

IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN
Universidad Loyola Andalucía

**LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN
EN EL ÁMBITO DE EMPLEO Y LA OCUPACIÓN POR RAZÓN DE
ORIENTACIÓN SEXUAL**

*Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 23 de abril de 2020
ECLI:EU:C:2020:289. Caso NH vs Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI*

M^a TERESA VELASCO PORTERO*

SUPUESTO DE HECHO: NH era un abogado italiano que declaró durante una entrevista de radio no querer contratar ni contar con los servicios de personas homosexuales en su despacho de abogados. A resultas de ello, la Associazione Advvocatura per i diritti LGBTI, considerando que había proferido declaraciones constitutivas de una conducta discriminatoria basada en la orientación sexual de los trabajadores y que con ello había infringido la legislación nacional, le demandó ante el Juez de lo Social del Tribunale di Bérgamo. Por medio de auto de 6 de agosto de 2014, el Juez declaró ilícita la conducta, por su carácter discriminatorio, condenando a NH a pagar a la asociación la cantidad de 10.000 euros en concepto de indemnización por el daño causado; asimismo, se ordenó la publicación parcial del auto en un periódico de alcance nacional. NH interpuso recurso contra el auto en cuestión ante la Corte d'appello di Brescia (Tribunal de Apelación de Brescia, Italia), alegando falta de legitimación de la asociación así como aplicación errónea de la legislación puesto que había expresado una opinión sobre la profesión de abogado presentándose, no como empleador, sino como simple ciudadano. El tribunal de apelación, mediante sentencia de 23 de enero de 2015, desestimó el recurso presentado. Dicha sentencia fue recurrida en casación por NH. La Corte Suprema di Cassazione (Tribunal Supremo de Casación italiano) plantea cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, cuyo objeto es la interpretación exacta de las normas establecidas por la Directiva 2000/78/CE desde el punto de vista: a) de la legitimación activa de una asociación de abogados, y b) de la aplicabilidad de la normativa antidiscriminatoria en el empleo a la libertad de pensamiento.

RESUMEN: Respecto a la segunda cuestión, el Tribunal parte de considerar que en realidad lo que está preguntando el órgano remitente no es tanto con respecto al concepto mismo de discriminación (art. 2 de la Directiva) sino si las declaraciones efectuadas (que no se inscribían en ningún proceso concreto de selección de personal) se podrían incluir en el ámbito material de la Directiva (art. 3) que se refiere a las “condiciones de acceso al empleo [...] y al ejercicio profesional”. Para determinarlo acude a los distintos criterios de interpretación de la norma y en particular al criterio teleológico, atendiendo a su finalidad. De esta manera llega a la conclusión de que las declaraciones de un sujeto según las cuales su empresa no contrataría a personas con una determinada orientación sexual estarán comprendidas en el ámbito de aplicación de la Directiva siempre que el vínculo entre tales declaraciones y las condiciones de acceso al empleo y el ejercicio profesional dentro de esa empresa no sea hipotético, sin que eso quiera decir que sea necesario que esté en marcha ningún proceso de selección de personal. Respecto a la cuestión de la legitimación activa de la asociación, habida cuenta de que no hay una persona perjudicada identificable, el Tribunal considera que la literalidad de la norma no obliga a ello, pero nada obsta a que los Estados establezcan disposiciones más favorables al principio de igualdad, como sería la de reconocer dicha legitimación. Por ello, responde a la segunda cuestión en el sentido de que la Directiva no se opone a una normativa nacional en virtud de la cual este tipo de asociaciones tengan legitimación activa para entablar procedimientos judiciales destinados a exigir el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la Directiva.

* Profesora Titular de Área. Derecho del Trabajo y la Seguridad Social.

INDICE:

1. LA DISCRIMINACIÓN EN EL EMPLEO POR MOTIVOS DE ORIENTACIÓN SEXUAL EN EL DERECHO DE LA UNIÓN Y EN LA JURISPRUDENCIA DEL TJ
2. EL CUERPO DE LA SENTENCIA Y SU TRASCENDENCIA
3. BIBLIOGRAFÍA

1. LA DISCRIMINACIÓN EN EL EMPLEO POR MOTIVOS DE ORIENTACIÓN SEXUAL EN EL DERECHO LA UNIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DEL TJ^{1}**

La referencia expresa a la prohibición de discriminación por razón de orientación sexual en la legislación comunitaria no se produce hasta la aprobación del Tratado de Amsterdam, que entró en vigor el 1 de enero de 1999. Su artículo 13 (actual artículo 19 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea) señalaba: “Sin perjuicio de las demás disposiciones del presente Tratado y dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Comunidad por el mismo, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual”. Fue muy criticado, pero abrió la puerta a las sucesivas directivas en el ámbito del empleo y la ocupación. Asimismo, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (año 2000) establece en su art. 21 que “Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo... u orientación sexual”.

Aunque estos fueron los principales hitos en esta materia, hay que decir que el derecho a la no discriminación por razón de orientación sexual había sido tenido en cuenta ya anteriormente por la Unión Europea, desarrollándose en primer lugar con respecto al ámbito del empleo y siendo incorporado posteriormente en la regulación de otros aspectos de la vida de los ciudadanos.

Las primeras referencias a la discriminación por orientación sexual en el derecho comunitario las encontramos en dos Resoluciones del Parlamento Europeo: la de 13 de marzo de 1984, sobre discriminaciones sexuales en el lugar de trabajo y la de 8 de febrero de 1994, sobre la igualdad de derechos de homosexuales y lesbianas en la Comunidad Europea. A partir de estas Resoluciones se llegó a unas bases para elaborar las posteriores normas vinculantes.

¹ El presente comentario forma parte de los resultados del proyecto “Retos del Derecho del Trabajo español ante la doctrina del Tribunal de Justicia en materia de política social y derechos fundamentales”, del Programa I+D+I Retos 2018, investigadores principales Gárate Castro y Maneiro Vázquez.

La Resolución de 13 de marzo de 1984 se refería a la libertad de circulación de personas homosexuales, atendiendo a la circunstancia de que se desplazasen a trabajar en un país poco tolerante. Ante la constatación de que frecuentemente se producían despidos por razón de la orientación sexual y se constataba la existencia de condiciones laborales discriminatorias, se instó a la Comisión Europea a elaborar y dictar medidas para evitar estos sucesos, con la consiguiente solicitud a la Organización Mundial de la Salud (en adelante OMS) a que descalificase la homosexualidad como una enfermedad (se eliminó del listado de enfermedades en 1992). La segunda resolución, de 8 de febrero de 1994, conocida como Resolución Roth, nace a partir de un estudio realizado por expertos, cuyo núcleo era el empleo y los transexuales, que arrojaba resultados preocupantes. A raíz de ello la Comisión Europea instó a los Estados Miembros a elaborar políticas y medidas para favorecer las condiciones de los transexuales en el ámbito laboral. La Resolución considera la discriminación por razón de orientación sexual como un ataque directo a los Derechos Humanos.

A partir de estos primeros pasos la discriminación por orientación sexual ha sido tenido en cuenta expresamente en varias Directivas:

1. 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. Esta Directiva tiene por objeto establecer un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación, con el fin de que en los Estados miembros se aplique el principio de igualdad de trato, y en particular obliga a todos los países de la UE a brindar protección jurídica frente a la discriminación y el acoso por motivos de orientación sexual en lo que concierne a las solicitudes de empleo, la promoción, la formación, las condiciones de trabajo y el salario y el despido.

2. La Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición), también protege a las personas transgénero en su vida profesional, frente a la discriminación debida al cambio de sexo.

3. Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo, establece un conjunto de derechos vinculantes para las víctimas y de obligaciones claras para los países de la UE para garantizar que se puedan ejercer. Según esta Directiva “las víctimas de delitos deben ser reconocidas y tratadas de manera respetuosa, sensible y profesional,

sin discriminación de ningún tipo por motivos como la raza, el color, la etnia o el origen social, los rasgos genéticos, la lengua, la religión o las creencias, la opinión política o de otro tipo, la pertenencia a una minoría nacional, la propiedad, el nacimiento, la discapacidad, la edad, el sexo, la expresión de género, la identidad de género, la orientación sexual, el estatuto de residente o la salud”.

En cuanto a la doctrina del TJ sobre este tema, hay que señalar que antes de la aprobación de la Directiva 200/78/CE había tenido ocasión de pronunciarse sobre posibles discriminaciones por motivo de homosexualidad y transexualidad, poniendo de manifiesto que se trataba de una cuestión distinta de la discriminación por razón de sexo y la necesidad de que se abordara la cuestión normativamente.

Con posterioridad a la Directiva se han dictado también varias sentencias importantes a este respecto. La primera de ellas es la STJUE 147/08, de 10 de mayo de 2011, Caso Römer, resolviendo un supuesto de conflicto con respecto a la cuantía de la pensión de jubilación de un trabajador homosexual con pareja de hecho cuando la ley nacional solo reconoce el matrimonio entre personas de distinto sexo y la pensión tiene una cuantía mayor si el trabajador está casado. Según STJUE 147/08 “existe discriminación directa debido a la orientación sexual porque, según la legislación nacional, dicho compañero de vida se encuentra en una situación legal y fáctica comparable a la de una persona casada con respecto a dicha pensión.

La segunda es la STJUE 267/06, de 1 de abril de 2008, Caso Maruko, en el que de manera similar al caso anterior un trabajador homosexual no puede acceder a determinada mejora de carácter laboral por la imposibilidad legal de contraer matrimonio con su pareja. El origen era un litigio entre un trabajador homosexual y una caja de pensiones alemana, que se negaba a reconocerle el derecho a una pensión de viudedad en concepto de prestación de supervivencia establecida por el régimen obligatorio de previsión profesional al que estaba afiliado su pareja. Así la STJUE 267/06 consideró discriminatoria “una normativa como la controvertida en el procedimiento principal, en virtud de la cual el miembro superviviente de una pareja inscrita, tras fallecer el otro miembro, no tiene derecho a percibir una pensión de supervivencia equivalente a la que se otorga a un cónyuge superviviente, cuando, en el derecho nacional, la institución de la pareja inscrita coloca a las personas del mismo sexo en una situación comparable a la de los cónyuges en lo relativo a dicha prestación de supervivencia”. (párr. 73).

Por último, en la STJUE 267/12, de 12 de diciembre de 2013, Caso Hay, el litigio versa sobre una cláusula de convenio colectivo que establece determinadas ventajas a las personas que contraen matrimonio y no las extiende a las que celebran un pacto civil de convivencia, en el supuesto de una normativa nacional

que no permite el matrimonio entre personas del mismo sexo. También en este caso el TJ considera que existe una discriminación directa por razón de orientación sexual, aunque en realidad en su origen la discriminación se origina por la prohibición legal de matrimonio de los respectivos países (Alemania y Francia).

Un supuesto de hecho más similar al de sentencia que nos ocupa fue el del litigio que dio lugar a la Sentencia C-81/12 del TJUE, de 21 de abril de 2013, Caso *Accept*. En esta ocasión, los hechos se remontan al 3 de marzo de 2010, fecha en que la Organización No Gubernamental *Accept*, presentó una denuncia contra George Becali y el FC *Steaua* de Bucarest con motivo de la supuesta violación del principio de igualdad de trato en materia de contratación de personal. *Accept* fundamentaba su denuncia en el hecho de que el 13 de febrero de 2010, en una entrevista sobre el posible traspaso del futbolista profesional X y la supuesta orientación sexual de este último, el mencionado empresario y político rumano había pronunciado unas declaraciones de las que podía desprenderse que el mandatario del club de Bucarest preferiría recurrir a un jugador de la cantera en vez de contratar a un futbolista presentado como homosexual (estas expresiones eran, entre otras, “no cojo a un homosexual en el equipo ni aunque el FC *Steaua* tenga que cerrar...nada pinta un gay en mi familia...prefiero jugar con alguien de la cantera que tener un homosexual...ni aunque me lo ofrecieran gratis”). *Accept* argumentó que las suposiciones filtradas por los medios de comunicación y confirmadas por George Becali en torno a la homosexualidad del jugador X en cuestión, frustraron su contratación. De entre las preguntas que se elevaban al TJ nos interesa especialmente la contestación a dos de ellas. La primera, que los artículos 2, apartado 2, y 10, apartado 1, de la Directiva 2000/78/CE deben interpretarse en el sentido de que hechos como los descritos pueden calificarse de “hechos que permiten presumir la existencia de discriminación” respecto de un club de fútbol profesional, cuando las declaraciones de que se trate emanen de quien, sin disponer necesariamente desde el punto de vista jurídico de la capacidad 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. En segundo lugar, que el artículo 10, apartado 1, de la Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que, en caso de que hechos como aquellos de los que trae causa el litigio principal sean calificados de “hechos que permiten presumir la existencia de discriminación” basada en la orientación sexual en la contratación de jugadores por un club de fútbol profesional, la carga de la prueba tal como está modificada en el artículo 10, apartado 1, de la Directiva no lleva a exigir una prueba imposible de aportar sin violar el derecho de respeto a la vida privada.

El supuesto de hecho de esta sentencia presenta evidentes conexiones con el del litigio que está en origen de la sentencia que es objeto de este comentario, que

es la más reciente que se ha ocupado del tema de la discriminación por razón de orientación sexual y la Directiva 2000/78/CE.

2. EL CUERPO DE LA SENTENCIA Y SU TRASCENDENCIA

En esta ocasión el TJ tiene ocasión de pronunciarse de nuevo sobre un asunto en el que la posible discriminación no tiene su causa última en una limitación legal, sino de una actuación entre particulares. De nuevo tenemos unas declaraciones sobre posibles contrataciones efectuadas por una persona que está en situación de poder realizar la selección de personal, aunque en este caso no se refieren a la posible contratación de un trabajador concreto sino de manera general a cualquier proceso de selección que se hiciera.

El Tribunal se plantea en primer lugar si ese tipo de declaraciones, no vinculadas a un proceso de selección concreto, están dentro del ámbito de aplicación material de la Directiva y pueden considerarse a esos efectos “condiciones de acceso al empleo” “y al ejercicio profesional, incluidos los criterios de selección y las condiciones de contratación”. Señala el TJ que es necesario que dicho concepto sea uniforme en todos los países, y que dada la importancia que tiene el principio de no discriminación en el Derecho de la Unión, y su naturaleza de derecho fundamental no puede hacerse una interpretación restrictiva de su ámbito de aplicación. Por tanto, considera que dentro del concepto de “condiciones de acceso al empleo” y “criterios de selección” están incluidas “declaraciones públicas sobre una política de contratación determinada, aunque el sistema para contratar considerado no se base en una oferta pública ni en una negociación directa tras un proceso de selección que presuponga la presentación de candidaturas y una preselección de estas en función del interés que presenten para el empresario”.

A mayor abundamiento, y apoyándose en la sentencia *Accept*, considera que el hecho de que las declaraciones no emanen de quien tiene la capacidad necesaria para definir la política de contratación o para contratar no es determinante para excluir la conducta del ámbito de aplicación de la Directiva, siendo el tribunal nacional el que tiene que valorarlo, teniendo en cuenta si el empresario se ha distanciado de la postura de quien hace las declaraciones, y cual ha sido la percepción por parte del público en general. Tampoco es determinante para excluir la aplicación de la Directiva el hecho de que no hubiera ningún proceso de selección en marcha en aquel momento.

Siendo estos dos elementos irrelevantes para excluir la conducta del ámbito de aplicación de la Directiva, considera el TJ que la clave está en que las declaraciones puedan vincularse efectivamente a la política de contratación de personal

de un empresario determinado, lo que exige que el vínculo que presenten con las condiciones de acceso al empleo y al ejercicio profesional para ese empresario no sea hipotético. La existencia o no de tal vínculo corresponde apreciarla al tribunal nacional, con arreglo a los siguientes criterios:

1. La posición de la persona que efectúa las declaraciones y la calidad en que se ha expresado, de forma tal que esa posición o calidad acredite o bien que él mismo es un empleador potencial o bien que, de iure o de facto, puede influir de manera determinante en la política de contratación o en una contratación concreta. O, al menos, que pueda ser así percibido por el público en general o por los interesados.
2. La naturaleza y contenido de las declaraciones: deben referirse a las condiciones de acceso al empleo o ejercicio profesional respecto del empresario y mostrar intención de discriminar.
3. El contexto: su carácter público o privado, y si se ha hecho por medio de comunicación tradicional o redes sociales.

Como segunda cuestión importante, el TJ se pronuncia sobre la posible colisión con el derecho a la libertad de expresión. Sin embargo, atendiendo a que la libertad de expresión no es un derecho absoluto sino que puede tener limitaciones establecidas por ley que limiten el contenido esencial del derecho y el principio de proporcionalidad (es decir, que sean necesarias y respondan a objetivos de interés general reconocidos por el derecho de la Unión o la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás), considera el TJ que todos estos requisitos se cumplen en este caso.

Por todo ello, el TJ concluye que este tipo de declaraciones están dentro del ámbito de aplicación de la Directiva, pero remite al órgano jurisdiccional nacional la determinación si en el caso concreto el vínculo concreto entre las declaraciones y las condiciones de acceso al empleo es real y no hipotético.

También se pronuncia el TJ sobre la adecuación a la directiva de una legislación nacional que otorga legitimación activa a una asociación cuyo objeto social es el de la defensa de personas con una determinada orientación sexual simplemente por el hecho de tener este objeto. En este sentido, considera que la Directiva no obliga a ello, pero los estados pueden hacerlo por tratarse de una medida más favorable para la protección del principio de igualdad.

En definitiva, esta sentencia tiene como peculiaridad la de referirse a unos hechos que no traen su causa última en la existencia de una ley que impida el matrimonio homosexual, sino directamente en unas actuaciones potencialmente discriminatorias por sí mismas, a diferencia de las sentencias del TJ anteriores a la aprobación de la Directiva 78/2000/CE. Por otra parte, aunque se trata de un

supuesto en parte similar al que dio origen a la anterior sentencia sobre discriminación por orientación sexual, las distintas cuestiones planteadas por el tribunal remitente posibilitan la reflexión del Tribunal sobre aspectos distintos, como son los criterios que ha de tener en cuenta el tribunal nacional para determinar si en estos casos la conexión entre las declaraciones generales y la concreta política de contratación de la empresa es real y no hipotética, así como la fijación de los límites entre libertad de expresión y prohibición de discriminación.

3. BIBLIOGRAFÍA

CABEZA PEREIRO, J. y LOUSADA AROCHENA, J. F., *El Derecho fundamental a la no discriminación por orientación sexual e identidad de género en la relación laboral*. Bomarzo, 2014.

MANEIRO VÁZQUEZ, Y. “La aplicación de la Directiva 2000/78/CE por el Tribunal de Justicia: avances recientes en la lucha contra la discriminación”, *NREDT*, N^o 191, 2016.