

PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social (AESSS)
Universidad de Granada

POMPEYO GABRIEL ORTEGA LOZANO
Contratado Predoctoral FPU del MECD
Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada

“La dependencia y la vulnerabilidad no son una desviación, sino elementos naturales e inevitables”

M.A. FINEMAN *

EXTRACTO **Palabras Clave:** Discriminación, derechos fundamentales, garantía multinivel, trabajo decente, CEDH, TEDH, TJUE

En este texto se estudia profundamente la prohibición de discriminación del artículo 14 del CEDH desde el ámbito laboral. A través del diálogo jurisprudencial mantenido por el TEDH y el TJUE se analiza la discriminación por razón de género o sexo; discapacidad; edad; raza, origen étnico, color y pertenencia a una minoría nacional; nacionalidad; origen social, nacimiento y propiedad o fortuna; lengua; religión o creencia; y opiniones políticas o de otra índole. En este orden discursivo es inevitable referirse a la indivisibilidad y garantía multinivel de los derechos fundamentales y al trabajo decente.

ABSTRACT **Key Words:** Discrimination, fundamental rights, multilevel guarantee, decent work, ECHR, ECHR, CJEU

This text studies deeply the prohibition of discrimination of the article 14 of the ECHR from a labour point of view. It is analysed through the jurisprudential dialogue maintained by the ECHR and the CJEU the discrimination because of gender or sex; disability; age; race; ethnic origin; colour and association with a national minority; nationality; social origin; birth and property; language; religion or faith; and political or other opinion. It is unavoidable in this discursive order to refer to the indivisibility and multilevel guarantee of the fundamental rights and to the decent work.

* Fineman, M.A., “Equality, Autonomy, and the Vulnerable Subject in Law and Politics”, in Fineman, M.A. and Grear, A.: *Gender in Law, Culture, and Society: Vulnerability: Reflexions on a New Ethical Foundation for Law and Politics*, Ashgate Publishing Ltd, Surrey (England)/Burlington (USA), 2013, págs. 13-27, en particular, pág. 18.

ÍNDICE

1. LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN
2. LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN EN EL ÁMBITO LABORAL: LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE Y TEDH
 - 2.1. La discriminación por razón de género o sexo
 - 2.2. La discriminación por razón de discapacidad
 - 2.3. La discriminación por razón de edad
 - 2.4. La discriminación por razón de raza, origen étnico, color y pertenencia a una minoría nacional
 - 2.5. La discriminación por razón de nacionalidad u origen nacional
 - 2.6. La discriminación por razón de origen social, nacimiento y propiedad o fortuna
 - 2.7. La discriminación por razón de lengua
 - 2.8. La discriminación por razón de religión o creencia
 - 2.9. La discriminación por razón de opiniones políticas o de otra índole
3. EL TEST DE IDONEIDAD, EL TEST DE INDISPENSABILIDAD O ESTRICTA NECESIDAD Y EL TEST DE PROPORCIONALIDAD: EL JUICIO GENERAL DE PROPORCIONALIDAD APLICABLE AL CASO DE DISCRIMINACIÓN POR EDAD DE JUBILACIÓN
4. CAMBIO JURISPRUDENCIAL DEL TJUE EN LA DISCRIMINACIÓN ENTRE TRABAJADORES TEMPORALES E INDEFINIDOS POR LAS INDEMNIZACIONES QUE RECIBEN AL TERMINAR SU CONTRATO DE TRABAJO
 - 4.1. Asunto Montero Mateos
 - 4.2. Asunto Grupo Norte Facility
5. INDIVISIBILIDAD Y GARANTÍA MULTINIVEL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y EL TRABAJO DECENTE. 6. REFLEXIONES CRÍTICAS: HACIA UN NUEVO MODELO DE TRABAJO DECENTE

1. LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN

La prohibición de la discriminación se encuentra recogida en el artículo 14 del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (en adelante, CEDH), hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, al garantizar el goce de los derechos y libertades de ésta misma normativa sin distinción alguna. Concretamente establece el citado precepto lo siguiente: *“el goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación”*.

El CEDH, de manera distinta a otras normativas internacionales, no se refiere al principio de igualdad ni tampoco a una prohibición general de discriminación;

lo que este texto normativo hace en su artículo 14 es introducir una prohibición de discriminación de los derechos reconocidos por el propio CEDH. Este precepto no tiene vida autónoma sino vinculada al ejercicio de los derechos y libertades que se reconocen propiamente en el CEDH y en sus Protocolos.

La no existencia del principio de igualdad en este texto normativo ha permitido que el TEDH se haya aferrado a una concepción formal entendiendo este precepto como una obligación negativa: los Estados deben abstenerse de garantizar los derechos del CEDH de forma discriminatorio pero no se encuentran obligados a tomar medidas que garanticen la igualdad¹. Es por este motivo por lo que se ha calificado a este precepto como un artículo de segunda² o por el TEDH como un precepto “accesorio”. Además, los derechos y libertades reconocidas de este precepto que prohíbe la discriminación queda enunciado a través de una fórmula cada vez más utilizada en derecho: mediante el uso de los conceptos jurídicos indeterminados que obtienen su concreción a través de la aplicación del convenio al caso concreto —por ello, en el siguiente epígrafe, realizamos un detenido estudio jurisprudencial de los tribunales europeos—.

El TEDH ha interpretado de manera constante la noción de discriminación en su jurisprudencia relativa al artículo 14 del CEDH. Esta jurisprudencia ha destacado, en particular, que no todas las distinciones o diferencias de tratamiento equivaldrían a una discriminación: una distinción es discriminatoria si carece de justificación objetiva y razonable; es decir, si no persigue un objetivo legítimo o si no existe relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo perseguido³.

Además, conviene mencionar que, de acuerdo con la jurisprudencia del TEDH, se deja cierto margen de apreciación a las autoridades nacionales para determinar si las diferencias entre situaciones a otros efectos análogos justifican distinciones de trato jurídico y en qué medida⁴. En efecto, la amplitud del margen de apreciación varía según las circunstancias, los ámbitos y el contexto⁵.

Así, por ejemplo, el artículo 14 del CEDH no prohíbe a un Estado miembro tratar unos grupos de manera diferenciada para corregir “*desigualdades efectivas*” entre ellos; de hecho, en algunas circunstancias, es la ausencia de un tratamiento diferenciado para corregir la desigualdad la que puede, en ausencia de una

¹ Mestre I Mestre, R. M., “Prohibición de discriminación general”, en AA. VV., *La garantía multinivel de los Derechos Fundamentales en el Consejo de Europa* (C. Monereo Atienza y J. L. Monereo Pérez, Dirs. y Coords.), Comares, Granada, 2017, p. 292.

² O’Connel, R., “Cinderella comes to the Ball: Art. 14 and the right to non-discrimination in the ECHR”, en AA. VV., *Legal Studies: the journal of the Society of Legal Scholar*, 2009. O’Hare, U., “Enhancing European Equality Rights: a new regional Framework”, en *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2001.

³ STEDH 28 de mayo de 1985, *Abdulaziz, Cabales y Balkandali contra Reino Unido*.

⁴ STEDH 3 de abril de 2012, *Manzanas Martín contra España*.

⁵ STEDH 28 de noviembre de 1984, *Rasmussen contra Dinamarca*.

justificación objetiva y razonable, dar lugar a una violación de la disposición en cuestión⁶.

Del mismo modo, se reconoce un amplio margen de apreciación al Estado para tomar medidas de carácter general en materia económica o social. En efecto, dado el conocimiento directo de su sociedad y sus necesidades, las autoridades nacionales se encuentran, en principio, en mejor posición que el juez internacional para determinar cuál es el interés público en materia económica o en materia social. Es por ello que el TEDH respeta, inicialmente, la manera en que el Estado define las exigencias del interés público, a excepción de que su decisión se revele manifiestamente carente de un fundamento razonable⁷.

En este mismo sentido el Protocolo n.º 12 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales garantiza la prohibición de discriminación al disponer: “1. *El goce de todos los derechos reconocidos por la ley han de ser asegurados sin discriminación alguna, en particular por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas o de otro carácter, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.* 2. *Nadie podrá ser objeto de discriminación por parte de cualquier autoridad pública, basada en particular en los motivos mencionados en el apartado 1*” –artículo 1 del Protocolo–.

La lista de motivos de discriminación que figura en el artículo 1 del Protocolo es idéntica a la del artículo 14 del CEDH. Esta solución se ha considerado preferible a otras opciones, como la que consistía en incluir expresamente ciertos motivos adicionales –por ejemplo, la minusvalía física y psíquica, la orientación sexual, la edad–: lo anterior se debe a que la inclusión de otros motivos que pudieran darse en las sociedades actuales y que han adquirido una importancia particular frente a la época en la que se redactó el propio artículo 14 del CEDH, no es relevante a efectos jurídicos pues la lista de motivos de discriminación del artículo 1 del CEDH no es exhaustiva⁸.

El artículo 1 del Protocolo prevé una cláusula general de no discriminación y, de este modo, el alcance de la protección que ofrece va más allá del goce de los derechos y libertades reconocidos en el CEDH. En particular, el alcance de la protección adicional en virtud del artículo 1 del Protocolo se refiere a los casos en que una persona es objeto de discriminación:

i) en el goce de todo derecho específicamente concedido al individuo por el derecho nacional;

⁶ STEDH 6 de abril de 2000, *Thlimmenos contra Grecia*.

⁷ STEDH 23 de octubre de 1997, *Nacional y Provincial Edificio Society, Leeds Permanente Edificio Society y Yorkshire Edificio Society contra Reino Unido*.

⁸ Instrumento de ratificación del Protocolo número 12 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Número 177 del Consejo de Europa), hecho en Roma el 4 de noviembre de 2000.

ii) en el goce de cualquier derecho derivado de obligaciones claras de las autoridades públicas en el derecho nacional; es decir, cuando la ley nacional obliga a esas autoridades a actuar de cierta manera;

iii) por parte de las autoridades públicas debido al ejercicio de un poder discrecional;

iv) debido a otros actos u omisiones por parte de las autoridades públicas.

Además, conviene tener presente también que la distinción entre las categorías i) a iv) no es neta, y que los sistemas jurídicos nacionales pueden tener distintos enfoques para determinar si un caso concreto entra en una u otra de esas categorías.

Lo cierto es que un Protocolo adicional al CEDH, que, por esencia, enuncia derechos individuales justiciables formulados de manera concisa, no constituye un instrumento apropiado para definir los distintos elementos de una obligación tan amplia, de carácter programático. Por ello existen reglas específicas y más detalladas en el marco de convenios distintos, exclusivamente dedicados a la eliminación de la discriminación por las razones particulares a que se refieren esos convenios –por ejemplo, el Convenio sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial y la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, ambos elaborados en el marco de las Naciones Unidas–.

En este mismo sentido localizamos diversas Directivas que versan sobre los diferentes tipos de discriminación:

- 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. Esta Directiva pretende establecer un marco común mínimo en el ámbito del empleo y la ocupación. Se prohíben aquí tanto las discriminaciones directas como indirectas en las condiciones de acceso al trabajo y la formación profesional, de empleo y ocupación, y de inscripción y participación en organizaciones patronales, sindicales u otras profesionales.

- La Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000 relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico. Esta Directiva completa y refuerza las disposiciones de los países de la Unión Europea al referirse a la discriminación directa e indirecta que veremos a continuación.

- La Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 76/207/CEE del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo; la Directiva 2004/113/CE, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro; y la Directiva 2006/54/CE, 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.

Asimismo, el artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (del año 2000) establece lo siguiente: “1. *Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual.* 2. *Se prohíbe toda discriminación por razón de nacionalidad en el ámbito de aplicación del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y del Tratado de la Unión Europea y sin perjuicio de las disposiciones particulares de dichos Tratados*”.

En relación con la prohibición de discriminación, a nivel internacional encontramos los siguientes textos normativos: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966 (PIDCP); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966 (PIDESC); la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 21 de diciembre de 1965 (CIEDR); la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, hecha en Nueva York el 18 de diciembre de 1979 (CEDAW); la Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, hecha en Nueva York el 10 de diciembre de 1984; la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 (CDN); y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 (CDPD).

Dentro del TFUE, entre otros muchos artículos, destacan los artículos 10, 18 y 19. De acuerdo con el artículo 10, “*en la definición y ejecución de sus políticas y acciones, la Unión tratará de luchar contra toda discriminación por razón de sexo, raza u origen étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual*”. Conforme el artículo 18, “*en el ámbito de aplicación de los Tratados, y sin perjuicio de las disposiciones particulares previstas en los mismos, se prohibirá toda discriminación por razón de la nacionalidad*”. Y en el artículo 19, “*sin perjuicio de las demás disposiciones de los Tratados y dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Unión por los mismos, el Consejo, por unanimidad con arreglo a un procedimiento legislativo especial, y previa aprobación del 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*”.

Dentro de las discriminaciones podemos diferenciar dos tipos: la directa y la indirecta. De acuerdo con la Directiva 2000/78/CE existirá discriminación directa

cuando una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga. Y existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular a personas con una religión o convicción, con una discapacidad, de una edad, o con una orientación sexual determinadas, respecto de otras personas, salvo que: i) dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios; o que ii) respecto de las personas con una discapacidad determinada, el empresario o cualquier persona u organización, esté obligado, en virtud de la legislación nacional, a adoptar medidas adecuadas para eliminar las desventajas que supone esa disposición, ese criterio o esa práctica.

En la discriminación directa se requiere de un trato menos favorable respecto a otra persona que se halle en situación similar. Por tanto, aunque no siempre es así, es necesario un elemento de comparación: una situación similar. En este sentido, *“cuando las diferencias observadas en las condiciones de retribución de trabajadores que realizan un mismo trabajo o un trabajo de igual valor no son imputables a una única fuente, falta una entidad que sea responsable de la desigualdad y que pudiera restablecer la igualdad de trato”*. Por tanto, no existirá discriminación directa cuando el trabajo y la retribución de los trabajadores no pueden compararse⁹. Sin embargo, sí existe discriminación directa cuando la legislación nacional no reconoce la pensión de jubilación, *“por no haber alcanzado aún la edad de 65 años, a una persona que, con arreglo a los requisitos que establece el Derecho nacional, cambia de sexo masculino a sexo femenino, cuando esa misma persona habría tenido derecho a tal pensión a la edad de 60 años si se hubiera considerado que, según el Derecho nacional, era mujer”*¹⁰.

Pero también existe discriminación directa sin necesidad de referencia comparativa cuando el empresario decide no contratar a una mujer por el embarazo. Al hilo de lo comentado procede señalar que *“la negativa de contratación debida al embarazo solamente puede oponerse a las mujeres y, por lo tanto, constituye una discriminación directa por razón de sexo. Ahora bien, hay que considerar que la denegación de contratación debida a las consecuencias económicas de la baja por maternidad se basa esencialmente en el embarazo. Esta discriminación no puede justificarse mediante argumentos relacionados con el perjuicio económico padecido por el empresario en caso de contratación de una mujer embarazada durante su período de descanso por maternidad”*. En efecto, un empresario viola directamente el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres cuando se niega a celebrar

⁹ STJUE 13 de enero de 2004, *Allonby contra Accrington & Rossendale College y otros*, Asunto C-256/01.

¹⁰ STJUE 27 de abril de 2006, *Richards contra Secretary of State for Work and Pensions*, Asunto C-423/04.

un contrato de trabajo con una candidata que se había considerado apta para ejercer la actividad de que se trata, “cuando esta negativa de contratación se basa en las eventuales consecuencias, perjudiciales para el empresario, que se seguirían de la contratación de una mujer embarazada y que tienen su origen en normas promulgadas por las autoridades públicas en materia de incapacidad laboral que asimilan la incapacidad para ejercer una actividad por causa de maternidad a la incapacidad para ejercer una actividad por causa de enfermedad”¹¹.

No solo existe discriminación cuando se trata de modo diferente a personas en situaciones similares, sino también cuando personas que se encuentran en situación diferente reciben el mismo trato. En efecto esta forma de discriminación se le conoce como indirecta.

Existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja. Por ejemplo, de acuerdo con la jurisprudencia europea, existirá discriminación indirecta “cuando una disposición o normativa (nacional), a pesar de estar redactada en términos neutros, en realidad perjudica a un porcentaje mucho más elevado de mujeres que de hombres, a no ser que esta diferencia de trato esté justificada por razones objetivas ajenas a cualquier discriminación por razón del sexo”. Y así, “se puede hablar de discriminación si, de hecho, este régimen afecta a un número mayor de mujeres que de hombres”. Del caso enjuiciado parece verosímil que se trata, a primera vista, de una discriminación indirecta cuando “de las estadísticas se desprende que muchas más mujeres que hombres trabajan a tiempo parcial, de manera que, sobre todo, las funcionarias se ven afectadas por la reducción de pensión”, sin que pueda justificarse sobre la base de factores objetivos que no tienen nada que ver con la discriminación por razón del sexo¹². Por tanto, aunque la normativa sea neutral sobre el cálculo de las pensiones al aplicarse a todos los empleados a tiempo parcial, al afectar a una mayoría imperante de mujeres, el efecto de la norma perjudica a las mujeres respecto a los hombres, lo que confirma que existe discriminación indirecta –salvo que la misma pueda ser justificada objetivamente–. Sin embargo, no existirá discriminación indirecta cuando, de acuerdo con el convenio colectivo controvertido, “el cómputo de los períodos de escolaridad y el alargamiento del plazo de ascenso de nivel en el primer nivel de la tabla salarial, se aplica del mismo modo a todos los trabajadores que soliciten el cómputo de tales períodos, incluidos, con carácter retroactivo, los trabajadores que ya hayan alcanzado los niveles superiores”¹³. Lo anterior por no existir una diferencia de trato indirecto.

¹¹ STJUE 8 de noviembre de 1990, *Dekker contra Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (VJV-Centrum) Plus*, Asunto C-177/88. En el mismo sentido, STJUE 14 de julio de 1994, *Webb contra EMO Air Cargo (UK) Ltd*, Asunto C-32/93.

¹² STJUE 23 de octubre de 2003, *Hilde Schönheit contra Stadt Frankfurt am Main*, Asunto C-4/02; y *Silvia Becker contra Land Hessen*, Asunto C-5/02.

¹³ SJTUE 21 de diciembre de 2016, *Daniel Bowman contra Pensionsversicherungsanstalt*, Asunto C-539/15.

Por último, en la normativa de España, la discriminación aparece asociada a la igualdad. En efecto, el artículo 14 CE establece lo siguiente: “*los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social*”.

La igualdad como equiparación es consecuencia de la consideración jurídica de todos los seres humanos como iguales. En efecto, el artículo 14 del CEDH dispone que “*el goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna*”. Esta prohibición de discriminación protege a todos los seres humanos que están bajo la jurisdicción de los Estados miembros y no solamente a los ciudadanos europeos¹⁴.

2. LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN EN EL ÁMBITO LABORAL: LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE Y TEDH

El artículo 14 CEDH establece que no deberá discriminarse por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación. Estos últimos términos –“*cualquier otra situación*”– permiten a los tribunales europeos introducir otro tipo de discriminaciones como la discapacidad, edad u orientación sexual¹⁵. No se trata, por tanto, de una lista cerrada y exhaustiva o *numerus clausus*.

Además, el CEDH no prohíbe cualquier diferencia de trato en el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en el Convenio y en sus Protocolos Adicionales, sino solo aquellas distinciones que no posean una justificación objetiva y razonable. Sin embargo, la respuesta de los supuestos que no poseen fundamentación objetiva y razonable nos obliga a indagar por la jurisprudencia de los órganos judiciales garantes del CEDH. Por tanto, veamos a continuación cada uno de los supuestos de discriminación mencionados en el artículo 14 del CEDH a través de la jurisprudencia europea.

¹⁴ Monereo Atienza, C., “Principio de no discriminación”, en AA. VV., *La Europa de los derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, (C. Monereo Atienza y J. L. Monereo Pérez, Dirs. y Coords.), Comares, Granada, 2012, p. 469; *Ibid.*, en una perspectiva general, *Universos de dignidad*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 59 y sigs. También Velasco Portero, M.T.: “La adaptación del ordenamiento jurídico español a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de discriminación”, en *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 127 (2017), págs. 145 y sigs.

¹⁵ AA. VV., *Manual de legislación europea contra la discriminación*, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, 2011, p. 91.

2.1. La discriminación por razón de género o sexo

Analizando la discriminación laboral entre los hombres y mujeres, el TJUE ha tenido ocasión de pronunciarse en reiteradas ocasiones: en una situación en la que un porcentaje mucho mayor de trabajadores femeninos que de trabajadores masculinos desempeña un empleo en jornada compartida —cada trabajador realiza el 50% del trabajo cobrando cada uno de ellos la misma proporción—, el tribunal europeo se opone a una normativa conforme a la cual *“a los trabajadores a tiempo compartido que acceden a un empleo en jornada completa se les atribuye un grado de la escala retributiva correspondiente al personal que trabaja en jornada completa inferior al de la escala retributiva correspondiente al personal que trabaja en jornada compartida que tenían anteriormente, debido a que el empleador aplica el criterio de servicio calculado en términos de tiempo efectivamente trabajado, a menos que dicha normativa esté justificada por criterios objetivos y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo”*¹⁶. En efecto se trataba de un caso en el que se localizaba discriminación indirecta por razón de género al ser mayoritarias las mujeres que participaban en el programa de trabajo compartido, sin que se considere un razonamiento jurídico objetivo el principio de aplicar el ascenso de nivel en función de los años de permanencia real en la función pública.

Típico caso de discriminación por razón de sexo es el referido a la desigualdad retributiva entre trabajadores y trabajadoras. La igualdad de retribución, sin discriminación por razón de sexo, significa: a) que la retribución establecida para un mismo trabajo remunerado por unidad de obra realizada se fija sobre la base de una misma unidad de medida; b) que la retribución establecida para un trabajo remunerado por unidad de tiempo es igual para un mismo puesto de trabajo.

De acuerdo con el artículo 4 de la Directiva 2006/54/CE, *“para un mismo trabajo o para un trabajo al que se atribuye un mismo valor, se eliminará la discriminación directa e indirecta por razón de sexo en el conjunto de los elementos y condiciones de retribución. En particular, cuando se utilice un sistema de clasificación profesional para la determinación de las retribuciones, este sistema se basará en criterios comunes a los trabajadores de ambos sexos, y se establecerá de forma que excluya las discriminaciones por razón de sexo”*.

Al hilo de los argumentos comentados, y aplicado a un supuesto de discriminación indirecta de docentes empleadas a tiempo parcial frente a docentes a tiempo completo, el TJUE ha establecido lo siguiente: *“aunque esa retribución sea igual en la medida en que el derecho a la retribución de las horas extraordinarias sólo se adquiere al superar las tres horas extraordinarias de trabajo, ya se trate de profesores a tiempo parcial o a tiempo completo, procede señalar que*

¹⁶ STJUE 17 de junio de 1998, *Hill y Stapleton contra The Revenue Commissioners y Department of Finance*, Asunto C-243/95.

*tres horas extraordinarias representan una carga de trabajo mucho mayor para los profesores a tiempo parcial que para los que trabajan a tiempo completo. En efecto, si un profesor a tiempo completo tiene que trabajar tres horas más, aparte de sus 98 horas mensuales de trabajo, o sea, un aumento de cerca del 3 %, para recibir una retribución de esas horas extraordinarias, un profesor a tiempo parcial debe trabajar tres horas más, aparte de sus 60 horas mensuales de trabajo, es decir, un aumento del 5 %. Dado que para los profesores a tiempo parcial el número de horas extraordinarias de clase que le dan derecho a una retribución no se reduce de manera proporcional a su tiempo de trabajo, existe pues un trato desigual de estos profesores frente a los profesores a tiempo completo, por lo que respecta a la retribución de sus horas extraordinarias de clase*¹⁷. Por tanto, existe discriminación cuando todos los trabajadores deben efectuar un mínimo de tres horas lectivas mensuales fuera de su tiempo individual de trabajo para tener derecho a una retribución en concepto de horas extraordinarias, lo que no es proporcional para los trabajadores a tiempo parcial.

En este sentido, y sobre la carga de la prueba, es interesante lo que el TJUE ha dispuesto: *“por regla general, corresponde al trabajador que se considera víctima de una discriminación probar que percibe una retribución inferior a la que el empresario paga a su compañero de trabajo del sexo opuesto y que, en realidad él realiza el mismo trabajo o un trabajo de igual valor, comparable al que efectúa su compañero de referencia; el empresario tendrá entonces la posibilidad no sólo de negar que los requisitos de aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras se cumplen en su caso, sino también de invocar razones objetivas y ajenas a toda discriminación por razón de sexo, para justificar la diferencia de retribución señalada*”¹⁸. En otros términos, y aplicado al caso concreto, a la reclamante solo le corresponde demostrar que recibe una retribución inferior a la de su compañero y que realiza un trabajo de igual valor, lo que será suficiente para crear la presunción del trato diferente por razón de género.

El principio de igualdad de retribución no sólo se opone a la aplicación de disposiciones que establezcan discriminaciones directamente basadas en el sexo, sino también a la aplicación de disposiciones que mantengan diferencias de trato entre trabajadores de uno y otro sexo en virtud de criterios no fundados en el sexo, cuando tales diferencias de trato no puedan explicarse por factores objetivamente justificados y ajenos a toda discriminación por razón de sexo. Al hilo de lo comentado, es necesario considerar que existe desigualdad de trato siempre que la retribución que se paga a los trabajadores a jornada completa sea más elevada, a igualdad de horas trabajadas en virtud de una relación de trabajo por cuenta

¹⁷ STJUE 27 de mayo de 2004, *Edeltraud Elsner-Lakeberg contra Land Nordrhein-Westfalen*, Asunto C-285/02.

¹⁸ STJUE 26 de junio de 2001, *Brunnhöfer contra Bank der österreichischen Postsparkasse AG*, Asunto C-381/99.

ajena, que la que se abona a los trabajadores a tiempo parcial. En el asunto a resolver, la empleada que trabaja a tiempo parcial, *“percibe una retribución que, a igualdad de horas efectuadas, es inferior a la que se paga a un profesor que ejerce su actividad a jornada completa, respecto de las horas que realizó fuera de su tiempo individual de trabajo y hasta el límite de la duración ordinaria del trabajo a jornada completa. De esta forma, un profesor a tiempo parcial cuyo tiempo individual de trabajo es de 23 horas lectivas semanales, al realizar 3,5 horas lectivas fuera de ese tiempo de trabajo, percibe una retribución inferior a la que obtiene un profesor a jornada completa por realizar 26,5 horas lectivas”*. En consecuencia, se *“produce una diferencia de trato entre estas dos categorías de funcionarios en detrimento de los que trabajan a tiempo parcial”*. A lo anterior se le une que entre los trabajadores a los que se aplica dicha normativa está *“afectado un porcentaje considerablemente más elevado de trabajadoras que de trabajadores”*; y que la diferencia de trato no está justificada *“por factores objetivos y ajenos a toda discriminación por razón de sexo”*¹⁹.

Por otro lado, y como es obvio, para el TJUE no existe discriminación por razón de edad ni discriminación por razón de sexo, cuando existe abuso de derecho por parte del candidato-demandante. En efecto, desde el principio, se desprende que el trabajador presentó su candidatura a un puesto en prácticas con la única finalidad de no de obtener dicho puesto sino sólo *“la condición formal de candidato, con el único propósito de reclamar una indemnización”* sobre las bases normativas de la discriminación. Una situación fáctica que presenta las características descritas no está comprendida, en principio, en el ámbito de aplicación de las Directivas 2000/78 y 2006/54. En definitiva, el trabajador presentó *“artificialmente su candidatura a un empleo con la finalidad esencial no de ocupar efectivamente dicho empleo, sino de prevalerse de la protección ofrecida por tales Directivas para obtener una ventaja indebida —lo que incumbe verificar al órgano jurisdiccional remitente—”* considerándose que el demandante *“se prevale abusivamente de dicha protección”*²⁰.

2.2. La discriminación por razón de discapacidad

La discapacidad se refiere a una limitación derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas y que suponga un obstáculo para que la persona de que se trate participe en la vida profesional. Pero para que la limitación de que se trate pueda incluirse en el concepto de discapacidad, se requiere la probabilidad de que tal limitación sea de larga duración. Establece el TJUE que *“una persona que haya sido despedida por su empresario exclusivamente a causa de una enferme-*

¹⁹ STJUE 6 de diciembre de 2007, *Ursula Voß contra Land Berlin*, Asunto C-300/06.

²⁰ STJUE 28 de julio de 2016, *Nils-Johannes Kratzer y R+V Allgemeine Versicherung AG*, Asunto C-423/15.

dad no está incluida en el marco general establecido por la Directiva 2000/78 para luchar contra la discriminación por motivos de discapacidad²¹. En esta sentencia, para el TJUE, no existe discapacidad cuando la trabajadora fue despedida tras un período de baja laboral por enfermedad de 8 meses de duración, ya que debe distinguirse la enfermedad de la discapacidad, sin que la primera sea objeto de protección discriminatoria.

Consecuentemente, y con el avance del tiempo, el término de discapacidad se ha perfeccionado entendiéndose como aquella “limitación de la capacidad derivada, en particular, de dolencias físicas, mentales o psíquicas a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, pueden 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”²².

En relación al despido por absentismo, es jurisprudencia consolidada del TJUE que “incluir los días de baja por enfermedad ligada a la discapacidad en el cálculo de los días de baja por enfermedad equivale a asimilar una enfermedad ligada a una discapacidad al concepto general de enfermedad”. No obstante, para el TJUE “es preciso excluir la equiparación pura y simple de los conceptos de discapacidad y de enfermedad”²³.

Término de discapacidad que, por ejemplo, puede ponerse en relación con la obesidad. Así sucede, en particular, si la obesidad del trabajador impide 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 permitan realizar su trabajo o que le generen dificultades en el ejercicio de su actividad profesional²⁴.

En efecto, en comparación con un trabajador sin discapacidad, un trabajador discapacitado está expuesto al riesgo adicional de estar de baja por una enfermedad relacionada con su discapacidad –facilitándose así el despido por circunstancias objetivas–²⁵. De este modo, corre un mayor riesgo de acumular días de baja por enfermedad y, por tanto, de alcanzar los límites previstos en la normativa. Por tanto, queda de manifiesto que “la regla establecida en esta disposición puede desfavorecer a los trabajadores con discapacidad y, de este modo, suponer

²¹ STJUE 11 de julio de 2006, *Chacón Navas contra Eurest Colectividades SA*, Asunto C-13/05.

²² STJUE 9 de marzo de 2017, *Petya Milkova contra Izpālnitelen direktor na Agentsiata za privatizatsia i sledprivatizatsionen kontrol*, Asunto C-406/15.

²³ STJUE 11 de julio de 2006, *Chacón Navas contra Eurest Colectividades SA.*, Asunto C-13/05. Véase, ampliamente, Monereo Pérez, J.L., *Despido objetivo por ineptitud e incapacidades laborales. Estudio técnico y jurídico-crítico de su régimen jurídico*, Albacete, Ed. Bomarzo, 2018.

²⁴ STJUE 18 de diciembre de 2014, *Fag og Arbejde (FOA) contra Kommunernes Landsforening (KL)*, Asunto C-354/13.

²⁵ Monereo Pérez, J. L. y Ortega Lozano, P. G., “La «cosificación» del trabajador en la discriminación indirecta contra discapacitados en materia de absentismo laboral”, *LA LEY UNIÓN EUROPEA* 57/2017, p. 6 (recurso electrónico).

una diferencia de trato indirecta por motivos de discapacidad en el sentido del artículo 2, apartado 2, letra b), de la Directiva 2000/78²⁶. No obstante, esta diferencia de trato indirecta por motivos de discapacidad puede estar objetivamente justificada por una finalidad legítima y cuando los medios aplicados para la consecución de ésta son adecuados y no van más allá de lo necesario para alcanzar la finalidad prevista por el legislador español²⁷.

Al hilo de lo anterior, para el TJUE, combatir el absentismo laboral “constituye una finalidad legítima a efectos del artículo 2, apartado 2, letra b), inciso i), de la Directiva 2000/78/CE, dado que se trata de una medida de política de empleo”²⁸. Por eso han de ser los propios Estados miembros los que comprueben si los medios aplicados por la normativa nacional para la consecución de la finalidad de aumentar el trabajo y la eficiencia en el trabajo son adecuados y no van más allá de lo necesario para alcanzarla²⁹. En este supuesto el TJUE no resuelve la controversia —lo que no es ilícito más bien es frecuente³⁰—. Lo que hace el tribunal es recordar que los Estados miembros disponen de un amplio margen de apreciación para primar un determinado objetivo sobre otro en materias de política social y empleo. Es por ello que el TJUE se remite al tribunal remitente para comprobar si los medios aplicados por la normativa nacional para la consecución de la finalidad de aumentar el trabajo y la eficiencia en el trabajo son adecuados y no van más allá de lo necesario para alcanzarla.

Por otro lado, para el TJUE el hecho de que el interesado se halle en situación de incapacidad temporal, con arreglo al derecho nacional, de duración incierta, a causa de un accidente laboral, no significa, por sí solo, que la limitación de su capacidad pueda ser calificada de duradera, con arreglo a la definición de discapacidad. Entre los indicios que permiten considerar que tal limitación es duradera figuran, en particular, el que, en la fecha del hecho presuntamente discriminatorio, la incapacidad del interesado no presente una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo o el que dicha incapacidad pueda prolongarse significativamente antes del restablecimiento de dicha persona. Al comprobar ese carácter duradero, el juzgado remitente debe basarse en todos los elementos objetivos de que disponga, en particular, en documentos y certificados relativos al estado de dicha persona, redactados de acuerdo con los conocimientos y datos médicos y científicos actuales. En definitiva, el TJUE considera discriminatorio

²⁶ STJUE 11 de abril de 2013, *HK Danmark*, Asuntos C-335/11 y C-337/11.

²⁷ STJUE 18 de enero de 2018, *Ruiz Conejero contra Ferroservicios Auxiliares, S.A.*, Asunto C-270/16.

²⁸ STJUE 11 de abril de 2013, *HK Danmark*, Asuntos C-335/11 y C-337/11.

²⁹ STJUE 18 de enero de 2018, *Ruiz Conejero contra Ferroservicios Auxiliares, S.A.*, Asunto C-270/16.

³⁰ Monereo Pérez, J. L. y Ortega Lozano, P. G., “La «cosificación» del trabajador...”, op. cit., *LA LEY UNION EUROPEA* 57/2017, p. 7 (recurso electrónico).

el despido de un trabajador en situación de incapacidad temporal por accidente laboral cuya duración es incierta al poder quedar incluida –la incapacidad temporal– dentro del concepto de discapacidad³¹.

2.3. La discriminación por razón de edad

Para los tribunales europeos, la normativa nacional que permite la extinción automática de los contratos de trabajo de aquellos trabajadores que cumplen los requisitos de edad y de cotización para poder solicitar el cálculo y reconocimiento de sus derechos de pensión forma parte, desde hace mucho tiempo, del derecho del trabajo de numerosos Estados miembros y está muy extendida en las relaciones laborales.

En este sentido, de los datos aportados en este supuesto, establece el TJUE que no se desprende que tal disposición –en referencia a la normativa nacional de un Estado miembro que permite a las partes de un contrato de trabajo aplazar, de común acuerdo entre trabajador y empresario, sin limitación temporal ni otros requisitos, y durante varias veces, la fecha estipulada de extinción del contrato de trabajo por quedar vinculada a la edad de jubilación ordinaria por la única razón de que el trabajador tiene derecho a una pensión de jubilación– pueda favorecer la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada o sea fuente potencial de abusos en perjuicio de los trabajadores. Por tanto, en modo alguno procede considerar que los límites de edad correspondientes a la edad de jubilación ordinaria conlleven sistemáticamente la precarización de la situación laboral de los trabajadores afectados si éstos disfrutaban de una pensión de jubilación íntegra y, en concreto, si se autoriza al empresario a renovar el contrato de trabajo de que se trate³².

En otra sentencia, considera el tribunal que una normativa nacional que “*prevé la extinción automática del contrato de trabajo cuando el trabajador cumple la edad de jubilación establecida en dicha normativa, dispensa, de manera directa, un trato menos favorable a los trabajadores que hayan alcanzado esa edad en comparación con las demás personas activas en el mercado laboral. Una normativa de este tipo supone, por lo tanto, una diferencia de trato directamente basada en la edad*”. No obstante, aun cuando existe una discriminación por razón de edad, esta discriminación por razón de edad no está prohibida “*si están justificadas objetiva y razonablemente, en el marco del Derecho nacional, por una finalidad legítima, incluidos los objetivos legítimos de las políticas de empleo, del mercado de trabajo y de la formación profesional, y si los medios para lograr este objetivo son adecuados y necesarios*”³³.

³¹ STJUE 1 de diciembre de 2016, *Mohamed Daouidi contra Bootes Plus, S.L.*, Asunto C-395/15.

³² STJUE 28 de febrero de 2018, *Hubertus John contra Freie Hansestadt Bremen*, Asunto C-46/17.

³³ STJUE 16 de octubre de 2007, *Félix Palacios de la Villa contra Cortefiel Servicios SA*, Asunto C-411/05.

En el caso de España, y como justificación objetiva y razonable, la ya no vigente jubilación forzosa de los trabajadores una vez alcanzada una determinada edad se introdujo en la normativa española en un contexto económico caracterizado por un alto nivel de desempleo, con el fin de ofrecer, en el marco de la política nacional de empleo, oportunidades en el mercado de trabajo a las personas en busca de un empleo. En otros términos, la finalidad era regular el mercado nacional de trabajo con el fin, en particular, de reducir el desempleo³⁴. Por lo tanto, considera el TJUE que, en principio, “*un objetivo como el contemplado en la normativa controvertida en el litigio principal justifica «objetiva y razonablemente, en el marco del Derecho nacional», conforme a lo exigido por el artículo 6, apartado 1, párrafo primero, de la Directiva 2000/78, que los Estados miembros puedan establecer una diferencia de trato por motivos de edad*”. Sin embargo, para el cumplimiento de este legítimo objetivo, de acuerdo con el TJUE, debe de haberse utilizado medios “*adecuados y necesarios*”³⁵.

En suma, lo que se tiene en consideración es el favorecimiento del pleno empleo facilitando el acceso al mercado, así como el no exceso de menoscabo del trabajador al que se le obliga a jubilarse puesto que la normativa pertinente no se basa sólo en una edad determinada, sino que tiene también en cuenta la circunstancia de que al término de su carrera profesional, el interesado obtendrá una compensación financiera consistente en una pensión de jubilación fijada en un nivel que no puede considerarse inadecuado³⁶.

Por otro lado, criticable es el supuesto que autoriza a un empresario, de acuerdo con la normativa italiana, a celebrar un contrato de trabajo discontinuo con un trabajador menor de 25 años, sea cual fuere la naturaleza de las prestaciones que han de realizarse, y a despedir a dicho trabajador en el momento en que cumple 25 años. En este supuesto analiza el TJUE si se establece una diferencia de trato por razón de edad. Justifica tal normativa el Gobierno italiano afirmando que la “*posibilidad concedida a los empresarios de celebrar un contrato de trabajo discontinuo «en cualquier caso» y de poner fin a dicho contrato cuando el trabajador de que se trate cumpla 25 años tiene la finalidad de favorecer la entrada al mercado laboral de los jóvenes*”. Se subraya que en “*un mercado laboral en dificultades, como es el mercado italiano, la falta de experiencia profesional es un factor que penaliza a los*

³⁴ Vid. Monereo Pérez, J. L. y Ortega Lozano, P. G., “Derecho a un proceso justo o equitativo a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: especial incidencia en las condenas a España”, *TRABAJO Y DERECHO: NUEVA REVISTA DE ACTUALIDAD Y RELACIONES LABORALES* 34/2017, *passim*. Monereo Pérez, J. L. y Ortega Lozano, P. G., “Derecho a un proceso equitativo”, en AA. VV.: *La garantía multinivel de los Derechos Fundamentales en el Consejo de Europa*, (C. Monereo Atienza y J. L. Monereo Pérez, Dirs. y Coords.), Comares, Granada, 2017, *passim*.

³⁵ STJUE 16 de octubre de 2007, *Félix Palacios de la Villa contra Cortefiel Servicios SA*, Asunto C-411/05.

³⁶ Monereo Pérez, J. L. y Ortega Lozano, P. G., “La discriminación por ...”, op. cit., *LA LEY UNIÓN EUROPEA* 58/2018, p. 16 (recurso electrónico).

jóvenes. Además, la posibilidad de entrar en el mundo laboral y de adquirir experiencia, aunque sea flexible y limitada en el tiempo, puede constituir un trampolín hacia nuevas posibilidades de empleo”. Para el TJUE, “una medida que permite a los empresarios celebrar contratos de trabajo que son menos rígidos puede, habida cuenta del amplio margen de apreciación reconocido a los Estados miembros en la materia, considerarse adecuada para lograr un determinado grado de flexibilidad en el mercado laboral. En efecto, cabe considerar que, por la existencia de un instrumento menos coercitivo y menos costoso que el contrato ordinario, las empresas pueden verse impulsadas a responder con más frecuencia a solicitudes de empleo procedentes de jóvenes trabajadores”. En definitiva, el TJUE considera que la normativa italiana que “permite a un empresario celebrar un contrato de trabajo discontinuo con un trabajador menor de 25 años, sea cual fuere la naturaleza de las prestaciones que deban realizarse, y despedir a ese trabajador en el momento en que cumple 25 años” es lícita “toda vez que la referida disposición persigue un objetivo legítimo de política de empleo y del mercado laboral y los medios previstos para lograr dicho objetivo son adecuados y necesarios”³⁷.

Atractivo es el supuesto en el que un trabajador, comandante de aeronave, fue destinado a la formación de otros pilotos desde el mismo instante en el que cumplió la edad de 65 años. En efecto, la compañía aérea se negó a emplear al comandante de aeronave como piloto en el transporte aéreo comercial desde que cumplió la citada edad fundamentándose en el reglamento del personal de vuelo de la aviación civil. En este sentido, y ante la alegación de discriminación por razón de edad del demandante, recuerda el TJUE que “dentro del respeto del principio de proporcionalidad, sólo podrán introducirse limitaciones cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás”. En este sentido, el TJUE ha declarado que “el objetivo de garantizar la seguridad del tráfico aéreo constituye un objetivo legítimo”³⁸. En estas circunstancias, el tribunal europeo declara que “el objetivo que persigue el establecimiento y el mantenimiento de un nivel elevado y uniforme de seguridad en la aviación civil en Europa es un objetivo de interés general”. En consecuencia, “la prohibición impuesta a los titulares de una licencia de piloto que hayan cumplido 65 años de actuar como piloto de una aeronave dedicada al transporte aéreo comercial constituye un medio adecuado para mantener un nivel adecuado de seguridad de la aviación civil en Europa”³⁹. De cuanto antecede resulta que la diferencia de trato por razón de edad es conforme al derecho europeo.

³⁷ STJUE 19 de julio de 2017, *Abercrombie & Fitch Italia Srl contra Antonino Bordonaro*, Asunto C-143/16.

³⁸ STJUE 13 de septiembre de 2011, *Reinhard Prigge y otros contra Deutsche Lufthansa AG.*, Asunto C-447/09.

³⁹ STJUE 5 de julio de 2017, *Werner Fries contra Lufthansa CityLine GmbH*, Asunto C-190/16.

Al hilo de la discriminación por razón de edad, el TJUE también ha analizado aquel supuesto en el que la convocatoria exige a los candidatos que no hayan cumplido los 35 años para poder participar en el proceso selectivo. Por parte del demandante, “*el límite de edad establecido carece de justificación, en la medida en que restringe el derecho a acceder a las funciones públicas sin causa razonable*”. En este supuesto se otorgan una serie de fundamentaciones en referencia a la edad: “*un agente seleccionado a los 34 años, dado que, por lo demás, deberá seguir una formación de unos dos años de duración, podrá ser destinado a dichas tareas durante un período máximo de 19 años, es decir, hasta que alcance la edad de 55 años. En estas circunstancias, una selección a una edad más avanzada afectaría negativamente a la posibilidad de destinar un número suficiente de agentes a las tareas más exigentes desde un punto de vista físico. Asimismo, tal selección no permitiría que los agentes seleccionados de este modo estuvieran destinados a las citadas tareas durante un período de tiempo suficientemente largo*”. Para el TJUE, “*el objetivo consistente en mantener el carácter operativo y el buen funcionamiento del servicio de la Ertzaintza exige que, para restablecer una pirámide de edades satisfactoria, la posesión de las capacidades físicas específicas no deba entenderse de manera estática, únicamente durante las pruebas del proceso selectivo, sino de manera dinámica, teniendo en cuenta los años de servicio que prestará el agente después de ser seleccionado*”. En definitiva, una norma como la controvertida que establece que los candidatos a agentes no deben haber cumplido 35 años, “*por un lado, es adecuada al objetivo consistente en mantener el carácter operativo y el buen funcionamiento del servicio de policía de que se trata y, por otro, no va más allá de lo necesario para alcanzar este objetivo*”⁴⁰.

2.4. La discriminación por razón de raza, origen étnico, color y pertenencia a una minoría nacional

La Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico no se refiere expresamente a la nacionalidad. En efecto, dispone su artículo 3.2 lo siguiente: “*la presente Directiva no afecta a la diferencia de trato por motivos de nacionalidad y se entiende sin perjuicio de las disposiciones y condiciones por las que se regulan la entrada y residencia de nacionales de terceros países y de apátridas en el territorio de los Estados miembros y de cualquier tratamiento derivado de la situación jurídica de los nacionales de terceros países y de los apátridas*”.

Precepto de la Directiva 2000/43/CE que colisiona con el propio CEDH que sí se refiere expresamente a la nacionalidad; no obstante, es la propia jurisprudencia

⁴⁰ STJUE 15 de noviembre de 2016, *Gorka Salaberria Sorondo contra Academia Vasca de Policía y Emergencias*, Asunto C-258/15.

cia de los tribunales europeos quienes salvan tal cuestión cuando establece que la nacionalidad o el origen nacional es una característica específica que puede entenderse como un elemento constitutivo de la etnia. La citada Directiva tampoco contiene una definición de origen racial o étnico.

En este sentido, es la Convención Internacional de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial –todos los Estados miembros de la Unión Europea y el Consejo de Europa son parte de la misma– (en adelante, ICERD) la que define la discriminación racial con la inclusión de la característica de la raza, color, linaje u origen nacional o étnico.

De acuerdo con el artículo 1.1 de la ICERD, es discriminación racial “*toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública*”.

Por su parte, aunque en el derecho comunitario no se aluda expresamente a los términos de lengua, color o ascendencia como características protegidas, tal omisión no significa que éstas no puedan protegerse como parte de la raza o del origen étnico, en la medida en que la lengua, el color y la ascendencia se encuentran vinculadas intrínsecamente a la raza o la etnia⁴¹.

Para explicar los conceptos de raza y etnia, el TEDH ha dictaminado que la lengua, la religión, la nacionalidad y la cultura pueden ser factores indisolubles de la raza⁴²: “*la etnia y la raza son conceptos relacionados que se solapan. Mientras que el concepto de raza parte de la idea de la clasificación biológica de los seres humanos en subespecies con arreglo a rasgos morfológicos como el color de la piel o las características faciales, la etnia tiene su origen en la idea de los grupos sociales marcados por la nacionalidad, la afiliación tribal, la fe religiosa, la lengua compartida o los orígenes y antecedentes culturales y tradicionales comunes*”⁴³.

Por su interés nos centramos ahora en comentar un concreto caso del TEDH que relaciona la discriminación con la etnia gitana. En este supuesto, la demandante se queja de la negativa de concederle una pensión de viudedad debido a que su matrimonio, celebrado según el ritual de la etnia gitana a la que pertenece, carece de efectos civiles y vulnera el principio de no discriminación reconocido por el artículo 14 del CEDH. Manifiesta que su unión matrimonial ha sido considerada como una relación *more uxorio*: es decir, una simple unión de hecho.

En este sentido, son veraces los hechos que constatan el matrimonio por el rito gitano celebrado en noviembre de 1971 según las tradiciones propias de la

⁴¹ AA. VV.: *Manual de legislación europea contra la discriminación*, op. cit., p. 109.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ STEDH 13 de diciembre de 2005, *Timishev contra Rusia*.

comunidad gitana. De esta unión nacieron seis hijos. La interesada vivió con su marido hasta el fallecimiento de este último. Además, el Registro Civil les había expedido un Libro de familia en el que están inscritos la pareja y sus hijos. También obtuvieron el título administrativo de familia numerosa, para el que se requiere la condición de “cónyuge”. Por otra parte, el marido estaba afiliado a la Seguridad Social y cotizó durante diecinueve años, tres meses y ocho días, y tenía una cartilla en la que figuraban a su cargo la demandante como esposa y sus seis hijos.

Para la demandante, la discriminación se basa en el hecho de que su solicitud de pensión de viudedad ha recibido un trato diferente en comparación con otros casos equivalentes en los que el derecho a la concesión de la pensión de viudedad fue reconocido, incluso en ausencia de matrimonio de acuerdo con las previsiones legales, mientras que, en su caso, ni su buena fe ni las consecuencias de su pertenencia a la minoría gitana fueron tomadas en cuenta.

A la luz de cuanto antecede y habida cuenta de las circunstancias específicas del presente caso, el TEDH “*considera desproporcionado que el Estado español, que expidió un Libro de Familia a la demandante y a su familia, les reconoció el estatus de familia numerosa, les concedió, a la interesada y a sus seis hijos, asistencia sanitaria y recaudó las cotizaciones de su marido gitano en la Seguridad Social durante más de diecinueve años, no quiera ahora reconocer los efectos del matrimonio gitano en materia de pensión de viudedad*”, declarando así la existencia de vulneración del artículo 14 del CEDH⁴⁴.

2.5. La discriminación por razón de nacionalidad u origen nacional

Para el TEDH existe discriminación por razón de nacionalidad cuando, a un ciudadano turco, se le deniega una prestación por desempleo por no poseer la ciudadanía austríaca. En efecto, para el tribunal europeo, el solicitante se encontraba en una situación comparable a la de los nacionales austríacos ya que era residente permanente y había cotizado al régimen de la seguridad social. El TEDH “*considera que la diferencia de trato que se hace entre austríacos y no austríacos respecto del derecho a recibir la asistencia de emergencia*”, no se basa en ninguna “*justificación objetiva ni razonable*”. Concluye el tribunal considerando que “*la ausencia de un acuerdo de seguridad social recíproco entre Austria y Turquía no podía justificar el trato diferenciado, puesto que la situación del demandante, en la práctica, se aproximaba en gran medida a la de los ciudadanos austríacos*”⁴⁵.

En este mismo sentido el supuesto del ciudadano de Costa de Marfil que reside en Francia y que solicitó una prestación destinada a las personas con discapacidad. Tal prestación fue rechazada por el Estado francés “*sobre la base de*

⁴⁴ STEDH 8 de diciembre de 2009, *Muñoz Díaz contra España*.

⁴⁵ STEDH 16 de septiembre de 1996, *Gaygusuz contra Austria*.

que, como no era ciudadano de Francia ni de ningún país con el que Francia hubiera firmado un acuerdo de reciprocidad respecto de la asignación para adultos discapacitados, el demandante no cumplía con las condiciones estipuladas”. Sin embargo, el TEDH determinó que, en la práctica, el solicitante se encontraba en una situación similar a la de los ciudadanos franceses, ya que cumplía todos los demás criterios recogidos en la ley para recibir la prestación y se había beneficiado de otras prestaciones de la seguridad social que no dependían de la nacionalidad. Por consiguiente, el tribunal resuelve que “los argumentos propuestos por el Gobierno son poco convincentes. La diferencia de trato respecto del derecho a los beneficios sociales entre los ciudadanos franceses o de otro país que hubiera firmado un acuerdo de reciprocidad y los ciudadanos de otros países no se basaba en una justificación objetiva y razonable”. En suma, para el TEDH existe discriminación a los fines del artículo 14 de CEDH cuando no se persigue un “fin legítimo” o no hay una “relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad que se busca cumplir”⁴⁶.

Cambiando de hilo argumental, el hecho de que un empleador declare públicamente que no contratará a trabajadores de determinado origen étnico o racial, lo que evidentemente puede disuadir firmemente a determinados candidatos de presentar su candidatura y, por tanto, dificultar su acceso al mercado de trabajo, “constituye una discriminación directa en la contratación, en el sentido de la Directiva 2000/43”. Además, “la existencia de tal discriminación directa no requiere que haya un denunciante identificable que alegue haber sido víctima de tal discriminación”. Sobre la regla de la inversión de la carga de la prueba, “las declaraciones mediante las que un empleador da a conocer públicamente que, en el marco de su política de contratación, no empleará a trabajadores de determinado origen étnico o racial pueden ser uno de esos hechos aptos para basar la presunción de una política de contratación discriminatoria. En consecuencia, incumbe a ese empleador aportar la prueba de que no ha vulnerado el principio de igualdad de trato, lo que puede hacer en particular demostrando que la práctica real de contratación de su empresa no corresponde a esas declaraciones”⁴⁷.

Sobre la igualdad de trato, también se establece la abolición de toda discriminación basada en la nacionalidad entre trabajadores de los Estados miembros⁴⁸: concretamente, el artículo 45 TFUE se refiere a la prohibición de la discrimina-

⁴⁶ STEDH 30 de septiembre de 2003, *Koua Poirrez contra Francia*.

⁴⁷ STJUE 10 de julio de 2008, *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding contra Firma Feryn NV*, Asunto C-54/07.

⁴⁸ Ortega Lozano, P. G., “La regulación comunitaria de los despidos colectivos como garantía de efectividad de la libre circulación de trabajadores”, en AA. VV., *Libre circulación de trabajadores en la Unión Europea. Treinta años en la Unión* (Gorelli Hernández, J., Coord.), CARL, Sevilla, 2017, pp. 117 y ss. Guindo Morales, S., “La condición de nacionalidad en el acceso a los empleos públicos: alcance actual de la excepción del artículo 45.4 TFUE”, en AA. VV., *Libre circulación de trabajadores en la Unión Europea. Treinta años en la Unión* (Gorelli Hernández, J., Coord.), CARL, Sevilla, 2017, pp. 79 y ss.

ción directa e indirecta basada en la nacionalidad⁴⁹. En efecto, la libre circulación de trabajadores prohíbe a los Estados miembros la adopción de medidas que favorezcan a los trabajadores que residan en su territorio si con ello están favoreciendo a sus nacionales y, de ese modo, están creando una discriminación por razón de nacionalidad⁵⁰.

En este sentido el TJUE⁵¹ ha concluido que, si bien determinados criterios son aplicables independientemente de la nacionalidad, deben ser considerados indirectamente discriminatorios cuando puedan perjudicar especialmente a los trabajadores migrantes. Tal como establece la Comisión Europea, algunos ejemplos de discriminación indirecta son las situaciones en las que un subsidio concreto esté supeditado a un requisito de residencia o los requisitos de idioma para determinados puestos que, por definición, puedan ser cumplidos más fácilmente por los nacionales que por los no nacionales⁵².

2.6. La discriminación por razón de origen social, nacimiento y propiedad o fortuna

A las características del origen social, nacimiento y propiedad se refiere el artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En este sentido, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en la observación general n.º 20 que versa sobre “*la no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales*”, se refiere a ellos de la manera que vemos a continuación.

El origen social se refiere a la condición social que hereda una persona en el contexto de la discriminación por motivos relacionados con la posición económica, la discriminación basada en la ascendencia como parte de la discriminación por nacimiento y la discriminación por motivos relacionados con la situación económica y social. Origen social plenamente vinculado al origen nacional que, aun cuando lo hemos comentado anteriormente, se refiere al Estado, la nación o el lugar de origen de una persona. Esas circunstancias pueden determinar que una persona o un grupo de personas sufran una discriminación sistémica en el ejercicio de los derechos que les confiere el Pacto.

La discriminación por motivos de nacimiento, obviamente, está prohibida y el artículo 10.3 del Pacto dispone expresamente, por ejemplo, que se deben adop-

⁴⁹ Guindo Morales, S., “Alcance actual de la restricción de acceso al empleo público por razón de la nacionalidad establecida en el artículo 45.4 del tratado de funcionamiento de la Unión Europea”, *DERECHO DE LAS RELACIONES LABORALES* 6/2017, pp. 504 y ss.

⁵⁰ Monereo Pérez, J. L. y Ortega Lozano, P. G., “La libre circulación de trabajadores nacionales de los Estados miembros: discriminación por razón de nacionalidad e igualdad de condiciones laborales”, *Revista La Ley Unión Europea* 51/2017, p. 13 (recurso electrónico).

⁵¹ STJUE 24 de febrero de 2015, C. G. *Sopora contra Staatssecretaris van Financiën*, Asunto C-512/13. STJUE 23 de mayo de 1996, *John O’Flynn contra Adjudication Officer*, Asunto C-237/94.

⁵² STJUE 18 de julio de 2017, *Konrad Erzberger contra TUI AG*, Asunto C-566/15.

tar medidas especiales en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación. Por tanto, no deberá darse un trato distinto a quienes nazcan fuera de matrimonio, tengan padres apátridas o sean adoptados, ni tampoco a sus familias. El nacimiento como motivo prohibido de discriminación también incluye la ascendencia, especialmente sobre la base de la casta o sistemas similares de condición heredada.

La posición económica, como motivo prohibido de discriminación, es un concepto amplio que incluye los bienes raíces (por ejemplo, la propiedad o tenencia de tierras) y los bienes personales (por ejemplo, la propiedad intelectual, los bienes muebles o la renta) o la carencia de ellos.

2.7. La discriminación por razón de lengua

A la discriminación por motivos de idioma también se refiere el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en la observación general n.º. 20 que versa sobre “*la no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales*”.

La discriminación por motivos de idioma suele guardar estrecha relación con el trato desigual por motivos de origen nacional o étnico. Las barreras lingüísticas pueden dificultar el goce de muchos de los derechos culturales reconocidos en el Pacto, incluido el derecho a participar en la vida cultural garantizado en el artículo 15. Por lo tanto, la información sobre los servicios públicos, por ejemplo, debe estar disponible, en la medida de lo posible, en las lenguas minoritarias, y los Estados partes deben asegurarse de que todo requisito lingüístico en las esferas del empleo y la educación se base en criterios razonables y objetivos.

2.8. La discriminación por razón de religión o creencia

El término religión debe entenderse de forma amplia, de conformidad con el derecho internacional. De acuerdo con el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en la observación general n.º. 20, se establece la prohibición de discriminación que comprenda la religión o creencia que se elija (o el hecho de no profesar ninguna), individualmente o en una comunidad, que se manifieste pública o privadamente en el culto, la observancia, la práctica y la enseñanza. En este sentido, puede haber discriminación religiosa, por ejemplo, cuando no se da acceso a una minoría religiosa a la universidad, al empleo, o a los servicios de atención de salud a causa de su religión.

El TEDH ha resuelto un caso en el que el demandante se queja de haber sido privado de una pensión de jubilación por su confesión religiosa. Concretamente, nos encontramos ante un supuesto en el que la legislación nacional en la materia únicamente ha reconocido a los sacerdotes católicos la posibilidad de completar el período de cotización mínimo de quince años requerido para tener derecho a una pensión de jubilación, mediante el pago del capital-coste correspondiente a

las anualidades que les falten. El demandante se queja de que se le ha denegado el reconocimiento de una pensión de jubilación por ser pastor protestante cuando sí que se le reconoce a otras confesiones religiosas –como la católica–. En efecto, *“la legislación española de derecho del trabajo ha previsto, por distintas vías, que los sacerdotes católicos que habían desarrollado una actividad pastoral antes de su integración al Régimen de la Seguridad Social puedan, contrariamente a lo que ocurre en el caso de los pastores evangélicos, computar sus años de ministerio religioso a efectos del cálculo de su pensión de jubilación”*. Sin embargo, *“ninguna de estas posibilidades ofrecidas a los sacerdotes católicos para que sean computados, a efectos de pensión de jubilación, los años anteriores a su integración al régimen de la Seguridad Social se concede a los pastores evangélicos en la legislación española”*, lo que claramente supone la violación del artículo 14 del CEDH⁵³.

Interesante es el supuesto en el que una oferta de empleo solicita que los candidatos deben cumplir el siguiente requisito: *“son requisitos fundamentales la pertenencia a una Iglesia protestante o a una Iglesia integrada en la comunidad de trabajo de las Iglesias cristianas de Alemania y la identificación con la misión de servicio social evangélico. Se ruega que indique su confesión en su curriculum vitae”*. Para el legislador de la Unión Europea, *“la pertenencia a la religión o la adhesión a las convicciones en que se basa la ética de la Iglesia o de la organización de que se trate debe resultar necesaria debido a la importancia de la actividad profesional en cuestión para la afirmación de esa ética o el ejercicio de su derecho a la autonomía por parte de esa iglesia o de esa organización”*. Es por ello que la Iglesia o la organización que haya exigido el requisito de pertenecer a una determinada comunidad religiosa para optar al empleo *“está obligada a demostrar, a la luz de las circunstancias de hecho del caso concreto, que el riesgo alegado de vulneración de su ética o de su derecho a la autonomía es probable y grave, de tal modo que el establecimiento de ese requisito resulte verdaderamente necesario”*. Para ello y con la finalidad de cumplir con la normativa europea se deberá de haber respetado el principio de proporcionalidad –al cual, nos referimos en otro epígrafe de manera detallada–. En efecto, *“cualquier diferencia de trato debe ejercerse respetando, en particular, los principios generales del Derecho comunitario”*. Dado que el principio de proporcionalidad forma parte de los principios generales del Derecho de la Unión⁵⁴, resuelve el TJUE manifestando que *“los órganos jurisdiccionales nacionales deben comprobar si el requisito de que se trata es apropiado y no excede de lo necesario para alcanzar el objetivo previsto”*⁵⁵.

⁵³ STEDH 3 de abril de 2012, *Manzanas Martín contra España*.

⁵⁴ STJUE 6 de marzo de 2014, *Cruciano Siragusa contra Regione Sicilia*, Asunto C-206/13. STJUE 9 de julio de 2015, *Minister van Buitenlandse Zaken contra K y A*, Asunto C-153/14.

⁵⁵ STJUE 17 de abril de 2018, *Vera Egenberger y Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung eV*, Asunto C-414/16.

Se dilucida por el TJUE si “*la voluntad de un empresario de tener en cuenta los deseos de un cliente de que los servicios de dicho empresario no sigan siendo prestados por una trabajadora que lleva un pañuelo islámico constituye un requisito profesional esencial y determinante*” que ha ocasionado el despido de la trabajadora⁵⁶. En el análisis de si existe una diferencia de trato basada directamente en la religión o las convicciones o en la de una diferencia de trato basada indirectamente en tales motivos, el TJUE afirma que si el despido “*se fundó en el incumplimiento de una norma interna en vigor en la empresa por la que se prohibía el uso de cualquier signo visible de convicciones políticas, filosóficas o religiosas*” (extremo que corresponderá comprobar al tribunal remitente), “*y si se acredita que esa norma en apariencia neutra ocasiona, de hecho, una desventaja particular a aquellas personas que profesan una religión o tienen unas convicciones determinadas*”, cabría concluir que “*existe una diferencia de trato basada indirectamente en la religión o las convicciones*”⁵⁷. En cambio, si el despido no se basó en la existencia de una norma interna de la empresa, debe examinarse “*si la voluntad de un empresario de tener en cuenta el deseo de un cliente de que los servicios no sigan siendo prestados por una trabajadora*” que “*ha sido enviada por ese empresario al centro de trabajo del cliente y lleva un pañuelo islámico constituye un requisito profesional esencial y determinante*”. En este sentido, recuerda el TJUE que “*sólo en muy contadas circunstancias una característica vinculada en particular a la religión puede constituir un requisito profesional esencial y determinante*”. En definitiva, el concepto de requisito profesional esencial y determinante, “*implica un requisito objetivamente dictado por la naturaleza de la actividad profesional de que se trate o por el contexto en que ésta se lleve a cabo*”, lo que no puede cubrir “*consideraciones subjetivas, como la voluntad del empresario de tener en cuenta los deseos particulares del cliente*”, existiendo, por tanto, discriminación⁵⁸.

En un caso parecido, establece el TJUE que “*la prohibición de llevar un pañuelo islámico dimanante de una norma interna de una empresa privada que prohíbe el uso visible de cualquier signo político, filosófico o religioso en el lugar de trabajo no constituye una discriminación directa por motivos de religión o convicciones*”. En cambio, tal norma interna de una empresa privada puede constituir una discriminación indirecta “*si se acredita que la obligación aparentemente neutra que contiene ocasiona, de hecho, una desventaja particular a aquellas personas que profesan una religión o tienen unas convicciones determinadas*,”

⁵⁶ STJUE 14 de marzo de 2017, *Asma Bougnaoui, Association de défense des droits de l’homme (ADDH) contra Micropole SA, anteriormente Micropole Univers SA*, Asunto C-188/15.

⁵⁷ STJUE 14 de marzo de 2017, *Samira Achbita y Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding contra G4S Secure Solutions NV*, Asunto C-157/15.

⁵⁸ STJUE 14 de marzo de 2017, *Asma Bougnaoui, Association de défense des droits de l’homme (ADDH) contra Micropole SA, anteriormente Micropole Univers SA*, Asunto C-188/15.

*salvo que pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima, como el seguimiento por parte del empresario de un régimen de neutralidad política, filosófica y religiosa en las relaciones con sus clientes, y que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios, extremos que corresponderá comprobar al tribunal remitente*⁵⁹.

2.9. La discriminación por razón de opiniones políticas o de otra índole

El TEDH se ha referido expresamente a la discriminación por opiniones políticas o de otra índole. Este tipo de discriminación se localiza en situaciones en las que una persona mantiene una determinada convicción que no es susceptible de calificarse como discriminación por religión o creencia. Sin embargo, lo usual por parte del TEDH es introducir la discriminación por opiniones políticas o de otra índole en la protección otorgada por el artículo 10 del CEDH y que se refiere al derecho a la libertad de expresión: *“toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa”*.

3. EL TEST DE IDONEIDAD, EL TEST DE INDISPENSABILIDAD O ESTRICTA NECESIDAD Y EL TEST DE PROPORCIONALIDAD: EL JUICIO GENERAL DE PROPORCIONALIDAD APLICABLE AL CASO DE DISCRIMINACIÓN POR EDAD DE JUBILACIÓN

En los casos analizados donde interviene el principio de prohibición de discriminación la cuestión más importante radica en torno al juicio de proporcionalidad de la medida. Este análisis de la proporcionalidad no es diferente al que llevan a cabo los tribunales nacionales: en nuestro caso, destaca la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. No obstante, conviene tener presente dos aspectos⁶⁰: el margen de apreciación que el propio TEDH reconoce a los estados en la garantía de los derechos reconocidos en el CEDH; y también la existencia o no de un estándar común europeo en la materia en controversia.

En efecto, de acuerdo con los tribunales españoles, el principio de igualdad y no discriminación no sólo exige que la diferencia de trato resulte objetivamente justificada, sino también que supere un juicio de proporcionalidad en sede consti-

⁵⁹ STJUE 14 de marzo de 2017, *Samira Achbita y Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding contra G4S Secure Solutions NV*, Asunto C-157/15.

⁶⁰ Mestre I Mestre, R. M., “Prohibición de”, op. cit., p. 296.

tucional sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida⁶¹.

En este sentido, es criterio del Tribunal Constitucional –plenamente transportable al TJUE como veremos a continuación– que “*el principio constitucional de igualdad exige, en primer lugar, que las singularizaciones y diferenciaciones normativas respondan a un fin constitucionalmente válido para la singularización misma; en segundo lugar, requiere que exista coherencia entre las medidas adoptadas y el fin perseguido y, especialmente, que la delimitación concreta del grupo o categoría así diferenciada se articule en términos adecuados a dicha finalidad y, por fin, que las medidas concretas o, mejor, sus consecuencias jurídicas sean proporcionadas al referido fin*”⁶². Pero este juicio no debe limitarse a la ponderación genérica acerca de si el tipo de diferenciación introducida resulta adecuada o razonable para alcanzar el fin perseguido; en otros términos, si resulta o no arbitraria; sino que, al tratarse de una regla que, al tiempo que protege a un determinado grupo afecta a otros derechos sustantivos dignos de tutela, la proporcionalidad debe ponderarse en referencia al grado de constricción de esos derechos y teniendo como límite infranqueable el respeto de su contenido constitucional.

Por tanto, para comprobar si se supera el juicio de proporcionalidad exigible es necesario constatar si cumple los siguientes tres requisitos o condiciones: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto –test o juicio de idoneidad–; si, además, era necesaria en el sentido de que no existía otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia –juicio de indispensabilidad o estricta necesidad de acuerdo con la jurisprudencia española; test de necesidad o de ausencia de medios alternativos de acuerdo con la jurisprudencia europea–; y, finalmente, si la misma era proporcionada en sentido estricto, en otros términos, ponderada o equilibrada por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto –test o juicio de proporcionalidad–⁶³.

El juicio de idoneidad presupone que entre el medio y el fin debe existir una relación positiva: el medio debe facilitar el fin⁶⁴. El juicio de indispensabilidad o estricta necesidad –denominado también de intervención mínima, de la alternativa menos gravosa, o de subsidiariedad– es un elemento que optimiza el grado de eficacia de los derechos frente a las limitaciones establecidas para su ejercicio. Se requiere que las medidas utilizadas sean aptas para el cumplimiento de la finali-

⁶¹ Mercader Uguina, J. R., “Bases para la construcción del juicio de no discriminación por razón de edad”, en AA. VV.: *Trabajadores maduros. Un análisis multidisciplinar de la repercusión de la edad en el ámbito social*, (Mercader Uguina, J. R., Dir.), Lex Nova, Valladolid, 2009, p. 34.

⁶² STC 58/1993, de 6 mayo [RTC 1993\158].

⁶³ STC 66/1995, de 8 mayo [RTC 1995\66].

⁶⁴ Bernal Pulido, C., *El principio de proporcionalidad y derechos fundamentales* CEC, Madrid, 2003, p. 718.

dad que se pretende, seleccionando, de entre todas las posibles, la que sea menos gravosa para el derecho en controversia. Por último, el juicio de proporcionalidad implica que los medios elegidos deben mantenerse en una relación razonable con el resultado pretendido. Por tanto, se deberá valorar y ponderar todos los bienes involucrados obteniendo un resultado más beneficioso para el interés general⁶⁵.

Este juicio general de proporcionalidad integrado por el juicio de idoneidad, el juicio de indispensabilidad o estricta necesidad y el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, es fácilmente observable –y plenamente transportable, por ejemplo, a la sentencia del TJUE de 28 de febrero de 2018– en la STC 22/1981, de 2 de julio, donde se analiza la declaración forzosa a la jubilación del trabajador desde el momento en que éste cumplió los sesenta y nueve años de edad –edad máxima–. Tal jubilación forzosa se pone en relación con el derecho al trabajo –artículo 35 CE–, ya que el mismo se veía sacrificado con la obligación de jubilación del trabajador.

En efecto, con este viejo precepto se establecía legalmente una edad que determina la incapacidad para trabajar y la extinción de la relación laboral. Al respecto, la posible inconstitucionalidad se tiene que poner en relación con el artículo 14 CE: principio de igualdad. No obstante, también es cierto que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado, en relación con el artículo 14 del CEDH⁶⁶, que toda desigualdad no constituye necesariamente una discriminación. En efecto, la discriminación no prohíbe toda diferencia de trato en el ejercicio de los derechos y libertades: la igualdad es sólo violada cuando la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable; en este sentido, la existencia de dicha justificación debe apreciarse en relación a la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo darse una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida⁶⁷.

Y, en este sentido, uno de los argumentos más importantes es el referido a la política del pleno empleo cuya ejecución puede conducir a que, en una razonable ponderación, el derecho individual al trabajo de una categoría de trabajadores se vea justamente limitado en pro de la consecución de unos resultados socialmente más estimables en la perspectiva colectiva del derecho al trabajo. La pregunta, por tanto, es la siguiente: ¿puede justificarse por este motivo el establecimiento de una edad máxima de admisión al trabajo?

Para el Tribunal Constitucional, *“esta política de empleo supone la limitación de un derecho individual consagrado constitucionalmente en el artículo 35, pero esa limitación resulta justificada, pues tiene como finalidad un límite reconocido en*

⁶⁵ Mercader Uguina, J. R., “Bases para la construcción...”, op. cit., p. 36.

⁶⁶ Artículo 14. Prohibición de discriminación. *“El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación”*.

⁶⁷ Doctrina del TEDH y del TC.

la Declaración Universal de Derechos Humanos, en su artículo 29.2 –el reconocimiento y respeto a los derechos de los demás–, y se apoya en principios y valores asumidos constitucionalmente, como son la solidaridad, la igualdad real y efectiva y la participación de todos en la vida económica del país (artículo 9 de la Constitución)”. Además, por otra parte, “dicha limitación puede quedar también justificada por su contribución al bienestar general –otro de los límites reconocidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales–, si se tienen en cuenta las consecuencias sociales de carácter negativo que pueden ir unidas al paro juvenil”⁶⁸.

Aplicando este triple test o juicio y trasladando lo anterior a la reciente STJUE de fecha 28 de febrero de 2018⁶⁹, la fijación de una edad máxima de permanencia en el trabajo es compatible con la constitucionalidad de la norma siempre que con tal limitación se asegure la finalidad perseguida por la política de empleo: es decir, “*en relación con una situación de paro, si se garantizase que con dicha limitación se proporciona una oportunidad de trabajo a la población en paro, por lo que no podría suponer, en ningún caso, una amortización de puestos de trabajo*”. Ahora bien, tal limitación supone un sacrificio personal y económico que en la medida de lo posible debe ser objeto de compensación; por tanto, “*el límite máximo de edad sólo será efectivo si el trabajador ha completado los periodos de carencia para la jubilación*”⁷⁰.

Esta línea argumental es suficiente para apoyar la constitucionalidad de la fijación de una edad laboral máxima pero solamente –y esto es fundamental; de hecho, es el quid o la esencia de la cuestión– si ésta se establece dentro del marco de una política de empleo con los condicionamientos ya señalados.

Del propio pronunciamiento de la sentencia del TJUE de 28 de febrero de 2018, cabe una interpretación sistemática y teleológica de la jubilación, de acuerdo con la cual, su contenido podría concretarse en los siguientes términos: a) Se reconoce la posibilidad de realizar una política de empleo utilizando como instrumento la jubilación forzosa; b) Posibilidad de jubilación forzosa que puede pactarse libremente por acuerdo entre trabajador y empresario o negociación colectiva. c) Jubilación forzosa del trabajador que será lícita y no discriminatoria por razón de edad siempre y cuando responda a razones objetivas y, por ende, cumpla con los requisitos del juicio de proporcionalidad⁷¹.

Extinción automática del contrato por llegar a una determinada edad que, a nuestro juicio, es una medida razonable y objetivamente válida, pero que resultará

⁶⁸ STC 22/1981, de 2 julio [RTC 1981\22].

⁶⁹ STJUE 28 de febrero de 2018, *Hubertus John contra Freie Hansestadt Bremen*, Asunto C-46/17.

⁷⁰ STC 22/1981, de 2 julio [RTC 1981\22].

⁷¹ Monereo Pérez, J. L. y Ortega Lozano, P. G., “La discriminación por razón...”, op. cit., *La Ley Unión Europea* 58/2018, p. 19 (recurso electrónico).

desproporcionada si no queda insertada dentro de una política de empleo concreta: por tanto, será inconstitucional cuando se fije como causa de jubilación única el cumplimiento de una determinada edad en abstracto –sin incluirlo en propósitos o finalidades razonables y objetivas–.

En definitiva, y aplicando este triple juicio de proporcionalidad, concluimos y respondemos a la problemática de la edad de jubilación planteada con una única afirmación: la edad puede ser un elemento diferenciador válido siempre que existan motivos razonables para ello.

4. CAMBIO JURISPRUDENCIAL DEL TJUE EN LA DISCRIMINACIÓN ENTRE TRABAJADORES TEMPORALES E INDEFINIDOS POR LAS INDEMNIZACIONES QUE RECIBEN AL TERMINAR SU CONTRATO DE TRABAJO

En recientes fallos del TJUE de fecha 5 de junio de 2018, el tribunal europeo modifica el criterio seguido en otra sentencia del año 2016 (asunto Diego Porras) que disponía que si existía en la legislación española una discriminación injustificada y que los asalariados fijos y temporales debían percibir una compensación similar por extinción del contrato de trabajo. Veamos las recientes sentencias:

4.1. Asunto Montero Mateos⁷²

En el asunto Montero Mateos, el TJUE recuerda que la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo Marco referido al principio de no discriminación prohíbe, por lo que respecta a las condiciones de trabajo, tratar a los trabajadores con un contrato de duración determinada de modo menos favorable que a los trabajadores fijos comparables por el mero hecho de tener un contrato de trabajo de duración determinada, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas. Al hilo de lo anterior, el TJUE exige *“que no se traten de manera diferente situaciones comparables y que no se traten de manera idéntica situaciones diferentes, a no ser que dicho trato esté objetivamente justificado”*⁷³.

El propio TJUE se remite al juzgado remitente para determinar si la trabajadora, *“cuando fue contratada por la Agencia mediante un contrato de duración determinada, se hallaba en una situación comparable a la de los trabajadores contratados por tiempo indefinido por este mismo empleador durante el mismo periodo de tiempo”*⁷⁴.

⁷² STJUE 5 de junio de 2018, *Montero Mateos*, Asunto C-677/16.

⁷³ STJUE 8 de septiembre de 2011, *Rosado Santana*, Asunto C-177/10.

⁷⁴ STJUE 8 de septiembre de 2011, *Rosado Santana*, Asunto C-177/10, STJUE 18 de octubre de 2012, *Valenza y otros*, Asunto C-302/11 a C-305/11, STJUE 13 de marzo de 2014, *Nierodzik*, Asunto C-38/13.

Dicho esto, el TJUE deduce de los datos de que dispone que la trabajadora *“ejercía las mismas funciones de auxiliar de hostelería en una residencia de personas mayores que aquellas para las que fue contratada la persona que superó el proceso”*, ya que dicho *“proceso selectivo tenía precisamente por objeto proveer con carácter definitivo el puesto”*. Por consiguiente, *“procede considerar que la situación de una trabajadora con contrato de duración determinada”* era *“comparable a la de un trabajador fijo contratado por la Agencia para ejercer las mismas funciones de auxiliar de hostelería en una residencia de personas mayores”*.

En consecuencia, es preciso comprobar si existe una razón objetiva que justifique que la finalización de un contrato de interinidad no dé lugar al abono de indemnización alguna al trabajador temporal de que se trata, mientras que un trabajador fijo tiene derecho a una indemnización cuando se le despide por una de las causas previstas en el artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores.

En la sentencia se hace referencia a que el Gobierno español invoca la diferencia que caracteriza al contexto en que se producen las causas de finalización de los contratos temporales previstas en el artículo 49, apartado 1, letra c), del Estatuto de los Trabajadores, como el vencimiento del término de un contrato de interinidad, en relación con aquel en el que está previsto el abono de una indemnización en caso de despido debido a la concurrencia de una de las causas previstas en el artículo 52 de dicho Estatuto, como las económicas, técnicas organizativas o de producción, cuando el número de puestos de trabajo suprimidos es inferior al requerido para calificar la extinción de los contratos de despido colectivo. *“Para explicar la diferencia de trato de que se trata en el litigio principal, el Gobierno español subraya, en esencia, que, en el primer caso, la extinción de la relación laboral se produce a consecuencia de un hecho que el trabajador podía anticipar en el momento de la celebración del contrato temporal. A su juicio así sucede en la situación objeto del litigio principal, en la que el contrato de interinidad finalizó por la adjudicación del puesto vacante”* que la trabajadora *“ocupaba con carácter provisional”*. *“En el segundo supuesto, en cambio, el abono de la indemnización establecida en el artículo 53, apartado 1, letra b), del Estatuto de los Trabajadores está motivado por la voluntad de compensar la frustración de las expectativas legítimas del trabajador en lo que respecta a la continuidad de la relación laboral, frustración originada por haber sido despedido debido a la concurrencia de una de las causas previstas en el artículo 52 de dicho Estatuto”*. Y es esta fundamentación jurídica la que el TJUE asumirá para la resolución del caso distinguiendo ambos supuestos de extinción del contrato de trabajo.

De este modo, *“las partes de un contrato de trabajo temporal conocen, desde el momento de su celebración, la fecha o el acontecimiento que determinan su término. Este término limita la duración de la relación laboral, sin que las partes deban manifestar su voluntad a este respecto tras la conclusión de dicho contrato”*. En cambio, *“la extinción de un contrato fijo por una de las causas previstas*

en el artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores, a iniciativa del empresario, tiene lugar al producirse circunstancias que no estaban previstas en el momento de su celebración y que suponen un cambio radical en el desarrollo normal de la relación laboral". Y es en este último caso donde se requiere que se abone a dicho trabajador despedido "una indemnización equivalente a veinte días de salario por año de servicio, precisamente a fin de compensar el carácter imprevisto de la ruptura de la relación de trabajo por una causa de esta índole, y, por lo tanto, la frustración de las expectativas legítimas que el trabajador podría albergar, en la fecha en que se produce la ruptura, en lo que respecta a la estabilidad de dicha relación".

Continúa el TJUE manifestando que, *"en este último supuesto, el Derecho español no opera ninguna diferencia de trato entre trabajadores con contrato temporal y trabajadores fijos comparables, ya que el artículo 53, apartado 1, letra b), del Estatuto de los Trabajadores establece el abono de una indemnización legal equivalente a veinte días de salario por año de servicio en favor del trabajador, con independencia de la duración determinada o indefinida de su contrato de trabajo". Y estas circunstancias "constituyen una razón objetiva que justifica la diferencia de trato controvertida".*

Y termina el tribunal europeo respondiendo a la cuestión prejudicial de la manera siguiente: el Acuerdo Marco *"no se opone a una normativa nacional que no prevé el abono de indemnización alguna a los trabajadores con contratos de duración determinada celebrados para cubrir temporalmente un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para la cobertura definitiva del mencionado puesto, como el contrato de interinidad de que se trata en el litigio principal, al vencer el término por el que estos contratos se celebraron, mientras que se concede indemnización a los trabajadores fijos con motivo de la extinción de su contrato de trabajo por una causa objetiva".*

4.2. Asunto Grupo Norte Facility⁷⁵

Este asunto también versa sobre la indemnización por la finalización de la relación laboral. Se pregunta por el tribunal remitente si la indemnización abonada a los trabajadores con contratos de duración determinada celebrados para cubrir la jornada de trabajo dejada vacante por un trabajador que se jubila parcialmente, como el contrato de relevo controvertido en el litigio principal, al vencer el término por el que estos contratos se celebraron, es discriminatorio por ser inferior a la indemnización concedida a los trabajadores con contrato de duración indefinida con motivo de la extinción de su contrato de trabajo por una causa objetiva.

En consecuencia, es preciso comprobar si existe una razón objetiva que justifique que la finalización del plazo de un contrato de relevo de duración determina-

⁷⁵ STJUE 5 de junio de 2018, *Grupo Norte Facility*, Asunto C-574/16.

da dé lugar al abono al trabajador temporal de que se trata de una indemnización inferior a la que percibe un trabajador fijo cuando se le despide por concurrir una de las causas previstas en el artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores.

La fundamentación jurídica de los tribunales para tratar de manera diferente a estas extinciones laborales radica en la siguiente diferencia: las partes de un contrato de trabajo temporal conocen, desde el momento de su celebración, la fecha o el acontecimiento que determinan su término; este término limita la duración de la relación laboral, sin que las partes deban manifestar su voluntad a este respecto tras la conclusión de dicho contrato. En cambio, la extinción de un contrato fijo por una de las causas recogidas en el artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores, a iniciativa del empresario, resulta del advenimiento de circunstancias que no estaban previstas en el momento de su celebración y que ponen en tela de juicio el desarrollo normal de la relación laboral.

Por consiguiente, el TJUE considera que *“el objeto específico de las indemnizaciones previstas en el artículo 49, apartado 1, letra c), y en el artículo 53, apartado 1, letra b), del Estatuto de los Trabajadores, respectivamente, cuyo abono forma parte de contextos fundamentalmente diferentes, constituye una razón objetiva que justifica la diferencia de trato controvertida”*.

Por tanto, que la indemnización abonada a los trabajadores con contratos de duración determinada sea inferior a la indemnización concedida a los trabajadores con contrato de duración indefinida con motivo de la extinción de su contrato de trabajo por una causa objetiva, no es motivo de discriminación injustificada.

5. INDIVISIBILIDAD Y GARANTÍA MULTINIVEL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y EL TRABAJO DECENTE

Objetivo básico del Derecho Social del Trabajo es el de garantizar la efectividad de los derechos fundamentales, específicos e inespecíficos, de la persona del trabajador. En el Preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 19 de diciembre de 1966 (PIDESC) se establece, por un lado, que todos los derechos se desprenden de la dignidad inherente a la persona humana, y por otro, que, con arreglo a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, no puede realizarse el ideal del ser humano libre liberado del temor y de la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos. De este modo, más allá del reconocimiento diacrónico de distintas “generaciones de derechos” lo que se descubre es la interdependencia, indivisibilidad y necesaria complementariedad del estándar alcanzado –siempre en evolución– de todos los derechos fundamentales. Esta indivisibilidad y comunicabilidad expresa la inseparabilidad y no contradicción de los valores que en

ellos cristalizan, señaladamente, la libertad (formal y real), la igualdad (formal y sustancial conforme a la “justicia social”) y la solidaridad social. Por otra parte, más allá de sus diferencias específicas, todos los derechos requieren obligaciones positivas, jurídicamente exigibles, de actuación por parte de los poderes públicos⁷⁶.

Los derechos fundamentales presentan la unidad propia de su principio articular, que no es otro que la dignidad humana⁷⁷. Por ello mismo, todos los derechos (de cualquier clase, o cualquiera que sea su “generación” de origen) presentan el mismo fundamento. No obstante, cada categoría de derechos adquiere su propia fisonomía y funcionalidad en la realización de ese principio nuclear. Ahora bien, que se admita la realidad jurídica de una diferenciación como regla, entre las diversas categorías de derechos atendiendo al contenido y a las técnicas de protección, no puede conducir a afirmar su necesaria separación y abogar por un tratamiento jurídico completamente independiente.

Los derechos políticos facilitan una salvaguardia y un significado a los derechos civiles, en tanto que los derechos económicos y sociales facilitan los medios esenciales para el ejercicio de los derechos políticos. Como ha puesto de relieve T. C. Van Boven⁷⁸, “en el pensamiento moderno prevalece la idea de la indivisibilidad de los derechos humanos y la libertades fundamentales. Esta idea de indivisibilidad presupone que los derechos humanos forman, por decirlo así, un bloque único y no pueden ser situados unos sobre otros en una escala jerárquica”.

Por tanto, existe una estrecha conexión entre todos los derechos fundamentales, los cuales están mutuamente condicionados. Es la misma indivisibilidad o unidad de la persona humana la que parece constituirse en la base para afirmar la interrelación entre los derechos civiles y políticos y los de carácter económico, social y cultural denotándose, en tal sentido, en el ámbito internacional la tendencia gradual a reducir y difuminar la línea divisoria estricta entre los derechos civiles y políticos y los derechos sociales⁷⁹.

No se puede negar, pues, que en el Derecho Internacional general y regional europeo se consagra explícitamente el principio de indivisibilidad e interdependencia de todos los derechos fundamentales (y no sólo respecto de los “derechos

⁷⁶ Monereo Pérez, J. L., *La metamorfosis del Derecho del Trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2017, pp. 137 y 138. Monereo Pérez, J. L., *La protección de los derechos fundamentales: el modelo europeo*, Bomarzo, Albacete, 2009, pp. 107 y ss.

⁷⁷ Véase paradigmáticamente, el Preámbulo de los dos Pactos Internacionales de derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales, de 19 de diciembre de 1966, que fundamenta en su unidad e indivisibilidad todos los derechos fundamentales y su sistema de garantías en la dignidad de la persona.

⁷⁸ Van Boven, T. C., “Criterios distintivos de los derechos humanos”, en AA. VV.: *Las dimensiones internacionales de los derechos humanos*, (Karel Vasak, Editor general), Ed. Selbal/Unesco, Barcelona, 1984, pp. 77 y ss. Monereo Pérez, J. L., “La Carta comunitaria de derechos sociales fundamentales de los trabajadores” (I) y (II), *REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO DEL TRABAJO. CIVITAS*, 56-57/1992-1993, espec., núm. 57/1993, pp. 85 y ss.

⁷⁹ Monereo Pérez, J. L., *La metamorfosis...*, op. cit., p. 141.

humanos”) dentro del sistema normativo multinivel de garantías de tales derechos. Ese principio esencial es de obligada aplicación directa como criterio interpretativo de carácter transversal u horizontal en la articulación de todo el conjunto de derechos garantizados en el sistema jurídico internacional multinivel. Y en la interpretación jurídica, todos los jueces y tribunales deben aplicarlo y tomarlo en consideración en sus resoluciones, incluido el reclamo de los correspondientes criterios de ponderación ante posibles conflictos que se puedan plantear entre los diferentes derechos.

Esa indivisibilidad, comunicabilidad e interdependencia entre todos los derechos humanos positivados se debe conectar o vincular con la problemática de la efectividad de los derechos fundamentales (generales o específicos sociales de la persona en su concreta posición socio-jurídica) y no sólo en el sentido de eficacia jurídica en orden a la predisposición de mecanismos apropiados de tutela judicial efectiva, sino también, en ligazón inmanente con la misma, con la efectividad práctica de tales derechos. El hecho de afirmar la interdependencia funcional y la existencia de un fundamento común (la dignidad humana), no supone que en una sociedad compleja no se puedan producir conflictos ocasionales entre los derechos fundamentales. Lo que sí será preciso establecer es el marco constitucional de preferencias y técnicas de ponderación entre los mismos en los casos de situaciones específicas de conflicto⁸⁰.

La Unión está obligada a respetar los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el CEDH. Se pretende expandir la idea-fuerza de que los derechos fundamentales son derechos de la persona en sí (con independencia de su nacionalidad de origen), y no exclusiva y restringidamente derechos de ciudadano. Precisamente mediante la internacionalización (universalización) y “europeización” de los derechos fundamentales se tendería a transitar del *status civitatis* al *status personae*, esto es, evolucionar desde los derechos tradicionales de ciudadano (en el sentido tradicional vinculado a la nacionalidad) a los derechos de la persona como tal y en una dimensión universalista e indivisible. Es así como cabe entender la “internacionalización” y “europeización” de los derechos fundamentales, esto es, sustrayéndolos del condicionante liberal de la “nacionalidad”. Se trata de vincular derechos a la persona en sí (estatuto jurídico-protector de la persona) y, al propio tiempo y de manera no sustitutiva, de vincular derechos al empleo (estatuto jurídico-protector de empleo)⁸¹.

El CEDH constituye un nivel mínimo de los derechos humanos y de las libertades fundamentales en Europa. Posee relevancia jurídica fundamental, en particular, en los casos en que la protección que brinda la Unión sea inferior a la prevista por el propio CEDH. Ciertamente, el CEDH refuerza la protección de los derechos garantizados por la CDFUE que entran dentro de su ámbito de

⁸⁰ Monereo Pérez, J. L., *La protección...*, op. cit., p. 111.

⁸¹ Monereo Pérez, J. L., *La metamorfosis...*, op. cit., p. 181.

aplicación; a su vez, la CDFUE también reconoce otros derechos y principios que no se recogen en el CEDH sino en los Protocolos adicionales y en instrumentos relacionados con el CEDH. Por otra parte, la adhesión al CEDH proporciona un mecanismo adicional para la aplicación de los derechos humanos: nos referimos a la posibilidad de presentar una demanda ante el TEDH en relación con una acción u omisión por parte de una institución de la Unión o de un Estado miembro en el marco de la aplicación del Derecho de la Unión. Lo anterior no altera el sistema de jurisdicción del TJUE ni del TEDH y su requisito de haber agotado primero todos los recursos judiciales internos como condición para la admisibilidad de cualquier recurso.

Al ser este sistema de garantías un conjunto de derechos indivisibles e interdependientes de todos los derechos fundamentales es necesario poner estos derechos en plena vinculación con el ámbito laboral: concretamente con el trabajo decente referido descriptivamente como el derecho a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo. Derecho que pretende garantizar un derecho al trabajo de un determinado modo y en unas determinadas condiciones. En efecto, un trabajo de calidad donde deben quedar respetados los valores de salud, seguridad y especialmente dignidad de la persona que trabaja: en definitiva, el conjunto de los derechos sociales y fundamentales del trabajador subordinado⁸². El derecho a unas condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias constituye un derecho social fundamental de carácter universal que crea obligaciones positivas para los Estados respecto a la garantía de calidad del empleo y su desmercantilización relativa a través del reconocimiento de los derechos sociales del trabajador⁸³.

Y en el CEDH, es el artículo 4 quién se refiere tímidamente al derecho al trabajo cuando se refiere a la prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado al establecer lo siguiente: “1. Nadie podrá ser sometido a esclavitud o servidumbre. 2. Nadie podrá ser constreñido a realizar un trabajo forzado u obligatorio. 3. No se considera como trabajo forzado u obligatorio en el sentido del presente artículo: a) Todo trabajo exigido normalmente a una persona privada de libertad en las condiciones previstas por el artículo 5 del presente Convenio, o durante su libertad condicional. b) Todo servicio de carácter militar o, en el caso de objetores de conciencia en los países en que la objeción de conciencia sea reconocida como legítima, cualquier otro servicio sustitutivo del servicio militar obligatorio. c) Todo servicio exigido cuando alguna emergencia o calamidad amenacen la vida o el bienestar de la comunidad. d) Todo trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales”.

⁸² Monereo Pérez, J. L. y Ortega Lozano, P. G., “Trabajo decente y tutela judicial efectiva”, en AA. VV.: *El trabajo decente*, Granada, Comares, 2018, p. 455.

⁸³ Monereo Pérez, J. L. y López Insua, B. M., “La garantía internacional del derecho a un trabajo decente”, *Revista Española de Derecho del Trabajo* 177/2015, p. 27. En una perspectiva exhaustiva, véase la obra colectiva, *El Trabajo Decente*, Monereo Pérez, J.L., Gorelli Hernández, J., Val Tena, A.L. (Directores), López Insua, B.M. (Coordinadora), Granada, Ed. Comares, 2018, *passim*.

Precepto que obligatoriamente ha de ponerse en relación con los artículos 7, 23 y 24 de la DUDH –texto normativo dos años posterior al CEDH–. Es este artículo 7 DUDH el que establece que “*todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación*”. Siendo los artículos 23 y 24 DUDH los que abren una primera puerta a lo que luego habrá de llamarse trabajo decente. Por tanto, no es suficiente cualquier “empleo” sino un “empleo digno”. Lo cual, al tiempo, es indispensable para su plena participación e integración activa en la sociedad de pertenencia. Un trabajo indigno del hombre –malas condiciones, inseguridad, precariedad en el trabajo, discriminación, esto es, sin respeto a sus derechos fundamentales específicos e inespecíficos o generales– no permite alcanzar esta finalidad integradora en el orden social democrático de convivencia⁸⁴.

De ahí surge la imagen del hombre como persona en su doble dimensión individual y social que obliga a que la persona que trabaja vea respetada, en todo momento, su dignidad humana y sus derechos inviolables, y que, asimismo, debe ser puesto en condiciones de tener igualdad de oportunidades para ejercer efectivamente las libertades y derechos constitucionalmente garantizados. Afirmación que se relaciona con la equidad y que comporta que todo trabajador recibirá el mismo trato y consideración en situaciones de trabajo similares. La equidad tiene que relacionarse con el valor de justicia al que alude expresamente la norma; una justicia no sólo procedimental: también material⁸⁵.

Trabajo decente que también deberá ponerse en plena vinculación con los artículos 6 y siguientes del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC); artículo 10 de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales de los Trabajadores (de fecha 9 de diciembre de 1989); artículos 5, 15, 27, 28, 29, 30, 32, 33, 34 y especialmente 31 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea; y diversos textos normativos de la OIT⁸⁶.

El trabajo decente es un concepto integrado por derechos y políticas que poseen la finalidad de aumentar la cantidad y calidad del empleo, la seguridad en el trabajo y de una remuneración digna. El derecho a un trabajo decente es un derecho social de estructura compleja que comprende un conjunto de derechos anudados funcionalmente. En cuanto al ámbito subjetivo en la garantía de las condiciones de trabajo justas y equitativas cabe decir que se extiende a cualquier trabajador sin distinción alguna.

⁸⁴ Monereo Pérez, J. L. y Ortega Lozano, P. G., “Trabajo decente...”, op. cit., p. 456. Monereo Pérez, J. L. y López Insua, B. M., “La garantía internacional...”, op. cit., REDT 177/2015, pp. 28 y 29.

⁸⁵ Ricoeur, P., *Lo justo*, trad. de A. Domingo Moratalla, Caparrós Editores, Madrid, 2003, p. 32. Sen, A., *La idea de justicia*, Taurus, Madrid, 2010, pp. 255 y ss.

⁸⁶ Para mayor abundamiento, vid. Monereo Pérez, J. L. y Ortega Lozano, P. G., “Trabajo decente...”, op. cit., *passim*.

La terminología de “trabajo decente” se encuentra formada por el contenido de dos conceptos. Por un lado, el término “trabajo” –más general que empleo u ocupación– que se refiere a todas las formas en las cuales las personas contribuyen al desarrollo de la economía y de la sociedad abarcando todo tipo de empleos: el trabajo dependiente, autoempleo y las actividades de economía informal⁸⁷. Por otro lado, el término “decente” que es un concepto ético-jurídico que se refiere al desarrollo u ocupación digna del trabajador. En efecto, el “trabajo decente” no solo debe erradicar el desempleo sino que también debe conseguir el objetivo de que el trabajo sea digno.

Además, la idea de trabajo decente incluye la existencia de empleos suficientes –posibilidades de trabajar–, la remuneración –en metálico y en especie–, la seguridad en el trabajo y las condiciones laborales salubres⁸⁸.

El contenido del derecho se describe a través de una doble técnica jurídica interdependiente. Primero se utiliza una técnica de cláusula general: por ejemplo, en el artículo 7 PIDESC se establece que “*los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias*”. Después se realizan algunas especificaciones concretas cuando se establece que, en especial, le asegurarán: a) Una remuneración que proporcione un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor; b) Condiciones de existencia dignas; c) Igualdad de oportunidades; d) El descanso, el disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo y las variaciones periódicas pagadas, así como la remuneración de los días festivos⁸⁹.

El alcance y la eficacia de la garantía de condiciones de trabajo equitativas y justas comporta un límite explícito de contención a las políticas de mercantilización de las condiciones de trabajo lo que entronca con las propuestas de modernización del Derecho del Trabajo. Localizamos –procedentes del Derecho Europeo– nuevas propuestas de índole estructural que plantean, a través del cambio del neologismo “flexiseguridad”, un cambio de orientación y de modelo de Derecho del Trabajo. En efecto, se pretende la sustitución progresiva de un modelo de Derecho del Trabajo garantista –basado en el garantismo flexible– por un modelo de Derecho del Trabajo liberalizador –basado en un garantismo debilitado– produciendo un desplazamiento de la constitución democrático-social del trabajo –propia del constitucionalismo social y de su forma política de Estado social– por una diversa constitución liberalizadora del trabajo –propia de una constitución liberal o de un Estado de competencia económica o Estado de mercado–. En definitiva, un Derecho del Trabajo al servicio del funcionamiento

⁸⁷ Gil y Gil, J. L., “Globalización y empleo: Propuestas de la OIT para un desarrollo sostenible”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social* 11/2014, p. 7.

⁸⁸ Ghay, D., “Trabajo decente. Concepto e indicadores”, *Revista Internacional del Trabajo* 2/2003, p. 125.

⁸⁹ Monereo Pérez, J. L. y Ortega Lozano, P. G., “Trabajo decente...”, op. cit., pp. 460 y 461.

del mercado y de la competitividad de las empresas. Lo que se propone abiertamente no es una simple modernización o adaptación sino un cambio de modelo. Se desea sustituir el modelo del garantismo flexible por otro de naturaleza distinta orientada a la maximización de la flexibilidad laboral, la individualización y la primacía del rendimiento empresarial⁹⁰.

En este sentido, para la OIT, el trabajo decente significa, ante todo, la creación de un entorno de seguridad económica básica en el que un número cada vez mayor de personas en todas las sociedades puedan perseguir su propio sentido de la ocupación, que exija una buena y mejorable seguridad económica y social⁹¹.

En suma, el trabajo decente engloba los requisitos de que exista trabajo para todas las personas que lo busquen, que el trabajo sea productivo, que haya libertad para elección de empleo, y que cada trabajador tenga la posibilidad de adquirir la formación necesaria para desarrollar el empleo que le convenga; lo anterior, sin tener en cuenta la raza, color, sexo, religión, opinión política, procedencia nacional u origen social del empleado –lo que nos pone en plena vinculación con la prohibición de discriminación del artículo 14 del CEDH–⁹².

Las cualidades de lo equitativo, justo y satisfactorio constituyen conceptos jurídicamente indeterminados. Por lo general remiten hacia el deber de establecer condiciones de trabajo orientadas hacia la igualdad y no discriminación entre todos los trabajadores que se encuentren en las mismas circunstancias y atiendan al hecho diferencial que, en su caso, pueda existir entre las categorías de trabajadores. En efecto, los trabajadores deben tener condiciones de trabajo dignas en consideración a la clase y calidad del trabajo realizado, y no solo en condiciones de salud, seguridad y de tiempo de prestación de servicios, sino también, inevitablemente, de condiciones retributivas. El derecho a una remuneración suficiente enlaza con el derecho a la existencia como primer e inviolable derecho de todo ser humano. Se trata de una existencia justa, equitativa y digna del hombre, en tanto que le permite llevar una vida digna con las condiciones materiales necesarias para el libre desarrollo de su personalidad en una sociedad democrática. Solo así se da verdadero sentido a la libertad del ser humano⁹³. Pero también es necesario reconocer el derecho de todos los trabajadores a un nivel de vida digno en el

⁹⁰ Monereo Pérez, J. L., “La política europea de «modernización» del derecho del trabajo: la reforma social desde el garantismo flexible frente a la opción liberalizadora”, *Revista de Derecho Social* 48/2009, *passim*.

⁹¹ Véase OIT: *Seguridad económica para un mundo mejor*, MTAS-Informes OIT, Madrid, 2005, pp. 521 y ss.

⁹² Gil y Gil, J. L., “Globalización y empleo...”, *op. cit.*, *RDAS* 11/2014, p. 15.

⁹³ Monereo Pérez, J. L. y López Insua, B. M., “Derecho a unas condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo”, en AA. VV.: *El sistema universal de los Derechos Humanos. Estudio sistemático de la declaración universal de los derechos humanos, el pacto internacional de derechos civiles y políticos, el pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales y textos internacionales concordantes* (C. Monereo Atieza y J. L. Monereo Pérez, Dirs. y Coords.), Comares, Granada, 2014, p. 809.

marco de un sistema público de protección social que se articule con el desarrollo social y las formas cambiantes de la economía y de la división del trabajo social⁹⁴.

En este sentido, el TEDH ha reiterado que es contrario al CEDH el sometimiento de los trabajadores a condiciones especialmente duras, correspondiendo a los Estados signatarios adoptar aquellas medidas adecuadas con las que impedir toda actuación tendente a imponer condiciones de trabajo que supongan la mercantilización del empleo, cuando no un trabajo forzoso o de servidumbre⁹⁵.

En suma, la implantación de condiciones de trabajo dignas va a exigir la intervención activa del legislador comunitario: debe establecer las garantías adecuadas teniendo en cuenta que las citadas garantías no son sólo estrictamente jurídicas sino también de carácter político e institucional.

Pero el trabajo decente también se vincula con la dignidad y, por ende, con la idea ya transmitida de que todos los derechos se desprenden de la dignidad inherente a la persona humana.

La idea de la dignidad en el trabajo encuentra sus raíces en la tradición cristiana⁹⁶: en este sentido, precisamente, la Biblia impone el descanso sabático como algo sagrado⁹⁷, reconociendo el derecho a un salario justo⁹⁸, que debe ser pagado sin dilación por el empresario⁹⁹.

La proclamación de la dignidad en el trabajo se inspira en la propia DUDH cuando, en su Preámbulo, establece que “*la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana*”. Más adelante continúa el citado texto normativo estableciendo que “*los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres*”. Y es el artículo 1 DUDH quien establece que “*todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros*”. Y el artículo 22 dispone que toda persona tiene derecho a la “*satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad*”. Es así como se desprende la significación y envergadura del derecho a la dignidad humana –también en el trabajo y con las condiciones laborales dignas y decentes– respecto al conjunto de los derechos fundamentales.

⁹⁴ Monereo Pérez, J. L., “El trabajo autónomo, entre autonomía y subordinación”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social* 5/2009, p. 85.

⁹⁵ STEDH 26 de julio de 2005, *Siliadin contra Francia*.

⁹⁶ Gil y Gil, J. L., “Globalización y empleo...”, op. cit., *RDAS* 11/2014, p. 20.

⁹⁷ Éx. 20, 8-11; 23, 12; Lev. 23,3; Núm. 15, 32-36; Dt. 5, 12-15; Heb. 4, 9-10, y Ef. 2, 10. Gen. 2, 1-3 presenta a Dios creando el mundo al ritmo de la semana israelita.

⁹⁸ Jer. 22, 13; Mal. 3,5; Lc. 10, 7, y Sant. 5, 4.

⁹⁹ Lev. 19, 13; Dt. 24, 14-15, y Tob. 4, 14.

Dentro del Derecho Europeo, normativamente, el valor de la dignidad en el trabajo encuentra desarrollo especial en el artículo 31 CDFUE en relación con el artículo 26 de la Carta Social Europea revisada de 1996. La dignidad en el trabajo es dignidad del trabajador al respetarse su personalidad en todos los ámbitos donde la relación laboral se desarrolla. Por tanto, la dignidad pertenece a la esfera de lo no mercantilizable y como tal pertenece a las garantías propias del trabajo decente¹⁰⁰.

La misma CDFUE dedica a la “*dignidad*” todo el título I—artículos 1 a 5—. De ahí se comprende la centralidad de la dignidad humana en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En este mismo sentido, establece su artículo 1 que “*la dignidad humana es inviolable. Será respetada y protegida*”. Precisamente, en la explicación relativa al artículo 1 CDFUE, se indica que “*la dignidad de la persona humana no sólo es en sí un derecho fundamental, sino que constituye la base misma de los derechos fundamentales*”. En este sentido, el TJUE ha confirmado que el derecho fundamental a la dignidad humana forma parte del Derecho de la Unión. En su traslado al orden laboral, el valor fundamental de la dignidad se configura normativamente como un derecho subjetivo del trabajador, precisamente para reforzarlo en sus mecanismos de garantía. Realmente es una especialidad o especificación del derecho a la dignidad humana genéricamente garantizada en el artículo 1 DUDH y CDFUE pero trasladada al ámbito de las relaciones laborales.

En efecto, el derecho a la dignidad también encuentra tutela en el ámbito de las relaciones laborales: en efecto, la subordinación jurídico-organizativa del trabajador no debe suponer la mercantilización o la privación de su consideración como sujeto libre o el desconocimiento de los aspectos que permiten el libre desarrollo de su personalidad. Por tanto, la dignidad del trabajador actúa como límite de la obligación de subordinación y del ejercicio de los poderes directivos y organizativos del empleador en el lugar de trabajo. El respeto de la dignidad del trabajador se convierte en un primario valor fundamental. Dignidad que penetra en todas las esferas de los derechos fundamentales.

Se exige la garantía jurídica de respeto y protección adecuada también en el lugar de trabajo; es decir, en el marco específico de la relación jurídica de trabajo. La dignidad es un derecho de la persona a disponer de sí misma—con autodeterminación personal—¹⁰¹. Estas afirmaciones suponen que la dignidad acaba comprendiendo, por un lado, los derechos de la persona que trabaja—los que son inherentes a su condición humana, de sujeto jurídico y no de objeto—y, por otro, normaliza jurídicamente la vigencia de los derechos fundamentales de la persona en el seno de las relaciones de trabajo¹⁰².

¹⁰⁰ Monereo Pérez, J. L. y Ortega Lozano, P. G., “Trabajo decente...”, op. cit., p. 464.

¹⁰¹ STJUE 9 de octubre de 2001, *Reino de los Países Bajos contra Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea*, Asunto C-377/98.

¹⁰² Monereo Pérez, J. L. y López Insua, B. M., “Derecho a unas...”, op. cit., pp. 813 y 814.

En definitiva, la subordinación jurídico-organizativa del trabajador no puede suponer la privación de libertad y dignidad de la persona, impidiendo así que una relación de dominio se convierta en una pura instrumentalización autoritaria. La dignidad humana no puede permitir la imposición de los poderes del empleador en una zona infranqueable como la del derecho citado: el derecho a la dignidad del trabajador. Trato decente o digno de las condiciones laborales especialmente relacionadas también con la tutela específica del principio de igualdad y no discriminación –como ya hemos tenido ocasión de comentar–.

6. REFLEXIONES CRÍTICAS: HACIA UN NUEVO MODELO DE TRABAJO DECENTE

La igualdad es un concepto complejo que es perfectamente compatible con el reconocimiento de la diferencia¹⁰³. Debe dejarse atrás aquel concepto de igualdad formal absoluta de todos en todo, esto es, aquel concepto homogeneizante convertido en una ficción de la realidad fáctica marcada por las múltiples diferencias. La igualdad formal no impide el desarrollo de lo diferente, que es lo que precisamente define al ser humano, es decir, su libertad para decidir sobre su propia vida¹⁰⁴. Al hilo de lo anterior, el TJUE respeta el amplio margen de apreciación reconocido a los Estados miembros no sólo en cuanto a la determinación de un concreto objetivo en materia de política social y de empleo, sino también en cuanto a la definición de las medidas que puedan ponerlo en práctica¹⁰⁵.

En el sistema normativo europeo (Sistema de los Tratados) se excluye de la acción legislativa y de coordinación comunitaria un conjunto de derechos sociales fundamentales, cuya garantía débil hacen irreconocible un Derecho constitucional de Trabajo (y en particular, un derecho sindical): salario (y en particular, el salario mínimo, por otra parte centro preferente de la negociación colectiva interna y europea), el derecho de huelga (el cual autentifica el sistema de relaciones laborales basado en relaciones reales de poder) y el mismo derecho de asociación (incluido derecho de sindicación).

El actual marco vigente de la Unión y de los Estados miembros es insuficiente y deficiente. Se comprenderá que la Unión como comunidad política democrática tiene que construirse sobre la base de una constitución garantista de derechos

¹⁰³ Monereo Pérez, J. L. y Ortega Lozano, P. G., “La discriminación por razón de edad vinculada al momento de la jubilación del trabajador: la objetividad, la razonabilidad y el juicio de proporcionalidad”, *LA LEY UNIÓN EUROPEA* 58/2018, p. 4 (recurso electrónico).

¹⁰⁴ Monereo Atienza, C., “Principio de no discriminación”, en AA. VV., *La Europa de los derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, op. cit., p. 475.

¹⁰⁵ STJUE 14 de marzo de 2018, *Georg Stollwitzer y ÖBB Personenverkehr AG*, Asunto C-482/16.

fundamentales plenamente eficaces en el plano jurídico y político (compromiso de acción de los poderes públicos); una Unión regida por una constitución europea. Se trataría de construir una unidad político-constitucional europea que surja de una decisión fundamental soberana del poder constituyente europeo en torno a un conjunto de valores e intereses superiores, reflejo de la existencia de una comunidad e identidad política definida como tal en el espacio europeo. En esta secuencia, cabe decir que a la legitimidad sustancialmente política de la Unión contribuiría la garantía europea de los derechos fundamentales.

Por otro lado, el orden público laboral garantista ha sido una característica constitutiva de nuestro ordenamiento laboral; sin embargo, actualmente se ha producido una reorientación del intervencionismo legislativo en una dirección liberalizadora (que entraña una remercantilización de los derechos sociales) y un proceso de desregulación en el Derecho social.

El legislador hace dejación de ciertos espacios regulativos que la autonomía colectiva no está en condiciones de ocupar o cubrir. Por tanto, esos espacios tienden a ser apropiados por los poderes unilaterales del empleador. Pero no por ello el Estado se ha hecho menos intervencionista, pues la cuestión es más compleja ya que lo que ha cambiado es la orientación y el sentido del intervencionismo público. Lo que se viene produciendo es una desregulación en el campo de las garantías sociales, y una neoregulación comprometida por los nuevos criterios preferentes de garantía de la rentabilidad y la competitividad empresarial. Es por ello que las reformas de derecho atienden a valores ahora más incisivamente vinculados a la iniciativa económica y a la libertad de empresa que a la tutela del trabajador subordinado¹⁰⁶. En suma, se eleva a la categoría de canon de constitucionalidad la coyuntura actual de la crisis económica como parámetro de valoración constitucional de las medidas restrictivas o limitativas de los derechos constitucionales establecidas por el legislador ordinario¹⁰⁷.

Lo que se discute es más amplio que la crisis o recesión económico: nos encontramos ante la discusión efectiva del tipo de regulación jurídico-institucional de los mercados de trabajo y de las relaciones laborales que mejor se correspondan con las condiciones de globalización de la economía mundial; y, en plena vinculación a ello, la pretensión de implantar un modelo de competitividad basado en la competitividad por los costes de trabajo y la precarización permanente como condición existencial de carácter estructural de trabajo profesional¹⁰⁸. Sin embargo, se debe apostar por diseñar un modelo de flexibilidad “ofensiva” en el sentido de arriesgar por la calidad del empleo (trabajo decente) y la flexibilidad colectivamente negociada.

De los modelos de competitividad (competitividad por la innovación y calidad de producto y de trabajo; competitividad por la reducción de costes del

¹⁰⁶ Monereo Pérez, J. L., *La metamorfosis...*, op. cit., p. 214.

¹⁰⁷ Voto particular de Valdés Dal Re, F., en STC 119/2014, de 16 julio [RTC 2014, 119].

¹⁰⁸ Monereo Pérez, J. L., *La metamorfosis...*, op. cit., p. 220.

factor trabajo), se ha optado por un modelo de competitividad económica y de flexibilidad laboral donde prevalece la reducción de costes del factor trabajo, el debilitamiento de los derechos laborales y el debilitamiento de las organizaciones sindicales y de sus instrumentos, a saber: la negociación colectiva y la huelga. La legislación de apoyo a la competitividad se ha basado en una reducción de las garantías de los derechos laborales y no en una política de pleno empleo de calidad. Por el contrario, es necesario hacer prevalecer un modelo de competitividad por la innovación, la calidad del producto y del trabajo con garantías.

Lo que debe vincularse necesariamente con el “Trabajo Decente” que implica un trabajo garantizado, un trabajo con derechos sociolaborales y, por tanto, sometido a un estatuto jurídico-protector de la persona que trabaja. En realidad, el trabajo decente es el punto de convergencia de varios objetivos estratégicos: la promoción de los derechos fundamentales en el trabajo, la protección social y el diálogo social. El trabajo decente es un trabajo que goza de una “relativa desmercantilización” a través de la garantía jurídica de los derechos sociales. En este sentido, la vinculación de las políticas de empleo y de Seguridad Social permitiría aplicar políticas eficientes orientadas al pleno empleo, políticas de lucha contra la precariedad laboral y de protección frente al desempleo. En definitiva, trabajo decente para todas las personas que trabajan y protección por desempleo de calidad para los desempleados. En esta dirección debe caminar el Derecho Social del Trabajo y de la Seguridad Social en una sociedad democrática que como tal ya no puede dejar de ser democracia social y sustancial.