de trato. A tal fin, recuerdan que si bien la primera implica un trato diferente no justificado, la

segunda permite que los Estados establezcan diferencias de trato, siempre y cuando cumplan determinados requisitos para ello<sup>7)</sup>. En consecuencia, este derecho a adoptar medidas de acción positiva (art. 7 de la Directiva) o diferencias de trato por razón de las causas que la Directiva enumera, han de estar justificadas objetiva y razonablemente en el ámbito del Derecho nacional por una «finalidad legítima», entre las que se incluyen «los objetivos legítimos de las políticas de empleo, del mercado de trabajo y de la formación profesional». En todo caso, los medios para lograr dicho objetivo han de ser «adecuados y necesarios» (art. 6 de la Directiva).

En este marco, las medidas de acción positiva permiten a los Estados adoptar y justificar diferencias de trato que a primera vista pudieran parecer discriminatorias, siempre que su objetivo sea «garantizar la plena igualdad en la vida profesional» y se dirijan a «prevenir o compensar las desventajas ocasionadas por cualquiera de los motivos mencionados en el artículo 1» (art. 7 de la Directiva). El Tribunal ha querido aclarar que la ausencia de una justificación expresa de la diferencia de trato no implicará que automáticamente esta se considere como una discriminación, sino que se mirarán «otros elementos propios del contexto general» para obtenerla<sup>8)</sup>. En esta línea, el Tribunal de Justicia ha recordado reiteradamente el amplio margen de apreciación del que disponen los Estados miembros, no sólo para elegir un objetivo específico entre varios posibles en materia de política social y de empleo, sino también para definir las medidas que permitan lograrlo<sup>9)</sup>.

Es fácil advertir que el elemento de la prueba juega un papel esencial en la posible calificación de una medida como discriminatoria o no. Sin embargo, ninguna norma regula ni contiene dato alguno sobre los elementos de prueba que permiten acreditar la discriminación denunciada, o destruir la presunción de discriminación ante los indicios aportados por el denunciante. En este sentido, y en el ámbito de la empresa privada, las sentencias *Kelly* y *Meister* ofrecen algunas pistas sobre los indicios que puedan requerirse a los trabajadores que afirman haber sido víctimas de un tratamiento discriminatorio. La [sentencia de 21 de julio de 2011](#) (TJCE 1997, 199), caso *Kelly*<sup>10)</sup>, aunque dictada en el ámbito de la igualdad y no discriminación por razón de sexo, negó la existencia de un derecho del candidato a una formación profesional que consideró que no fue seleccionado por motivos discriminatorios a acceder a la información sobre las cualificaciones de los demás candidatos, con el fin de acreditar hechos que permitan presumir la existencia de discriminación. Con todo, el Tribunal matizó rápidamente su tajante decisión, para añadir que tendría que ser el tribunal nacional el que valore, caso por caso, si las circunstancias concretas pueden llegar a frustrar la finalidad de la Directiva. Y en caso afirmativo, el juez nacional valorará la conveniencia del acceso a dicha información, bajo la advertencia de respetar las reglas del Derecho de la Unión en materia de confidencialidad.

Por su parte, la [sentencia de 19 de abril de 2012](#) (TJCE 2012, 92), caso *Meister*<sup>11)</sup>, resolvió un supuesto similar, sobre el acceso a la información en un supuesto caso de discriminación en el acceso al empleo. En este caso, la candidata a un puesto de trabajo fue rechazada y solicitó la información del candidato seleccionado, para poder demostrar así que ella disfrutaba de mayor y mejor cualificación para el puesto. El Tribunal, en línea con lo afirmado en la sentencia *Kelly*, denegó la existencia de un derecho específico a acceder a la información para que sea posible acreditar «hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta». Con todo, en esta sentencia, el Tribunal fue un paso más allá que en *Kelly*, aprovechando que el empresario había denegado totalmente toda información a la trabajadora. Por ello, insistió en el efecto útil de la Directiva, imponiendo a los tribunales nacionales un deber más intenso de comprobar que la negativa de la información no frustra la realización de los objetivos perseguidos por la Directiva<sup>12)</sup>.

Cuestión distinta son los datos que debe presentar un Estado miembro para demostrar el carácter adecuado y necesario de la medida controvertida. De esta cuestión se ocupó la sentencia *Römer*<sup>13)</sup>, que analizó, en particular, si dicho Estado debe ofrecer estadísticas o datos numéricos en apoyo de sus afirmaciones. El Tribunal señaló que el [art. 6.1](#) de la Directiva 2000/78/CE impone a los Estados miembros la carga de demostrar la legitimidad del objetivo invocado a un nivel elevado de exigencia probatoria. Para ello, resulta insuficiente que el Estado alegue generalidades acerca de la idoneidad de la medida. De acuerdo con la [sentencia de 21 de julio de 2011](#) (TJCE 1997, 199), *Fuchs*<sup>14)</sup>, no basta con generalizar acerca de la idoneidad de una medida determinada para contribuir a las políticas de empleo, del mercado de trabajo o de la formación profesional. La elección puede basarse en «consideraciones de carácter económico, social, demográfico o presupuestario que incluyen datos existentes y comprobables. Pero también en previsiones que, por su propia naturaleza, pueden revelarse

inexactas y, por tanto, conllevan un grado de incertidumbre». También puede «basarse en consideraciones de carácter político, que a menudo implican una decisión entre varias opciones posibles y no permiten tampoco dar certidumbre al resultado anticipado».

En todo caso, corresponde al juez nacional apreciar, según las normas del Derecho nacional, el valor probatorio de los elementos que se le ofrecen, que pueden incluir en particular datos estadísticos. El único límite que ofrece el Tribunal es que la medida no debe resultar irrazonable en relación con el objetivo perseguido. Ahora bien, dado que son los jueces nacionales quienes deben apreciar la discriminación, para demostrar el carácter adecuado y necesario de la medida de que se trata, ésta no debe resultar irrazonable en relación con el objetivo perseguido y debe basarse en elementos cuyo valor probatorio corresponde apreciar al juez nacional.

De acuerdo con los criterios anteriores, el Tribunal ha ofrecido diferentes pautas sobre los objetivos que pueden alegarse para justificar una diferencia de trato, sin que esta pueda entenderse como discriminatoria. Entre tales justificaciones se encuentran las consideraciones presupuestarias. Estas, junto a consideraciones de carácter político, social o demográfico, permiten justificar las medidas adoptadas por los estados. Ahora bien, el Tribunal también ha aclarado al respecto que, si bien las consideraciones de carácter presupuestario pueden sustentar elecciones de política social de un Estado miembro e influir en la naturaleza o el alcance de las medidas que se propone 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/CE<sup>15</sup>).

En otras ocasiones, los Estados han tratado de justificar sus medidas en el respeto a los derechos adquiridos por sus ciudadanos de acuerdo con la legislación hasta entonces vigente, así como en la protección de la confianza legítima de los trabajadores favorecidos por el régimen anterior. Así ha sido, por ejemplo, en el asunto *Starjakob*, en el que, amparándose en los objetivos legítimos de la política de empleo y del mercado de trabajo, se pretendió justificar que, durante un período transitorio, se mantuviesen las retribuciones anteriores aunque resultasen discriminatorias por motivos de edad<sup>16</sup>. Sin embargo, el Tribunal no admitió que objetivos como estos puedan justificar una medida que mantenga definitivamente, aunque sólo sea para algunas personas, una diferencia de trato por motivos de edad, aun cuando pueda garantizar la protección de los derechos adquiridos y de la confianza legítima para los trabajadores favorecidos por el régimen anterior.

Tampoco la experiencia profesional como medida de mejora en la realización de la actividad se consideró adecuada para justificar un sistema de remuneración que, a la postre, resultaba discriminatorio. En este sentido se pronunció la sentencia *Specht*<sup>17</sup> en relación con la legislación alemana para la función pública. De acuerdo con dicha legislación, dentro de cada grado funcional, el escalón del sueldo base del funcionario quedaba determinado, en el momento de su entrada en funciones, en atención, exclusivamente, de su edad. Pese a que la norma fue posteriormente modificada para evitar la perpetuación de la discriminación salarial, lo cierto es que no se consiguió esta finalidad, pues según la nueva ley la reclasificación definitiva de los funcionarios titulares se llevó a cabo a partir del escalón atribuido a cada funcionario, el cual, originariamente, venía determinado por su edad. Esto originó que algunos funcionarios perciban una retribución inferior a otros, pese a encontrarse en situaciones comparables, exclusivamente debido a su edad.

Con todo, una vez que el objetivo en cuestión se ha considerado justificado y la medida para alcanzarlo sea adecuada y necesaria, no entorpece para considerar que dicha medida persigue el interés general el que el objetivo sea un reducido número de personas. Por ejemplo, así se admitió en la sentencia *Fuchs* con los fiscales, único cuerpo afectado dentro de los funcionarios vitalicios. A tal efecto, se tuvieron en cuenta los intereses del conjunto de los funcionarios afectados, en el marco de intervenciones relativas a la política de empleo y del mercado de trabajo. Como ejemplo de objetivos generales en la sentencia *Fuchs* se encuentran «el establecimiento de una estructura de edades favorable, la planificación de las jubilaciones, la promoción de los funcionarios, la prevención de los litigios o el ahorro presupuestario».

Por el contrario, en la misma sentencia se consideraron intereses puramente individuales, propios de la situación del empleador y por lo tanto incapaces de justificar una diferencia de trato susceptible de resultar discriminatoria, la reducción de costes o la mejora de la competitividad, con objeto de garantizar un servicio público de calidad.

## II. EDAD

Como ya se adelantó, el principio de no discriminación por razón de edad ha sido el más prolífico de todos los ámbitos sobre no discriminación e igualdad de trato enumerados en la [Directiva 2000/78/CE](#). De forma señalada desde la sentencia *Mangold*, el Tribunal ha tenido ocasión de considerar la no discriminación por razón de edad como principio general del Derecho de la Unión<sup>18)</sup> y estudiar en profundidad sus límites a lo largo de un generoso número de sentencias, algunas de las cuales han servido para matizar o corregir posteriormente las consideraciones iniciales del Tribunal.

Como es obvio, la [Directiva 2000/78/CE](#) prohíbe la discriminación por razón de edad en el ámbito del empleo y la ocupación<sup>19)</sup>, aunque sin definir ninguna edad concreta, lo que permite extender su aplicación a trabajadores de cualquier edad, jóvenes o mayores<sup>20)</sup>. Con cierta frecuencia, la edad suele aparecer especialmente vinculada a factores de discriminación indirecta<sup>21)</sup>. No obstante, permite que los Estados puedan establecer medidas que contengan una diferencia de trato entre los trabajadores por razón de su edad.

En aplicación de estas excepciones, el Tribunal de Justicia no ha dejado de pronunciarse a lo largo de estos años sobre la adecuación a la Directiva de las diferentes medidas que los Estados o los convenios colectivos han ido fijando, en relación con la edad<sup>22)</sup>. Unas veces como límite para el acceso a una determinada profesión; otras como límite para la salida forzosa de ella. Pero también la edad ha servido como elemento determinante para el cálculo salarial, o para la promoción profesional. En todos estos casos, como habrá ocasión de comprobar, los estados han justificado tales medidas en razones de política de empleo, que no siempre han sido consideradas justificadas ni necesarias por el Tribunal de Justicia.

## 1. LA EDAD COMO REQUISITO DE ACCESO Y SALIDA FORZOSA DEL MERCADO LABORAL

La fijación de una edad mínima para la contratación constituye un elemento habitual en el acceso, especialmente, al empleo público. Los tribunales han respaldado este requisito, siempre y cuando se vincule a un rendimiento físico que resulte imprescindible para el correcto desempeño de la actividad de que se trate, como puede suceder en el caso de bomberos y policías. En uno de los supuestos más remarcables, el caso *Wolf*<sup>23)</sup>, dicho objetivo no era otro que garantizar, a través de la fijación de la edad máxima de acceso a los 30 años, la posesión de una «capacidad física plena» para el «adecuado ejercicio» de la actividad de bombero profesional en Alemania<sup>24)</sup>.

Más recientemente, el Tribunal tuvo ocasión de replantearse esta afirmación en la sentencia *Vital Pérez*<sup>25)</sup>, en relación con normativa española. En concreto, se pronunció respecto del requisito solicitado por el Ayuntamiento de Oviedo, que fijó en 30 años la edad máxima para acceder a su cuerpo de Policía Local<sup>26)</sup>. En esta ocasión, el Tribunal tuvo la oportunidad de corregir la posición mantenida en la sentencia *Wolf* y consideró que dicha barrera no estaba, en este caso, justificada. En primer lugar, porque a diferencia de lo que sucedía en el caso *Wolf*, no había en España una legislación uniforme sobre esta cuestión. De este modo, era posible encontrar en España distintas legislaciones autonómicas que establecían edades diferentes como límite de acceso al cuerpo de policía, y alguna legislación incluso que no establecía ninguna barrera de edad. Además, también consideró el Tribunal que las características de plena forma física exigidas al cuerpo de bomberos, que podrían justificar la fijación de un límite de edad tan estricto en el caso *Wolf*, no concurrían, necesariamente, en el caso de la Policía Local de Oviedo<sup>27)</sup>, por su carácter de policía de proximidad. Así pues, las concretas circunstancias y requerimientos propios a los que ha de atenderse en cada supuesto impiden que pueda ofrecerse una única respuesta en materia de diferenciaciones por razón de edad en el trabajo<sup>28)</sup>.

En una mirada hacia el futuro de esta cuestión, ya centrada en nuestro país, debe destacarse una reciente cuestión prejudicial presentada por el TSJ País Vasco sobre el correcto ajuste a los [artículos 2, apartado 2, 4, apartado 1, y 6, apartado 1, letra c\)](#) de la Directiva 2000/78/CE respecto de la fijación del límite máximo de edad de 35 años como requisito para participar en la convocatoria de acceso a la plaza de agente de la policía autonómica vasca. Pendiente aún de sentencia, las conclusiones dictadas por el Abogado General en este supuesto<sup>29)</sup> consideran que se ajusta a la Directiva la fijación de dicho límite de 35 años para la selección de los agentes de la Ertzaintza «en la medida en que este límite sea estrictamente necesario para restablecer una estructura de edades que ya no suponga un riesgo para el carácter operativo y el buen funcionamiento de los servicios de dicha Policía».

Como puede comprobarse, no se trata de una cuestión menor ni ajena a nuestro ordenamiento jurídico. De

hecho, no es infrecuente encontrar criterios que limitan la edad de acceso del trabajador en las profesiones más variadas<sup>30</sup>. No obstante, y aunque se insiste en que este análisis se hace sobre las conclusiones y no sobre la sentencia final del Tribunal de Justicia, no deja de resultar llamativo que el establecimiento de la edad máxima para el acceso al cuerpo de policía de la Ertzaintza sea viable, pero no sea una medida adecuada y proporcionada en relación con el acceso a la Policía local de Oviedo. Las funciones alegadas en el marco del procedimiento parecen corresponderse a las de una «policía integral (...) requiriendo una capacidad física importante para satisfacer el conjunto de los requisitos (...) incluso durante la noche o en condiciones extremas». Es decir, no todos los puestos de trabajo en los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado pueden ser medidos por el mismo rasero.

En otras ocasiones, la edad del trabajador determina su expulsión del puesto de trabajo, normalmente de la mano de una jubilación forzosa regulada por la correspondiente ley o por el convenio colectivo aplicable. Al respecto, el Tribunal de Justicia ha remarcado el deber de prestar especial atención a la participación de los trabajadores de más edad en la vida profesional y, por ende, en la vida económica, social y cultural. Insiste en que el mantenimiento en activo de estas personas favorece la diversidad en el empleo y la calidad de vida de los trabajadores afectados. Sin embargo, también se hace preciso respetar los intereses de los propios afectados. En consecuencia, cuando las autoridades nacionales definan su política social en función de los intereses políticos, económicos, sociales, demográficos o presupuestarios, podrán optar entre prolongar la vida activa de los trabajadores o, por el contrario, prever su jubilación anticipada. Sea cual fuere la decisión, el Tribunal exige que guarde «el justo equilibrio entre los intereses en juego, procurando no exceder de lo adecuado y necesario para alcanzar el objetivo legítimo perseguido»<sup>31</sup>.

El 12 de enero de 2010, en la misma fecha en la que el Tribunal consideró acertada la fijación de una edad máxima que actuase como límite para el acceso al cuerpo de bomberos en Alemania, se dictó la sentencia *Petersen*<sup>32</sup>, en este caso sobre la edad máxima para poder ejercer como dentista concertado también en Alemania. De acuerdo con el Código de la Seguridad Social alemán, se establecía que la autorización para ejercer la actividad de dentista concertado en el marco del régimen legal del seguro de enfermedad concluía al término del trimestre en el que el dentista concertado cumpliera los 68 años de edad. Por el contrario, fuera de dicho concierto no se establecía ninguna edad máxima para que los dentistas pudieran ejercer su función. El Estado alemán aportó tres justificaciones para ello, basadas tanto en política de empleo como en el buen ejercicio profesional: la necesidad de proteger a los pacientes frente a la disminución de facultades a partir de la referida edad; el reparto de las posibilidades de empleo entre generaciones y, en fin, el equilibrio financiero del sistema sanitario alemán. En un claro ejemplo de que no todas las justificaciones ofrecidas por los Estados son válidas para el Tribunal de Justicia, este consideró que la fijación de dicho límite de edad no respeta lo dispuesto por la Directiva. En concreto, consideró que la fijación de dicha edad máxima para los dentistas concertados era una medida justificada y legítima, pero que sin embargo no resultaba adecuada para garantizar la consecución del objetivo alegado, porque no lo lograba de forma congruente y sistemática, puesto que dicho límite de edad no se aplicaba a los dentistas no concertados. Por otra parte, el objetivo de política de empleo perseguido podría alcanzarse, a juicio del Tribunal, con independencia de que los dentistas se jubilaran forzosamente con 68 años, por lo que el establecimiento de dicho límite no fue considerado adecuado ni necesario para alcanzar el objetivo perseguido<sup>33</sup>.

Ese mismo año, el Tribunal concluyó, en la [Sentencia Rosenblatt](#) *Rosenblatt* (TJCE 2010, 297)<sup>34</sup>, que las medidas de jubilación forzosa tras el cumplimiento de los 65 años de edad para el personal de limpieza en Alemania que preveía el convenio colectivo de eficacia general, resultaban apropiadas y necesarias y, en consecuencia, adecuadas a la Directiva. No deja de resultar curiosa esta sentencia por diversos motivos. En primer lugar, por admitir como justificación adecuada y necesaria elementos tan etéreos como el reparto de trabajo entre varias generaciones, el beneficio directo hacia los jóvenes permitiendo su inserción laboral en un contexto de desempleo persistente y, sin rubor alguno, el favor que con ello se les proporciona a los empresarios al evitarles el despido de trabajadores mayores por su falta de eficacia (sic) y, al tiempo, evitar esa sensación humillante para los trabajadores de más edad<sup>35</sup>. En segundo lugar, porque el propio juez nacional que presentó la cuestión prejudicial valoró negativamente la jubilación forzosa como medida adecuada y necesaria para alcanzar dichas finalidades. Como él mismo expuso, no ayuda en absoluto al relevo generacional en el sector de la limpieza, donde no se aprecia ningún incremento de trabajadores de más edad. Y además, y mucho más preocupante, puede provocar importantes pérdidas económicas para los trabajadores de dicho sector<sup>36</sup>.

Pese a todo, el Tribunal de Justicia admitió el carácter adecuado y necesario de la jubilación forzosa que, a su juicio, no supone un menoscabo «excesivo» de los intereses legítimos de los trabajadores afectados. El hecho de que su implantación en los convenios colectivos fuese producto del acuerdo entre los empresarios y los agentes sociales permitió, a juicio del Tribunal, evitar su utilización generalizada y garantizar su aplicación sólo cuando fuese necesaria, atendiendo no a la situación global del mercado, sino a las necesidades de los puestos de trabajo en que se aplica. Pero donde más insistió el Tribunal a la hora de manifestar su conformidad con la medida, fue en el control judicial al que están sometidos los convenios colectivos, que requerirá que cada uno de ellos justifique la adecuación de esta medida, cuando la incluyan, y que los afectados por ella puedan impugnarla ante los tribunales nacionales cuando consideren perjudicados sus derechos.

En el año 2012, la [sentencia Hörnfeldt Hörnfeldt](#) (TJCE 2012, 177)<sup>37)</sup> analizó un supuesto muy similar. Se trataba de un trabajador cuyo contrato se extinguió automáticamente el último día del mes en que cumplió 67 años, tal y como prescribía el Derecho sueco. Este, en efecto, permitía a los trabajadores continuar con su actividad hasta el último día del mes en el que cumplían 67 años, fecha en la que el contrato se extinguía sin que se considerase que había existido despido. De nuevo, esta situación se planteó como una discriminación por razón de edad, ya que resultaba claramente perjudicial para quien hubiera estado contratado a tiempo parcial durante buena parte de su vida, al dar lugar a una pensión de jubilación muy reducida. Y de nuevo el Tribunal aceptó esta medida como acorde a la Directiva por ser justificada, necesaria y proporcionada en orden a alcanzar los mismos objetivos de política de empleo ya señalados en la [sentencia Hörnfeldt Hörnfeldt](#) (TJCE 2012, 177)(liberar puestos de trabajo para los más jóvenes en el mercado laboral, evitar la rescisión de contratos de trabajo en condiciones humillantes para los trabajadores por su edad avanzada, permitir una adaptación de los regímenes de pensión de jubilación que se base en el principio del cómputo de ingresos percibidos durante toda la vida laboral, reducir los obstáculos para quienes desean trabajar una vez cumplidos los 65 años de edad, adaptarse a la evolución demográfica y anticiparse al riesgo de escasez de mano de obra), recalcando especialmente el derecho, que no la obligación, de trabajar hasta la edad de 67 años. También los medios empleados para alcanzar estos objetivos parecieron adecuados y necesarios al Tribunal. No obstante, en este proceso, merece la pena destacar la diferencia con el razonamiento empleado en la [sentencia Rosenblatt Rosenblatt](#) (TJCE 2012, 177), donde la adecuación a la Directiva de la jubilación forzosa se justificó en el carácter negociado y pactado de dicha cláusula, al haber sido establecida por convenio colectivo. Por ello, el carácter pactado de la norma permitía evitar su aplicación general y limitar su utilización a aquellos casos en los que resultaba necesaria, así como someter su empleo a un control judicial posterior. Sin embargo, en el caso *Hörnfeldt*, la jubilación forzosa venía establecida por ley, no por convenio colectivo, de modo que los argumentos empleados en *Rosenblatt* ya no se ajustaban al caso. Con todo, el Tribunal atendió a que la regla legal sueca concede un derecho a ejercer la actividad profesional hasta alcanzar los 67 años, que más allá de esta edad también se pueden celebrar contratos de duración determinada, que se tiene, esencialmente en cuenta la circunstancia de que el trabajador obtiene, al fin de su carrera profesional, una compensación económica mediante una renta de sustitución consistente en una pensión de jubilación y que existían pensiones complementarias para quienes obtuvieran pensiones bajas, para declarar la compatibilidad de la medida sueca con la [Directiva 2000/78/CE](#).

La jubilación forzosa en el ámbito del sector público también se trató en dos sentencias principales: la sentencia *Georgiev*<sup>38)</sup> y la sentencia *Fuchs*<sup>39)</sup>, la primera en relación con la jubilación de catedráticos en Bulgaria, y la segunda sobre la jubilación obligatoria de los fiscales. La sentencia *Georgiev* consideró adecuada la disposición nacional búlgara que prohibía celebrar contratos de duración determinada a los catedráticos de este país a partir de los 65 años de edad, y disponía su jubilación obligatoria a partir de los 68 años. En el caso de los fiscales alemanes, la jubilación se imponía obligatoriamente al cumplir los 65 años, salvo que por el interés del servicio y a solicitud del interesado, se le permitía continuar excepcionalmente hasta los 68 años. En ambas sentencias el Tribunal procedió al análisis de la jubilación forzosa como medida de política de empleo en relación con puestos limitados en la función pública en los que, dadas las restricciones presupuestarias, se restringe la posibilidad de crear nuevos puestos. Además, en ambos casos, los funcionarios eran nombrados de por vida, salvo que voluntaria y prematuramente se retirasen de sus funciones. Por ello, la jubilación forzosa se planteó, por parte de ambos Estados, como el único medio para repartir el empleo equitativamente entre ambas generaciones y facilitar el acceso de los jóvenes que, de otra forma, se verían frenados debido al nombramiento vitalicio de los funcionarios de que se trata.

En ambas sentencias, como ya había hecho previamente en la [sentencia Petersen](#) (TJCE 2005, 341), el Tribunal hubo de valorar, pues, tres objetivos de interés general que justificaban la jubilación forzosa de los funcionarios. A saber: facilitar la planificación de las jubilaciones; garantizar la promoción de los funcionarios, en particular los más jóvenes, y prevenir litigios que pudieran surgir con ocasión de las jubilaciones. Al respecto, el Tribunal consideró adecuada dicha medida para conseguir el objetivo de promover la contratación, pues no menoscababa excesivamente las expectativas legítimas de los trabajadores afectados «cuando a estas personas les es posible obtener una pensión cuyo nivel no puede considerarse inadecuado»<sup>40</sup>. Además, el Tribunal tampoco consideró que la medida fuese desproporcionada, en atención al perjuicio económico que podía causar al trabajador forzosamente jubilado, ya que este «podía obtener la liquidación de sus derechos de pensión al tiempo que permanecía en el mercado de trabajo y se beneficiaba de la protección contra la discriminación por motivos de edad», como ya había afirmado en la sentencia *Rosenbladt*. En fin, el Tribunal consideró determinante el hecho de que el derecho nacional no impidiese a las personas forzosamente jubiladas ejercer otra actividad profesional sin límite de edad. No deja de resultar curiosa esta argumentación. En especial porque se realizó poco después de haber afirmado que, a partir de los 65 años, dichos trabajadores habrán perdido tantas aptitudes para desarrollar su tarea como para merecer su retirada forzosa de la actividad que hasta entonces realizaban.

En 2012 el Tribunal se ocupó de nuevo de la jubilación forzosa en el ámbito del sector público, en un caso menos relevante por las condiciones políticas especiales de la situación enjuiciada. Se trataba en concreto de la impuesta en Hungría por el gobierno de Viktor Orban a los jueces, fiscales y notarios que hubieran alcanzado los 62 años de edad<sup>41</sup>. La justificación que a estos efectos ofreció el gobierno húngaro residía en el deseo de alcanzar un equilibrio dentro de la normativa laboral general, corrigiendo para ello una discriminación positiva que beneficiaba a esas personas. De acuerdo con este argumento, los jueces, fiscales y notarios húngaros eran los únicos que, a diferencia de los demás empleados del sector público, no sólo podían permanecer en sus funciones hasta la edad de 70 años, sino también, en numerosas ocasiones, acumulaban el salario a la pensión de jubilación a la que tenían derecho desde que alcanzaban la edad de jubilación. El Tribunal aceptó estos argumentos para admitir la diferencia de trato. Además, consideró que establecer una estructura por edades más equilibrada que facilitase el acceso de jóvenes juristas a estas profesiones constituía un objetivo legítimo de política de empleo y de mercado de trabajo. No obstante, el Tribunal no admitió el carácter necesario y proporcionado de la medida empleada. Entendió así que lo abrupto de esta impedía el cumplimiento de dichos objetivos, puesto que perjudicaba muy seriamente a quienes ocupaban dichos puestos y no producía un relevo escalonado en las profesiones jurídicas, sino que bien al contrario, podría provocar un largo bloqueo por la ausencia de progresividad en la sustitución<sup>42</sup>.

## 2. LA EDAD COMO ELEMENTO DETERMINANTE DE LA REMUNERACIÓN DEL TRABAJADOR

En numerosos supuestos, el factor de la edad ha resultado determinante de la retribución de los trabajadores, tanto en el ámbito del empleo público como en el sector privado, determinada, en ocasiones, por lo dispuesto en la ley, pero sin perder de vista el papel que juegan en ello los convenios colectivos.

La [sentencia del Tribunal de Justicia de 28 de enero de 2015](#) (TJCE 2015, 42), *Starjakob*<sup>43</sup>, se pronunció sobre la normativa nacional que, para poner fin a una discriminación por motivos de edad, computaba los períodos de servicio cubiertos antes de cumplir 18 años y al mismo tiempo prolongaba en un año el período exigible para la promoción en cada uno de los tres primeros escalones retributivos, medida aplicable sólo a los trabajadores víctimas de la discriminación y por tanto mantenía definitivamente una diferencia de trato en función de la edad. La fecha de referencia a efectos de su promoción fue establecida computando la mitad de período de aprendizaje cubierto por el Sr. Starjakob después de cumplir 18 años, mientras que el período cubierto antes de esa edad no fue computado, conforme a lo dispuesto en la legislación vigente en dicho momento.

En la sentencia *Hütter*<sup>44</sup> se cuestionó una norma austríaca que, en el ámbito del sector público, excluía la experiencia previa adquirida antes de los 18 años de edad a efectos de clasificación profesional. Con ello, la normativa nacional ofrecía un trato diferente a dos trabajadores con la misma cualificación y la misma experiencia profesional, sólo por cuestión de su edad. El Gobierno austríaco justificó esta medida en dos motivos principales: la necesidad de incentivar la formación secundaria frente a la formación profesional, y la necesidad de evitar que se encareciese la formación profesional en el sector público. Aunque el Tribunal calificó de



justificadas objetiva y razonablemente estas medidas, no las consideró ni adecuadas ni necesarias, sino contradictorias entre sí<sup>45)</sup>. Con todo, no deja de llamar la atención que el Tribunal considere adecuada, en aras a la inserción profesional de los jóvenes, una medida que entraña una menor remuneración para los trabajadores de menos de 18 años<sup>46)</sup>.

También en relación con la edad en la retribución de los empleados públicos destaca la doctrina del Tribunal contenida en la sentencia *Hennings*<sup>47)</sup>. En ella se resolvió sobre la inadecuación a la Directiva de las cláusulas de un convenio colectivo que calculaba la retribución de los trabajadores en función de la edad en la que hubieran accedido a la empresa. En concreto, dicho convenio colectivo establecía un sistema de salario único basado en criterios como los de la actividad ejercida, la experiencia profesional y el rendimiento. De nuevo recuerda el Tribunal que los objetivos que justifican la desigualdad de trato por razón de la edad pueden ser fijados tanto por la ley como por los convenios colectivos, si bien tanto una como los otros han de justificar debidamente dichas medidas. En este caso, el Tribunal de Justicia no consideró suficiente la justificación ofrecida por el gobierno alemán, que consideraba adecuado remunerar en mayor medida la experiencia del trabajador, ya que, por lo general, esta le permitía cumplir mejor sus funciones. La medida no se consideró necesaria, ya que determinar el escalón salarial del trabajador en función de su edad no supone necesariamente tener en cuenta su experiencia profesional. De acuerdo con esta regla, un trabajador de más edad recientemente contratado en la empresa tendría siempre derecho a un salario superior a otro, más joven, con bastante más tiempo de experiencia.

Por último, en la [sentencia de 9 septiembre 2015](#) (TJCE 2015, 366), caso *Unland*<sup>48)</sup>, sobre el complejo sistema de remuneración de los jueces alemanes, el Tribunal consideró que no es discriminatorio, conforme a la Directiva, el establecimiento de un sistema retributivo nacional que permitía alcanzar mejoras retributivas a un ritmo mayor a los jueces de más edad, en tanto que estos procedían de un sistema de clasificación profesional y retributivo que premiaba, indebidamente, la edad. En este sentido, la sentencia *Unland* continuó en la línea ya adelantada por la sentencia *Specht*, que obligó a reformular el sistema de cálculo de la remuneración básica, hasta entonces establecida en función de la edad a la que se había iniciado la carrera judicial. Aunque en *Unland* el Tribunal volvió a declarar que las reglas de cálculo podían suponer una discriminación por razón de edad, al establecerse el salario base en atención a la edad del nombramiento, aclaró que la conservación de derechos adquiridos puede autorizar a una norma nacional de reforma a mantener diferencias de trato basadas en la edad. Así pues, los jueces que habían alcanzado determinada edad en la fecha de referencia fijada para la transición al nuevo sistema, podrían beneficiarse de un ritmo de aumento de la remuneración más rápido que el previsto para los jueces que eran más jóvenes en la fecha de referencia fijada para la transición al nuevo sistema. Con todo, y como ya lo hizo en anteriores ocasiones, el Tribunal rechazó el derecho automático a percibir la remuneración debida de forma retroactiva.

### 3. LA EDAD COMO ELEMENTO DETERMINANTE DEL ASCENSO PROFESIONAL DEL TRABAJADOR

La [sentencia Tyrolean Airways](#) (TJCE 2012, 132)<sup>49)</sup> planteó una cuestión que no puede considerarse de menor entidad, cual es si la [Directiva 2000/78/CE](#) comienza ya a emplearse en un sentido un tanto genérico, para atacar cualquier posible trato diferente. En este supuesto, el problema residió en la existencia paralela de tres compañías aéreas. Dos de ellas (Austrian Airlines y Lauda Air) se regían por el mismo convenio. La tercera, Tyrolean Airways, era propiedad en su totalidad de Austrian Airlines, pero disfrutaba de convenio propio. Para ascender al nivel más alto en Tyrolean era necesaria una antigüedad de más de tres años en la compañía. Los demandantes conectaron esta cuestión con la edad afirmando que al no tener en cuenta la experiencia en otras compañías para el ascenso, se perjudicaba a los trabajadores de más edad. Sin embargo, el Tribunal no consiguió ver conexión alguna entre la antigüedad y la edad, como pretendían los trabajadores. Así, la antigüedad en la empresa, en este caso, resulta un criterio que no está vinculado ni indisolublemente ni indirectamente a la edad de los trabajadores. Sin perjuicio de que, en algunos casos concretos, la aplicación de este criterio pueda tener como consecuencia que los tripulantes de cabina de vuelo afectados asciendan a una edad superior que la de los que hayan adquirido una experiencia equivalente en el seno de Tyrolean Airways.

### 4. LA EDAD COMO CAUSA DE LA DIFERENCIA DE TRATO EN LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

También en el ámbito de acceso a las prestaciones de jubilación han sido frecuentes las cuestiones relativas a las

diferencias de trato por razón de edad. En este punto, ha de recordarse que el principio general de no discriminación recogido por la [Directiva 2000/78/CE](#) no es aplicable a todos los elementos que caracterizan a un régimen profesional de seguridad social, sino tan sólo a los regímenes profesionales de seguridad social que cubran las contingencias de vejez e invalidez<sup>50</sup>.

En esta línea, el Tribunal estimó adecuada una normativa nacional danesa que impedía el pago de la correspondiente indemnización por despido a los trabajadores que, en el momento en el que perdían su empleo, tenían derecho a percibir la pensión de jubilación del régimen general. En su [Sentencia de Ingeniørforeningen i Danmark](#) (TJCE 2015, 91)<sup>51</sup>, el Tribunal se apartó de resoluciones anteriores que consideraron discriminatoria esta norma para trabajadores de más edad, al impedirles que pudieran continuar prestando sus servicios más allá de la edad de jubilación y, con ello, incrementando la cuantía de su pensión de jubilación. En concreto, en el año 2010, el Tribunal se había pronunciado en este sentido en la [sentencia Ingeniørforeningen i Danmark \(Andersen\)](#) (TJCE 2015, 91)<sup>52</sup>, en un caso procedente del mismo país. En ella advirtió que, si bien dicha medida no era en sí misma manifiestamente injustificada, sí suponía un riesgo para los trabajadores que se hubieran incorporado al plan de pensiones antes de los 50 años. El motivo era que dicha norma obstaculizaba que estos pudieran continuar ejerciendo su derecho a trabajar ya que, a diferencia de otros trabajadores con la misma antigüedad en la empresa, no recibirían un apoyo económico en forma de indemnización por despido cuando se encontrasen en la fase de transición a un nuevo empleo. En consecuencia, esta medida podría obligar a estos trabajadores a aceptar una pensión de jubilación de importe inferior al que podrían haber obtenido si permanecieran activos hasta una edad mayor y, por ello, conducirles a una importante pérdida de ingresos.

No obstante, debe tenerse en cuenta que esta [Sentencia de Ingeniørforeningen i Danmark](#) (TJCE 2015, 91) se cuestionó el pago de la indemnización por el acceso a la jubilación anticipada que el empresario podía pagar al trabajador que cumpliera 60 años de edad. Sin embargo, cuando se trata de acceder a la pensión del régimen general, el Tribunal sí permite limitar la indemnización exclusivamente a los trabajadores que, en la fecha del despido, no pueden beneficiarse de una pensión de jubilación del régimen general, excluyendo de este beneficio al resto de trabajadores. Para ello, la más reciente [Sentencia de Ingeniørforeningen i Danmark](#) (TJCE 2015, 91) ofreció una doble razón en materia de política de empleo. En primer lugar, porque con esta medida se pretendía evitar que los empresarios pagasen a los trabajadores una compensación doble «que no serviría a objetivo alguno en materia de política de empleo», puesto que estadísticamente resultan ser escasos los trabajadores despedidos que, pudiendo acceder a la jubilación, deciden continuar con su actividad laboral. Se pretendía, pues, «limitar las posibilidades de abuso» consistentes en que un trabajador percibiese una indemnización dirigida a apoyarlo en la búsqueda de un nuevo empleo cuando se va a jubilar. Y, en segundo lugar, la indemnización por despido pretende proteger a los trabajadores de larga duración en la empresa, al tiempo que ayudar a la inserción profesional. Es decir, aportar una mayor protección a aquellos trabajadores para los que la transición a un nuevo empleo resultaba delicada por su antigüedad en la empresa<sup>53</sup>.

Otra de las razones que trató de justificar diferencias de trato por razón de la edad ha sido el favorecimiento de la inserción profesional de los jóvenes o la garantía de su protección. Amparados en este objetivo, los Estados han establecido condiciones especiales de acceso, empleo y condiciones de retribución y despido para los jóvenes, de las que se ha ocupado el Tribunal de Justicia en diversas sentencias.

La sentencia *Kücükdeveci*<sup>54</sup> analizó la adecuación a la directiva de la disposición del [Código civil](#) alemán que estableció que «los períodos de trabajo completados por el trabajador antes de que cumpla los 25 años de edad no se tendrán en cuenta para calcular la duración del empleo» sobre el que se calculaba el plazo de preaviso del trabajador en caso de despido. Por causa de tal disposición, la señora Kücükdeveci, a pesar de llevar más de diez años trabajando en su empresa, recibió un plazo de preaviso como si su antigüedad en ella sólo fuese de 3 años. La justificación de esta medida era clara para el gobierno alemán: los trabajadores jóvenes reaccionaban, en general, con mayor facilidad y rapidez ante la pérdida de su empleo y por ello podía exigírseles una mayor flexibilidad, a través de un plazo de preaviso más corto.

El Tribunal no puso en duda la legitimidad del objetivo perseguido, pero sí que la medida fuese adecuada para alcanzarlo. Así, recordó que dicho plazo reducido se aplicaba «a todos los trabajadores incorporados a la empresa antes de cumplir los 25 años, cualquiera que fuere su edad en el momento de despido (...) aun cuando

el interesado disponga de una gran antigüedad en ella en el momento de su despido». Por ello, consideró el Tribunal, «afecta de forma desigual a los jóvenes trabajadores, en el sentido de que incide en los que, sin formación o tras una formación breve, inician de forma temprana una actividad laboral, pero no en los que, tras una larga formación, no ejercen una profesión hasta una edad más avanzada». Es de destacar en esta sentencia que la flexibilidad laboral esgrimida por la empresa como medida de política de empleo no se considera suficiente por el Tribunal para justificar una diferencia de trato hacia los trabajadores más jóvenes<sup>55</sup>).

Una curiosa situación en relación con la exclusión de los jóvenes que trabajan en sus vacaciones del pago de una indemnización por extinción del contrato de trabajo de duración determinada fue analizada y resuelta por el Tribunal en la sentencia *O* <sup>56</sup>. Una disposición nacional francesa excluyó a los jóvenes que trabajaban durante sus vacaciones escolares o universitarias de la indemnización por precariedad temporal a la que tenían derecho los demás trabajadores cuando se les extinguía su contrato de duración determinada, y no se les ofrecía a continuación un empleo por tiempo indefinido. Para resolver esta cuestión, el Tribunal se replanteó el concepto de «trabajador» en el sentido del Derecho de la Unión. Y si bien razonó que el trabajo realizado por los jóvenes durante sus vacaciones estivales «puede ser un indicio de que las actividades ejercidas son meramente marginales y accesorias», reconoció también que la consideración global de la relación laboral no sólo exige atender al tiempo de duración del trabajo y a su retribución. También consideró otros factores, como «los posibles derechos a vacaciones pagadas, al mantenimiento del salario en caso de enfermedad, a la sujeción del contrato laboral al convenio colectivo aplicable, al pago de cotizaciones y, en su caso, a la naturaleza de estas». Sin embargo, tras esta conclusión, el Tribunal no pudo establecer una analogía objetiva entre la situación de estos trabajadores y la de aquellos a quienes sí se les reconoce el derecho a la indemnización del contrato de trabajo. Fundamentalmente porque el trabajo realizado por los jóvenes exclusivamente durante sus vacaciones «se caracteriza por su naturaleza temporal y accesorio, ya que el alumno retomará sus estudios al término de sus vacaciones». No es, pues, análoga a la situación de otros trabajadores que sí pueden encontrarse, en el momento de la extinción de su contrato de trabajo, en una situación de precariedad laboral.

Más recientemente, en la [sentencia Lesar](#) (TJCE 2016, 186)<sup>57</sup>, el Tribunal resolvió sobre la exclusión, a efectos del cálculo de la pensión de jubilación de los funcionarios austríacos, de los períodos de aprendizaje y de trabajo anteriores al cumplimiento de 18 años de edad. En concreto, la legislación austríaca excluía los períodos de aprendizaje y de trabajo cubiertos por el personal laboral menor de 18 años al servicio del Estado federal antes de ingresar en la función pública, pese a que durante los cuales ellos tuvieron que cotizar al seguro obligatorio de jubilación. Con ello, se brindaba una diferencia de trato entre las personas en función de la edad a la que hubieran adquirido su experiencia profesional, resultando desfavorecidas las que la hubieran adquirido, aunque sólo fuera parcialmente, antes de los 18 años, frente a quienes hubieran obtenido dicha experiencia en una edad posterior. El Tribunal apreció la justificación ofrecida por el Estado: garantizar la igualdad de trato de los funcionarios a través de una determinación uniforme en el contexto de su régimen de jubilación, de la edad para poder beneficiarse de él y de la edad para optar a las prestaciones de jubilación que en él se concedan.

### III. DISCAPACIDAD

Si bien la edad ha sido el eje sobre el que ha girado principalmente la jurisprudencia a propósito de la [Directiva 2000/78/CE](#), en los últimos años ha adquirido fuerza otra causa de discriminación que avanza la importancia que adquirirá en las épocas venideras. Se trata de la discapacidad como causa de discriminación de los trabajadores. Como es lógico, la determinación de su significado y de su alcance ocupó las primeras sentencias del Tribunal en la materia. Pero en la actualidad, dichas sentencias avanzan hacia la delimitación de la discapacidad. No se trata de establecer límites exclusivos, sino más bien de lo contrario: ofrecer un concepto amplio de discapacidad que permita incluir en ella situaciones como la obesidad<sup>58</sup>.

La Directiva no contiene ninguna definición de discapacidad, lo que en la práctica ha generado problemas de interpretación. La concreción y el alcance de este concepto ha correspondido al Tribunal de Justicia, a través de la solución de diferentes cuestiones prejudiciales<sup>59</sup>. Desde la [sentencias Chacón Navas, Asunto C-13/05](#) (TJCE 2006, 192) hasta la sentencia *Ring*, el concepto de discapacidad ha ido evolucionando, al equipararse a la enfermedad prolongada y la minusvalía<sup>60</sup>.

En alguna de la sentencia del Tribunal de Justicia sobre esta cuestión, la discapacidad surgió ligada a la edad

como causa de diferencia de trato. Así puede advertirse en la sentencia *Odar* <sup>61)</sup>, que consideró un supuesto de discriminación indirecta el sistema de cálculo de la indemnización correspondiente a los trabajadores mayores de 54 años que eran despedidos por causas económicas. Dicho importe se calculaba en atención a la fecha más temprana posible de jubilación, en lugar de atender a la antigüedad del trabajador en la empresa, como preveía el método de cálculo general. De este modo, la indemnización abonada a los trabajadores que padecían una grave discapacidad (que podrían jubilarse a los 60 años) era inferior a la indemnización que resultaba de aplicar ese método general (jubilación a los 63 años), aunque era al menos igual a la mitad de esta última, y que tomaba en consideración, cuando se aplicaba ese otro método de cálculo, la posibilidad de obtener una pensión de jubilación anticipada por razón de una discapacidad.

Un año más tarde, la [sentencia de 11 de abril de 2013](#) (TJCE 2013, 122), *HK Danmark (Ring)* <sup>62)</sup> estableció cómo debe ser interpretado el concepto de «discapacidad» a que se refiere la [Directiva 2000/78/CE](#), recurriendo a la Convención de las Naciones Unidas sobre la materia <sup>63)</sup>, «en el sentido de que comprende una condición causada por una enfermedad diagnosticada médicamente como curable o incurable, cuando esta enfermedad acarrea una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores, y si esta limitación es de larga duración». En consecuencia, *HK Danmark* vino a determinar que la naturaleza de las medidas que el empleador debe adoptar no es determinante para considerar que una persona padezca discapacidad. Por ello, «el [artículo 5](#) de la Directiva 2000/78/CE debe interpretarse en el sentido de que la reducción del tiempo de trabajo puede constituir una de las medidas de ajuste a que se refiere dicho artículo. Corresponde al juez nacional apreciar si, en las circunstancias de los asuntos principales, la reducción del tiempo de trabajo como medida de ajuste supone una carga excesiva para el empleador».

Las sentencias más recientes, como ya se ha indicado, giraron en torno a las nuevas circunstancias determinantes de discapacidad en el ámbito laboral. El Derecho de la Unión no consagra, como tal, un principio general de no discriminación por razón de obesidad en el ámbito del empleo y de la ocupación. En concreto, los [artículos 10](#) y [19](#) del TFUE carecen de cualquier referencia al respecto. Tampoco la [Directiva 2000/78/CE](#), en calidad de derecho derivado, reconoce un principio de no discriminación por razón de obesidad. Esto impidió que el Tribunal de Justicia pudiese ampliar el ámbito de la Directiva y se haya visto obligado a considerar que las causas por las que se prohíbe la discriminación son tasadas y no permiten una interpretación extensiva de su artículo 1 <sup>64)</sup>. Por el mismo motivo, tampoco las disposiciones de la [Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea](#) pueden aplicarse a otros supuestos distintos de los expresamente reconocidos en ella <sup>65)</sup>.

Ahora bien, ello no impidió que el Tribunal extendiese la protección derivada del principio de no discriminación a causas como la obesidad. Esto fue posible a partir de la consideración de dicha obesidad como una causa de discapacidad del trabajador que la sufre. De este modo, la [sentencia de 18 de diciembre de 2014](#) (TJCE 2014, 367) <sup>66)</sup>, *FOA (Kaltoft)*, amparó al trabajador obeso que había sido despedido de la guardería infantil danesa en la que trabajaba debido a su sobrepeso. El supuesto de hecho resuelto por dicha sentencia obligó a plantearse al Tribunal si la obesidad de un trabajador puede llegar a ser considerada como causa de discapacidad de este y, de ser así, en qué motivos y bajo qué circunstancias surge la protección que debe ofrecer la [Directiva 2000/78/CE](#). Hasta entonces, el concepto de discapacidad aparecía ligado a la enfermedad de un trabajador. En concreto, a efectos de la Directiva, el Tribunal entendió que la discapacidad se refiere «a una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas, a largo plazo, que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores» <sup>67)</sup>.

En la referida sentencia *FOA (Kaltoft)*, el Tribunal ofreció relevantes criterios en orden a la interpretación de la naturaleza y del alcance de la discapacidad como causa de discriminación. Entre ellos, cabe destacar los siguientes: a) La noción de discapacidad es aplicable no sólo a quienes por causa de dicha limitación se ven completamente imposibilitados para el ejercicio de una actividad profesional, sino también a quienes sufren una dificultad para dicho ejercicio y, por ello, sufren restricciones para acceder a un empleo o para ejercerlo <sup>68)</sup>. b) La discapacidad, como causa de discriminación protegida por la [Directiva 2000/78/CE](#), es independiente del comportamiento de quien la sufre. Así pues, merece la protección ofrecida por la Directiva a la persona que, aun con su conducta o comportamiento, haya podido contribuir, agravar, o incluso causar, la discapacidad que

sufre. c) La [Directiva 2000/78/CE](#) protege cualquier discapacidad, con independencia de las causas que la motiven. Es por ello que, como sucedió en este caso, la obesidad no se considera, en sí misma, una causa de discapacidad a efectos de la Directiva; pero si los efectos que produce sobre el trabajador dan lugar a una discapacidad<sup>69</sup>, la obesidad, como causante de una discapacidad, merece la protección de aquella<sup>70</sup>.

En nuestra jurisprudencia española, la incidencia de la discriminación por discapacidad en la relación de trabajo suele estar centrada en el ámbito de la extinción del contrato de trabajo. El Tribunal Supremo ha tenido ocasión de unificar doctrina en diversas ocasiones sobre el carácter improcedente, pero no nulo, de la extinción del contrato de trabajo basada en la enfermedad del trabajador. En todas estas sentencias, el Tribunal Supremo quiso diferenciar entre la «discapacidad», como factor discriminatorio, y la «enfermedad», para «excluir la equiparación pura y simple de ambos conceptos»<sup>71</sup>. Para fundamentar su posición, el Tribunal Supremo insistió en que la Directiva empleó el término «discapacidad» precisamente con ánimo de diferenciarlo de la enfermedad, y citó reiteradamente la [sentencias Chacón Navas, Asunto C-13/05](#) (TJCE 2006, 192), para afianzar la exclusión de la enfermedad como motivo que venga a añadirse a los protegidos por la Directiva. Esta carece de cualquier indicación que proteja a los trabajadores de un trato discriminatorio por motivos de discapacidad en cuanto aparezca cualquier enfermedad<sup>72</sup>. Así pues, el Tribunal Supremo se ha negado a considerar la enfermedad del trabajador como un elemento de segregación basado en la mera existencia de la enfermedad, o en la estigmatización como persona enferma de quien la padece.

En sus últimas sentencias al respecto, el Tribunal Supremo ha acudido también a la doctrina de la mencionada sentencia [HK Danmark \(Ring\)](#) (TJCE 2013, 122) para reforzar su tradicional posición. Tras un análisis de las [sentencias Chacón Navas, Asunto C-13/05](#) (TJCE 2006, 192) y [HK Danmark \(Ring\)](#) (TJCE 2013, 122), la [STS de 3 de mayo de 2016](#) (RJ 2016, 2152) denegó la protección por discapacidad a un trabajador despedido tras permanecer menos de un mes (en concreto, diez días) de baja. Pese a que la empresa alegó el bajo rendimiento del trabajador como causa ficticia de despido y pese a que la Sala reconoció que la causa real fue la enfermedad del trabajador, no apreció la existencia de discriminación porque la corta duración de la enfermedad impidió que constituyese un elemento de segregación o de estigmatización de la persona enferma. En otras palabras, los escasos días de enfermedad impidieron, en opinión de la Sala, cualquier limitación al trabajador, derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, pudieran impedir su participación en la vida profesional en igualdad de condiciones que los demás trabajadores.

Sin embargo, a pesar de la reiterada unificación de doctrina en esta materia, la situación está lejos de una solución pacífica. Muestra de ello es la reciente cuestión prejudicial planteada al Tribunal de Justicia por el Juzgado de lo Social nº. 33 de Barcelona. Si bien aún no ha recaído sentencia sobre ella, sí se conocen las conclusiones elaboradas por el Abogado General Bot en el asunto C-395/15 (*Daouidi*). Preguntado el Tribunal sobre el posible carácter discriminatorio de los despidos por causa de accidente laboral<sup>73</sup>. De acuerdo con el concepto extenso de discapacidad empleado hasta el momento por el Tribunal de Justicia, el Abogado General mostró su escepticismo a la hora de entender que la dislocación de codo que dio lugar al litigio original pudiera tener el carácter duradero que se considera esencial para aplicar el concepto de discriminación. En palabras del Abogado Bot, podría haber sido considerada como discapacidad dicha lesión si «es de larga duración y persist[er] más allá del tiempo medio necesario para curar una herida como la que sufre». Con todo, aclaró, esta cuestión habrá de ser valorada por el Juez nacional de acuerdo con los criterios que él mismo ofrece en sus Conclusiones. Será el Tribunal de Justicia en su futura sentencia el que finalmente dé respuesta a una cuestión tan relevante como la valoración del despido durante la incapacidad temporal como una posible situación de discriminación.

No es la primera vez que el Juzgado de lo Social de Barcelona se cuestiona sobre estas circunstancias. Ya en su sentencia del 24 de abril de 2014<sup>74</sup>, se declaró la nulidad del despido de la trabajadora de un geriátrico tras una baja laboral y posterior diagnóstico de enfermedad crónica y de su carácter «especialmente sensible», aunque no tenía todavía la condición de discapacidad. El Juzgado de lo Social declaró la nulidad de dicho despido en tanto resultaba discriminatorio al traer su verdadera causa en «su enfermedad crónica, que se integra en el concepto de discapacidad al que se ha hecho referencia»<sup>75</sup>. En consecuencia, se aplicó una interpretación factual de la discapacidad, no condicionada por el reconocimiento jurídico de esta: «En nada afecta a ello el que la resolución del ICASS que declara la discapacidad se hubiere dictado con posterioridad al despido y no se hubiere entregado documentación con carácter previo, pues el despido se origina por la propia constatación de la empleadora de la enfermedad crónica a través de los datos del servicio de vigilancia de la salud y la

discapacidad que provoca».

Por último, es preciso dar noticia de la muy reciente cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social, nº 1 de Cuenca, al que se le ha atribuido el número de Asunto C-270/16<sup>76)</sup>. La pregunta que el Juzgado formula al Tribunal de Justicia se plantea la adecuación a la Directiva del art. 52 del Estatuto de los Trabajadores, en tanto que permite extinguir el contrato por un determinado número de faltas de asistencia a un trabajador, aun cuando dichas faltas pueden estar justificadas por una situación de discapacidad. En el caso de que la respuesta a esta última cuestión prejudicial sea la inadecuación de la norma nacional es posible pronosticar la gran repercusión de esta sentencia del Tribunal de Justicia sobre nuestro ordenamiento jurídico.

#### IV. ORIENTACIÓN SEXUAL

La discriminación por orientación sexual es otra de las causas de discriminación apenas tratadas hasta hace escasos años, pero que en la actualidad ocupan una parte destacada de la actividad del Tribunal. A través de esta serie de pronunciamientos, el Tribunal está jugando un papel destacado en la equiparación de los derechos de las parejas formadas por personas del mismo sexo<sup>77)</sup>.

El [10 de mayo de 2011, la sentencia](#) (TJCE 2011, 125) *Römer*<sup>78)</sup> estudió el caso de la denegación de una pensión complementaria de jubilación a un ciudadano alemán por el hecho de no estar casado. En su condición de homosexual, se había inscrito como pareja estable conforme a la legislación alemana, que no reconocía el derecho al matrimonio a personas del mismo sexo. En su resolución, el Tribunal, tras admitir que una pensión complementaria quedaba incluida dentro del ámbito de la Directiva al tener naturaleza de retribución, recordó los razonamientos ya realizados en el [caso Maruko](#) (TJCE 2008, 64)<sup>79)</sup> de 2008. De este modo, concluyó que el Sr. Römer sufrió una discriminación directa por motivos de orientación sexual. El motivo no fue otro que en el Derecho alemán, 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.

Al año siguiente, en 2012, la sentencia *Hay*<sup>80)</sup> planteó esta misma cuestión sobre discriminación por orientación sexual. Sin embargo, a diferencia del [caso Römer](#) (TJCE 2011, 125), en *Hay* la vulneración del contenido de la [Directiva 2000/78/CE](#) procedía de un convenio colectivo<sup>81)</sup>. Este preveía diferentes consecuencias jurídicas para quienes hubieran contraído matrimonio, restringido entonces a las parejas de distinto sexo, y para quienes hubieran llevado a cabo un pacto civil de solidaridad, permitido a parejas del mismo sexo. En concreto, el convenio colectivo reservaba el disfrute de un permiso especial retribuido y una prima salarial exclusivamente a los trabajadores con ocasión de su matrimonio, y se los denegaba a los segundos<sup>82)</sup>. El Tribunal no se cuestionó en modo alguno que el caso entraba de lleno en el ámbito de aplicación de la Directiva, al referirse a condiciones de remuneración y, por lo tanto, de empleo y de trabajo incluidas en su ámbito<sup>83)</sup>.

Aunque la cuestión prejudicial planteada cuestionaba si la diferencia establecida en el convenio colectivo constituía una discriminación indirecta por orientación sexual, el Tribunal fue más allá y calificó esta situación de discriminación directa hacia estos trabajadores por su orientación sexual<sup>84)</sup>. No se trataba de una discriminación indirecta, lo que impidió desde el primer momento que se analizase cualquier finalidad legítima que pudiera justificar la diferencia de trato. Así, conforme a la sentencia *Hay*: «aunque una diferencia de trato no se base expresamente en la orientación sexual de los trabajadores, sino en la situación matrimonial de éstos, seguirá constituyendo una discriminación directa, habida cuenta de que, al estar reservado el matrimonio a las personas de distinto sexo, los trabajadores homosexuales se verán en la imposibilidad de cumplir el requisito necesario para obtener la ventaja reclamada». En consecuencia, lo relevante no era que las parejas heterosexuales pudieran celebrar también un pacto civil de solidaridad, sino que los homosexuales no podían contraer matrimonio.

El año siguiente, en el [caso ACCEPT](#) (TJCE 2013, 190)<sup>85)</sup>, el Tribunal resolvió un supuesto de discriminación por razón de sexo en materia de contratación de personal y, por lo tanto, de acceso al empleo. Particularmente, en este caso, la discriminación directa vino de la mano de un sujeto vinculado a la empresa, pero que no se trataba propiamente del responsable de la contratación<sup>86)</sup>: el directivo de un club de fútbol rumano, que hizo unas encendidas declaraciones afirmando que jamás contrataría a un jugador homosexual. Esta sentencia permitió comprender que la discriminación incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva no se limita al

ámbito de una posible relación laboral. Ello porque, en este caso, el sujeto que emitió tales declaraciones no era el empresario, ni su representante legal, ni tampoco un encargado de la contratación de personal. Pero esas circunstancias no fueron suficientes, a juicio del tribunal, para inaplicar la Directiva. Bien al contrario, este subrayó la naturaleza económica de la actividad deportiva lo que, en este caso, permitía su inclusión en el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78/CE.

Además, el Tribunal también realizó una importante matización en el ámbito de la responsabilidad de quien realiza este tipo de declaraciones. En sí mismas, estas constituyen una presunción de la práctica de discriminación en la política de contratación del personal. Y ello aunque quien las realice no tenga directamente encomendadas las tareas de contratación, si el empresario no se distancia de dichas declaraciones.

## V. LOS CASOS PENDIENTES PLANTEADOS EN LAS MÁS RECIENTES CUESTIONES PREJUDICIALES

Con la cautela con la que han de tomarse las conclusiones de los Abogados Generales a falta de sentencia, resultan remarcables, por la novedad de algunas cuestiones que tratan, las recientes conclusiones presentadas en los siguientes casos: *Achbita*, el 31 de mayo de 2016<sup>87</sup>; *Parris*, el 30 de junio de 2016<sup>88</sup> y *Bouagnaoui*, el 13 de julio de 2016<sup>89</sup>.

Con estas cuestiones, el Tribunal da un paso más allá de las tradicionales materias relativas, especialmente, a la edad, y se adentra en el análisis de otras causas de discriminación también prohibidas por la siempre actual [Directiva 2000/78/CE](#). En concreto, se profundiza en el estudio de las discriminaciones relativas a la orientación sexual, e irrumpe con fuerza la discriminación por convicciones religiosas, materializada en la prohibición del uso del velo islámico en el lugar de trabajo, que por primera vez será tratada por el Tribunal, que por añadidura habrá de hacerlo resolviendo nada menos que dos cuestiones prejudiciales planteadas casi simultáneamente.

### 1. DISCRIMINACIÓN POR MOTIVOS DE RELIGIÓN O CONVICCIONES

El caso *Achbita* y el caso *Bouagnaoui* abordan la posible discriminación por motivos de religión o convicciones debida a la prohibición empresarial a una trabajadora musulmana de vestir el velo durante su prestación laboral. Como se ha indicado, son nada menos que dos las cuestiones prejudiciales presentadas al respecto. Si bien hasta el momento el Tribunal no ha dictado sentencia sobre ninguna de ellas, no dejan de resultar relevantes las dos conclusiones presentadas por las Abogadas Generales Kokott y Sharpston, en relación, respectivamente, con los casos *Achbita* y *Bouagnaoui*. Mientras la primera concluye que la prohibición de vestir el velo islámico no ha de considerarse discriminatoria, la segunda llega a la conclusión contraria. Como bien indica la Abogada General Kokott, es la primera vez en la que el Tribunal tiene que ofrecer «una resolución de principios que, más allá de los procedimientos principales concretos, sirva de orientación para el mundo laboral de toda la Unión Europea» respecto de una cuestión tan conflictiva socialmente<sup>90</sup>.

Ambos casos presentan similitudes sustanciales, pues se afronta hasta qué punto dos empresas privadas pueden acogerse al principio de neutralidad religiosa, política y filosófica como política empresarial, para prohibir a sus trabajadores determinadas vestimentas o símbolos religiosos externos durante la jornada laboral.

En el caso *Achbita*, la Abogada General descarta la discriminación directa por tratarse de una «política de empresa de carácter general y uniforme de neutralidad religiosa y de convicciones»<sup>91</sup>. Pero también descarta una posible discriminación indirecta, al no dar lugar dicha política de empresa a un trato peyorativo hacia ningún trabajador vinculado a una religión concreta. Por el contrario, en el caso *Bouagnaoui*, la Abogada General Sharpston considera que existe una discriminación directa por motivos religiosos o convicciones tras dicha política empresarial. Pero también admite que dicha conducta constituye una discriminación indirecta, al no ser proporcionada dicha prohibición empresarial en relación con el interés empresarial que se pretende alcanzar.

Queda, pues, abierta la puerta a la interesantísima solución que pueda ofrecer el Tribunal de Justicia en las correspondientes sentencias que resuelvan ambos casos y su carácter trascendental en relación con los problemas actuales que se pueden plantear en relación con la Directiva.

## 2. DISCRIMINACIÓN POR ORIENTACIÓN SEXUAL, EDAD O INTERACCIÓN DE VARIOS FACTORES DE DISCRIMINACIÓN

Las conclusiones que la Abogada General Kokott ha ofrecido sobre el caso *Parris*, aun pendiente de sentencia, permiten atisbar una posible visión del Tribunal sobre la discriminación por razón de orientación sexual. Como ya se ha dicho, no es la primera vez que el Tribunal se ocupa de esta causa de discriminación, pues ya lo hicieron previamente las sentencias [Maruko](#) (TJCE 2008, 64)<sup>92</sup> y [Römer](#) (TJCE 2011, 125)<sup>93</sup>. En este caso no se trata de aclarar si las parejas del mismo sexo deben equipararse a los viudos y viudas del matrimonio tradicional, sino si es discriminatorio exigir para el cobro de un seguro que el trabajador interesado hubiera contraído matrimonio o registrado su unión civil antes de cumplir 60 años de edad, aunque, de acuerdo con la legislación, resultase imposible cumplir dicho requisito. La novedad principal que presenta *Parris* reside en la combinación de dos factores de discriminación: la edad y la orientación sexual. Se trata, pues, de un supuesto de pluridiscriminación, que busca atender a la tutela objetiva de los derechos lesionados, y no a su tutela subjetiva como sucedió en la [Sentencia Coleman](#) (TJCE 2008, 176).

El supuesto de hecho que dio lugar a este conflicto tiene la particularidad de venir motivado por un plan de previsión profesional al que estaba afiliado el Sr. Parris. Así pues, la discriminación en este caso, a diferencia de otros anteriores, no viene provocada por ninguna norma legal. Dicho plan de previsión social deniega a su pareja el derecho a una pensión de supervivencia, debido a que celebró su enlace demasiado tarde, cuando el Sr. Parris ya había cumplido los 60 años de edad. Sin embargo, ha de tenerse en cuenta que la legislación irlandesa prohibía contraer matrimonio o registrarse como pareja de hecho con otra persona del mismo sexo en Irlanda hasta hace escasos años. Dicha prohibición constituía, en palabras de la Abogada General, un «obstáculo insuperable» para un amplio sector de la población en Irlanda. Por lo tanto, cuando al Sr. Parris se le permitió casarse con su pareja, ya había cumplido los 60 años de edad.

En sus Conclusiones, la Abogada General descarta que dicha norma contenga una discriminación directa por causa de orientación sexual, ya que no se refiere directamente a la orientación sexual del trabajador y afecta por igual a parejas homosexuales y heterosexuales. Pero sí contiene una discriminación directa por razón de edad, pues mientras que para las parejas heterosexuales resultaba opcional casarse antes o después de cumplir 60 años, los homosexuales tenían vedada la posibilidad de contraer matrimonio antes de dicha edad y, por ello, les resultaba imposible asegurar a sus parejas una pensión de supervivencia con cargo al plan de pensiones profesional. Además, añade, se trata de una medida que contiene una desventaja no sólo por cuestión de edad o no sólo por orientación sexual, sino también por la combinación de ambos motivos.

Y esta es la verdadera novedad de esta cuestión prejudicial, al tratarse del primer supuesto en el que la [Directiva 2000/78/CE](#) ha de ponerse en relación con la interacción de diferentes motivos de diferencia de trato, cuestión que no está expresamente contemplada en ella. Pero la ausencia de tratamiento directo de esta cuestión no impide que la Directiva sea igualmente aplicable al caso, permitiendo un examen de la proporcionalidad de la medida y de su adecuación. Como resultado de ello, al menos en opinión de la Abogada General y a la espera de la sentencia, resulta que dicha normativa contiene una discriminación directa por razón de edad, así como una discriminación indirecta por razón de la orientación sexual.

## VI. A MODO DE CONCLUSIÓN

A pesar de la innegable repercusión de la normativa comunitaria en la legislación y la jurisprudencia española, no cabe realizar la misma afirmación respecto de la jurisprudencia comunitaria. Como mínimo, dicha repercusión puede calificarse de desigual. La aplicación de la jurisprudencia comunitaria sobre la [Directiva 2000/78/CE](#) por parte de los tribunales nacionales en los últimos años se restringe, básicamente, a la no discriminación por razón de discapacidad y no ha supuesto cambio alguno en la doctrina ya unificada por el Tribunal Supremo.

Con todo, el planteamiento de recientes cuestiones prejudiciales por parte de tribunales españoles en relación con la limitación de la edad de acceso al cuerpo de policía autonómica vasca, permite augurar una segura proyección nacional de la jurisprudencia europea.

Además, aunque no procedan de tribunales españoles, las cuestiones prejudiciales pendientes sobre no



discriminación por creencias religiosas, dada la actualidad de la materia y las contradictorias conclusiones realizadas por las Abogadas Generales, avanzan dos importantes sentencias del Tribunal de Justicia a las que, con seguridad, habrán recurrir los tribunales nacionales en un futuro no demasiado lejano.

## VII. BIBLIOGRAFÍA CITADA

BALLESTER PASTOR, M.A. ( *Evolución del principio antidiscriminatorio comunitario: un análisis crítico preliminar* , en BALLESTER PASTOR (coord.) *La transposición del principio antidiscriminatorio comunitario al ordenamiento laboral español*, Tirant lo Blanch, (Valencia, 2010).

BELAVUSAU, U. ( *On Age Discrimination and Beating Dead Dogs: Commission v. Hungary* , *Common Market Law Review*, 50, 4, 2013.

CABEZA PEREIRO, J. ( *Justificaciones proporcionadas de la discriminación por edad* , en BALLESTER PASTOR, M.A. (coord.), *La transposición del principio antidiscriminatorio comunitario al ordenamiento laboral español*, Tirant lo Blanch, (Valencia, 2010).

CARRIZOSA PRIETO, E., *La concreción de los indicios de discriminación en la Jurisprudencia comunitaria* , *Revista Doctrinal Aranzadi Social* n.º 7/2012.

COELHO MOREIRA, T., *Igualdade e Não Discriminação. Estudos de Direito do Trabalho* , Almedina, Coimbra, 2013.

FERNÁNDEZ DOCAMPO, M.B., [La salud del trabajador como causa de discriminación](#) , *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 162, 2014.

FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, O. ( *A propósito de la [STJUE de 13 de noviembre de 2014](#) (TJCE 2014, 344) (Vital Pérez), que declara contrario al ordenamiento comunitario el tope de edad de 30 años exigido para el ingreso en un Cuerpo de Policía Local (1)* , *La Ley Unión Europea*, n.º 24, Marzo 2015, LA LEY 2521/2015.

—( *Igualdad de trato y protección de trabajadores minusválidos* ([Directiva 2000/78/CE](#)) , en García Murcia, J. (dir.), *La transposición del Derecho social comunitario al ordenamiento español*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (Madrid, 2005).

GOÑI SEÍN, J. y RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B., *Adaptación y reubicación laboral de trabajadores con limitaciones psicofísicas*, Aranzadi (Cizur Menor, 2016).

MENÉNDEZ SEBASTIAN, P. ( *El efecto directo horizontal de la [Directiva 2000/78/CE](#)([STJUE de 14 de abril de 2016](#) (TJCE 2016, 141), asunto C-441/2014: DI —Ajos A/S— vs Sucesores de Karsten Eigil Rasmussen)* , *La Ley Unión Europea*, N.º 38, Año IV, 30 de Junio de 2016, Editorial LA LEY.

MIRANDA BOTO, J.M., *Contrato de trabajo y edad del trabajador en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea: Una tendencia pujante* , en BORRAJO DACRUZ, E. (dir.), *Controversias vivas del nuevo Derecho del trabajo*, La Ley-Wolters Kluwer (Madrid, 2015).

PELAYO OLMEDO, J.D., *Aclaraciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el principio de discriminación: la obesidad como posible causa de discapacidad. A propósito de la sentencia Karsten Kaltoft vs. Billund Kommune* , *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 37, 2015.

SEMPERE NAVARRO, A.V., *La edad para trabajar (al hilo del caso de la Policía Local de Oviedo)* , *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 897/2015.

TELLO PINTO, Y. H., *La discriminación por orientación sexual y el convenio colectivo- análisis del caso Frederic Hay (comentario a la [Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de diciembre de 2013](#) (TJCE 2013, 385))* , *Revista de Información Laboral* núm. 5/2014.

1

En 1951, a través del [Tratado de la CECA](#), se introdujo, por primera vez, la prohibición de la discriminación por razón de la nacionalidad. Posteriormente, el [art. 119 TCEE](#) contempló el abundantemente tratado principio de no discriminación por razón de sexo. El Tratado de Ámsterdam estableció, como uno de los principios básicos de la política de la Unión Europea, el de no discriminación e igualdad de oportunidades (por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual), así como también reforzó el fomento de la igualdad entre hombres y mujeres.

2

Fue el [art. 13 TCE](#), introducido en Ámsterdam como [artículo 6 TCE](#), el que contempló la prohibición de discriminación por una serie más extensa de causas, aunque limitando su ámbito de actuación a los límites de la competencia comunitaria. Dicho artículo sirvió como base a la elaboración de dos importantes directivas: la [Directivas 2000/43/CE](#), del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre las personas con independencia de su origen racial o étnico. Y la [Directiva 2000/78/CE](#), del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

3

Como señala BALLESTER PASTOR, M.A. (*Evolución del principio antidiscriminatorio comunitario: un análisis crítico preliminar*, en BALLESTER PASTOR (COORD.) La transposición del principio antidiscriminatorio comunitario al ordenamiento laboral español, Tirant lo Blanch, (Valencia, 2010), p. 19), no existe un principio general comunitario de igualdad de trato, sino que se reconocen tan solo «específicas causas de discriminación prohibidas, con específicos regímenes jurídicos y específicas excepciones».

4

Conocida es la identificación realizada por BALLESTER PASTOR, M.A. (op. cit., p. 34) de varios niveles de protección con los que se configuran las causas de discriminación en la [Directiva 2000/78/CE](#), en atención a las excepciones que se configuran para cada una de ellas. Así, el grado más alto viene constituido por la prohibición de discriminación por orientación sexual, para la que apenas se prevén excepciones. Por debajo se situarían la no discriminación por religión y convicciones y por discapacidad y, en último lugar, por el gran número de excepciones previstas, la prohibición de discriminación por edad.

5

En este sentido, véase MIRANDA BOTO, J.M., *Contrato de trabajo y edad del trabajador en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea: Una tendencia pujante*, en BORRAJO DACRUZ, E. (dir.), *Controversias vivas del nuevo Derecho del trabajo*, La Ley-Wolters Kluwer (Madrid, 2015), p. 637.

6

En palabras de MENÉNDEZ SEBASTIAN, P. (*El efecto directo horizontal de la [Directiva 2000/78/CE](#) (STJUE de 14 de abril de 2016, asunto C-441/2014) (TJCE 2016, 141): DI —Ajos A/S— vs Sucesores de Karsten Eigil Rasmussen*), La Ley Unión Europea, N.º 38, Año IV, 30 de junio de 2016, Editorial LA LEY): «En todo caso, y sin perjuicio de las críticas que merezca, lo que no admite dudas es que con esta sentencia se apuntalan definitivamente varios aspectos claves de la jurisprudencia comunitaria, a saber: 1) que el principio de no discriminación por razón de edad tiene anclaje normativo a nivel comunitario con alcance general en el [art. 21](#) de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, con fuerza de Derecho originario, y con alcance específico en el ámbito laboral en la [Directiva 2000/78/CE](#); 2) que de ellos se deriva un derecho subjetivo invocable por los particulares, incluso en sus pleitos con otros privados; 3) que tomando como punto de partida este derecho el juez estatal tiene que interpretar la legislación nacional de conformidad con tal principio/derecho; 4) que si la interpretación conforme no resulta posible el juez tiene la obligación de inaplicar la norma nacional; 5) que la primacía en estos términos del Derecho comunitario no puede contrarrestarse, para evitar el desplazamiento de la norma nacional, por el juego de la seguridad jurídica o de la confianza legítima; y 6) que tampoco es posible ponderar la posible obtención de una reparación a costa del Estado incumplidor para mermar las consecuencias jurídicas que pueda generar la inaplicación de la norma estatal».

7

Con todo, BALLESTER PASTOR, M.A. (op. cit., p. 29) ha criticado la labor del Tribunal de Justicia en el ámbito de este principio de no discriminación por razón de edad, ya que en lugar de utilizar los criterios interpretativos clásicos para delimitar el contenido de este principio, «meramente trata de identificar si el supuesto concreto que se plantea encuentra acomodo en alguna de las manifestaciones o excepciones formuladas en el texto» de la Directiva. El modo y la intensidad con la que se configuran dichas excepciones es el reflejo de «una jerarquía en el nivel de protección otorgado por el ordenamiento y la jurisprudencia comunitarios».

8

Sirva como ejemplo de ello la [sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de noviembre de 2014](#) (TJCE 2014, 344), *Mario Vital Pérez contra Ayuntamiento de Oviedo*, Asunto C-416/13 (ECLI:EU:C:2014:2371), donde la limitación de la edad para el acceso al empleo se justificaba en el «carácter operativo y buen funcionamiento» de la Policía Local.

---

9

En este sentido, véase [sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de noviembre de 2014](#) (TJCE 2014, 439), *Leopold Schmitzer y Bundesministerin für Inneres*, Asunto C-530/13 (ECLI:EU:C:2014:2359), apartado 38 y la jurisprudencia en él citada.

---

10

[Sentencia de 21 de julio de 2011](#) (TJCE 1997, 199), *Patrick Kelly contra National University of Ireland (University College, Dublin)*, Asunto C-104/10 (ECLI:EU:C:2011:506).

---

11

[Sentencia de 19 de abril de 2012](#) (TJCE 2012, 92), *Galina Meister contra Speech Design Carrier Systems GmbH*, Asunto C-415/10 (ECLI:EU:C:2012:217).

---

12

Sobre esta cuestión, CARRIZOSA PRIETO, E., *La concreción de los indicios de discriminación en la Jurisprudencia comunitaria*, Revista Doctrinal Aranzadi Social n.º. 7/2012, criticó que: «obvia otra serie de cuestiones que hubiese sido importantes considerar o, al menos, mencionar con objeto de clarificar la doctrina aplicable a las cuestiones prejudiciales planteadas. La principal aportación del pronunciamiento, ya lo hemos destacado, es la importante labor que realiza en la determinación y concreción de los indicios de discriminación, puesto que no sólo se limita a poner de manifiesto al Tribunal Federal Laboral los indicios de discriminación más importantes que se presentan en el supuesto examinado, sino que, clara y expresamente, mantiene que la negativa a suministrar la información solicitada por el demandante puede considerarse un indicio de discriminación por el Tribunal».

---

13

[Sentencia de 10 de mayo de 2011](#) (TJCE 2011, 125), *Jürgen Römer contra Freie und Hansestadt Hamburg*, Asunto C-147/08 (ECLI:EU:C:2011:286).

---

14

[Sentencia de 21 de julio de 2011](#) (TJCE 1997, 199), *Gerhard Fuchs y Peter Köler contra Land Hessen*, Asuntos acumulados C-159/10 y C-160/10 (ECLI:EU:C:2010:4).

---

15

[Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de julio de 2011](#) (TJCE 1997, 199), *Gerhard Fuchs y Peter Köhler contra Land Hessen*, Asuntos acumulados C-159/10 y C-160/10 (ECLI:EU:C:2011:508).

---

16

[Sentencia del Tribunal de Justicia de 28 de enero de 2015](#) (TJCE 2015, 42), *Caso ÖBB Personenverkehr AG contra Gotthard Starjakob*, Asunto C-417/13 (ECLI:EU:C:2015:38).

---

17

[Sentencia de 19 de junio de 2014](#) (TJCE 2014, 223), Asuntos *Thomas Specht y Otros y otros contra Land Berlin y otros*, Asuntos acumulados C-501/12 a C-506/12, C-540/12 y C-541/12, (ECLI:EU:C:2014:2005).

---

18

[Sentencia de 22 de noviembre de 2005](#) (TJCE 2005, 341), *Werner Mangold contra Rüdiger Helm*, C-144/04 (ECLI:EU:C:2005:709).

---

19

Como el Tribunal ha reconocido en diversas ocasiones —entre otras, en las sentencias *Mangold*, *Küçükdeveci* y *Dansk Industri (DI)*—, el principio general de no discriminación por razón de la edad, concretado por la [Directiva 2000/78/CE](#), encuentra su fuente en diversos instrumentos internacionales y en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros. En la actualidad, este principio está reconocido en el [art. 21](#) de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. No obstante, la [Directiva 2000/78/CE](#) no consagra el principio general de no discriminación, en general, sino que lo concreta en materia de empleo y de trabajo. Por ello, la Directiva no quiere rebasar tal protección, sino definir un marco preciso, destinado tanto a facilitar la aplicación concreta del principio de igualdad de trato, como a determinar posibles excepciones a este principio en el ámbito específico del empleo y el trabajo. En este sentido, véase [STJUE de 14 de abril de 2016](#) (TJCE 2016, 141), *Dansk Industri (DI)*

contra *Sucession Karsten Eigil Rasmussen* , Asunto C-441/14 (ECLI:EU:C:2016:278).

---

20

En este sentido, COELHO MOREIRA, T. ( *Igualdade e Não Discriminação. Estudos de Direito do Trabalho* , Almedina, Coimbra, 2013, p. 19): «goza do direito à igualdade e à proibição da discriminação em relação à idade já que não só os trabalhadores mais velhos necessitam de proteção mas também os mais jovens».

---

21

El concepto de discriminación indirecta aparece desarrollado por la jurisprudencia comunitaria en relación con la discriminación por razón de sexo, pionera y protagonista de la normativa comunitaria en materia de discriminación, y posteriormente desarrollado por el [artículo 2.2](#) de la Directiva 2002/73/CE, como la situación en la que una disposición, criterio o práctica, aparentemente neutros, sitúan a una persona de una determinada edad en desventaja particular con respecto a otras, salvo 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.

---

22

En este sentido, CABEZA PEREIRO, J. ( *Justificaciones proporcionadas de la discriminación por edad* , en BALLESTER PASTOR, M.A. (coord.), *La transposición ...*, cit., p. 240) destaca los «límites muy inestables» de la discriminación por edad en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

---

23

[Sentencia de 12 de enero de 2010](#) (TJCE 2010, 2), *Colin Wolf contra Stadt Frankfurt am Main* , Asunto C-229/08 (ECLI:EU:C:2010:3). Esta decisión se amparaba en estudios científicos facilitados por el gobierno alemán, que acreditaban la insuficiente capacidad física de los funcionarios que superaban dicha edad en el campo de la extinción de incendios.

---

24

En esta sentencia, el Tribunal no se opuso al límite de edad que se estableció para la contratación de los bomberos al estar justificada la diferencia de trato en función de la edad por el interés en garantizar el carácter operativo y el buen funcionamiento del servicio de bomberos profesionales. Asimismo, también entendió que se trataba de un requisito proporcional, pues no excede de lo necesario para alcanzar dicho objetivo.

---

25

[Sentencia de 13 de noviembre de 2014](#) (TJCE 2014, 344), *Mario Vital Pérez y Ayuntamiento de Oviedo* , Asunto C-416/13 (ECLI:EU:C:2014:2371).

---

26

Sobre la práctica identidad de hechos entre ambas sentencias que hubiera permitido al Tribunal rechazar el conocimiento de la cuestión prejudicial presentada por el Juzgado de lo Social de Oviedo, comenta MIRANDA BOTO que: «no fue así porque determinados matices de la supuesta discriminación eran diferentes, o así lo quiso ver el Tribunal».

---

27

Para SEMPERE NAVARRO, A.V., *La edad para trabajar (al hilo del caso de la Policía Local de Oviedo)* , Actualidad Jurídica Aranzadi, nº. 897/2015: «La sentencia debe servir también como toque de atención para comportamientos o previsiones que se basan en la edad sin clara justificación a fin de introducir diferencias».

---

28

Como indica FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, O. ( *A propósito de la [STJUE de 13 de noviembre de 2014](#) (TJCE 2014, 344)(Vital Pérez), que declara contrario al ordenamiento comunitario el tope de edad de 30 años exigido para el ingreso en un Cuerpo de Policía Local (1)* , La Ley Unión Europea, nº 24, Marzo 2015, LA LEY 2521/2015): «Sigue habiendo muchas diferenciaciones por edad en el trabajo, y en otros órdenes de la vida social, que resultan plenamente justificadas, y que por tanto no han de merecer reproche alguno a la luz del principio de igualdad de trato y no discriminación. La [STJUE de 12 de enero de 2010](#) (TJCE 2010, 2) (Wolf), en la que en contraste con la "Vital Pérez" de 2014 no se considera discriminatorio el mismo tope de edad de 30 años para ingresar en un cuerpo de bomberos, debido a los extraordinarios requerimientos de capacidad física que comporta el correcto desempeño de las tareas que pueden tener que acometer estos profesionales (en particular la extinción de incendios), constituye una importantísima muestra de por dónde puede discurrir más o menos el límite de esta especie de "cruzada" contra las diferencias de trato por razones de edad que suelen incorporar los ordenamientos jurídicos».

---

29

30

Así, SEMPERE NAVARRO (op. cit.), señala acertadamente: «Anuncios para oficios varios (hostelería, mecánica, transporte, etc.) que restringen la edad de los candidatos; convenios colectivo que fijan niveles retributivos según le fecha de nacimiento; agrupaciones profesionales que segmentan el colectivo por su edad; ascensos o promociones que priorizan a quien posee más (o menos) años; agencias de selección que no circulan las solicitudes de la población madura; medidas de fomento del empleo que marginan a amplias capas *ratione aetatis*; despidos colectivos u otras medidas de reestructuración que se centran en las personas más veteranas; y un largo etcétera».

31

En este sentido, véanse [Sentencia de 21 de julio de 2011](#) (TJCE 1997, 199), *Gerhard Fuchs y Peter Köhler contra Land Hessen*, Asuntos acumulados C-159/10 y C-160/10 (ECLI:EU:C:2011:508); [sentencia de 16 de octubre de 2007](#) (TJCE 2007, 272), *Félix Palacios de la Villa contra Cortefiel Servicios SA*, Asunto C-411/05 (ECLI:EU:C:2007:604) y [sentencia de 12 de octubre de 2010](#) (TJCE 2010, 297), *Gisela Rosenblatt contra Oellerking Gebäudereinigungsges. mbH*, Asunto C-45/09 (ECLI:EU:C:2010:601).

32

*Sentencia Domnica Petersen contra Berufungsausschuss für Zahnärzte für den Bezirk Westfalen-Lippe*, [C-341/08](#) (TJCE 2005, 341) (ECLI:EU:C:2010:4).

33

Como indica CABEZA PEREIRO, J. (op. cit., p. 256), uno de los elementos más interesantes de esta sentencia, además del deslinde que realiza entre los objetivos de política social y otros, es la consideración como objetivo de política social del relevo generacional y de la empleabilidad de las personas jóvenes.

34

[sentencia de 12 de octubre de 2010](#) (TJCE 2010, 297).

35

Aun cuando este es el razonamiento que emplea el estado para justificar la jubilación forzosa, no deja de llamar la atención que el Tribunal de Justicia no considere tal afirmación como una discriminación por razón de edad, en la medida en que generaliza y convierte en ineficaces a todos los trabajadores del sector de limpieza que superen los 65 años.

36

En concreto, el órgano judicial nacional, además de considerar «que existen medidas menos onerosas que la extinción automática de los contratos de trabajo», afirma que esta «ocasiona un perjuicio económico importante a los trabajadores del sector de limpieza industrial en general y a la Sra. Rosenblatt en particular. Al caracterizarse este sector por puestos de trabajo escasamente remunerados y a tiempo parcial, las pensiones del régimen legal del seguro de vejez no permiten que los trabajadores cubran sus necesidades vitales».

37

[Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de julio de 2012](#) (TJCE 2012, 177), *Torsten Hörnfeldt contra Posten Meddelande AB*, Asunto C-141/11 (ECLI:EU:C:2012:421).

38

[Sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de noviembre de 2010](#) (TJCE 2010, 350), *Vasil Ivanov Georgiev contra Tehnicheski universitet - Sofia, filial Plovdiv*, Asuntos acumulados C-250/09 y C-268/09 (ECLI:EU:C:2010:699).

39

[Sentencia de 21 de julio de 2011](#) (TJCE 1997, 199), *Gerhard Fuchs y Peter Köhler contra Land Hessen*, Asuntos acumulados C-159/10 y C-160/10 (ECLI:EU:C:2011:508).

40

Así lo había afirmado ya en la sentencia [Palacios de la Villa](#) (TJCE 2007, 272), apartado 73.

---

41

[Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de noviembre de 2012](#) (TJCE 2012, 322), *Comisión Europea contra Hungría*, Asunto C-286/12 (ECLI:EU:C:2012:687). Aunque durante el transcurso del litigio el Tribunal Constitucional húngaro declaró inconstitucional parte de esta normativa, ello no impidió el desarrollo del proceso ante el Tribunal de Justicia.

---

42

Para BELAVUSAU, U. (*On Age Discrimination and Beating Dead Dogs: Commission v. Hungary*, *Common Market Law Review*, 50, 4, 2013) señaló dos importantes consecuencias de esta sentencia en el ordenamiento húngaro: «on the one hand, specifies an important aspect of EU nondiscrimination law on the grounds of age, and, on the other hand, sheds light on the shortcomings of EU mechanism to combat the rising authoritarianism in this Member State».

---

43

[Caso ÖBB Personenverkehr AG contra Gotthard Starjakob, Asunto C-417/13](#) (TJCE 2015, 42) (ECLI:EU:C:2015:38). En el mismo sentido, véase también [sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de septiembre de 2013](#) (TJCE 2013, 324), *Caso Dansk Jurist- og Økonomforbund contra og Sundhedsministeriet*, Asunto C-546/11 (ECLI:EU:C:2013:603).

---

44

[Sentencia de 18 de junio de 2009](#) (TJCE 2009, 188), *David Hütter contra Technische Universität Graz*, Asunto C-250/09 (ECLI:EU:C:2009:381).

---

45

Para CABEZA PEREIRO, J. (op. cit., p. 247), el razonamiento del Tribunal induce «bastante confusión sobre el proceso lógico de justificación de la diferencia de trato», ya que «las medidas, además de resultar inadecuadas o innecesarias, no están objetivamente justificadas por una finalidad legítima, sino que esa finalidad parece intrínsecamente contradictoria».

---

46

También en este sentido CABEZA PEREIRO, J., op. cit., p. 247: «es el contraste de esta posibilidad con la medida controvertida, el no cómputo en ningún caso de la experiencia acumulada antes de dicha edad, por mucho que la persona interesada ya la haya superado con creces, el que impide que dicha medida prevalezca».

---

47

[Sentencia de 8 de septiembre de 2011](#) (TJCE 2011, 252), *Sabine Hennigs contra Eisenbahn-Bundesamt y Land Berlin contra Alexander Mai*, Asuntos acumulados C-297/10 y C-298/10 (ECLI:EU:C:2011:560).

---

48

[Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de septiembre de 2015](#) (TJCE 2015, 366), *Daniel Unland contra Land Berlin*, Asunto C-20/13 (ECLI:EU:C:2015:561).

---

49

[Sentencia de 7 de junio de 2012](#) (TJCE 2012, 132), *Tyrolean Airways Tiroler Luftfahrt Gesellschaft mbH contra Betriebsrat Bord der Tyrolean Airways Tiroler Luftfahrt Gesellschaft mbH*, Asunto C-132/11 (ECLI:EU:C:2012:329).


---

50

En este sentido, véase [sentencia de 26 de septiembre de 2013](#) (TJCE 2013, 322), *Caso HK Danmark* (C-476/11 ECLI:EU:C:2013:590). Aunque la [Directiva 2000/78/CE](#) no define que ha de entenderse por régimen de Seguridad Social, esta definición puede encontrarse en el [art. 2.1.f\)](#) de la *Directiva 2006/54/CE*, según el cual los regímenes profesionales de seguridad social son «los regímenes no regulados por el [Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978](#), sobre la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materias de seguridad social cuya finalidad sea proporcionar a los trabajadores, por cuenta ajena o autónomos, agrupados en el marco de una empresa o de un grupo de empresas, de una rama económica o de un sector profesional o interprofesional, prestaciones destinadas a completar las prestaciones de los regímenes legales de seguridad social o a sustituirlas, tanto si la adscripción a dichos regímenes fuere obligatoria como si fuere facultativa».


---

51

 [Sentencia de 26 de febrero de 2015](#) (TJCE 2015, 91), *Ingeniørforeningen i Danmark contre Tekniq* , Asunto C-515/13 (ECLI:EU:C:2015:115).

---

52

 [Sentencia de Ingeniørforeningen i Danmark](#) (TJCE 2015, 91), que actúa en nombre de Ole Andersen, yvRegion Syddanmark, Asunto C-499/08 (ECLI:EU:C:2010:600).


---

53

Así lo indica la  [Sentencia de Ingeniørforeningen i Danmark](#) (TJCE 2015, 91).

---

54

 [Sentencia de 19 de enero de 2010](#) (TJCE 2010, 3), *Seda Küçükdeveci contra Swedex GmbH & Co. KG* , Asunto C-555/07 (ECLI:EU:C:2010:21).


---

55

En este sentido, CABEZA PEREIRO J. (op. cit., p. 249) señala también que «el establecimiento de una protección del contrato progresivamente más elevada constituye una medida que sirve a un claro objetivo legítimo de la política de empleo, como es facilitarle la búsqueda de un nuevo puesto de trabajo».


---

56

 [Sentencia de 1 de octubre de 2015](#) (JUR 2015, 234812), *O contra Bio Philippe Auguste SARL* , Asunto C-432/14 (ECLI:EU:C:2015:643).


---

57

 [Sentencia de 16 de junio de 2016](#) (TJCE 2016, 186), *Franz Lesar contra Beim Vorstand der Telekom Austria AG eingerichtetes Personalamt* , Asunto C-159/15 (ECLI:EU:C:2016:451).

---

58

En este sentido, BALLESTER PASTOR, M.A. (op. cit., p. 53) señala la importante labor realizada por el Tribunal de Justicia, que con su jurisprudencia sobre esta causa «ha acometido una importante extensión de la protección frente a protección de discriminaciones por razón de discapacidad», supliendo así la deficiente regulación que al respecto contiene la  [Directiva 2000/78/CE](#).

---

59

Sobre la evolución de la discapacidad véase GONI SEIN, J. y RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B., *Adaptación y reubicación laboral de trabajadores con limitaciones psicofísicas* , Aranzadi (Cizur Menor, 2016), pp. 30-31.


---

60

Al limitar *Chacon Navas* la protección exclusivamente a la discapacidad y excluir a la enfermedad, se temió cierto retroceso en relación con las nuevas causas de discriminación que, afortunadamente, no se ha visto confirmada en las sentencias posteriores (en este sentido, véase BALLESTER PASTOR, M.A., op. cit., p. 54).

---

61

 [Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de diciembre de 2012](#) (TJCE 2012, 372), *Johann Odar contra Baxter Deutschland GmbH* , Asunto C-152/11 (ECLI:EU:C:2012:772).

---

62

 [Caso HK Danmark, en nombre de Jette Ring contra Dansk almennyttigt Boligselskab \(C-335/11\)](#) (TJCE 2013, 122) y *HK Danmark, en nombre de Lone Skouboe Werge contra Dansk Arbejdsgiverforening en nombre de Pro Display A/S (C-337/11)* (ECLI:EU:C:2013:222).

---

63

Como indica FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, O. ( *Igualdad de trato y protección de trabajadores minusválidos* ( [Directiva 2000/78/CE](#) , en GARCÍA MURCIA, J. (dir.), La transposición del Derecho social comunitario al ordenamiento español, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (Madrid, 2005), p. 227), la despreocupación por definir el concepto de discapacidad en la [Directiva 2000/78/CE](#) explica por la previa existencia de instrumentos internacionales que sí se han ocupado de hacerlo.

---

64

Entre otras, véase las [sentencias Chacón Navas, Asunto C-13/05](#) (TJCE 2006, 192), ECLI:EU:C:2006:456, apartado 56, y [Coleman, Asunto C-303/06](#) (TJCE 2008, 176), ECLI:EU:C:2008:415, apartado 46.

Véase, en este sentido, la [sentencia Åkerberg Fransson, Asunto C-617/10](#) (TJCE 2013, 56), ECLI:EU:C:2013:105, apartados 21 y 22

---

65

Véase, en este sentido, la [sentencia Åkerberg Fransson, Asunto C-617/10](#) (TJCE 2013, 56), ECLI:EU:C:2013:105, apartados 21 y 22.

---

66

[Caso Fag og Arbejde \(FOA\) contra Kommunernes Landsforening \(KL\), Asunto C-354/13](#) (TJCE 2014, 367) (ECLI:EU:C:2014:2463).

---

67

Véanse las [sentencias HK Danmark](#) (TJCE 2013, 322) , EU:C:2013:222, apartados 37 a 39; Z., C-363/12, ECLI:EU:C:2014:159, apartado 76, y [Glatzel, C-356/12](#) (TJCE 2014, 190), ECLI:EU:C:2014:350, apartado 45.

---

68

Sobre esta cuestión, véase la sentencia Z ., ECLI:EU:C:2014:159, apartado 77 y jurisprudencia citada

---

69

En palabras de la sentencia: «si la obesidad del trabajador impidiera su participación plena y efectiva en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores a causa de su movilidad reducida o a causa de la concurrencia de patologías que no le permitieran realizar su trabajo o que le acarrearán una dificultad en el ejercicio de su actividad profesional».

---

70

PELAYO OLMEDO, J.D., *Aclaraciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el principio de discriminación: la obesidad como posible causa de discapacidad. A propósito de la sentencia Karsten Kaltoft vs. Billund Kommune* , Revista General de Derecho Europeo, n.º. 37, 2015, p.17, se plantea sobre el alcance de los ajustes razonables realizados por el empleador: «Este circunstancia nos lleva a sugerir la oportunidad de que al resolver el asunto el Tribunal de Kolding tenga en cuenta si el apoyo económico ofrecido por las autoridades danesas para que el Sr. Kaltoft realizará cursos y actividades de adelgazamiento forma parte de la orientación que ha dado la Administración danesa a las políticas de intervención sobre la discapacidad, de un ajuste razonable que ha desarrollado el empleador (en ese caso público) que le puede llegar a suponer una carga excesiva, o se trata de un mero tratamiento rehabilitador de la enfermedad».

---

71

En este sentido, FERNÁNDEZ DOCAMPO, M.B. ( [La salud del trabajador como causa de discriminación](#) , Revista Española de Derecho del Trabajo, n.º. 162, 2014 señala que son escasas las ocasiones en las que el legislador menciona expresamente el término enfermedad y en ninguna de estas se ofrece un significado exacto de ella, más allá de una «alteración de la salud».

---

72

Entre otras, véase, todas ellas en unificación de doctrina, las [sentencias TS de 22 de noviembre de 2007](#) (RJ 2008, 1183); [22 de septiembre de 2008](#) (RJ 2008, 5533); [25 de octubre de 2013](#) (RJ 2013, 7749); y [3 de mayo de 2016](#) ( RJ 2016, 2152 ) .

---

73

En concreto, la cuestión fue «si el Derecho de la Unión puede interpretarse en el sentido de que los despidos por causa de accidente laboral lesionan el principio de igualdad y la prohibición de discriminación, el derecho a la integridad física y a la salud, el derecho al acceso a las prestaciones de seguridad social y el propio derecho al trabajo (que incluye el derecho a no ser despedido si no es por un motivo “justo”), principios y derechos recogidos en la Carta [de Derechos Fundamentales de la Unión Europea]». Pese a que el Juzgado formuló cinco preguntas, el Abogado General sólo



atendió a la última de ellas, por ser la que afecta al ámbito de la [Directiva 2000/78/CE](#), en tanto que despido discriminatorio por razón de discapacidad.

---

74

JUR 2015, 106012.

---

75

En palabras del Juzgado: «atribuyendo a la misma un factor de exclusión que no puede ser avalado, en tanto ha impedido a la demandante por su discapacidad, consistente en una patología cardiovascular crónica, que la limita para la realización de intensos esfuerzos, la participación plena y efectiva de la trabajadora en igualdad de condiciones con los demás trabajadores (...) En suma, la demandante posee aptitud para realizar su trabajo, aunque con las limitaciones descritas, y la empresa no está obligada a establecer ajustes que no pueda afrontar, constituyendo la actitud de la empleadora un obstáculo para la continuidad en su vida laboral que no puede esta juzgadora avalar».

---

76

Diario Oficial de la Unión Europea C 279, de 1 de agosto de 2016.

---

77

Veáse un completo análisis de estos pronunciamientos en COELHO MOREIRA, T., op.cit., pp. 129 y ss.

---

78

[Jürgen Römer contra Freie und Hansestadt Hamburg, Asunto C-147/08](#) (TJCE 2011, 125) (ECLI:EU:C:2011:286).

---

79

[Sentencia del Tribunal de Justicia \(Gran Sala\) de 1 de abril de 2008](#) (TJCE 2008, 64), *Tadao Maruko contra Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*, Asunto C-267/06 (ECLI:EU:C:2008:179). En dicha sentencia, el Tribunal analizó la discriminación por orientación sexual en un caso de pensión de supervivencia, incluyéndola en el ámbito de la Directiva por tener dicha pensión naturaleza de retribución y, por ello, resultar incluida en el [art. 157TFUE](#). Esta sentencia extendió el principio de no discriminación por razón de orientación sexual a la equiparación matrimonios y parejas de hecho.

---

80

[Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de diciembre de 2013](#) (TJCE 2013, 385), *Frédéric Hay contra Crédit agricole mutuel de Charente-Maritime et des Deux-Sèvres*, Asunto C-267/12 (ECLI:EU:C:2013:823).

---

81

Así, como indica la propia sentencia *Hay*: «cabe recordar que, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, cuando los interlocutores sociales adoptan medidas incluidas en el ámbito de aplicación de dicha Directiva, deben actuar con observancia de la misma. En este sentido, véanse las sentencias de 13 de septiembre de 2011, *Prigge y otros* (C- 447/09) y de [7 de junio de 2012](#) (TJCE 2012, 132), *Tyrolean Airways Tiroler Luftfahrt* (C-132/11)».

---

82

El derecho francés aplicable al caso impedía equiparar a las parejas casadas y a las ligadas por un pacto de convivencia en cuanto a las ventajas en términos de remuneración o de condiciones de trabajo. En concreto, los días de permiso especial o la prima por matrimonio, sobre los que versaba el litigio principal, se concedían con ocasión de la celebración del matrimonio, pero no a quienes se encontrasen en una situación análoga a la matrimonial, como sucedía con las personas del mismo sexo.

---

83

En este sentido, recuérdese que de acuerdo con las sentencias *Maruko* (C-267/06) y [Römer](#) (TJCE 2011, 125) (C-147/08), apartado 52, una normativa de un Estado miembro que atribuye únicamente a los trabajadores casados el derecho a ventajas en términos de remuneración o de condiciones de trabajo, cuando en dicho Estado miembro el matrimonio sólo es legalmente posible entre personas de distinto sexo, crea una discriminación directa por motivo de orientación sexual en perjuicio de los trabajadores homosexuales titulares de un PACS, los cuales se encuentran en una situación análoga.

---

84

TELLO PINTO, Y. H. ( *La discriminación por orientación sexual y el convenio colectivo-análisis del caso Frederic Hay* (comentario a la [Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de diciembre de 2013](#) (TJCE 2013, 385)) , Revista de Información Laboral num. 5/2014 ) señaló al convenio colectivo como «el instrumento para que los interlocutores sociales puedan luchar contra la discriminación, tal como lo establece el [artículo 13](#) de la Directiva 2000/78/CE, incluyendo la referente a la orientación sexual, ya que permite adaptar la casuística de manera más dinámica que la rigidez de las normas legales, así como cumplir su función de complementariedad y supletoriedad de la norma nacional».

---

85

La [sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de abril de 2013](#) (TJCE 2013, 190), *Asociația ACCEPT contra Consiliul National pentru Combaterea Discriminării* , Asunto C-81/12, (ECLI:EU:C:2013:275). El responsable de un equipo de fútbol rumano declaró que prefería recurrir a un jugador de cantera en lugar de contratar a un futbolista presentado como homosexual y, supuestamente, estas declaraciones frustraron la contratación de dicho futbolista.

---

86

En concreto, de acuerdo con el apartado 42 de la sentencia, «las declaraciones de que se trata emanan de quien, sin disponer necesariamente de capacidad jurídica para vincularlo o representarlo en materia de contratación de personal, se presenta a sí mismo y es percibido en los medios de comunicación y en la sociedad como el principal directivo de dicho club».

---

87

*Samira Achbita y Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding contra G4S Secure Solutions NV*, Asunto C-157/15 .

---

88

Dr. David L. Parris contra Trinity College Dublin y otros, Asunto C-443/15.

---

89

*Asma Bougnaoui Association de défense des droits de l'homme (ADDH) contra Micropole SA* , Asunto C-188/15.

---

90

En concreto, la orientación para el mundo laboral de toda la Unión Europea se aplicará, al menos, en el sector privado, pues «en lo que respecta a los trabajadores del sector público (como escuelas, autoridades y juzgados, pero también empresas privadas concesionarias de servicios públicos) las condiciones de trabajo pueden estar sujetas a determinadas particularidades».

---

91

Para la abogada general «estamos únicamente ante una diferencia de trato entre los trabajadores que desean expresar activamente una determinada convicción (ya sea de índole religiosa, política o filosófica) y sus compañeros que no sienten esa necesidad». Si bien dicha diferencia de trato no constituye en modo alguno un trato menos favorable, directo y vinculado específicamente a la religión.

---

92

[Sentencia de 1 de abril de 2008](#) (TJCE 2008, 64), *Tadao Maruko contra Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen* , Asunto C-267/06 (ECLI:EU:C:2008:179).

---

93

[Sentencia 10 de mayo de 2011, la sentencia](#) (TJCE 2011, 125), *Jürgen Römer contra Freie und Hansestadt Hamburg* , Asunto C-147/08 (ECLI:EU:C:2011:286).

---

.

Este trabajo se enmarca en el proyecto de investigación DER2015-66922-R (MINECO/FEDER) LA ADAPTACION DEL ORDENAMIENTO ESPAÑOL A LA JURISPRUDENCIA SOCIAL DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad