

Derecho Social de la Unión Europea

Aplicación por el Tribunal de Justicia

María Emilia Casas Baamonde
Ignacio García-Perrote Escartín
Román Gil Alburquerque
Adriano Gómez García-Bernal
Antonio V. Sempere Navarro
Directores



Derecho del Trabajo
y Seguridad Social

Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado
Fundación para la Investigación sobre el Derecho y la Empresa (FIDE)

Con el patrocinio de:
Asociación Nacional de Laboralistas (ASNALA)
y Foro Español de Laboralistas (FORELAB)

DERECHO SOCIAL DE LA UNIÓN EUROPEA

Aplicación por el Tribunal de Justicia

COLECCIÓN DE DERECHO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

Director

Antonio V. Sempere Navarro

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
de la Universidad Rey Juan Carlos (s.e.) y Magistrado de la Sala IV
del Tribunal Supremo

Yolanda Cano Galán, Letrada del Gabinete del Tribunal Supremo y Profesora
Titular de la Universidad Rey Juan Carlos.

María Emilia Casas Baamonde, Catedrática de la Universidad Complutense,
presidenta de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad
Social y expresidenta del Tribunal Constitucional.

Susana Rodríguez Escanciano, Catedrática de Derecho del Trabajo y
Seguridad Social, Universidad de León.

Joaquín García Murcia, Catedrático de la Universidad Complutense de
Madrid.

Antonio Ojeda Avilés, Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social,
Universidad de Sevilla.

Lourdes López Cumbre, Catedrática de la Universidad de Cantabria.

Eduardo Rojo Torrecilla, Catedrático de la Universidad Autónoma de
Barcelona.

Carmen Sánchez Trigueros, Catedrática de la Universidad de Murcia.

DERECHO SOCIAL DE LA UNIÓN EUROPEA

Aplicación por el Tribunal de Justicia

Directores

MARÍA EMILIA CASAS BAAMONDE
IGNACIO GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN
ROMÁN GIL ALBURQUERQUE
ADRIANO GÓMEZ GARCÍA-BERNAL
ANTONIO V. SEMPERE NAVARRO

17

COLECCIÓN DE DERECHO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

FUNDACIÓN PARA LA INVESTIGACIÓN SOBRE EL DERECHO Y LA EMPRESA (FIDE)
AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
MADRID, 2023

Primera edición en esta colección: abril de 2023



Esta obra está sujeta a licencia Creative Commons-Atribución-NoComercial-SinDerivadas 4.0 Internacional-CC BY-NC-ND 4.0

© De los contenidos, sus autores
© Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado

Con la colaboración de la Asociación Nacional de Laboralistas (ASNALA) y el Foro Español de Laboralistas (FORELAB)

<https://cpage.mpr.gob.es>

NIPO BOE:

(Papel): 090-23-054-X

(PDF): 090-23-053-4

(ePUB): 090-23-052-9

ISBN: 978-84-340-2919-4

Depósito legal: M-11028-2023

IMPRENTA NACIONAL DE LA AGENCIA ESTATAL
BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
Avenida de Manoteras, 54. 28050 Madrid

LISTADO DE AUTORES

DIRECTORES

María Emilia Casas Baamonde

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad Complutense de Madrid, y Presidenta Emérita del Tribunal Constitucional

Román Gil Alburquerque

Socio de Sagardoy Abogados

Ignacio García-Perrote Escartín

Catedrático de Derecho del Trabajo, UNED. Magistrado de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo

Adriano Gómez García-Bernal

Abogado - Socio J&A Garrigues

Antonio V. Sempere Navarro

Catedrático de Universidad (s.e.). Magistrado del Tribunal Supremo

AUTORES

Joan Agustí Maragall

Magistrado especialista. Sala Social del Tribunal Superior de Justicia de les Illes Balears

Ana Alós Ramos

Socia del Departamento Laboral, Uría Menéndez Abogados

M.^a Lourdes Arastey Sahún

Juez del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

María Amparo Ballester Pastor

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Valencia (s.e.) y Directora de Coordinación Jurídica de la Vicepresidenta segunda del Gobierno

Mario Barros García

Socio, Uría Menéndez Abogados

Antonio Baylos Grau

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Castilla-La Mancha

Ricardo Bodas Martín

Magistrado emérito de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo

Juan Bonilla Blasco

Partner Cuatrecasas. Magister Juris, Oxford

Jaime Cabeza Pereiro

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Vigo

Yolanda Cano Galán

Profesora Titular, Universidad Rey Juan Carlos. Of Counsel Labormatters Abogados

Dolores Carrascosa Bermejo

Prof. Asociada Dra. Universidad Pontificia Comillas (ICADE) y Universidad Complutense de Madrid (UCM). Acreditada T. U. ANECA. Redactora en Lefevbre. Experta Red MoveS de la Comisión Europea

María Emilia Casas Baamonde

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad Complutense de Madrid, y Presidenta Emérita del Tribunal Constitucional

Faustino Cavas Martínez

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Murcia. Magistrado (supl.) del TSJ de la Región de Murcia

Pilar Charro Baena

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Rey Juan Carlos

Jesús Cruz Villalón

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Sevilla y Presidente de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos

Salvador del Rey Guanter

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, ESADE Law School. Socio y Presidente del Instituto Cuatrecasas de Estrategia Legal en Recursos Humanos

Laurentino J. Dueñas Herrero

Profesor titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Valladolid

Raquel Flórez Escobar

Socia de Freshfields Bruckhaus Deringer

Javier Gárate Castro

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Santiago de Compostela

Manuel Antonio García-Muñoz Alhambra

Investigador postdoctoral. Universidad de Luxemburgo

Joaquín García Murcia

Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Universidad Complutense de Madrid

Ignacio García-Perrote Escartín

Catedrático de Derecho del Trabajo, UNED. Magistrado de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo

Bernardo García Rodríguez

Abogado doctor en Derecho profesor asociado, Universidad Rey Juan Carlos

Belén García Romero

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Directora del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Facultad de Derecho/ Coordinadora del Máster en Asesoría Jurídico Laboral. Facultad de Ciencias del Trabajo

Román Gil Alburquerque

Socio de Sagardoy Abogados

José María Goerlich Peset

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universitat de València

Francisco Javier Gómez Abelleira

Catedrático de Derecho del Trabajo, Universidad Carlos III de Madrid

Adriano Gómez García-Bernal

Abogado-Socio J&A Garrigues

José Manuel Gómez Muñoz

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Jean Monnet Chair-European Law, Universidad de Sevilla

■ DERECHO SOCIAL DE LA UNIÓN EUROPEA

Iván López García de la Riva

Profesor Asociado de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Universidad Complutense. Socio Director Abdón Pedrajas Littler

José Fernando Lousada Arochena

Magistrado especialista del Orden Social, TSJ Galicia. Doctor en Derecho-Graduado Social. Profesor asociado, Universidad de Coruña

Carolina Martínez Moreno

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Oviedo

Juan Martínez Moya

Magistrado (especialista) de la Sala Social del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia. Vocal del Consejo General del Poder Judicial

Jesús R. Mercader Uguina

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad Carlos III de Madrid

José María Miranda Boto

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Santiago de Compostela

José Luis Monereo Pérez

Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Universidad de Granada. Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social (AESSS)

María Nieves Moreno Vida

Catedrática de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Universidad de Granada

Magdalena Nogueira Guastavino

Catedrática de Derecho del Trabajo, Universidad Autónoma de Madrid. Exletrada del Tribunal Constitucional

Crístian Oró Martínez

Letrado del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Joaquín Pérez Rey

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Castilla-La Mancha

Sergio Ponce Rodríguez

Socio del Departamento Laboral, Uría Menéndez Abogados

Carlos Hugo Preciado Domènech

Magistrado Especialista del Orden Social, TSJ Catalunya. Doctor en Derecho

Margarita Isabel Ramos Quintana

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de La Laguna

Susana Rodríguez Escanciano

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de León

Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer

Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social

Miguel Rodríguez-Piñero Royo

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Sevilla. Senior Counsellor, PwC Tax & Legal Services

Emma Rodríguez Rodríguez

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Vigo

Eduardo Rojo Torrecilla

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad Autónoma de Barcelona

Carmen Sáez Lara

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Universidad de Córdoba

Carolina San Martín Mazzucconi

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad Rey Juan Carlos

María Luisa Segoviano Astaburuaga

Magistrada del Tribunal Constitucional

Antonio V. Sempere Navarro

Catedrático de Universidad (s.e.). Magistrado del Tribunal Supremo

Fernando Valdés Dal-Ré

Catedrático de Derecho del Trabajo. Magistrado Emérito del Tribunal Constitucional

Antonio José Valverde Asencio

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Sevilla

Rosa María Virolés Piñol

Presidenta de la Sala IV del Tribunal Supremo

ÍNDICE

	<u>Páginas</u>
PRESENTACIÓN	61
PRÓLOGO	63
NOTA PREVIA DE ASNALA Y FORELAB	73
CAPÍTULO 1. CONSTITUCIONALISMO LABORAL EUROPEO	75
I. Introducción	75
II. La Constitución laboral: una aproximación a su concepto	77
III. El Tratado de Roma: Europa como mera comunidad económica	80
IV. El lento camino hacia la vigencia de un núcleo de derechos fundamentales	82
1. El activismo del Tribunal de Justicia: Avances y limitaciones	82
2. La Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales: su solemne pero vacía declaración	85
V. La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea	86
1. La pluralidad de los factores de su interpretación	86
2. Su irrelevancia desde la perspectiva competencial de la UE	89
3. Los derechos fundamentales en materia laboral	92
3.1 Una sistemática innovadora y un contenido tradicional	92
3.2 Las recíprocas influencias de la CDFUE y otros textos internacionales europeos	94

	Páginas
VI. La protección por el TJUE de los derechos laborales reconocidos en la CDFUE	99
1. Las limitaciones a la protección: el marco general	99
2. Las razones de las limitaciones	101
2.1 La necesidad de una previa regulación por el Derecho europeo	101
2.2 La distinción entre derechos y principios	104
2.3 Una doctrina jurisprudencial restrictiva	107
VII. Bibliografía	112
CAPÍTULO 2. LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA, ÁMBITO DE APLICACIÓN Y EFICACIA	115
I. El valor jurídico de la Carta	115
II. La aplicabilidad interna de la Carta	117
III. Los problemáticos puntos de conexión	121
IV. La Carta y la Constitución	124
V. La eficacia «inter partes» de la Carta	129
VI. Bibliografía	142
CAPÍTULO 3. COMPETENCIAS, FUENTES Y PAPEL DE LAS INSTITUCIONES DE LA UE EN MATERIA SOCIAL	145
I. Las limitadas competencias de la Unión Europea en materia social	145
1. La atribución de competencias como fundamento del sistema	145
2. Clasificación de las competencias de la Unión Europea	147
3. Limitaciones y materias excluidas de la competencia de la Unión	149
4. El principio de subsidiariedad	152
II. Las instituciones de la Unión en materia social	152
1. Un marco institucional equilibrado	152
2. El Parlamento Europeo	153
3. El Consejo Europeo	154
4. El Consejo	154
5. La Comisión Europea	155
6. Los Comités	156
7. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea	157
8. Procedimientos legislativos y reglas de votación	158

	Páginas
III. Las fuentes del Derecho social de la Unión Europea	159
1. El Derecho originario y otros actos de naturaleza supranacional	159
2. El Derecho derivado	162
2.1 El reglamento	162
2.2 La directiva	163
2.3 La decisión	163
2.4 Actos no vinculantes	164
2.5 Actos atípicos y otros instrumentos	164
3. La articulación entre Derecho de la Unión Europea y Derecho interno	165
4. El acceso a las fuentes del Derecho de la Unión Europea	167
IV. Bibliografía	168
CAPÍTULO 4. LA EFICACIA DE LAS DIRECTIVAS Y LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR SU INCUMPLIMIENTO	171
I. Las Directivas europeas	171
1. Configuración legal y obligación de transposición por parte de los Estados miembros de la UE	171
2. Obligaciones para el Estado miembro durante el plazo concedido para su transposición	175
3. Consecuencias jurídicas derivadas de la superación del plazo de transposición o de una transposición incorrecta	176
II. El problema de la eficacia de las Directivas no traspuestas en plazo o incorrectamente traspuestas	178
1. La eficacia directa del Derecho de la Unión Europea: diferencia entre eficacia directa vertical y horizontal	178
2. La eficacia directa «vertical» de las disposiciones de las Directivas no traspuestas en plazo o incorrectamente traspuestas y su carácter sancionador	181
3. Vías indirectas para extender a los particulares los efectos de las Directivas incumplidas por el EM en su correcta y temporánea transposición	184
3.1 El Estado «juez»: la eficacia de la Directiva entre particulares por la vía de la interpretación conforme	184
3.2 La ampliación del concepto de Estado-incumplidor: el Estado «empleador»	186

	Páginas
3.3 Otra solución a la imposibilidad de una interpretación conforme: la búsqueda de un derecho fundamental o principio general del Derecho de la UE directamente aplicable	187
3.4 La vía indemnizatoria del perjudicado por el incumplimiento del DUE	190
III. La responsabilidad patrimonial del Estado por infracción del DUE	191
1. Preliminares	191
2. La configuración jurisprudencial de la responsabilidad patrimonial del Estado elaborada por el TJUE	192
2.1 Requisitos sustantivos o materiales para que nazca la responsabilidad del EM por incumplimiento del DUE	194
2.2 Requisitos procesales	198
2.3 Otras cuestiones	199
3. El sistema español de responsabilidad patrimonial del Estado-legislador por el incumplimiento del Derecho de la Unión Europea	200
3.1 Régimen jurídico	200
3.2 Las dudas sobre la conformidad del régimen español de responsabilidad extracontractual por incumplimiento del DUE con las exigencias mínimas e indisponibles elaboradas por el TJ	203
4. El sistema español de responsabilidad patrimonial del Estado-juez por el incumplimiento del Derecho de la Unión Europea	208
4.1 Régimen jurídico	208
4.2. Conformidad con el sistema de responsabilidad establecido por el TJUE	212
IV. Bibliografía	213
CAPÍTULO 5. LA CUESTIÓN PREJUDICIAL ANTE EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA	215
I. La cuestión prejudicial europea y sus funciones	215
II. Naturaleza jurídica de la cuestión prejudicial	216
III. Cuestiones prejudiciales en el ámbito social promovidas desde España	217
IV. Fuentes reguladoras	219
1. Derecho de la Unión Europea	219
2. Normativa española	221

	Páginas
V. Órganos legitimados para su planteamiento	222
VI. Objeto y clases de cuestiones prejudiciales: cuestión de validez y cuestión de interpretación	224
VII. Normas y actos susceptibles de ser objeto de la cuestión prejudicial	225
VIII. Carácter facultativo u obligatorio del planteamiento de la cuestión prejudicial	227
1. Obligatoriedad del planteamiento de la cuestión prejudicial de validez	227
2. La obligatoriedad –relativa o condicionada– del planteamiento de la cuestión prejudicial interpretativa por parte del órgano judicial que agote la vía jurisdiccional	228
3. El carácter facultativo del planteamiento de la cuestión prejudicial por parte del órgano judicial que no agota la vía jurisdiccional	229
IX. La presunción de pertinencia de la cuestión prejudicial interpretativa y sus límites	230
1. El criterio de presunción de pertinencia de la cuestión interpretativa	230
2. Primer límite: La valoración fáctica	231
3. Segundo límite: La interpretación de las normas internas de los Estados miembros	231
4. Tercer límite: La aplicación del Derecho de la Unión Europea al litigio principal	232
5. Tercer límite: Las cuestiones hipotéticas	233
6. Cuarto límite: La compatibilidad de la norma interna aplicable con el Derecho de la Unión Europea	234
X. La decisión de planteamiento de la cuestión prejudicial: criterios determinantes	235
1. Criterio de necesidad	235
2. El criterio del interés general	236
XI. La recurribilidad de la resolución judicial que plantea la cuestión prejudicial y sus efectos	237
1. La recurribilidad del auto de reenvío de la cuestión prejudicial	237
2. Los efectos del posible recurso en la tramitación de la cuestión prejudicial	237
XII. La tutela ante la omisión injustificada del planteamiento de la cuestión prejudicial	238

	Páginas
XIII. La relación de la cuestión prejudicial ante el TJUE con la cuestión de constitucionalidad	240
XIV. El procedimiento prejudicial ordinario	242
1. Momento oportuno para plantear una petición de decisión prejudicial	242
2. Audiencia previa a las partes	243
3. Forma y contenido de la petición de decisión prejudicial	244
4. La admisión de la cuestión prejudicial	246
5. Participación en el procedimiento de las partes, la Comisión y los Estados miembros	248
6. Interacciones entre el procedimiento prejudicial y el procedimiento nacional	249
7. Fases procesales una vez admitida la petición de decisión prejudicial	250
8. El papel del/a Abogado/a General	251
9. Finalización del procedimiento prejudicial por sentencia o auto: anuncio, contenido, publicación y aclaración	252
XV. Efectos de la sentencia prejudicial	254
1. El carácter normativo y de cosa juzgada de las sentencias prejudiciales	254
2. Efectos generales de la sentencia prejudicial de validez	254
3. Efectos temporales de la sentencia prejudicial de validez	255
4. Efectos de la sentencia prejudicial de interpretación	255
XVI. Instrumentos de auxilio y consulta en el ámbito social. Bases de datos. Enlaces de interés	256
XVII. Bibliografía	256
CAPÍTULO 6. LA APLICACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA	259
I. El papel de la jurisprudencia del TJUE en la conformación de los principios de primacía y eficacia directa del Derecho de la Unión Europea	259
II. La jurisprudencia del TJUE como herramienta imprescindible para asegurar el efecto directo y la primacía del Derecho de la Unión Europea	264
1. La relevancia de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la unificación de doctrina	267

	Páginas
2. La obligación del juez español de aplicar el derecho de la Unión conforme a la jurisprudencia del TJUE	270
2.1 Consecuencias del incumplimiento judicial. El recurso por incumplimiento judicial	272
III. Actuaciones judiciales para la aplicación de la jurisprudencia del TJUE	274
1. La supremacía de la Constitución y su compatibilidad con la primacía del Derecho de la Unión Europea	274
2. Derecho originario, interpretado por la jurisprudencia del TJUE	277
2.1 El papel de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea	278
3. Aplicación de la jurisprudencia del TJUE sobre derecho derivado	281
3.1 Aplicación de la jurisprudencia TJUE sobre Reglamentos de la Unión Europea	281
3.2 Aplicación jurisprudencia TJUE sobre Directivas de la Unión Europea	284
3.2.1 La aplicación de la jurisprudencia TJUE en el sector público	286
3.2.2 La aplicación de la jurisprudencia TJUE en litigios entre particulares	294
3.2.3 Las cuestiones prejudiciales aclaratorias, cuya finalidad es aclarar sentencias del TJUE, cuya doctrina no se considera suficientemente clara	300
IV. Bibliografía	302
CAPÍTULO 7. IGUALDAD Y PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN EN EL MARCO LABORAL	305
I. La prohibición de discriminación y el principio de igualdad. Consideraciones generales	305
1. La prohibición de discriminación. Un concepto internacional	305
2. La prohibición de discriminación en el ámbito de la Unión Europea: Su influencia en otros ámbitos	310
2.1 El marco normativo	310

	Páginas
2.2 La evolución de la prohibición de discriminación: los conceptos asociados	316
2.2.1 La discriminación directa	317
2.2.2 La discriminación indirecta	318
2.2.3 Los acosos. Sus clases	320
2.3 La tutela frente a la discriminación y la carga de la prueba	325
2.3.1 La tutela contra la discriminación. Libertad estatal condicionada	325
2.3.2 Las reglas sobre la carga de la prueba	237
2.3.3 La acción positiva	329
II. Otras medidas	331
III. Igualdad y autónomos: la Directiva 2010/41, de 7 de julio	333
IV. Bibliografía	333
CAPÍTULO 8. LAS MEDIDAS DE ACCIÓN POSITIVA	337
I. Noción y fundamento normativo	337
II. La acción positiva en los Tratados Constitutivos: la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea	342
III. La compatibilidad con la prohibición de discriminación	345
IV. Las concretas medidas de acción positiva en el Derecho de la Unión ...	362
1. Acción positiva en materia de género	362
2. Acción positiva en materia de discapacidad	364
V. Bibliografía	370
CAPÍTULO 9. CONDICIONES DE TRABAJO Y DISCRIMINACIÓN SALARIAL POR RAZÓN DE SEXO	371
I. La preterición laboral de las mujeres como punto de partida	371
II. La evolución de las políticas comunitarias. El tránsito hacia la igualdad entre mujeres y hombres como derecho fundamental ...	374
III. La Directiva 2006/54/CE. Ámbito objetivo	378
IV. Normativa interna. Apunte tras las últimas reformas	382
V. Posible ejercicio de los poderes empresariales en perjuicio de las trabajadoras y su incidencia negativa sobre los salarios	387
1. Definición sexista de categorías o grupos profesionales	388
2. Rémoras para ascender	391
3. Modificación <i>in peius</i> de condiciones	393

	Páginas
VI. Minusvaloración salarial femenina	396
1. La preocupante realidad estadística	396
2. Hitos normativos	397
3. El artículo 28 del Estatuto de los Trabajadores y su desarrollo reglamentario	399
3.1 Sobre el concepto «retribución»	401
3.2 Las formas de trato desigual	403
3.3 Trabajos de igual valor	409
4. Los preocupantes factores exógenos. La apuesta por la transpa- rencia	413
5. Registros y auditorías salariales	416
VII. Disposiciones horizontales. Sanciones	420
VIII. Bibliografía	425
CAPÍTULO 10. LA PROTECCIÓN DE LA MATERNIDAD	431
I. Mapa normativo de la protección de la maternidad en la Unión europea	431
1. La Directiva 92/85/CEE, de 19 de octubre: la protección de la maternidad vinculada a la prevención de riesgos	432
2. La Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio de 2006: la protección de la maternidad vinculada a la protección contra la discriminación por razón de género	435
3. Otras directivas que configuran la protección antidiscriminatoria por razón de embarazo y maternidad	437
II. La prevención de riesgos de la mujer en embarazo, parto y lac- tancia	439
III. Los permisos vinculados a la maternidad	442
IV. La protección frente al despido sin causa	447
V. El Derecho al mantenimiento de los Derechos inherentes al con- trato de trabajo	451
VI. Bibliografía	454
CAPÍTULO 11. IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE GÉNERO, ORIENTACIÓN SEXUAL E IDENTIDAD SEXUAL EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA	457
I. Introducción	457
II. Precisiones conceptuales	459

	Páginas
1. Distinción entre «sexo», «género» y «orientación sexual»	459
1.1 «Identidad sexual», «Identidad de género», «expresión de género»: ¿Nuevas condiciones o estados necesitados de protección por la normativa antidiscriminatoria?	463
III. Delimitación del marco de protección comunitario	466
1. «Orientación sexual» y protección por los principios y normas antidiscriminatorias «por razón de orientación sexual»	467
2. «Género», «identidad de género» y «expresión de género»: Protección por los principios y normas antidiscriminatorias «por razón de sexo» o «por orientación sexual»	468
3. «Identidad sexual»: Protección por los principios y normas antidiscriminatorias «por razón de sexo» o «por orientación sexual»	468
4. Discriminación múltiple	472
IV. Derecho originario	474
V. Derecho derivado: la Directiva 2000/78/CE	475
1. Objeto: la lucha contra la «discriminación» por «orientación sexual» en el ámbito del «empleo y la ocupación»	476
2. Ámbito de aplicación	481
2.1 Inclusiones	481
2.2 Exclusiones	487
3. Obligaciones impuestas a los Estados miembros para luchar contra las discriminaciones por «orientación sexual»	492
VI. Conclusiones	494
VII. Bibliografía	495
CAPÍTULO 12. IGUALDAD Y PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN POR ORIGEN RACIAL O ÉTNICO (Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000)	499
I. Introducción: la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, y su deficiente transposición al Ordenamiento español	499
1. La Directiva 2000/43/CE	499
2. Las dos fases de la adaptación de nuestro Derecho a la Directiva 2000/43/CE: la primera equivocada elección de una ley de acompañamiento de los presupuestos generales del Estado (2003), seguida de una ley ordinaria «integral para la igualdad de	

	Páginas
trato y no discriminación» (2022), y la complementación por ésta segunda de las insuficiencias de la primera transposición	502
II. El fundamento jurídico de la Directiva 2000/43/CE: el artículo 13 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, reformado por el Tratado de Ámsterdam, y el artículo 19 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea	508
1. El principio de no discriminación por origen racial o étnico como derecho fundamental aplicable como principio general del Derecho de la Unión Europea y su concreción por la Directiva 2000/43/CE en su ámbito material; la Sentencia del TJUE Küçükdeveci	508
2. La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y la Directiva 2000/43/CE: las Sentencias del TJUE Runevič-Vardyn y Wardyn, CHEZ Razpredelenie Bulgaria, Braathens Regional Aviation AB, y Land Oberösterreich c. KV; los derechos subjetivos a la no discriminación y a la tutela judicial efectiva de los artículos 21.1 y 47 de la Carta en la jurisprudencia del TJUE	514
3. La Directiva 2000/43/CE y el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales; la Sentencia del TJUE Kamberaj	520
4. Otros instrumentos internacionales	523
III. La Directiva 2000/43/CE en el derecho antidiscriminatorio de la Unión Europea: ¿jerarquización de motivos discriminatorios?	524
1. ¿Posición primera de la raza y la etnia en el orden de las discriminaciones prohibidas por el Derecho de la Unión Europea?	524
2. La igualdad de las discriminaciones odiosas y de su interdicción; la primera y singular posición de la prohibición de discriminación por nacionalidad entre ciudadanos de la Unión, por sexo y género, y por origen racial o étnico, en el Derecho de la Unión Europea	530
IV. El objeto de la Directiva 2000/43/CE	532
1. Objeto y fin	532
2. Los conceptos de origen racial y origen étnico; las Sentencias del TJUE CHEZ Razpredelenie Bulgaria y Jyske Finans	533
3. La exclusión de la nacionalidad; de nuevo la STJUE Kamberaj y la STJUE Land Oberösterreich c. KV	535

	Páginas
V. La discriminación prohibida por motivos de origen racial o étnico de la víctima o de otros, y sus formas	538
1. Discriminación directa: sus causas, sin víctima identificable; discriminación múltiple de mujeres; parodias	538
1.1 Discriminación directa	538
1.2 Las causas de la discriminación: el origen racial o étnico de la víctima o de otros por dichos motivos odiosos, discriminación por asociación; la STJUE CHEZ Razpredelenie Bulgaria	540
1.3 Discriminación directa sin víctima identificable; la STJUE Feryn	541
1.4 Discriminación múltiple por sexo femenino, edad y origen étnico; la STJUE Meister	542
1.5 Parodias con mensaje discriminatorio; la STJUE Deckmyn y Vrijheidsfonds	543
2. Discriminación indirecta; su estricta justificación objetiva	544
3. Acoso	547
4. Orden de discriminar	548
VI. El campo de aplicación de la Directiva 2000/43/CE	549
1. El ámbito subjetivo de aplicación extensivo a todas las personas frente a la discriminación por motivos de origen racial o étnico	549
2. El ámbito material de aplicación; relación de materias no exhaustiva y de aplicación no restrictiva; una vez más las Sentencias del TJUE Runevič-Vardyn y Wardyn, CHEZ Razpredelenie Bulgaria y Maniero	551
VII. Requisitos profesionales esenciales y determinantes	563
VIII. Acciones positivas	564
IX. Defensa de derechos: procedimientos judiciales, administrativos y de conciliación; legitimación individual y colectiva y para la defensa de intereses difusos: la aplicación de la doctrina de la STJUE Feryn en nuestro ordenamiento; medios de protección jurídica adecuados y la STJUE Braathens Regional Aviation AB	568
1. Derecho fundamental a la Tutela Judicial	569
2. Tutela Procedimental Administrativa	577
3. Prohibición de represalias. Nuevas discriminaciones	577
X. Reparto de la carga de la prueba; las Sentencias del TJUE Feryn y Meister	578

XI. Medidas de protección y reparación frente a la discriminación por origen racial o étnico: régimen de responsabilidades, indemnizaciones y sanciones. La declaración de la discriminación y la efectividad de las indemnizaciones y sanciones: la STJUE 15-4-2021, Braathens Regional Aviation AB, C-30/19	583
XII. Diálogo social y papel de las organizaciones no gubernamentales en la promoción del principio de igualdad de trato	589
XIII. Organismos de igualdad. La (futura) Autoridad Independiente para la Igualdad de Trato y la No Discriminación. El Consejo para la Promoción de la Igualdad de Trato y no Discriminación de las Personas por el Origen Racial o Étnico	590
XIV. Protección mínima de la Directiva 2000/43/CE y disposiciones nacionales de adaptación más favorables	595
XV. Información a la Comisión Europea e impacto de género	596
XVI. Bibliografía	596
CAPÍTULO 13. PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN POR CAUSA DE RELIGIÓN O CONVICCIONES	601
I. Normativa aplicable	601
II. Definiciones de religión o convicciones en la normativa de la UE ...	605
III. Protección de la libertad religiosa y de convicciones. Aspectos positivos y negativos	606
IV. Prohibición de discriminación por causa de religión en el ámbito de la relación laboral. Doctrina judicial	612
1. Prohibición de discriminación directa o indirecta por motivo de religión o convicciones en el ámbito laboral	614
2. Remedios y ejecutividad. El acomodo razonable	629
V. La relación entre la protección de los derechos humanos y la Directiva 2000/78/CE	632
VI. Bibliografía	633
CAPÍTULO 14. PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN POR DISCAPACIDAD, EN EL EMPLEO Y LA OCUPACIÓN	635
I. La realidad social de la discapacidad en la Unión Europea y en España	635
II. Noción de discapacidad	636
1. Noción jurídica de discapacidad	637
1.1 Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad	637

	Páginas
1.2 Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación; y la jurisprudencia del TJUE	638
1.3 Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social	639
2. Enfermedad y discapacidad	640
3. Incapacidad permanente y discapacidad	643
4. Ineptitud sobrevenida y discapacidad	645
5. Personas especialmente sensibles a los riesgos del trabajo y discapacidad	646
6. Clasificación de la discapacidad	648
III. Las medidas de protección en el empleo y la ocupación, ante la discriminación por discapacidad	650
1. Principio general de prohibición de discriminación por razón de discapacidad	650
2. La excepción por exigencia de requisitos profesionales	651
3. Los ajustes razonables para las personas con discapacidad	653
IV. Recepción de la jurisprudencia del TJUE por los órganos jurisdiccionales españoles	655
1. Tribunal Constitucional	655
2. Tribunal Supremo	656
V. Un apunte final. La Estrategia europea sobre discapacidad (2021-2030)	657
CAPÍTULO 15. LA DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE EDAD	659
I. La discriminación por razón de edad	659
1. Introducción	659
II. La discriminación por razón de edad en el Derecho Originario y derivado	660
1. Marco normativo	660
2. Normas de derecho anti discriminatorio y edad	661

III. La regulación de la discriminación por razón de edad en el marco del empleo y la ocupación	662
1. Ámbito de aplicación	662
2. Eficacia directa y en relaciones entre particulares	664
3. Concepto de discriminación por razón de edad	666
4. Requisito profesional, esencial y determinante	667
5. Limitaciones específicas a la prohibición de discriminación por razón de edad	668
6. Edad máxima de acceso	672
7. Jubilación forzosa	673
8. Medidas de fomento de empleo	678
9. Políticas de empleo	679
IV. Caracteres de la prohibición de discriminación en el Derecho de la UE, en especial respecto de la edad	687
V. Índice de casos	690
VI. Anexo de casos	692
 CAPÍTULO 16. LIBERTAD DE CIRCULACIÓN DE TRABAJADORES, DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS Y DE ESTABLECIMIENTO	 705
I. Introducción	705
II. Del tratado CEE al tratado UE. El derecho originario	707
III. La concreción del derecho de libre circulación del ciudadano trabajador en el derecho derivado	711
1. Directiva 2004/38/CE, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de su familia a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros	712
2. Reglamento (UE) núm. 492/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión (texto codificado) (modificado por Reglamento UE 2016/589, de 13 de abril de 2016)	714
3. Directiva 2014/54/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, sobre medidas para facilitar el ejercicio de los derechos conferidos a los trabajadores en el contexto de la libre circulación de los trabajadores	716

IV. Estudio de jurisprudencia relevante del TJUE. Qué debe entenderse por trabajador que ejerce el derecho a la libre circulación, y cómo se concreta el ejercicio de los derechos inherentes a aquel, reconocidos por la normativa comunitaria	718
1. El concepto de trabajador que ejerce el derecho de libre circulación	720
2. La exclusión de la libre circulación para empleos en la administración pública	720
3. La ampliación del ámbito de aplicación del artículo 45 del TFUE	721
4. La libre circulación y su (no) aplicación en elecciones en órganos de representación de los trabajadores	726
5. Vulneración de la libre circulación por el uso exclusivo de un idioma en los contratos de trabajo	729
6. El mantenimiento de la condición de trabajador tras la extinción del contrato, a los efectos de garantizar la libre circulación	730
7. La importancia de diferenciar entre beca y contrato de trabajo	731
8. La protección de los derechos de los solicitantes de empleo	732
9. La libre circulación en el ámbito sanitario y el valor del título profesional obtenido en otro Estado miembro	733
V. Bibliografía	734
CAPÍTULO 17. COORDINACIÓN DE LOS SISTEMAS NACIONALES DE SEGURIDAD SOCIAL (Reglamentos CE/883/2004 y CE/987/2009)	737
I. Introducción	737
1. Seguridad Social como derecho fundamental	739
2. Coordinación: premisas básicas	740
3. Armonización parcial de los sistemas nacionales de Seguridad Social	744
4. Relación con los convenios bilaterales de Seguridad Social suscritos entre los Estados miembros	747
II. Ámbito de aplicación de los Reglamentos de coordinación	748
1. Ámbito de aplicación territorial	748
2. Ámbito de aplicación temporal	750
3. Ámbito de aplicación objetivo	751
3.1 Legislaciones coordinadas	752
3.2 Prestaciones especiales no contributivas (PENC)	753

	Páginas
3.3 Exclusiones expresas del ámbito objetivo de aplicación	757
3.4 Declaraciones de los Estados miembros	758
4. Ámbito de aplicación subjetivo	759
III. Principios básicos de los Reglamentos de coordinación	762
1. Determinación de ley nacional aplicable	763
1.1 Ley nacional aplicable a la relación de afiliación-cotización ...	765
1.1.1 Cuadro de excepciones y matizaciones a la <i>lex loci laboris</i>	767
1.1.2 Trabajadores desplazados	771
1.2 Ley nacional aplicable a la relación de protección	773
2. Igualdad de trato por razón de la nacionalidad	776
3. Asimilación de condiciones	780
4. Totalización y <i>prorrata temporis</i>	782
4.1 <i>Prorrata temporis</i> y su aplicación en España	783
4.2 Cálculo de la pensión teórica española	784
5. No acumulación de prestaciones	789
6. Exportación de prestaciones	793
7. Colaboración administrativa	795
IV. Bibliografía	796
CAPÍTULO 18. LA PROTECCIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LOS DESPLAZAMIENTOS TEMPORALES TRANSNACIONALES	803
I. Normativa reguladora	804
1. De la Unión	804
2. Española	806
3. Ámbito	808
II. Una referencia a la posición de la empresa o entidad receptora de la prestación del servicio transnacional	815
III. Obligaciones a cargo de la empresa del trabajador desplazado	818

	Páginas
1. Obligación principal: la garantía relativa a la aplicación de determinadas condiciones de trabajo y empleo de acuerdo con la legislación del Estado de destino	818
1.1 General	818
1.2 Condiciones de trabajo y empleo cuya aplicación se garantiza	822
1.2.1 «Los períodos máximos de trabajo» y «mínimos de descanso», así como la «duración mínima de las vacaciones anuales retribuidas» [art. 3.1.a) y b) de la Directiva 96/71/CE]	822
1.2.2 La remuneración [art. 3.1.c) de la Directiva 96/71/CE]	823
1.2.3 «Las condiciones de desplazamiento de los trabajadores (<i>sic</i>), en particular por parte de empresas de trabajo temporal» [art. 3.1.d) de la Directiva 96/71/CE]	828
1.2.4 «La salud, la seguridad y la higiene en el trabajo» [art. 3.1.e) de la Directiva 96/71/CE]	832
1.2.5 «Las medidas de protección aplicables a las condiciones de trabajo de las mujeres embarazadas o que hayan dado a luz recientemente, así como de los niños y jóvenes» [art. 3.1.f) de la Directiva 96/71/CE]	833
1.2.6 «La igualdad de trato entre hombres y mujeres y otras disposiciones en materia de no discriminación» [art. 3.1.g) de la Directiva 96/71/CE]	835
1.2.7 «Las condiciones de alojamiento de los trabajadores» y los «complementos o los reembolsos en concepto de gastos de viaje, alojamiento y manutención» [arts. 3.1.h) e i), respectivamente, de la Directiva 96/71/CE].	837
1.3 Tres protecciones reforzadas, dos imperativas y una facultativa.	844
1.3.1 Las condiciones de trabajo garantizadas a los trabajadores objeto de desplazamientos temporales de larga duración	844
1.3.2 Las condiciones de trabajo garantizadas a los trabajadores desplazados por razón de su puesta a disposición de empresas usuarias. General	848
1.3.3 Las condiciones de trabajo garantizadas a los trabajadores desplazados por razón de su puesta a disposición de empresas usuarias: sobre las condiciones de trabajo garantizadas a los trabajadores en misión objeto de desplazamientos transnacionales plurales o en cadena o sucesivos a su cesión en el Estado de origen	851

1.3.4	La ampliación de la protección a otras condiciones de trabajo y empleo establecidas por disposiciones nacionales de orden público	853
1.4	¿Acoge la Directiva 96/71/CE la protección del respeto a la intimidad y a la consideración debida a la dignidad y de los derechos de libre sindicación, huelga y reunión?	855
1.5	Reducciones, alguna de ellas imperativa, de las condiciones de trabajo y empleo objeto de la protección	861
1.6	Fuentes reguladoras de las condiciones	864
IV.	Obligaciones administrativas de carácter instrumental	869
1.	Regulación en la Directiva 2014/67/UE	869
2.	Regulación española	874
2.1	Comunicación del desplazamiento	875
2.2	Comparecencia administrativa y aportación de documentación	880
V.	Bibliografía	883
CAPÍTULO 19. DESPLAZADOS DE TERCEROS PAÍSES Y MOVILIDAD GEOGRÁFICA INTERNACIONAL		885
I.	Aplicación de las Directivas de la Unión Europea a nacionales de terceros países	885
1.	Disposiciones sociales generales: libre circulación de trabajadores ...	886
2.	Directivas sobre seguridad e higiene en el trabajo	886
3.	Directivas sobre condiciones de trabajo	887
4.	Directivas sobre condiciones de trabajo por sectores	888
5.	Directivas sobre participación de los trabajadores	889
6.	Directivas sobre discriminación	890
II.	Condiciones de trabajo en supuestos de desplazamiento de nacionales de terceros países	890
1.	Desplazamiento temporal (en el marco de una prestación transnacional de servicios) de nacional de tercer país a un Estado miembro de la Unión Europea	891
2.	Desplazamiento temporal (en el marco de una prestación transnacional de servicios) de nacional de tercer país a varios Estados miembros de la Unión Europea	892
3.	Contratación local de nacional de tercer país en un único Estado miembro	894

	Páginas
4. Contratación local de nacional de tercer país con desplazamiento posterior a otro Estado miembro	894
5. Contratación de profesionales altamente cualificados	895
III. Aspectos de Seguridad Social	895
IV. Aspectos migratorios	897
V. Competencia judicial internacional y ley aplicable	901
VI. Impacto del Brexit	901
CAPÍTULO 20. LIBERTAD DE CIRCULACIÓN DE TRABAJADORES, DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS Y DE ESTABLECIMIENTO. LA POLÍTICA DE INMIGRACIÓN	905
I. La política de inmigración en la Unión Europea	905
1. Bases jurídicas	905
2. El marco de distribución competencial	907
II. Iniciativas políticas de más reciente implantación: diálogo político y cooperación operativa con terceros países	910
1. El Enfoque Global de la Migración y la Movilidad (GAMM)	910
2. La Agenda Europea de Migración (AEM) 2015-2019.	911
3. Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo	911
III. Inmigración y ordenamiento jurídico de la UE: los tres «núcleos duros» de la política de inmigración	912
1. Inmigración legal: atraer flujos migratorios bien gestionados	913
2. Integración en la UE de nacionales de terceros países	918
3. Inmigración irregular: la represión de conductas antijurídicas	922
3.1 Sanciones a las prácticas de ayuda a las entradas, a la circulación y a las estancias irregulares	922
3.2 Expulsión/retorno de las personas inmigrantes a sus países de origen	924
3.3 Sanciones a empresarios que contraten inmigrantes en situación irregular	927
3.4 Acuerdos de readmisión con terceros países	928
IV. Bibliografía	929
CAPÍTULO 21. LA LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO Y LA LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS Y DERECHOS SOCIALES	931
I. La concepción de las libertades de establecimiento y de prestación de servicios y su relación con los derechos sociales	931

	Páginas
II. La evolutiva doctrina del Tribunal Europeo sobre la relación entre derechos sociales y libertades económicas básicas	940
III. La comprensión de medidas de negociación colectiva o de conflicto colectivo como restricción a las libertades de establecimiento o de prestación de servicios. La doctrina de las sentencias Viking y Laval	945
IV. Condiciones mínimas de trabajo, libertad de circulación y aplicación de cláusulas sociales. del asunto Rüffert al asunto Regio Post	950
V. El caso Aget Iraklis: la autorización administrativa previa en caso de despido colectivo como supuesto de restricción (justificada) de la libertad de establecimiento	957
VI. Presupuestos de aplicación de la Directiva 96/71: aplicación al sector del transporte y determinación del salario mínimo (o remuneración) en caso de desplazamiento de trabajadores	961
VII. El caso concreto de la estiba y los trabajos portuarios: la STJUE 11 de diciembre de 2014 (asunto Comisión Europea contra Reino de España) y la STJUE 11 de febrero de 2021 (asunto Katoen Terminals NV)	966
VIII. Una breve mención a las sentencias de 8 de diciembre de 2020, asuntos Hungría y Polonia contra el Parlamento Europeo	970
CAPÍTULO 22. EL CONCEPTO DE TRABAJADOR	973
I. El punto de partida: hacia un concepto de trabajador común y expansivo	973
II. El concepto comunitario de «trabajador por cuenta ajena»	977
1. La realización de una actividad por cuenta ajena «real y efectiva»	977
2. La participación en una «actividad económica» y la noción de empleador	981
3. La irrelevancia de una eventual inactividad	983
4. La exclusión de las actividades marginales	986
5. El caso particular de los trabajos familiares	988
III. Las excepciones en ciertos trabajos en la Administración pública: remisión	990
IV. Trabajador por cuenta ajena, trabajador independiente y prestador de servicios	993
V. La singularidad de los asuntos «Danosa» y «Balkaya»	994
1. ¿Ha traspasado el TJUE la esfera del contrato de trabajo?	997
2. ¿Hay en la doctrina del TJUE una diversa concepción de la nota de subordinación?	998
VI. Bibliografía	1001

	Páginas
CAPÍTULO 23. LA CONTRATACIÓN DE DURACIÓN DETERMINADA. Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999)	1003
I. Antecedentes de la regulación del trabajo de duración determinada en Europa	1003
II. La aparatosa «resurrección» de la Directiva 99/70 a partir del trío de sentencias del TJUE de septiembre de 2016	1005
III. Las líneas maestras del Acuerdo sobre el trabajo de duración determinada: una regulación incompleta de la contratación temporal en la UE	1006
IV. La recepción de la Directiva por el ordenamiento español	1012
1. Transposición inicial y evolución posterior del sistema español de contratación temporal	1012
2. La adaptación «no regresiva» de los ordenamientos nacionales a la Directiva	1015
V. El ámbito de aplicación del Acuerdo, en especial su impacto en el empleo público temporal de naturaleza administrativa	1017
1. Amplitud de la definición de trabajador con contrato de duración determinada	1017
2. Determinadas particularidades nacionales de la contratación temporal	1018
3. En especial la incorporación en el caso español de las relaciones administrativas temporales	1020
4. Las relaciones materialmente temporales	1023
5. Exclusiones del ámbito del Acuerdo	1026
VI. El principio de no discriminación entre temporales y fijos	1028
1. Enunciación y recepción por el ET	1028
2. Eficacia directa del principio de no discriminación	1030
3. La dinámica del principio de no discriminación: el juicio de comparación y las causas objetivas que permiten el trato diferente	1031
4. Las condiciones de trabajo sobre las que rige el principio de no discriminación	1033
5. La aplicación del principio de no discriminación a la extinción del contrato de duración determinada: el errático devenir del razonamiento del TJUE	1038
VII. La prevención de los abusos como consecuencia de la utilización sucesiva de contratación de duración determinada	1048
1. El marco europeo de la contratación temporal sucesiva, el necesario complemento estatal y la falta de eficacia directa	1048

	Páginas
2. Las exigencias europeas de prevención de abusos a la luz de la normativa española	1052
3. Las dificultades en el empleo público	1054
4. Un último interrogante ¿Aplicación de la cláusula 5 y de la doctrina del TJUE a cadenas contractuales aparentemente lícitas?	1061
VIII. Bibliografía	1062
CAPÍTULO 24. EL TRABAJO A TIEMPO PARCIAL. Directiva 97/81/CE del Consejo de 15 de diciembre de 1997)	1067
I. El largo camino hasta el Acuerdo Marco europeo sobre el trabajo a tiempo parcial (Directiva 97/81/CE del Consejo)	1067
II. Cláusulas generales del Acuerdo Marco europeo sobre el trabajo a tiempo parcial (cláusulas 1.^a, 2.^a y 3.^a)	1071
1. Objetivo (cláusula 1. ^a)	1071
2. Ámbito de aplicación (cláusula 2. ^a)	1072
2.1. Regla general (cláusula 2. ^a , apartado 1)	1072
2.2. Cláusula de descuelgue (cláusula 2. ^a , apartado 2)	1074
3. Definiciones: trabajador a tiempo parcial y trabajador a tiempo completo comparable (cláusula 3. ^a)	1075
4. Ausencia de obligación empresarial de especificación del porcentaje de parcialidad: el alcance de la Directiva	1077
III. El principio de no discriminación de los trabajadores a tiempo parcial (cláusula 4.^a)	1078
1. Cláusula general de prohibición de discriminación (cláusula 4. ^a , apartado 1)	1078
1.1 Adquisición de derecho a prestaciones de regímenes profesionales	1079
1.2 Adquisición de derecho a complemento de antigüedad	1080
1.3 Transición de una contratación temporal a otra indefinida ...	1081
2. La excepción de trato diferente por razones objetivas (cláusula 4. ^a , apartado 1 <i>in fine</i>)	1082
3. La matización <i>pro rata temporis</i> y supuestos de aplicación (cláusula 4. ^a , apartado 2)	1083
3.1 Cuantía de las condiciones retributivas	1084
3.2 Cálculo de retribuciones vinculadas a la antigüedad/experiencia	1085
3.3 Cuantía de las prestaciones de regímenes profesionales ...	1086
3.4 Vacaciones, ¿o mejor sería decir su remuneración?	1087

	Páginas
4. Modalidades de aplicación (cláusula 4. ^a , apartado 3)	1090
5. Cláusula especial de descuelgue para condiciones particulares respecto a exigencias de antigüedad, duración del trabajo o condiciones salariales (cláusula 4. ^a , apartado 4)	1091
IV. El principio de voluntariedad en el trabajo a tiempo parcial (cláusula 5.^a)	1092
1. Eliminación de obstáculos para trabajar a tiempo parcial (cláusula 5. ^a , apartado 1)	1092
2. Garantía de indemnidad (cláusula 5. ^a , apartado 2)	1093
3. Posibilidades de movilidad (cláusula 5. ^a , apartado 3)	1096
V. Cláusulas técnicas del Acuerdo Marco europeo sobre el trabajo a tiempo parcial (cláusula 6.^a)	1097
VI. La adecuación del derecho español al Acuerdo Marco europeo sobre el trabajo a tiempo parcial	1097
1. Estatuto de los Trabajadores y su aplicación jurisprudencial	1097
2. Función Pública	1099
VII. Bibliografía	1100
CAPÍTULO 25. LAS EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL. (Directiva 2008/104/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de noviembre de 2008)	1101
I. Marco normativo	1101
II. Análisis de la Directiva 2008/104/CE	1104
1. Observaciones previas	1104
2. Claves de la regulación	1105
3. Ámbito de aplicación de la norma comunitaria	1106
4. Igualdad de trato sí, pero ¿hasta dónde?	1110
4.1. La regla general	1110
4.2. Las excepciones	1112
4.3. Efectos sobre el ordenamiento español	1114
5. Eliminación de restricciones superfluas	1118
6. Cómputo de trabajadores cedidos para la representación colectiva	1122
7. Otras cuestiones	1123
III. Referencia a la Directiva 91/383/CEE sobre seguridad y salud en el trabajo	1128

	Páginas
IV. Conclusiones	1130
V. Bibliografía	1131
CAPÍTULO 26. EMPLEO PÚBLICO	1135
I. Planteamiento: ciudadanía europea, libre circulación de trabajadores y empleo público	1135
II. Instrumentos reguladores de las limitaciones y las excepciones del artículo 45.4 del TFUE	1139
III. ¿Son los empleados públicos unos trabajadores especiales a los efectos de la libre circulación?	1143
IV. La Administración pública empleadora	1149
1. La autoridad pública	1151
V. El empleo público excluido de la libre circulación	1155
1. Los criterios de aplicación de la exclusión	1158
VI. La no discriminación por razón de nacionalidad en la función pública y el momento de su exigencia	1165
VII. La recepción normativa del artículo 45.4 del TFUE en el Derecho español	1172
VIII. Bibliografía	1179
CAPÍTULO 27. LA DIRECTIVA MARCO 89/391/CEE COMO EJE DEL DERECHO SOCIAL COMUNITARIO DE LA PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES	1185
I. La centralidad jurídico-política de la Directiva Marco 89/391/ CEE ...	1185
1. Bases normativas del Derecho de la prevención de Riesgos profesionales en la unión Europea	1185
2. El modelo preventivo estándar diseñado en la Directiva Marco 89/391/CEE	1188
2.1 Caracterización general. Normativa armonizadora llamada a buscar la homogeneidad en los Derechos nacionales	1188
2.2 Estructuras normativas para su desarrollo: la distinción entre normas de organización y normas técnicas. Las directivas «específicas»	1191
2.3 Prevención de riesgos laborales y prevención de riesgos medioambientales: la coordinación de los sistemas de gestión ambiental y de salud laboral	1192

	Páginas
II. Ámbito subjetivo de aplicación de la Directiva 89/391/CEE	1195
1. Premisa: la seguridad y salud laboral como deber legal y como obligación contractual	1195
2. Los sujetos destinatarios de la seguridad y salud en el trabajo: sujetos sometidos a la normativa de seguridad y salud laboral	1197
3. El concepto de trabajador a efectos de las normas de seguridad y salud en el trabajo	1200
3.1 Amplitud del concepto de trabajador. La regla incompleta de generalidad o universalidad	1200
3.1.1 Trabajadores autónomos	1202
3.1.2 Trabajadores al servicio del hogar familiar	1205
3.2 Colectivos especialmente protegidos o grupos específicos	1206
4. El concepto de empleador	1209
4.1 El «grupo de empresas» como centro de referencia	1210
4.2 Acomodación a la dimensión de la empresa: la «pequeña» empresa	1212
4.3 La descentralización productiva	1214
III. Instituciones de control de la gestión y actuación empresarial	1215
1. Representación especializada de los trabajadores	1216
2. Derechos de información, consulta y participación	1217
IV. Los derechos y obligaciones e instituciones básicas del modelo preventivo	1219
1. El deber de seguridad del empresario: alcance y delimitación de su contenido	1219
2. Los servicios de prevención propios y los servicios de prevención ajenos: internalización vs. exteriorización de la organización preventiva.	1221
3. Obligaciones preventivas que incumben a los trabajadores	1224
V. Conclusiones y propuestas de revisión/reforma del modelo preventivo	1224
1. Las características del modelo vigente ante los retos del Derecho Social de la Unión Europea en materia preventiva	1224
2. La nueva orientación simplificadora-desreguladora de la política comunitaria: entre la flexibilización y la autorregulación (<i>Soft Law</i>)	1227
VI. Bibliografía	1228

	Páginas
CAPÍTULO 28. LAS DIRECTIVAS ESPECÍFICAS SOBRE SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO	1231
I. El entronque de las directivas específicas con la Directiva Marco sobre seguridad y salud en el trabajo	1231
II. Estructura y contenido de las directivas específicas	1234
III. La trasposición al Derecho español de las directivas específicas sobre seguridad y salud laboral	1243
IV. Las directivas específicas sobre seguridad y salud en el trabajo en la jurisprudencia comunitaria	1248
1. Condenas por retrasos en la trasposición de las directivas específicas	1249
2. Adaptación defectuosa de la Directiva 89/655/CEE modificada	1250
3. Directiva 92/57/CEE: protección de la seguridad y la salud en las obras de construcción temporales o móviles	1250
4. Directiva 2003/10/CE: alcance de la obligación de protección del trabajador frente al ruido	1251
5. Directivas 90/394/CEE y 89/655/CEE: obligación de evaluar los riesgos derivados de la exposición a agentes carcinógenos y plazo para la adaptación de equipos de trabajo	1253
6. Directiva 90/270/CEE: trabajos con equipos que incluyen pantallas de visualización	1255
7. Directiva 89/686/CEE, de 21 de diciembre, para la aproximación de legislaciones sobre equipos de protección individual	1256
V. El futuro inmediato de la normativa europea sobre seguridad y salud en el trabajo	1258
VI. Bibliografía	1259
CAPÍTULO 29. PROTECCIÓN DE LOS JÓVENES EN EL TRABAJO (Directiva 94/33 CE del Consejo, de 22 junio)	1261
I. Antecedentes y concordancias	1261
1. Recomendación de enero de 1967	1261
2. Antecedentes inmediatos	1262
3. Entronque con la directiva-Marco	1263
II. Datos esenciales de la Directiva 94/33/CE	1264
1. Identificación	1264
2. Condiciones de trasposición	1265
3. Finalidad y principios básicos	1265

	Páginas
III. Ámbito aplicativo	1266
1. Población menor de edad	1266
2. Trabajadores	1266
3. Trabajo familiar	1267
4. Servicio doméstico	1267
5. Empleadores	1267
IV. Mandatos sustantivos principales	1268
1. Prohibición de trabajo infantil	1268
2. Posibles excepciones al trabajo infantil	1268
3. Limitaciones al trabajo adolescente	1269
4. Trabajos prohibidos a los jóvenes	1270
V. Obligaciones empresariales	1271
VI. Ordenación del tiempo de trabajo	1272
1. La jornada en el trabajo infantil común	1272
2. La jornada en el trabajo adolescente	1273
3. El trabajo nocturno	1273
4. La pausa intrajornada	1274
5. El descanso diario	1274
6. El descanso semanal	1274
7. El descanso anual	1275
VII. Tutela y mejora	1275
1. Infracciones y sanciones	1275
2. Informe de aplicación	1275
3. Irregresividad	1276
VIII. Trasposición española	1276
1. Idea preliminar	1276
2. Edad de admisión al trabajo	1277
3. Evaluación de riesgos específica	1278
4. Protección específica	1279
5. Cautelas sobre tiempo de trabajo	1279
6. Desarrollo reglamentario	1280
7. Armonización	1282
8. Sanciones	1282
IX. Bibliografía	1283

	Páginas
CAPÍTULO 30. CONCILIACIÓN DE VIDA PERSONAL Y FAMILIAR	1285
I. Enquadramiento: del permiso parental a la diversidad de medidas de conciliación de la vida familiar y laboral	1285
II. Ámbito de aplicación	1289
III. El permiso de paternidad	1290
IV. El contenido básico del permiso parental	1292
V. El permiso de cuidadores	1297
VI. Ausencias del trabajo por motivos de fuerza mayor	1297
VII. Fórmulas de trabajo flexibles	1298
VIII. Protección de derechos adquiridos o en curso de adquisición	1299
IX. Protección contra el despido o contra actos desfavorables	1303
X. El retorno del permiso de paternidad, parental y de cuidadores	1306
XI. Conciliación de vida familiar y profesional y discriminación por razón de sexo	1307
XII. Derechos de conciliación y diversidad de estructuras familiares	1311
XIII. Aspectos adicionales	1313
XIV. Bibliografía	1315
CAPÍTULO 31. JORNADAS, DESCANSO, TRABAJO EFECTIVO, 3.ª edición	1317
I. Marco normativo	1317
1. Normativa internacional	1317
2. Normativa europea	1318
II. Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo	1320
1. Antecedentes y objeto	1320
2. Ámbito de aplicación	1321
III. Tiempo de trabajo y periodo de descanso	1324
1. Concepto	1324
2. Concepto de Derecho comunitario	1325
3. Supuestos considerados tiempo de trabajo	1329
IV. Periodos mínimos de descanso	1342
1. Descanso diario	1345
2. Descanso semanal y jornada máxima	1346
2.1 Descanso semanal	1346
2.2 Tiempo de trabajo semanal	1348

	Páginas
2.3	Periodo de referencia 1349
2.4	Excepciones 1351
2.5	Inaplicación individual de la duración máxima del tiempo de trabajo semanal: cláusula <i>opting-out</i> 1352
V.	Ritmo de trabajo 1354
VI.	Vacaciones anuales 1354
VII.	Trabajo nocturno, trabajo por turnos, trabajador móvil, trabajo <i>off-shore</i> y trabajadores que ejercen su actividad a bordo de buques de pesca marítima 1354
VIII.	Disposiciones más favorables 1355
IX.	Aplicación de la Directiva por las sentencias del Tribunal Supremo 1355
1.	Tiempo de trabajo 1356
2.	Descanso semanal 1360
3.	Registro de la jornada 1361
4.	Derecho a la desconexión digital 1362
X.	Resolución del Parlamento Europeo de 4 de julio de 2017 1363
XI.	Bibliografía 1363
CAPÍTULO 32. LAS VACACIONES 1365	
I.	Su reconocimiento dentro de un sistema normativo complejo 1365
1.	Marco normativo 1365
2.	Una jurisprudencia cuantitativa y cualitativamente relevantes 1367
II.	Configuración general del derecho a vacaciones anuales retribuidas en la doctrina del TJUE 1369
1.	Como principio de Derecho social de la Unión Europea 1369
2.	Un derecho de contenido plural 1370
3.	La relevancia del elemento teleológico 1370
4.	Un Derecho en el ámbito de la Directiva libre de excepciones y de interpretación no restrictiva 1371
4.1	Amplitud del ámbito subjetivo de aplicación 1371
4.2	Excepciones 1372
5.	Un derecho de duración mínima de cuatro semanas 1374
III.	Ejercicio del derecho a vacaciones 1375
1.	Devengo del derecho 1375
1.1	Regla general 1375
1.2	Situaciones conflictivas 1376

	Páginas
2. Disfrute	1381
2.1 Garantía de disfrute efectivo	1381
2.2 El derecho a compensación financiera como excepción	1381
2.2.1 Requisitos	1381
2.2.2 Casuística	1382
2.2.3 Importe de la compensación financiera	1384
3. Materias competencia de los Estados miembros	1384
4. Concurrencia e interacción del disfrute de vacaciones con otras situaciones protegidas y permisos	1384
4.1 La relevancia de la finalidad de las vacaciones	1384
4.2 Interacción del derecho a vacaciones, baja por enfermedad, maternidad y otros permisos parentales	1385
4.3 Interacción de vacaciones y permisos retribuidos	1390
5. Pérdida del derecho al disfrute	1391
5.1 Regla general	1391
5.2 Problemáticas sobre el plazo de ejercicio del derecho a vacaciones y acumulabilidad de periodos de disfrute	1391
IV. Retribución	1398
V. Bibliografía	1404
CAPÍTULO 33. ASPECTOS LABORALES DEL TRASPASO DE EMPRESAS (Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001)	1407
I. La regulación de los efectos laborales del traspaso de empresas en el Derecho de la Unión Europea	1407
II. Ámbito de aplicación de la Directiva y problemas de definición ...	1409
1. El concepto de empresa y la extensión de la Directiva a todo tipo de empresas	1409
2. El concepto de entidad económica a los efectos del traspaso	1411
3. El concepto de traspaso	1412
3.1 Amplitud del tipo de negocio jurídico	1413
3.2 Mantenimiento de la identidad	1417
3.3 Los sectores en que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra	1420
4. Trabajadores incluidos a los efectos de las garantías de la Directiva	1422
5. La particularidad de los traspasos en supuesto de procedimientos de insolvencia	1424

	Páginas
III. Finalidad de la Directiva de traspasos	1426
1. El mantenimiento de los derechos de los trabajadores	1426
1.1 Derecho imperativo	1426
1.2 El mantenimiento de la antigüedad de los trabajadores	1427
1.3 La posibilidad de establecer la solidaridad de cedente y cesionario	1428
1.4 Protección social complementaria	1429
1.5 La persistencia del convenio colectivo y sus límites	1430
1.6 Diferencias entre plantillas tras el traspaso	1431
1.7 Los límites a la modificación sustancial de condiciones ...	1431
2. La protección frente al despido	1433
IV. La intervención de la representación de los trabajadores	1434
1. El concepto de representantes de los trabajadores	1434
2. La subsistencia del mandato de la representación de los trabajadores	1434
3. Garantías de información y consulta a los trabajadores	1435
V. Bibliografía	1436
CAPÍTULO 34. DESPIDOS COLECTIVOS (Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998)	1439
I. La Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20-7-98 y su implementación por el art. 51 del estatuto de los trabajadores (y por los arts. 169 ss. de la Ley Concursal)	1439
II. Los precedentes: la Directiva 75/129/CEE del consejo, de 17-2-75 y su modificación por la Directiva 92/56/CEE del Consejo, de 24-6-92	1440
III. El derecho a protección en caso de despido injustificado y la libertad de empresa en la carta de derechos fundamentales de la UE: la STJUE «AGET Iraklis» y la autorización administrativa del despido colectivo	1443
IV. Finalidad de la Directiva 98/59/CE	1448
V. Concepto de despido colectivo («definiciones y ámbito de aplicación»); art. 1)	1450
1. Despidos efectuados por un empresario	1450
2. «Motivos –uno o varios– no inherentes» a la persona de los trabajadores: Directiva no «causal» sino «procedimental» (derechos de información y consulta)	1451

	Páginas
2.1	Motivos no inherentes a la persona del trabajador y no solo causas económicas, técnicas, organizativas y productivas 1451
2.2	La muerte del empresario: la STJUE 10-12-09 (Rodríguez Mayor) 1453
3.	Periodo temporal de referencia y umbral de despidos 1454
4.	Centro de trabajo y no empresa: la sentencia del TJUE «Rabal Cañas» y del TS 17-10-16, Rec 36/2016 1455
4.1	La Directiva emplea el concepto de centro de trabajo y no de empresa 1455
4.2	La STJUE «Rabal Cañas» 1456
4.3	La interpretación «conforme» de la STS 17-10-16 (Rec. 36/2016): no eficacia directa horizontal de la Directiva 98/59/CE, sino interpretación conforme, «completando» la STS 18-3-09. Otras Sentencias del TS y la paradoja de las Sentencias TJUE «USDAW» y «Lyttle» 1457
5.	Extinciones asimiladas a despidos 1458
5.1	Las extinciones de iniciativa empresarial por motivos no inherentes a la persona del trabajador, siempre que los «despidos» sean «al menos 5» 1458
5.2	No han de tenerse en cuenta las extinciones de contratos de duración determinada que tienen lugar en la fecha de su extinción. Los trabajadores con estos contratos están «habitualmente» empleados en el correspondiente centro de trabajo ... 1459
5.3	Las extinciones derivadas de los arts. 40, 41 y 50 ET: la STJUE «Pujante Rivera» y las SSTJUE «Ciupa» y «Socha» 1461
6.	Concepto de trabajador y la imposibilidad de excluir del cómputo, aunque sea temporalmente, a una determinada categoría de trabajadores 1463
7.	La Directiva no se aplica a los trabajadores de las Administraciones públicas ni a los tripulantes de buques marinos 1464
VI.	Información y consulta (art. 2) 1464
1.	Consulta en «tiempo hábil» a los representantes de los trabajadores, cuando el empresario tenga la «intención» de efectuar despidos colectivos, con vistas a llegar a un «acuerdo» 1464
2.	Objeto o finalidad de las consultas y el recurso a «expertos» 1465
3.	Las obligaciones de información del empresario «durante» el transcurso de las consultas y en «tiempo hábil» a fin de que los representantes de los trabajadores puedan formular «propuestas constructivas» 1465

	Páginas
4. La comunicación a la autoridad pública	1466
5. El grupo de empresas	1466
VII. El papel de la autoridad pública y los efectos de los despidos colectivos	1467
1. Notificación a la autoridad pública y a los representantes de los trabajadores y las eventuales observaciones de estos (art. 3)	1467
1.1 La notificación a la autoridad pública	1467
1.2 La notificación a los representantes de los trabajadores y las eventuales observaciones de estos	1468
2. Efectos de los despidos colectivos, la búsqueda de soluciones por la autoridad pública, la facultad de prórroga de la fecha de efectos y la posible no aplicación de lo anterior en determinados supuestos (art. 4)	1468
2.1 Los efectos del despido colectivo	1468
2.2 La búsqueda de soluciones por la autoridad pública	1468
2.3 La facultad de prórroga por parte de la autoridad pública ...	1469
2.4 Los despidos colectivos producidos por el cese de actividad del establecimiento consecuencia de una decisión judicial	1469
VIII. La mayor favorabilidad abierta a los estados y a la negociación colectiva (art. 5)	1469
IX. Procedimientos administrativos y/o jurisdiccionales a disposición de los representantes de los trabajadores o de estos últimos (art. 6)	1470
X. Las ayudas de estado autorizadas por la Comisión Europea permiten indemnizaciones por despido colectivo superiores a las mínimas legales: la STJUE «Iglesias Gutiérrez»	1471
XI. Trabajadora embarazada y despido: la STJUE «Porrás guisado» ...	1472
XII. Los destinatarios de la Directiva son los estados miembros (art. 10) ...	1473
XIII. Bibliografía	1473
CAPÍTULO 35. INSOLVENCIA EMPRESARIAL (Directiva 2008/94/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2008) ...	1479
I. La intervención normativa de la Unión Europea en el terreno de la insolvencia empresarial: dos líneas de regulación	1479
1. La coordinación de los procedimientos nacionales de insolvencia empresarial	1479
2. Las directrices específicas para la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia de la empresa	1482

	Páginas
3. Norma y jurisprudencia en la configuración y aplicación del sistema de garantía de los créditos laborales	1486
II. La configuración del sistema comunitario de garantía de los créditos laborales	1488
1. Dimensión social y trasfondo económico de las directrices comunitarias	1488
2. La doble función normativa de las directrices comunitarias	1489
3. Posibilidades y opciones de configuración de las instituciones de garantía de los créditos laborales	1491
4. Las reglas sobre control y prevención de abusos	1493
III. Ámbito subjetivo de las instituciones de garantía conforme a las directrices comunitarias	1493
1. La delimitación formal del ámbito subjetivo de aplicación	1493
2. La especial situación de los trabajadores que al mismo tiempo participan en el capital o la gestión de la empresa	1495
3. La cobertura de trabajadores nacionales de terceros países	1497
IV. Ámbito objetivo o material de la acción protectora	1498
1. La delimitación general de la acción protectora: créditos laborales y créditos de previsión social	1498
2. La casuística sobre la protección de los créditos laborales	1500
3. La casuística sobre la cobertura de aportaciones y prestaciones de previsión social	1504
V. La insolvencia como presupuesto y hecho causante	1506
1. La configuración formal del hecho causante	1506
2. La conexión entre la situación de insolvencia y los créditos pendientes de pago	1508
3. El establecimiento por parte de los Estados de exigencias complementarias	1510
VI. La determinación de la institución responsable en caso de concurrencia de dos o más sistemas nacionales	1512
VII. El aseguramiento de los créditos laborales desde la perspectiva española	1515
1. La incorporación de las directrices europeas: el Fondo de Garantía Salarial	1515
2. Los asuntos resueltos por el Tribunal de Justicia en relación con la legislación española	1517

	Páginas
VIII. Bibliografía	1521
CAPÍTULO 36. DERECHOS DE INFORMACIÓN Y CONSULTA (Directiva 2002/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de marzo de 2002)	1523
I. Introducción	1523
1. Derecho de la Unión Europea	1524
2. Legislación española	1525
3. Objetivos perseguidos por la norma	1526
II. Ámbito de aplicación	1527
1. Definiciones de los conceptos	1530
III. Derechos definidos	1531
1. Contenidos	1531
2. Procedimiento para desarrollarlos	1532
3. Información confidencial	1534
IV. Garantías	1535
1. En la transposición	1535
2. De cumplimiento	1538
3. Protección de los representantes de los trabajadores	1538
4. Relación de la Directiva con otras disposiciones comunitarias y nacionales	1539
5. Transposición en la normativa española	1539
V. Bibliografía	1543
CAPÍTULO 37. EL COMITÉ DE EMPRESA EUROPEO. (Directiva 2009/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 6 de mayo de 2009)	1545
I. Introducción	1545
II. Marco normativo	1547
III. Comité de empresa europeo o procedimiento alternativo	1548
IV. Ámbito de aplicación, empresas y grupos de dimensión comunitaria	1549
V. Procedimiento de constitución del comité de empresa europeo	1551
1. Responsabilidad	1551
2. Inicio de las negociaciones	1554
3. Comisión negociadora	1554
4. El acuerdo	1556

	Páginas
VI. El modelo subsidiario	1558
VII. El comité de empresa europeo	1559
1. Composición del comité de empresa europeo	1559
2. Competencias del comité de empresa europeo	1561
VIII. Protección de los representantes de los trabajadores	1564
IX. Confidencialidad	1565
X. Adaptación	1566
XI. Tutela de los derechos de información y consulta	1566
XII. Negociación colectiva en el seno del comité de empresa europeo	1567
XIII. Consecuencias del Brexit sobre los comités de empresa europeos	1568
XIV. Consideraciones finales	1569
XV. Bibliografía	1570
CAPÍTULO 38. LA IMPLICACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LA SOCIEDAD EUROPEA y SOCIEDAD COOPERATIVA EUROPEA	1573
I. La normativa y su largo proceso de elaboración	1573
1. Marco normativo	1573
2. El proceso de elaboración	1574
II. Los pilares fundamentales: la negociación colectiva y el principio del «antes-después»	1577
III. Breve referencia a los requisitos para la constitución de una SE	1579
IV. Procedimiento de negociación	1580
1. Con carácter previo: ámbito de aplicación de la Ley 31/2006	1580
2. Inicio del procedimiento	1581
3. Constitución de la comisión negociadora	1582
4. Régimen de funcionamiento	1583
5. Funciones de la comisión negociadora	1585
6. Duración de las negociaciones	1586
V. Contenido del acuerdo	1588
1. Contenido mínimo	1588
2. Disposiciones de referencia o subsidiarias	1589
2.1 Ámbito de aplicación de estas disposiciones	1589
2.2 Contenido de las disposiciones de referencia o subsidiarias	1590
2.3 Especial referencia a las disposiciones subsidiarias en ma- teria de participación	1594
VI. Disposiciones aplicables a los centros de trabajo y filiales situados en España	1595

	Páginas
VII. Procedimientos judiciales y normativa sancionadora	1597
1. Procedimientos judiciales	1597
2. Normativa sancionadora	1598
VIII. Particularidades de la Sociedad Cooperativa Europea	1599
IX. Fusiones transfronterizas	1600
X. Análisis de la implantación de la SE y la SCE	1603
XI. Bibliografía	1606
CAPÍTULO 39. DIÁLOGO SOCIAL EUROPEO Y NEGOCIACIÓN COLECTIVA	1609
I. Diálogo social y negociación colectiva en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea	1609
1. El concepto de diálogo social en la Unión Europea	1609
2. La negociación colectiva en la Unión Europea	1612
3. Las relaciones entre el diálogo social y la negociación colectiva en la Unión Europea	1615
II. La construcción histórica del diálogo social europeo	1617
1. Inicios y Val Duchesse	1617
2. Incorporación a los Tratados y etapa de confianza	1619
3. Giro hacia la autonomía, paralización y crisis	1621
III. El marco legal del diálogo social y la negociación colectiva en el ordenamiento de la Unión Europea	1626
1. Los artículos 154 y 155 del TFUE en el Capítulo de Política Social	1626
2. Las vías de aplicación de los acuerdos (1): los acuerdos «fuertes»	1628
3. Las vías de aplicación de los acuerdos (2): los acuerdos «autónomos» y el papel de los interlocutores sociales nacionales	1632
4. Los Comités de Diálogo Social Sectorial	1635
IV. El impacto del diálogo social y la negociación colectiva europea en el nivel nacional	1636
1. Los resultados del diálogo social europeo a nivel interprofesional y sectorial	1636
2. Recepción de los acuerdos europeos en el nivel nacional	1639
V. Reflexiones finales sobre el papel del diálogo social y la negociación colectiva en la Unión Europea	1641
VI. Bibliografía	1644

CAPÍTULO 40. DERECHO DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y LIBRE COMPETENCIA	1649
I. Las normas sobre competencia: aspectos generales	1649
II. La inmunidad de los convenios colectivos y su alcance: la saga albany	1651
III. Negociación colectiva y trabajadores autónomos	1654
1. La doctrina del Tribunal de Justicia	1654
2. Los acuerdos de interés profesional de los trabajadores autónomos económicamente dependientes	1655
3. Las Directrices sobre la aplicación del Derecho de la Competencia de la UE a los convenios colectivos relativos a las condiciones de trabajo de las personas que trabajan por cuenta propia sin asalariados	1657
IV. Los límites objetivos de la negociación colectiva: la situación en España	1659
1. La imposición por el convenio de la política de precios	1659
2. Tiempo de trabajo y política empresarial de horarios	1661
3. La determinación del ámbito subjetivo del convenio	1663
4. Las restricciones a la descentralización productiva	1664
5. El tratamiento de la subrogación convencional	1665
6. Criterios convencionales sobre la provisión de servicios a empresas y/o trabajadores	1668
V. Bibliografía	1670
CAPÍTULO 41. DERECHO DE HUELGA Y MEDIDAS DE CONFLICTO	1673
I. La regulación del derecho de huelga en el ordenamiento de la Unión Europea	1673
1. El derecho de huelga en las declaraciones de derechos europeos ...	1674
2. Exclusiones sustanciales del ámbito competencial de la UE: El derecho de huelga	1676
II. El derecho de huelga en las acciones transnacionales en el marco europeo	1677
1. Libertad de circulación y derecho de huelga	1681
2. Libertad de establecimiento y prestación de servicios. La doctrina Viking y Laval	1683

	Páginas
3. Algunas consecuencias de la jurisprudencia Viking y Laval	1690
4. Un intento de regulación fracasado: la propuesta de regulación Monti II	1697
III. ¿Se puede importar al ordenamiento español esta doctrina?	1699
IV. Bibliografía	1701
CAPÍTULO 42. LA POLÍTICA DE EMPLEO	1705
I. Las instituciones de la Unión Europea y el empleo como política ...	1705
1. El Comité Permanente de Empleo	1706
2. La Cumbre Social Tripartita para el crecimiento y el empleo	1706
3. Los Fondos Estructurales y de Inversión Europeos (FEIE) y el empleo	1707
3.1 El Fondo de Desarrollo Regional	1708
3.2 El Fondo Social Europeo	1709
3.3 El Fondo de Cohesión	1711
3.4 El Fondo Europeo de Adaptación a la Globalización	1712
II. El reformismo institucional y la gestión técnica del empleo	1713
1. El semestre europeo y el pilar europeo de derechos sociales	1713
2. La gestión del empleo: del SEDOC al sistema EURES	1715
III. El nacimiento de la política europea de empleo	1718
1. El impulso mediante procesos de reforma	1718
1.1 Los Procesos de Lisboa, Cardiff, Bolonia y Colonia	1718
1.2 El Proceso de Lisboa y el Método Abierto de Coordinación ...	1720
2. La política de empleo en el Tratado	1722
IV. El desarrollo de la Estrategia Europea de Empleo	1723
1. La racionalización de los ciclos anuales de coordinación de la política económica y de la política de empleo (1997-2002)	1723
2. De la racionalización de ciclos de coordinación a la Estrategia Renovada de Lisboa (2002-2005)	1725
2.1 La entrada del concepto de flexiseguridad en el diseño de la política de empleo	1725
2.2 Las directrices estratégicas de 2005-2008	1727
2.3 La Estrategia Renovada de Lisboa de 2005	1728

	Páginas
3. La superación de la Estrategia de Lisboa (2005-2010)	1729
3.1 El impulso a la Estrategia Renovada de Lisboa de 2005 ...	1729
3.2 El Libro Verde de 2006 sobre la modernización del Dere- cho del Trabajo	1730
3.3 La preparación de la Estrategia Europa 2020	1731
V. La Estrategia Europa 2020. Análisis de objetivos desde la óptica del empleo	1732
VI. La Estrategia Diferenciada de Empleo Juvenil	1734
VII. Acciones sobre la política de empleo con motivo de la pandemia: reparación y flexibilización de ayudas	1736
VIII. Bibliografía	1738
CAPÍTULO 43. LA POLÍTICA DE FORMACIÓN PROFESIONAL	1741
I. Introducción: la múltiple presencia de la formación profesional en el ámbito de la Unión Europea	1741
II. La construcción de una política europea de formación profesional ...	1743
III. Las bases competenciales para una intervención de la Unión Europea en la formación profesional	1746
IV. La formación profesional como derecho de los trabajadores	1748
V. Formación profesional y política de empleo	1753
VI. Procesos e instrumentos para el desarrollo de una política comu- nitaria de formación profesional	1754
VII. El aparato institucional al servicio de la formación profesional	1762
VIII. Conclusión	1766
IX. Bibliografía	1766
CAPÍTULO 44. COMPETENCIA EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL DE LA UNIÓN EUROPEA	1769
I. Introducción	1769
II. Las competencias de la Unión Europea	1772
III. La normativa comunitaria en materia de seguridad social	1777
1. Reglamentos comunitarios	1778
2. Directivas de la Unión Europea en materia de protección social ...	1782
CAPÍTULO 45. COMPROMISOS POR PENSIONES	1787
I. Introducción	1787
1. La heterogeneidad de los sistemas complementarios de pensiones ...	1788
2. El carácter complementario del segundo pilar de protección social	1790

	Páginas
II. Derechos complementarios de pensión y libre circulación de trabajadores	1792
1. Límites al establecimiento de periodos de espera y de carencia, o de requisitos de edad, para la adquisición de derechos complementarios de pensión	1793
2. La afiliación transfronteriza	1797
3. El mantenimiento y la portabilidad de los derechos consolidados de los trabajadores que abandonan la empresa y cambian de Estado de residencia	1799
4. Información sobre sus derechos complementarios de pensión a partícipes y beneficiarios que ejerzan el derecho de libre circulación ...	1801
5. Pagos transfronterizos de pensiones complementarias	1803
6. Diversidad de tratamientos tributarios respecto de aportaciones y prestaciones complementarias de pensión y su relevancia en los supuestos de pensiones transfronterizas	1804
III. Regímenes complementarios de pensión y discriminación por razón de sexo	1807
1. Introducción	1807
2. La aplicabilidad del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres a los regímenes profesionales de pensiones	1808
3. Alcance de la prohibición de discriminación	1812
IV. Bibliografía	1816
CAPÍTULO 46. LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES DEL TRABAJADOR (Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016)	1817
I. La protección de datos personales del trabajador	1817
1. Marco normativo de la protección de datos: aspectos laborales	1817
2. Concepto de dato personal	1821
3. Concepto de tratamiento de datos personales	1822
4. Principios relativos al tratamiento de datos	1823
5. El interesado y las condiciones de licitud del tratamiento	1825
5.1 El trabajador como interesado	1825
5.2 Las condiciones de la licitud del tratamiento de los datos en el ámbito laboral	1826
5.2.1 Condiciones de licitud del tratamiento	1826
5.2.2 Especialidades laborales del tratamiento derivado de la debilidad del consentimiento en lo laboral	1826

	Páginas
5.2.3 El contrato de trabajo como fundamento para la licitud del tratamiento	1827
5.2.4 El cumplimiento de una obligación legal aplicable al responsable del tratamiento	1828
5.2.5 El interés legítimo como título legitimador del tratamiento y su proyección en las relaciones laborales	1828
5.2.6 El cumplimiento de una tarea en interés público o el ejercicio de poderes públicos como condición del tratamiento	1830
5.3 Tratamiento de categorías especiales de datos personales	1830
5.4 Garantías positivas de los interesados	1831
5.4.1 El derecho a la información	1831
5.4.2 Derecho de acceso	1832
5.4.3 Derecho a la portabilidad	1833
5.5 Garantías negativas de los interesados	1834
5.5.1 Derecho de oposición	1834
5.5.2 Derecho de rectificación	1834
5.5.3 Derecho de cancelación o supresión (Derecho al olvido)	1834
5.5.4 Derecho de limitación	1835
5.5.5 Decisiones basadas en el tratamiento automatizado de datos	1836
6. Los sujetos activos del tratamiento de datos personales	1838
6.1 La empresa y los grupos de empresas como responsables del tratamiento	1838
6.2 El papel del encargado del tratamiento en las relaciones laborales	1839
6.3 Obligaciones de responsables y encargados del tratamiento. La seguridad de los datos personales	1840
6.4 El delegado de protección de datos. Notas sobre su estatuto laboral	1841
6.5 El trabajador como sujeto activo del tratamiento de datos	1842
7. Protección de datos y estadios previos a la contratación	1843
8. Protección de datos personales durante la ejecución del contrato de trabajo	1844
9. Nuevas tecnologías digitales, poderes empresariales y derecho a la protección de datos	1845
9.1 La vigilancia electrónica	1846

	Páginas
9.2	Sistemas de videovigilancia 1847
9.3	El control a través de sistemas de geolocalización 1848
9.4	Los controles biométricos 1849
9.5	La monitorización fuera del lugar de trabajo 1850
10.	Los datos de salud laboral como datos personales 1850
11.	Sistemas internos de denuncias o «whistleblowing» y programas de cumplimiento 1851
12.	Sistema de responsabilidades 1852
12.1	Responsabilidad civil derivada: el derecho a indemnización 1852
12.2	La responsabilidad administrativa: el régimen sancionador ... 1853
II.	Bibliografía 1854
CAPÍTULO 47. LA DIRECTIVA (UE) 2019/1937 Y LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS DENUNCIANTES 1857	
I.	El sistema de denuncias europeo de la Directiva (UE) 2019/1937 1857
1.	El objetivo de un sistema europeo de denuncias 1858
2.	Ámbito de aplicación material 1860
3.	Ámbito de aplicación personal 1862
II.	Canales de denuncia y reglas de articulación 1863
1.	El canal interno: vía preferente de denuncias 1863
2.	Canal interno de denuncias: una obligación para la empresa 1865
3.	La denuncia no es una obligación de las personas trabajadoras 1866
4.	La gestión del sistema de denuncia interna 1867
III.	Estatuto de protección de las personas denunciantes 1868
1.	La exigencia de veracidad de la información 1869
2.	El denunciante anónimo: admisión y protección 1870
3.	Sistema de garantías y exención de responsabilidad del denunciante 1871
3.1	Ámbito objetivo de la exención de responsabilidad 1871
3.2	Exención de responsabilidad por denuncias de irregularidades y secreto empresarial 1872
CAPÍTULO 48. PREDICTIBILIDAD DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO. Directiva 2019/1152 1875	
I.	Antecedentes y fundamentos de la nueva Directiva 2019/1152 1875
II.	Finalidad, objeto y ámbito de aplicación 1877

	Páginas
1. Finalidad	1877
2. Ámbito de aplicación	1878
3. Definiciones	1882
4. Suministro de información	1883
III. Información sobre la relación laboral	1883
1. Información mínima común a cualquier tipo de relación la- boral	1883
2. Información específica si el patrón de trabajo es total o mayorita- riamente previsible	1885
3. Información específica si el patrón de trabajo es total o mayorita- riamente imprevisible	1886
4. La posibilidad de sustituir determinada información por una re- misión a sus normas reguladoras	1886
5. Tiempo y medios de información	1886
6. Información adicional en determinados supuestos	1887
6.1 En caso de modificación de la relación laboral	1888
6.2 Trabajadores enviados a otro Estado miembro o a un tercer país	1888
IV. Requisitos mínimos relacionados con las condiciones de trabajo	1890
1. Duración máxima de los períodos de prueba	1890
2. Empleo paralelo	1891
3. Previsibilidad mínima del trabajo	1892
4. Medidas complementarias para los contratos a demanda	1895
5. Transición a otra forma de empleo	1895
6. Formación obligatoria	1896
7. Convenios colectivos	1896
V. La tutela de los Derechos reconocidos en la Directiva	1897
1. Presunciones legales y mecanismo de resolución anticipada de litigios	1897
2. Derecho a la reparación	1898
3. Garantía de indemnidad, protección contra el despido y carga de la prueba	1898
4. Sanciones	1900
VI. Disposiciones finales	1900
VII. Bibliografía	1901

	Páginas
CAPÍTULO 49. LA REGULACIÓN COMUNITARIA DE LA LEY APLICABLE A LA RELACIÓN LABORAL EN EL ESPACIO INTERNACIONAL	1903
I. La comunitarización del Derecho sobre Ley aplicable a la relación laboral	1903
1. Conexión del Reglamento Roma I con otros instrumentos comunitarios	1904
2. Ámbito de aplicación material y alcance del Reglamento Roma I ...	1907
3. Ámbito de aplicación (territorial y temporal) y carácter universal del Reglamento Roma I	1910
4. El concepto de «Ley aplicable»; en particular, la inclusión de los convenios colectivos dentro del concepto	1912
5. El artículo 1.4 del ET	1913
II. Las normas de conflicto	1914
1. Un problema previo a la aplicación de la norma de conflicto: la calificación del contrato	1914
2. La elección autónoma de la ley aplicable	1915
3. Límites a la libertad de elección: leyes de policía y normas internas imperativas	1919
4. La Ley aplicable en defecto de elección («Ley objetiva»)	1923
4.1 El lugar habitual de trabajo	1924
4.2 El lugar del establecimiento de contratación del trabajador	1929
4.3 La cláusula de escape: los vínculos más estrechos	1930
III. La prueba de la ley extranjera	1932
IV. Bibliografía	1933
CAPÍTULO 50. LA COMPETENCIA JUDICIAL. EL RECONOCIMIENTO MUTUO Y LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS	1937
I. La competencia judicial internacional en el ámbito de la Unión Europea	1937
1. El marco legal aplicable en materia de competencia judicial internacional	1937
2. El Reglamento UE/1215/2012. Antecedentes, eficacia y ámbitos de aplicación	1938
2.1 Sobre los antecedentes del Reglamento UE/1215/2012	1938
2.2 Sobre la eficacia del Reglamento	1940

	Páginas
2.3 Sobre los ámbitos de aplicación del Reglamento núm. 1215/2012	1940
2.3.1 Ámbito temporal. La vigencia del Rgto. UE/1215/2012 y su relación con instrumentos precedentes	1940
2.3.2 Ámbito territorial	1941
2.3.3 Ámbito material	1943
II. La regulación de la competencia judicial en el derecho de la Unión Europea bajo el Reglamento UE/1215/2012. Los foros competenciales	1945
1. Introducción	1945
2. Foros aplicables al trabajador demandante	1945
2.1 Foro general: del domicilio del demandado	1945
2.2 Foros especiales	1947
2.2.1 Sobre el concepto del «lugar de desempeño habitual del trabajo» o del «último lugar» en que haya desempeñado el trabajo [Rgto. UE/1215/2012 art. 21.1.b).i]	1948
2.2.2 Sobre el «lugar en que esté o haya estado situado el establecimiento que haya empleado al trabajador» [Rgto. UE/1215/2012 art. 21.1.b).ii], así como las «sucursales, agencias o cualquier otro establecimiento» (Rgto. UE/1215/2012 art. 20.2 y art. 7.5, en relación con el art. 20.1)	1950
2.3 Análisis de supuestos particulares	1952
2.3.1 Sobre la pluralidad de demandados	1952
2.3.2 Sobre las misiones diplomáticas y oficinas consulares.	1954
2.3.3 Sobre la competencia judicial en prestaciones en escenarios de empresas vinculadas o participadas o colaboración empresarial	1956
2.3.4 Sobre las pretensiones de naturaleza colectiva	1958
2.3.5 Sobre el desplazamiento temporal de trabajadores.....	1960
2.3.6 Sobre la constitución del comité de empresa europeo y las obligaciones de información y consulta en empresas y grupos de dimensión comunitaria	1961
3. Foros aplicables al empresario demandante	1962
4. La prórroga de la competencia	1962
4.1 Los acuerdos de sumisión expresa	1963
4.2 La sumisión tácita	1963

	Páginas
III. El reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en el seno de la Unión Europea	1964
1. El marco legal aplicable en materia de reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en la UE	1964
2. Resoluciones susceptibles de reconocimiento y ejecución	1966
3. El reconocimiento bajo el Reglamento UE/1215/2012	1967
3.1 El reconocimiento automático	1967
3.2 El reconocimiento a título principal	1968
3.3 El reconocimiento a título incidental	1970
3.4 Los motivos de denegación del reconocimiento	1971
3.4.1 Reconocimiento manifiestamente contrario al orden público del Estado miembro requerido	1971
3.4.2 Resolución dictada en rebeldía	1972
3.4.3 Resolución inconciliable con otra dictada entre las mismas partes en el Estado miembro requerido	1973
3.4.4 Resolución inconciliable con la dictada con anterioridad en otro Estado miembro o un Estado tercero entre las mismas partes en un litigio que tenga mismo objeto y causa, cuando esta última resolución reúne las condiciones necesarias para su reconocimiento en el Estado miembro requerido	1974
3.4.5 Resolución que entre en conflicto con lo dispuesto en, entre otras, la sección 5 del capítulo II del Reglamento (contratos individuales de trabajo) en el supuesto de que el demandado sea el trabajador	1974
4. La ejecución bajo el Reglamento UE/1215/2012	1975
4.1 La solicitud de ejecución	1975
4.2 Sobre la denegación de la ejecución	1978
4.3 Sobre los motivos de denegación de la ejecución (remisión a los motivos de denegación del reconocimiento)	1978
IV. Bibliografía	1979
ANEXO CRONOLÓGICO DE SENTENCIAS CITADAS	1981

CAPÍTULO 11

IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE GÉNERO, ORIENTACIÓN SEXUAL E IDENTIDAD SEXUAL EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

YOLANDA CANO GALÁN

I. INTRODUCCIÓN

El marco jurídico de la igualdad y protección frente a discriminaciones se configura en un constante proceso de evolución en atención a nuevas realidades históricas, sociales, educativas, lingüísticas, culturales, etc., en que se tienen en cuenta las condiciones, estados o causas¹ por los que una persona puede sufrir discriminaciones y en las que se detectan divergencias entre esas nuevas realidades y el marco jurídico. El derecho de la Unión Europea no es una excepción, limitando el marco de protección a los supuestos de discriminación por razón de «sexo» y «orientación sexual» en su marco regulatorio, pero con una cierta dosis de aperturismo en la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de otras condiciones o estados con difícil encaje

¹ Se utilizan como términos diferenciados los términos «condición» o «estado» para referir a las realidades sociales, culturales y lingüísticas con que se identifica a un colectivo de personas, y «causas» de discriminación para referir a aquellos supuestos normativamente identificados conforme a condiciones y estados y sobre los que se proyectan los motivos discriminatorios. Sobre el tema *Vid.* CANO GALÁN, Y.: «Discriminación por transexualidad en el empleo: ¿nueva causa, condición o estado objeto de protección tras la Ley 15/2022, de 12 de julio?», *Aranzadi Doctrinal*, núm. 9, 2022

legal en la configuración de lo que podría identificarse como marco comunitario antidiscriminatorio tradicional.

El artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), al igual que el artículo 14 de la Constitución Española (CE), solo mencionan la discriminación por razón de «sexo», y ambos textos abren las puertas a nuevas condiciones o estados necesitados de protección frente a discriminaciones con una cláusula aperturista que prohíbe cualquier trato injustificadamente diferenciado «por cualquier otra circunstancia personal o social». Se configuran así las consideradas causas de discriminación tradicionalmente admitidas y acogidas por el Derecho comunitario: la discriminación por razón de «sexo» y por «orientación sexual». Pero dicho marco jurídico antidiscriminatorio tradicional cambia y evoluciona, incorporando nuevas realidades necesitadas de protección al socaire de las diferentes sensibilidades de los Estados miembros de la UE. En España, por ejemplo, la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, mandata la igualdad y prohibición de discriminación por razón de «identidad sexual» y «expresión de género», sin que el Derecho de la UE se adapte y evolucione a estos nuevos escenarios, manteniendo el marco jurídico antidiscriminatorio tradicional. A pesar de las dificultades lingüísticas que supone la identificación de los colectivos protegidos conforme a los nuevos términos identificados normativamente, el TJUE parece ser sensible a acoger bajo su paraguas a esas nuevas realidades. Reflejo de ello son las sentencias del TJUE (STJUE) que han abordado cuestiones prejudiciales en que estaban en juego discriminaciones diferenciadas de las tradicionales que se sufren por el hecho de ser mujer (discriminación por razón de «sexo»), o por la «orientación sexual», protegiendo, desde antiguo, situaciones que no encajan perfectamente en la definición de alguna de dichas circunstancias².

Es el momento, por lo tanto, de examinar el marco normativo comunitario sobre esas discriminaciones consideradas tradicionales y la doctrina del TJUE que interpreta la misma, y ello en la intención de delimitar definitivamente el mapa conceptual y de protección abordado por el Derecho de la UE.

² Es el caso de la STJUE de 30 de abril de 1996 (C-134/94), asunto P/S y Cornwall County Council, STJUE de 1 de abril de 2008 (C-267/06) asunto Maruko, STJUE de 17 de febrero de 1998 (C-294/96), asunto Grant/South-West Trains, STJUE de 31 de mayo de 2001 (C-122/99 y C-152/99), asunto P. C. y Suecia/Consejo, STJUE de 7 de enero de 2004 (C-117/01), asunto K. B., STJUE de 10 de mayo de 2011 (C-147/08), asunto Römer.

II. PRECISIONES CONCEPTUALES

El escueto marco regulatorio comunitario –prohibición de discriminación por razón de «sexo» y por «orientación sexual»– y las reivindicaciones acerca de la necesidad de protección de colectivos identificados por condiciones o estados diversos, provoca desajustes entre normativa y realidad que exige, cuanto menos, una reflexión sobre aquellos conceptos actualmente manejados y su encaje en el marco regulador antidiscriminatorio. En particular, parece conveniente conceptualizar qué supondría discriminación por razón de «sexo» –*Vid.* Capítulo 10. Discriminación por sexo–, «género», «identidad de género» o «expresión de género» y «orientación sexual», así como por otros supuestos.

1. Distinción entre «sexo», «género» y «orientación sexual»

El «sexo» es la condición o estado necesitado de protección frente a discriminaciones normativamente más aceptada, y se vincula con la identificación de las personas conforme a sus características 1) «primarias»³, es decir, los órganos «genitales internos y externos con los que se nace y que permiten identificar a una persona como hombre o mujer, y la genética y estructura hormonal que identifica a los hombres con el cromosoma XY y a las mujeres con el cromosoma XX⁴; y 2) «secundarias», o vinculadas a otros elementos físicos que permiten identificar a una persona como hombre o mujer⁵. En definitiva, el «sexo» permite identificar a una persona como hombre o mujer y la normativa antidiscriminatoria protege frente a discriminaciones por el hecho biológico vinculado a dicha condición –embarazo y maternidad, etc.–.

No existe una definición legal de «género» a pesar de que en la actualidad se trata de un concepto asentado jurídica y socialmente. En el ámbito español, la STC (Pleno) 67/2022, de 2 de junio aborda una definición, entendiendo por «género» la «identidad social de una persona basada en las construcciones sociales, educativas y culturales de los roles, los rasgos de la personalidad, las actitudes, los comportamientos y los valores que se asocian o atribuyen, de forma diferencial a hombres y mujeres, y que incluyen normas, comportamientos, roles, apariencia externa, imagen y expectativas sociales asociadas a uno u

³ STC (Pleno) 67/2022, de 2 de junio.

⁴ *Vid.* CANO GALÁN, Y.: «Discriminación por transexualidad en el empleo: ¿nueva causa, condición o estado objeto de protección tras la Ley 15/2022, de 12 de julio?», *Aranzadi Doctrinal*, núm. 9, 2022.

⁵ La STC (Pleno) 67/2002, de 2 de junio, enumera «la masa muscular, la distribución el vello y la estatura».

otro género». De ello se deduce que la definición «está asociada al sentimiento íntimo de pertenencia a un «sexo» u otro por parte de la persona y el rol social que se le asocia, y se vincula a coyunturas históricas, sociales, culturales, educativas, etc.»⁶. Puesto que el Derecho de la UE no contempla expresamente la prohibición de discriminación por razón de «género», y dado que si bien es fácilmente identificable una persona por su «sexo»⁷ la determinación del «género» depende de componentes personales internos, el marco de protección que abarca la discriminación por razón de «género»⁸, «identidad de género»⁹ o «expresión de género»¹⁰ se complica, máxime cuando la identificación de condiciones o estados que quedarían encuadrados en el concepto varían¹¹.

No se define en el marco jurídico comunitario qué deba entenderse por «orientación sexual», a pesar de que es una de las condiciones o estados a que refiere la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000. La definición tampoco aparece contemplada en la normativa española¹² a pesar del interés por su conceptualización¹³, si bien se han abordado definiciones en perspectiva internacional¹⁴. El marco jurídico comunitario antidiscriminatorio

⁶ CANO GALÁN, Y.: «Discriminación por transexualidad en el empleo: ¿nueva causa, condición o estado objeto de protección tras la Ley 15/2022, de 12 de julio?», Aranzadi Doctrinal, núm. 9, 2022.

⁷ La STC (Pleno) 67/2022, de 2 de junio, aclara que «el sexo se vincula a la concurrencia de una serie de caracteres físicos objetivamente identificables o medibles».

⁸ La STC (Pleno) 67/2022, de 2 de junio aclara que «los caracteres asociados al género son relativos y coyunturales y pueden variar de una sociedad a otra y de uno a otro tiempo histórico».

⁹ STC (Pleno) 67/2022, de 2 de junio, acogiendo, como también hace la Ley 15/2022, de 12 de julio, la expresión «identidad de género», en términos expuestos por el artículo 4.3 del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (conocido como Convenio de Estambul), que proscribía la discriminación basada en el «sexo», «género», «orientación sexual» e «identidad de género».

¹⁰ Acogida por la Ley 15/2022, de 12 de julio.

¹¹ Es prácticamente imposible identificar todos los géneros que son acogidos socialmente, cuestión ésta que varía dependiendo del Estado de la UE de que se trate. A modo de ejemplo se identifican los géneros masculino, femenino, intergénero o género fluido, trigénero, pangénero, etc.

¹² La STC (Pleno) 67/2002, de 2 de junio identifica a la «orientación sexual con la preferencia por establecer relaciones afectivas con personas de uno u otro sexo».

¹³ Si en la doctrina científica, que aborda distintas definiciones. Vid. CABEZA PEREIRO, J., y LOUSADA AROCHENA, J. F.: *El derecho fundamental a la no discriminación por orientación sexual e identidad de género en la relación laboral*. Albacete: Bomarzo, 2014, p. 14; Fernández Villazón, L. A.: «Vulnerabilidad, género y discriminación en el empleo. En especial, por razones de orientación e identidad sexual», en Moreno Gené, J. y Fernández Villazón, L. A. (dirs.): *Crisis de Empleo, Integración y Vulnerabilidad Social*. Pamplona: Aranzadi, 2017, p. 86 y 87; Rivas Vañó, A., y Rodríguez-Piñero, M.: «Orientación sexual y no discriminación: el debate en Europa», en *Temas Laborales*, núm. 52, 1999, p. 3; Rivas Vañó, A.: «La prohibición de discriminación por orientación sexual en la Directiva 2000/78», en *Temas Laborales*, núm. 59, 2001, p. 204-206; y CHACARTEGUI JÁVEGA, C.: *Discriminación y orientación sexual del trabajador*. Valladolid: Lex Nova, 2001, p. 23 ss.

¹⁴ Vid. *Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de Derechos Humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, 2007*, p. 6 (también conocido como «Principios de Yogyakarta»). Se puede consultar el documento en <http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=48244e9f2> (6-12-2017).

se construye en torno a dos grandes condiciones o estados: 1) El «sexo», protegiendo de discriminaciones por el mero hecho de ser hombre o mujer; y 2) La «orientación sexual», que se eleva a condición o estado independiente en virtud del artículo 1 de 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. Teniendo ello en cuenta, y especialmente el hecho de que «sexo» y «género» son dos conceptos distintos, es necesario averiguar si la «orientación sexual» tiene que ver con el «género» o con el «sexo», lo que permitirá delimitar el marco de protección por el Derecho de la UE. La respuesta pasa, necesariamente, por abordar una definición del concepto¹⁵, abogándose por considerar como «orientación sexual»: el sentimiento (o su falta) de atracción emocional, afectiva y sexual por personas del mismo o distinto género¹⁶, el deseo (o su falta) de mantener con dichas personas relaciones íntimas y sexuales o crear una relación de pareja, o la realización de dicha atracción y deseo. Atendiendo a la definición, la «orientación sexual» sería una condición o estado distinto del «sexo» y del «género», ya que ni tiene que ver con la condición biológica que se vincula al «sexo» ni con el sentimiento de pertenencia a uno u otro «sexo» que subyace en el «género», sino que se relaciona con el deseo sexual hacia un determinado «sexo» u otro independientemente del «género» al que se siente pertenecer.

En una aproximación práctica al concepto, y a modo meramente enunciativo, quedarían incluidos en el concepto «orientación sexual», las personas que formen parte de alguno de los siguientes colectivos¹⁷:

a) Homosexuales, entendiendo por homosexualidad –conforme a la RAE– la «inclinación hacia la relación erótica con individuos del mismo sexo» y «la práctica de dicha relación».

¹⁵ Se manejan distintas definiciones que se conjugan con la dada en el presente estudio. Para un análisis de las mismas, *Vid.* GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, I. «Discriminación por razón de orientación sexual», *Condiciones de empleo y relaciones de trabajo en el derecho de la Unión Europea: un estudio de jurisprudencia del tribunal de justicia*, (García Murcia, J. Dir.), Aranzadi, 2017, pp. 691 ss.; LÓPEZ-ARRANZ, A. y MILLOR ARIAS, M. P. «El derecho a la no discriminación por orientación sexual en el mundo del trabajo», en *V Xornada Universitaria Galega en Xénero*, Universidad de Vigo, Vigo, pp. 309-318.

¹⁶ No se utiliza el término «sexo», por cuanto las diferencias con el «género» radican en que el primero se concibe como un hecho biológico y el segundo como una construcción social, sirviendo el segundo mejor a los efectos de la identificación de los colectivos incluidos en el concepto «orientación sexual».

¹⁷ La Resolución del Parlamento Europeo, de 4 de febrero de 2014, sobre la hoja de ruta de la UE contra la homofobia y la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género, (2013/2183/ INI), solo incluye entre los colectivos respecto de los que se condena toda discriminación, a las personas «lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersexuales».

b) Bisexuales, entendiendo por bisexualidad –igualmente conforme a la RAE– la «condición de bisexual», y por «bisexual», dicho de una persona «que mantiene relaciones tanto homosexuales como heterosexuales».

c) Heterosexuales, entendiendo por heterosexualidad –conforme a la RAE– «la inclinación erótica hacia individuos del sexo contrario». Las personas heterosexuales también serían receptores naturales de las medidas comunitarias antidiscriminatorias por razón de «orientación sexual», y ello por cuanto en la definición se incluye el sentimiento de atracción hacia personas no solo del mismo sino de distinto «sexo». Es preciso, sin embargo, hacer una precisión. La diferencia entre la discriminación por razón de «sexo» y «orientación sexual» en relación con el colectivo de personas heterosexuales, radica en que: 1) La primera –discriminación por razón de sexo– guarda relación con el hecho biológico de ser hombre o mujer, lo que nada tiene que ver con la atracción emocional, afectiva o sexual, y por lo tanto, la protección frente a los supuestos de discriminación habrá que buscarla en la normativa antidiscriminatoria por razón de sexo; 2) La segunda –discriminación por razón de orientación sexual–, tiene que ver tanto con el «sexo» como con el «género», es decir, con el significado social y cultural que se atribuye a las diferencias biológicas entre hombres y mujeres, significado en el que se incluye esa atracción emocional, afectiva o sexual que identifica a la «orientación sexual», de ahí que también sea un colectivo necesitado de protección cuando se adopten medidas que puedan considerarse discriminatorias precisamente por dicha atracción, y cuya protección habría que buscarla en la normativa antidiscriminatoria por razón de «orientación sexual».

d) Asexuales, entendiendo por asexual –conforme a la RAE– dicho de una persona, «sin sexo, ambiguo, indeterminado», de forma que también podrían quedar incluidos en el concepto «orientación sexual», y ello por cuanto la «falta» de atracción sexual con que se identifica claramente al colectivo, también se encontraría incluida en la definición que estamos manejando.

e) Pansexuales o *cuirs* –del inglés *queer*–. Acorde con la mayor sensibilización social acerca de las preferencias sexuales de los individuos, se van acuñando nuevos términos para identificar colectivos que no comparten los elementos definidores de otros –homosexuales, bisexuales, heterosexuales, asexuales– pero que también podrían incluirse en el común identificado por su «orientación sexual». El término (en sus diferentes acepciones), se utiliza para identificar a las personas que sienten atracción por diferentes posibilidades de «identidad de género». Siendo ello así, es preciso aclarar que las personas que se consideren o sean pansexuales o *cuirs*, se incluyen en el colectivo más genérico de personas identificadas por su «orientación sexual» y no en el colectivo identificado por su «identidad de género», ya que su caracterización como

persona pansexual o cuir se fundamenta –como en el supuesto del resto de colectivos identificados por su «orientación sexual»– en el sentimiento o atracción emocional, afectiva y/o sexual.

Y al igual que ocurre con el «género», el concepto está en continuo proceso de construcción, al ser cambiante y moldeable en atención a las nuevas realidades sociales, culturales, educativas, etc., por lo que en el futuro probablemente, la enumeración cambie.

1.1 «IDENTIDAD SEXUAL», «IDENTIDAD DE GÉNERO», «EXPRESIÓN DE GÉNERO»: ¿NUEVAS CONDICIONES O ESTADOS NECESITADOS DE PROTECCIÓN POR LA NORMATIVA ANTIDISCRIMINATORIA?

Si se analiza el marco normativo internacional y nacional, aparecen nuevos términos que se vinculan a condiciones o estados relacionados con el «sexo», el «género» o la «orientación sexual», pero que parecen elevarse a categorías independientes. Ello complica el análisis del marco de protección frente a conductas antidiscriminatorias, especialmente en perspectiva comunitaria que solo acoge expresamente la prohibición de discriminación por razón de «sexo» u «orientación sexual».

El TEDH alude a la «identidad de género»¹⁸ o «identidad sexual»¹⁹, sin definir ambos términos y sin concretar si se trata de categorizaciones diferenciadas de las tradicionalmente manejadas o incluso si se trata de categorizaciones independientes. Por su parte, el TC alude a la «identidad de género»²⁰, y la Ley 15/2022, de 12 de julio, refiere a la «expresión de género», sin que tampoco se definan ni se vinculen con las tradicionales condiciones o estados protegidos por el Derecho comunitario, lo que obliga a indagar si se está en presen-

¹⁸ STEDH (Pleno), de 17 de octubre de 1986, asunto Rees c. Reino Unido (Proc. Núm. 9532/81), STEDH de 12 de junio de 2003, asunto Van Küick c. Alemania, (Proc. Núm. 35968/97), STEDH de 11 de septiembre de 2007, asunto L. c. Lituania (Proc. Núm. 27527/03) y STEDH de 19 de enero de 2021, asunto X e. Y c. Rumanía (Procs. Núms. 2145/16, 20607/16).

¹⁹ STEDH (Pleno) de 27 de septiembre de 1990, asunto Cossey c. Reino Unido (Proc. Núm. 10843/84), STEDH (Pleno), de 11 de julio de 2022, asunto Christine Goodwin c. Reino Unido, y STEDH (Pleno), de 11 de junio de 2022, asunto I c. Reino Unido (Proc. Núm. 25680/94). *Vid.* GONZÁLEZ VEGA, J. A. «Derecho a la identidad sexual: la posición del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 1, 2003.

²⁰ STC (Pleno) 67/2022, de 2 de junio, acogiendo, como también hace la Ley 15/2022, de 12 de julio, la expresión «identidad de género», en términos expuestos por el artículo 4.3 del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (conocido como Convenio de Estambul), que proscribía la discriminación basada en el «sexo», «género», «orientación sexual» e «identidad de género».

cia de nuevas categorías o por el contrario son subcategorías de las «tradicionales» condiciones o estados protegidos por la normativa antidiscriminatoria comunitaria.

La RAE define «identidad» como «conjunto de rasgos propios de un individuo o de una colectividad que los caracterizan frente a los demás» o «conciencia que una persona tiene de ser ella misma y distinta de las demás». Siendo ello así, la «identidad» tiene que ver con quien «es y se siente» una persona, y ello independientemente del «sexo» con el que nace. Uniendo dicha definición con la de «género» antes abordada, podría concluirse que la «identidad de género» se identificaría con la conciencia que una persona tiene de ella misma independientemente del «sexo» con el que nace, incluyéndose en el concepto, también, el significado o percepción social y cultural de dicha conciencia personal, y el TC español propone una definición al señalar que el término «identidad de género» tiene que ver con «la identificación de una persona con caracteres definitorios del género que pueden coincidir o no hacerlo con el sexo que se le atribuye en virtud de los caracteres biológicos predominantes que presenta desde su nacimiento»²¹.

Puesto que tampoco se aborda por el Derecho comunitario el concepto de «identidad sexual», el mero acogimiento de su existencia como condición o estado obliga a abordar un intento de conceptualización. En principio, puede concluirse que la «identidad sexual» «está vinculada con el «sexo» que se ostenta desde el nacimiento y su conformidad o no con el mismo»²², lo que parece referir, indirectamente, a la protección que el ordenamiento jurídico comunitario debe otorgar a las personas «trans» o «transexuales»²³. Pero también hay componentes que vincularían al concepto con el «género», especialmente

²¹ STC (Pleno) 67/2002, de 2 de junio. La doctrina científica ofrece algunas definiciones. En particular, Vid. CABEZA PEREIRO, J., y LOUSADA AROCHENA J. F.: *El derecho fundamental a la no discriminación por orientación sexual e identidad de género en la relación laboral*, Bomarzo, Albacete, 2014, p. 14; FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L. A., «Vulnerabilidad, género y discriminación en el empleo. En especial, por razón de orientación e identidad sexual», en Moreno Gené, J., y Fernández Villazón, L. A. (Dir.), *Crisis de Empleo, Integración y vulnerabilidad Social*, Aranzadi, Pamplona, 2017, pp. 86 y 97; POOLE DERQUI, D. «El derecho a la identidad sexual», en Hermida del Llano, C. (Coord.), *Nuevos derechos y nuevas libertades en Europa*, Dykinson, Madrid, 2015, p. 198; ÁLVAREZ CUESTA, H.: «Igualdad y no discriminación en el trabajo por razón de identidad sexual», *Revista de Derecho Social*, núm. 65, 2014, pp. 93-118; CERVILLA GARZÓN, M. Dolores: «Reflexiones en torno a l nuevo derecho a la identidad sexual», *Revista general de derecho*, núm. 681, 2001, pp. 4947-4962.

²² Vid. CANO GALÁN, Y.: «Discriminación por transexualidad en el empleo: ¿nueva causa, condición o estado objeto de protección tras la Ley 15/2022, de 12 de julio?», Aranzadi Doctrinal, núm. 9, 2022.

²³ La STJUE de 30 de abril de 1996 (C-13/94), asunto P/S y Cornwall County Council, abordó la definición de «transexualidad» identificando el término como aquél en el que «aquellas personas que, aun perteneciendo físicamente a un sexo, poseen el sentimiento de pertenecer a otro, intentan con frecuencia acceder a una identidad más coherente y menos equívoca a través de tratamientos médicos e intervenciones quirúrgicas destinados a adaptar sus características físicas a su psicología».

en los estados previos al sometimiento a intervenciones quirúrgicas y o tratamientos hormonales de cambio de sexo, por cuanto la persona siente su pertenencia a un «sexo» distinto de aquél con el que ha nacido. E incluso podría existir una vinculación con la «orientación sexual», por cuanto la atracción sexual se proyecta sobre personas de distinto «sexo» o «género». Atendiendo a dicha conceptualización, en el concepto quedarían incluidos:

a) Transexuales. Si bien no existe una definición de «transexual» en el Derecho comunitario²⁴, sí que se abordó su concepto en la STJUE de 30 de abril de 1996, P/S y Cornwall County Council C-13/94, en la que se identifica a los «transexuales» como «aquellas personas que, aun perteneciendo físicamente a un sexo, poseen el sentimiento de pertenecer a otro, intentan con frecuencia acceder a una identidad más coherente y menos equívoca a través de tratamientos médicos e intervenciones quirúrgicas destinados a adaptar sus características físicas a su psicología».

b) Transgénero. Conforme a la definición de «transexual» dada por la doctrina del TJUE²⁵, dos serían los elementos que podrían identificar a las personas «transexuales»: 1) La percepción personal de pertenecer a un sexo distinto al que ostentan desde el nacimiento, lo que les llevaría a adoptar sus atuendos y comportamientos; y 2) La intervención quirúrgica para adecuar la apariencia física con su percepción personal de pertenencia a un determinado sexo. Respecto del primer elemento, el término que socialmente se maneja es el de «travesti», si bien el colectivo considera que el mismo tiene un carácter peyorativo, de ahí que sea más aceptado el de «transgénero», mientras que el segundo elemento se correspondería con el término comunitariamente manejado de «transexual».

c) Intersex. Los «intersex», también considerados en lenguaje común como «hermafroditas», podrían incluirse también en el colectivo identificado por su «identidad de género». Conforme a la RAE, «hermafrodita» es quien «tiene los dos sexos», y dicho de una persona, «que tiene testículos y ovarios, lo cual le da la apariencia de reunir ambos sexos». Su «orientación sexual» puede ser la de asexual, heterosexual, bisexual u homosexual, por lo que no pueden encuadrarse en puridad en el colectivo identificado por su «orientación sexual», ya que el elemento identificativo no es por la atracción emocional,

²⁴ Para un estudio en profundidad, *Vid.* CANO GALÁN, Y.: «Discusión en torno a la aplicación del principio de igualdad a los transexuales», en VV. AA.: *La igualdad ante la Ley y la no discriminación en las relaciones laborales: XV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Madrid: Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2005, p. 433 ss.

²⁵ Especialmente STJUE de 30 de abril de 1996 (C-13/94), asunto P/S y Cornwall County Council.

afectiva y sexual que sienten, sino por su propia naturaleza biológica y la conciencia de pertenecer a un determinado género.

Por su parte, en España, la Ley 15/2022, de 12 de julio, incorpora el nuevo término «expresión de género», sin abordar definición alguna y sin concretar si se trata de una condición o estado independiente del «género» o de la «identidad de género» e incluso de la «identidad sexual». En un intento de abordaje de una definición, la «expresión de género» no sería un término plenamente coincidente ni con el «género» ni con la «identidad de género», puesto que primaría el elemento externo –de ahí que se aluda a «expresión»– respecto del «interno» –sentimiento de pertenencia–, pero comparte elementos comunes con ambos, por lo que el análisis de la protección frente a discriminaciones por razón de «expresión de género» puede realizarse desde la protección frente a discriminaciones por razón de «género» o «identidad de género».

III. DELIMITACIÓN DEL MARCO DE PROTECCIÓN COMUNITARIO

El Derecho de la UE se proyecta sobre dos grandes categorías antidiscriminatorias: por razón de «sexo» y por razón de «orientación sexual». Sin embargo, y como se ha avanzado, en la actualidad se acogen conceptualmente nuevas realidades que no aparecen claramente mencionadas normativamente y son acogidas, parcialmente, por la doctrina del TJUE. Es por ello que, atendiendo al galimatías lingüístico conceptual en que se ha convertido el análisis de la protección antidiscriminatoria comunitaria por razón de «sexo» o de «orientación sexual»²⁶, parece necesario abordar un intento de diseño de un mapa conceptual que permita vislumbrar cuál es el marco de protección que se dispensa por el Derecho de la UE a las personas que queden incluidas en esas nuevas condiciones o estados normativamente aceptados por los Estados, y en particular: 1) Si la protección se dispensa en el marco de la prohibición de discriminación por «orientación sexual»; 2) Si la protección se dispensa, por «razón de sexo»; o 3) Si no existiría protección adecuada alguna en el marco comunitario.

²⁶ Vid. CASAS BAAMONDE, M. E.: «Igualdad y no discriminación por sexo y género: el lenguaje de los derechos», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 22, 2018; BALLESTER PASTOR, M. A.: *Retos y perspectivas de la discriminación laboral por razón de género*, Universidad de Valencia, 2017; BARRADO SORIA, B. I.: *El lenguaje de género en la normativa de la OIT, europea y española: propuestas de regulación en el ámbito laboral*, UNED, 2020; TUBERT, S.: *Del sexo al género*, Cátedra, 2003; MARTÍN RAMÍREZ, J.: «Sexo vs. Género», en *Sexo, género y violencia*, (Martínez-Otero Pérez, V. Dir.), Dykinson, Madrid, 2021, pp. 25-40; LLANES, I.: *Del sexo al género: la nueva revolución social*, Eunsa, Navarra, 2010.

1. «Orientación sexual» y protección por los principios y normas antidiscriminatorias «por razón de orientación sexual»

El TJUE aborda la cuestión de cuál es el ámbito de protección de las discriminaciones por «orientación sexual» en una sentencia en la que se resuelve que éste no es el marco normativo de la discriminación por razón de «sexo», sino el de discriminación por razón de «orientación sexual».

La STJUE de 17 de febrero de 1998, *Grant/South-West Trains C-249/96*, resuelve una cuestión prejudicial en el marco de la Directiva 1976/207/CEE²⁷, en relación con la Directiva 1975/117/CEE²⁸. El problema se plantea como consecuencia de la denegación de un beneficio consistente en la reducción del precio de los transportes a su pareja del mismo sexo con la que convivía como pareja estable, por cuanto la empresa entendía que «las reducciones en el precio de los transportes solo podían concederse en favor de un compañero del otro sexo». Como consecuencia de dicha denegación, el Sr. Grant presentó demanda al considerarse discriminado por razón de sexo, lo que derivó en que el Tribunal encargado de enjuiciar el supuesto, planteara diversas cuestiones ante el TJUE, en particular: 1) Si constituía discriminación por razón de «sexo» negar un beneficio –como es la reducción en el precio de los transportes– a un compañero del mismo sexo con el que se convive sin estar casado cuando sin embargo se reconoce a los compañeros de otro sexo con los que igualmente se convive sin estar casado; y 2) Si la discriminación por razón de «sexo» incluía la discriminación por razón de orientación sexual –en el momento en que se adopta la decisión no se había aprobado la Directiva 2000/78/CE–. La solución del TJUE a ambas cuestiones es que no puede considerarse discriminación por razón de «sexo». Puesto que en el momento en que se dicta la sentencia el Derecho comunitario no contemplaba protección alguna en supuestos de discriminación por razón de «orientación sexual», niega la existencia de discriminación precisamente por dicha falta de previsión normativa.

²⁷ Directiva 1976/207/CEE, de 9 de febrero, del Consejo, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al empleo, a la formación y promoción profesionales y a las condiciones de trabajo, posteriormente modificada por la Directiva 2002/73/CE, de 23 de septiembre. Posteriormente se refundieron ambas –junto con otras Directivas en relación con la igualdad de trato entre hombres y mujeres– en la Directiva 2006/54/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación.

²⁸ Directiva 1975/117/CEE, del Consejo, de 10 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos.

2. **«Género», «identidad de género» y «expresión de género»:
Protección por los principios y normas antidiscriminatorias «por
razón de sexo» o «por orientación sexual»**

Puesto que el «género» se identifica con el sentimiento íntimo de pertenencia a un «sexo» u otro por parte de la persona y el rol social que se les asocia, parece claro que la protección frente a discriminaciones por razón de «género», «identidad de género» o «expresión de género», se abordaría por el Derecho UE desde la perspectiva de la normativa antidiscriminatoria por razón de «sexo». A ello se añade el hecho de que independientemente del «género» al que la persona se siente pertenecer, la atracción sexual puede proyectarse sobre personas del mismo «sexo» y «género» o de distinto, de ahí que también pudiera abarcarse la protección desde el marco normativo antidiscriminatorio por razón de «orientación sexual» que es objeto de este estudio –Directiva 2000/78/CE–. Sea cual sea el marco normativo desde el que se garantiza la protección, y que dependerá de la razón final de la conducta antidiscriminatoria, lo que parece claro es que el Derecho de la UE garantiza la protección frente a discriminaciones por razón de «género», «identidad de género» o «expresión de género», debiéndose abordar ésta en atención a las circunstancias por las que se discrimina y con el efecto de «escoger» el marco normativo protector²⁹.

3. **«Identidad sexual»: Protección por los principios y normas
antidiscriminatorias «por razón de sexo» o «por orientación sexual»**

La primera vez que se plantea en el ámbito comunitario cuál es el marco de protección frente a las discriminaciones que sufren alguno de los colectivos que

²⁹ La STC (Pleno) 67/2002, de 2 de junio, aborda la cuestión al examinar si vulnera el artículo 14 CE la rescisión del contrato de una persona que unas veces se viste de hombre y otras de mujer desde la perspectiva de lo que denomina «identidad de género». La sentencia concluye que la «identidad de género» no tiene que ver con el «sexo» que se ostenta desde el nacimiento, sino con el «género» al que la persona siente que pertenece, y aunque no indaga si la protección debería dispensarse desde la normativa antidiscriminatoria por razón de «sexo» o de «orientación sexual», no parece excluir ninguna de las dos, debiéndose optar en atención a si la causa de discriminación se proyecta por ese sentimiento de pertenencia a «sexo» distinto –discriminación por razón de «sexo»– o por la atracción sexual hacia personas de «sexo» distinto –discriminación por razón de «orientación sexual»–. CANO GALÁN, Y., «Discriminación por transexualidad...», aboga por la necesidad de que el Derecho de la UE, especialmente el Derecho derivado, acoja como nueva condición o estado necesitado de protección y diferenciado del actual marco normativo protector frente a discriminaciones por razón de «sexo» o de «orientación sexual», la «identidad de género», en que se incluirían esas otras nuevas condiciones o estados en continuo cambio y evolución, y en que se incluiría la «expresión de género», entre otras.

hemos identificado en lo que se ha denominado como «identidad sexual»³⁰, es en relación con el despido de una persona transexual, concretándose, desde entonces, que los supuestos de discriminación por «identidad sexual», y cuando el cambio de sexo se haya producido –por intervención quirúrgica o por el sometimiento a tratamientos hormonales– deben examinarse desde el marco comunitario de protección frente a las discriminaciones por razón de «sexo» –entendiendo por tal la más tradicional de discriminación entre hombres y mujeres–.

La STJUE de 30 de abril de 1996, P/S y Cornwall County Council C-13/94, partió del hecho de que la demandante, transexual, recibió preaviso de despido, aludiendo el empleador, como causa, la amortización de la plaza, y considerando P. que se había procedido a su despido precisamente por ser una persona transexual. La STJUE mencionada trae causa de las dos cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal británico encargado de resolver el caso, resolviendo el TJUE: 1) Respecto de la cuestión de si vulneraba la Directiva 1976/207/CEE³¹ el despido de un transexual a consecuencia de su cambio de sexo, que ello es así; y 2) Respecto de la cuestión de si suponía discriminación «por razón de sexo» tratar a un empleado de manera diferente por su transexualidad, la respuesta es igualmente positiva. La solución que se adopta por el TJUE es clara: el despido de un trabajador transexual que se somete a una intervención de cambio de sexo es un supuesto de discriminación prohibida por razón de sexo. Los argumentos que esgrime pueden resumirse en que el derecho a no ser discriminado por razón de sexo «no puede reducirse únicamente a las discriminaciones que se deriven de la pertenencia a uno u otro sexo» –términos que actualmente se identificarían con la «identidad de género»– debiendo aplicarse «igualmente a las discriminaciones que tienen lugar, como en el presente caso, a consecuencia del cambio de sexo del interesado», –de ahí que el marco natural de protección sea precisamente el de la prohibición de discriminaciones por razón de «sexo»–.

La razón que subyace en la STJUE de 30 de abril de 1996, P/S y Cornwall County Council C-13/94, es que las personas «transexuales» nacen hom-

³⁰ Que la doctrina del TJUE vincula con el término «identidad de género», a pesar de que como se ha examinado ambos términos no coincidirían plenamente.

³¹ Directiva 1976/207/CEE, de 9 de febrero, del Consejo, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al empleo, a la formación y promoción profesionales y a las condiciones de trabajo, posteriormente modificada por la Directiva 2002/73/CE, de 23 de septiembre. Posteriormente se refundieron ambas –junto con otras Directivas en relación con la igualdad de trato entre hombres y mujeres– en la Directiva 2006/54/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación.

bre o mujer³² independientemente del sentimiento de pertenencia a un «sexo» distinto, de forma que, si la discriminación se produce precisamente por el cambio de sexo, la misma guarda íntima relación no solo por el «sexo» que se ostenta desde el nacimiento, sino por el nuevo al que se pertenece tras el sometimiento a los correspondientes tratamientos quirúrgicos u hormonales.

Puesto que la STJUE se dictó en un momento en que todavía no se acogía en el Derecho comunitario la discriminación por «orientación sexual», la pregunta que debería realizarse es si en la actualidad el mismo supuesto estaría amparado en el marco de protección frente a discriminaciones por razón de «orientación sexual» (TFUE art. 19 y Dir. 2000/78/CE)³³-. La realidad es que como ya afirmé en su momento, «Los transexuales comparten elementos comunes con los colectivos identificados por «sexo» y por «orientación sexual», al mismo tiempo que tienen elementos diferenciales que impiden que en plenitud puedan verse protegidos por las normas antidiscriminatorias actualmente existentes», de ahí que defendiera que «sería preciso la adopción de normas jurídicas que protejan a los sujetos que puedan conformar este colectivo»³⁴. A falta de éstas, la protección frente a discriminaciones por razón de «identidad sexual», se aborda desde dos de los ejes articuladores del Derecho UE:

a) La prohibición de discriminación por razón de «sexo»³⁵, y ello cuando la causa de discriminación tuviera que ver con «el elemento corporal», es

³² Es cierto que existen personas «hermafroditas» o «intersexuales», que son aquellas que comparten elementos biológicos de ambos «sexos», pero dado que a éstas se les asigna un determinado «sexo» civilmente, el análisis de la protección frente a conductas antidiscriminatorias se realiza desde el marco general de la protección frente a discriminaciones por razón de «sexo».

³³ Directiva 2000/78/CE, del Consejo, de 27 de diciembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

³⁴ CANO GALÁN, Y.: «Discusión en torno a la aplicación del principio de igualdad a los transexuales» en VV. AA.: *La igualdad ante la Ley y la no discriminación en las relaciones laborales: XV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Madrid: Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2005, *op. cit.* p. 440.

³⁵ Especialmente por la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación –que trae causa de la Directiva 1976//207/CEE, de 9 de febrero, del Consejo, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al empleo, la formación y promoción profesionales y a las condiciones de trabajo, posteriormente modificada por la Directiva 2002/73/CE, de 23 de septiembre, que se refunden, junto con otras Directivas en relación con la igualdad de trato entre hombres y mujeres en la mencionada y Directiva 89/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social. Además existen otras que también garantizarían la protección frente a discriminaciones como: la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social, Directiva 86/613/CEE del Consejo de 11 de diciembre de 1986, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejerzan una actividad autónoma, incluidas las actividades agrícolas, así como sobre la protección de la maternidad, y Directiva del Consejo 2004/113/CE de 13 de diciembre

decir, no solo con el cambio de sexo alcanzado tras las correspondientes intervenciones quirúrgicas o tratamientos hormonales, sino también con la apariencia respecto de la pertenencia a dicho sexo previa a la misma; y

b) La prohibición de discriminación «por razón de orientación sexual»³⁶, cuando la discriminación no tenga como «elemento preponderante el físico, natural, o corporal, sino el volitivo o emocional»³⁷, lo que incluiría tanto los supuestos en que todavía no se ha producido el cambio de sexo mediante la consiguiente intervención quirúrgica, como los supuestos en que habiéndose producido éste, sin embargo, la discriminación tiene su razón de ser en el sentimiento (o su falta) de atracción emocional, afectiva y sexual con personas del mismo o distinto «sexo» o «género»³⁸.

A pesar de ello, el TJUE ha examinado la cuestión, siempre, desde la perspectiva de la discriminación por razón de «sexo», y ello incluso después de la adopción de 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. Así, la STJUE de 27 de abril de 2006, Richards C-423/04, aplica la Directiva 79/7/CEE, del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, a un supuesto en que se plantea –cuestión prejudicial– por Gran Bretaña, si denegar a una persona «transexual» que cambia de «sexo masculino» a «sexo femenino» el reconocimiento de una pensión de jubilación a los 60 años –edad en que se accede a la misma por las mujeres– supone discriminación por razón de sexo. El TJUE concluye que el ámbito de aplicación de la Directiva «no puede reducirse únicamente a las discriminaciones que

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.

³⁶ 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.

³⁷ CANO GALÁN, Y.: «Discusión en torno a la aplicación del principio de igualdad a los transexuales» en VV. AA.: *La igualdad ante la Ley y la no discriminación en las relaciones laborales: XV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Madrid: Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2005, *op. cit.* p. 440. A dicha conclusión llega, igualmente, FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L. Antonio: «Vulnerabilidad, género y discriminación en el empleo. En especial, por razones de orientación e identidad sexual», en Moreno Gené, J. y Fernández Villazón, L. A. (dirs.): *Crisis de Empleo, Integración y Vulnerabilidad Social*. Pamplona: Aranzadi, 2017, *op. cit.* p. 96 y 101.

³⁸ A dicha conclusión parecen abocar: 1) La Resolución Parlamento Europeo 4-2-14, sobre la hoja de ruta de la UE contra la homofobia y la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género, (2013/2183/INI); 2) Lo dispuesto en la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa sobre la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género; o 3) La Recomendación CM/Rec(2010)5 del Consejo de Europa para combatir la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa de 31-3-2010. Igualmente aboga por dicha conclusión CANO GALÁN, Y. «Discriminación por transexualidad...», *op. cit.*

derivan de la pertenencia a uno u otro sexo», debiendo aplicarse, también, «a las discriminaciones que tienen lugar como consecuencia del cambio de sexo del interesado», de ahí que considere discriminatoria la denegación de la pensión a la edad a que hubiera podido acceder a la misma de ser considerado mujer —«sexo» que se ostenta tras la correspondiente transformación—.

Por su parte, la STJUE de 7 de enero de 2004, K. B. C-117/01, aborda la protección también desde la normativa antidiscriminatoria por razón de «sexo». La sentencia trae causa de un supuesto en que se comunicó a quien convivía con una persona nacida mujer que había cambiado de «sexo» y con la que precisamente por dicha circunstancia no había podido contraer matrimonio, que en caso de fallecimiento no podría recibir pensión de viudedad puesto que no se trataba de un cónyuge superviviente, planteó como cuestión prejudicial si la exclusión del compañero (transsexual masculino) de una mujer constituye discriminación por razón de sexo. El TJUE no es tan claro como en el supuesto anterior, y concluye que la exigencia de contraer matrimonio por parejas heterosexuales no es contrario al Derecho comunitario y «no puede considerarse que tal exigencia sea en sí misma discriminatoria por razón de sexo [...] ya que el hecho de que el solicitante sea un hombre o una mujer es indiferente a efectos de conceder la pensión de supervivencia», aunque sí entiende que la desigualdad de trato «si bien no afecta directamente al disfrute de un derecho protegido por el Derecho comunitario, afecta a uno de sus presupuestos», de ahí que se deje que sean los tribunales nacionales (en el caso el tribunal británico), el que compruebe si el supuesto del que trae causa la denegación de la pensión de viudedad podría ser discriminatorio.

4. Discriminación múltiple

Al igual que en supuestos de discriminación por razón de «género», «identidad de género», «expresión de género» o «identidad sexual», la protección en el ámbito del derecho UE puede encontrarse en normas distintas de las que dispensan protección frente a discriminaciones por motivos de «sexo» u «orientación sexual», en aquellos supuestos en que la discriminación acontece, además de por alguna de dichas circunstancias, por otras normativamente proscritas por el Derecho de la UE³⁹.

³⁹ RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F.: «Discriminación de género y «otras» discriminaciones: La discriminación múltiple y las mujeres», en VV. AA.: *Tutela y promoción de la plena integración de la mujer en el trabajo*, Cruz Villalón, J.; Garrido Pérez, E., y Ferradans Caramés, C. (Coords.). Sevilla: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2015, p. 21-40.

Son los supuestos de discriminación múltiple, en que pueden contemplarse innumerables variables:

a) Discriminación por razón de «sexo» y «orientación sexual». El primero tiene que ver con si los hombres y mujeres podrían acceder a la protección dispensada frente a la discriminación «por razón de sexo», y también a la protección dispensada frente a la «orientación sexual». La respuesta es clara, en aquellos supuestos en que la discriminación tenga causa en el sexo que se ostenta por una simple circunstancia natural, biológica y anatómica, la protección se dispensará desde los principios rectores y normativa en relación con la discriminación por razón de «sexo», si además la discriminación se sufre como consecuencia de la «orientación sexual», el ámbito de protección habrá que buscarla en los principios rectores y normativa en relación con dicho tipo de discriminación.

b) Discriminación por «identidad sexual» y por razón de «sexo» u «orientación sexual». Al igual que en el supuesto anterior, el marco de protección frente a discriminaciones por ambos motivos no es único, sino que será de aplicación tanto la normativa antidiscriminatoria por razón de «sexo», como la normativa antidiscriminatoria por razón de «orientación sexual», en atención a cuál sea la conducta antidiscriminatoria⁴⁰.

c) Discriminación por razón de «raza o etnia» y otros supuestos. La discriminación múltiple por razón de raza, etnia y además «orientación sexual», no goza del mismo tratamiento en el marco comunitario. El Considerando 10 de la Directiva 2000/78/CE, excluye la posibilidad de que queden amparadas en el marco de la norma las discriminaciones múltiples en que una de las variables sea la raza/etnia, y ello cuando afirma que la Directiva 2000/43/CE, «garantiza ya una protección contra dichas discriminaciones en el ámbito del empleo y la ocupación». En este supuesto, la única protección será la dispensada por la raza/etnia, sin que parezca posible que además la protección pueda buscarse en los principios rectores y normas antidiscriminatorias por razón de «orientación sexual».

d) Discriminación por razón de «nacionalidad» y otros supuestos. En los supuestos en que la discriminación sea por motivos de «género», «identidad de género», «expresión de género» u «orientación sexual» y «nacionalidad», parece que la protección no puede dispensarse desde los principios rectores y normativa antidiscriminatoria comunitaria por razón de «orientación sexual», y ello por cuanto el Considerando 12 de la Directiva 2000/78/CE concreta que la «pro-

⁴⁰ DÍAZ LAFUENTE, J.: «La protección de los derechos fundamentales frente a la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género en la Unión Europea», en *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 17, 2013, p. 24-28.

hibición de discriminación se aplicará asimismo a los nacionales de terceros países, pero no se refiere a las diferencias de trato basadas en la nacionalidad», a ello se añade, en el artículo 3.2 de la Directiva 2000/78/CE, que «La presente Directiva no afectará a la diferencia de trato por motivos de nacionalidad». En definitiva, no podría alegarse discriminación por razón de «orientación sexual» a que refiere la Directiva 2000/78/CE, cuando entren en juego políticas migratorias, al ser los Estados los que tienen la capacidad para fijar los requisitos de entrada y residencia de nacionales no comunitarios en su territorio⁴¹.

IV. DERECHO ORIGINARIO

El artículo 2 del Tratado de la Unión Europea (TUE)⁴² contempla como pilar de la UE el «respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías», señalando que la sociedad se caracteriza por «la no discriminación», de ahí que conforme al artículo 3 del TUE, uno de los objetivos de la UE sea combatir «la discriminación», sin concretar que dicha lucha sea contra la discriminación por motivos de «orientación sexual», «género» «identidad de género», «expresión de género», «identidad sexual» u otros supuestos. De este modo, el TUE mantiene el tradicional protagonismo, en cuanto que valor comunitario, de la igualdad entre mujeres y hombres —«La Unión combatirá [...] la discriminación y fomentará [...] la igualdad entre mujeres y hombres» (TUE art. 3.3)— y ello «en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres» (TUE art. 2)— convirtiéndose la igualdad —sin especificaciones respecto de colectivos— en eje transversal de todas las actividades y políticas de la UE —«La Unión respetará en todas sus actividades el principio de la igualdad de sus ciudadanos» (TUE art. 9)—.

Las condiciones o estados protegidos se identifican en el artículo 10 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)⁴³, que determina que «En la definición y ejecución de sus políticas y acciones, la Unión tratará de luchar contra toda discriminación por razón de sexo [...] u orientación sexual», adoptándose medidas concretas conforme al mandato del artículo 19

⁴¹ SEMPERE NAVARRO, A. V., y CANO GALÁN, Y.: «La Constitución Española y el Derecho Social Comunitario (Constitución Social Europea)», en *Comentario a la constitución socio-económica de España*, Molina Navarrete, C.; Monereo Pérez, J. L., y Moreno Vida, M. N. (coords.). Granada: Comares, 2002, p. 18 y 19.

⁴² Tratado de la Unión Europea, DO C 202.

⁴³ Tratado de funcionamiento de la Unión Europea, DO C 202.

del TFUE. Ni el artículo 2 TUE, ni los arts. 10 y 19 TFUE refieren a esas nuevas condiciones o estados respecto de los que la sociedad reclama protección –«género», «identidad de género», «expresión de género». «identidad sexual», etc.– que sin embargo sí aparecen mencionados en numerosas sentencias del TJUE, de ahí que sea preciso examinar si dichas condiciones o estados estarían protegidos frente a alguna de las causas de discriminación proscritas por el Derecho derivado de la UE.

El incipiente reflejo que en el fallido proyecto de Tratado por el que se crea una Constitución para Europa⁴⁴ tenía la prohibición de discriminaciones por razón de «identidad de género», no tendrá su reflejo en la versión consolidada del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), que mantendrá el tradicional interés por alcanzar la igualdad real y efectiva entre mujeres y hombres y que en virtud de la doctrina del TJUE alcanzaría a la «identidad de género» –TFUE art. 153.1.i y 157.1), acogiendo expresamente la necesidad de luchar contra discriminaciones por razón de «orientación sexual» [«En la definición y ejecución de sus políticas y acciones, la Unión tratará de luchar contra toda discriminación por razón de [...] orientación sexual» (TFUE art. 10) y «podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo [...] u orientación sexual» (TFUE art. 19.1)].

V. DERECHO DERIVADO: LA DIRECTIVA 2000/78/CE

Aparcando el análisis del marco antidiscriminatorio por razón de «sexo» objeto de detallado análisis en otro capítulo de esta obra (*vid.* Capítulo 10. Discriminación por razón de sexo), la materia que se examina se regula por 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 ocupación⁴⁵, que tiene por objeto «establecer un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de [...] orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación». La incorporación de dicha condición o estado –la

⁴⁴ Firmado en Roma, el 28-10-2004 (DO C 310). Nunca entró en vigor. *Vid.* SEMPERE NAVARRO, A. V., y CANO GALÁN, Y.: «Igualdad y no discriminación en la Constitución Europea», en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 57, 2005, p. 119-136; y PI LLORENS, M.: «La protección de los derechos fundamentales en el Tratado de la Unión Europea: la igualdad de género como derecho fundamental», en VV. AA.: *La igualdad por razón de sexo en la Unión Europea. Especial referencia a España y al sector público*, Esteve García F., Illamola Sousá, M. (coords.). Girona: Universidad de Girona, 2011, p. 11-27.

⁴⁵ DOUE Ley 2000.

«orientación sexual»— es relativamente reciente en el ámbito comunitario⁴⁶, y dados los avances en la sensibilización social acerca de la necesidad de protección de colectivos que no quedarían naturalmente encuadrados en el concepto, cada vez se reclama con mayor fuerza la necesidad de que se modifique el Derecho UE para acoger colectivos más amplios⁴⁷.

Puesto que la Directiva 2000/78/CE solo refiere a la «orientación sexual», con las precisiones anteriormente realizadas al esbozar el mapa conceptual de protección frente a discriminaciones, el análisis de las condiciones o estados necesitados de protección en el marco de dicha Directiva, se realizará desde la «genérica» protección jurídica antidiscriminatoria por «orientación sexual».

1. Objeto: la lucha contra la «discriminación» por «orientación sexual» en el ámbito del «empleo y la ocupación»

La Directiva 2000/78/CE se adopta para la consecución de uno de los objetivos fundamentales de la UE: el respeto de los derechos humanos y libertades fundamentales. Sigue la estela de la normativa internacional sobre la cuestión⁴⁸, y forma parte del conjunto de Directivas antidiscriminatorias comunitarias⁴⁹. El artículo 1 identifica como objeto «establecer un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de [...] orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación, con el fin de que en los Estados miembros se aplique el principio de igualdad de trato», de lo que se deduce que son

⁴⁶ Se incorpora por primera vez en el Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en Lisboa el 13 de diciembre de 2007 (DO C 306, 17-12-2007). Entró en vigor el 1-12-2009.

⁴⁷ MANZANO BARRAGÁN, I.: «La protección de las minorías sexuales en la Unión Europea», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 32, 2009, p. 162; CANO GALÁN, Y., «Discriminación por transexualidad...», *op. cit.*

⁴⁸ Como la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, los Pactos de las Naciones Unidas de Derechos Civiles y Políticos y sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, Convenio OIT núm. 11 o la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales fundamentales.

⁴⁹ Como la Directiva 2000/43/CE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico (DO Ley 180 de 19-7-2000); la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5-7-2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (DO Ley 204, de 26-7-2006); Directiva 2004/113/CE del Consejo, de 13-12-2004, por la se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro (DO Ley 373, de 21-12-2004); Directiva 2010/41/UE, sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que son trabajadores autónomos (DO Ley 180 de 15-7-2010); Directiva 1978/7/CEE del Consejo, de 19-12-1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social (DO Ley 6, de 10-1-1979).

dos las variables que se incluyen como finalidad u «objeto» de la Directiva: la lucha contra las discriminaciones por razón de «orientación sexual», y que dicha lucha sea en el ámbito del «empleo y la ocupación».

Una serie de precisiones previas:

1) La Directiva no concreta qué debe entenderse por «orientación sexual», por lo que a efectos de identificación de las personas a las que se dirigiría la protección, sirvan las precisiones terminológicas con que se ha comenzado el presente capítulo, y las delimitaciones, respecto de la protección, examinadas para los supuestos de discriminación por «genero», «identidad de género», «expresión de género» o «identidad sexual»;

2) Además, debe tenerse en cuenta que la Directiva forma parte del conjunto de Directivas antidiscriminatorias comunitarias, pero al reducir su ámbito al empleo y la ocupación, se vincula directamente con la política de empleo y se encuadra en el ámbito de las políticas sociales⁵⁰;

3) Siendo su objeto «establecer un marco general para luchar contra la discriminación [...] con el fin de que en los Estados miembros se aplique el principio de igualdad de trato» (Dir. 2000/78/CE art. 1) no puede sorprender que la norma identifique con la igualdad de trato «la ausencia de toda discriminación directa o indirecta» basada en motivos de «orientación sexual» (Dir. 2000/78/CE art. 2.1), y si bien no aparece identificado de forma negativa en el principio de igualdad el acoso, también éste tendrá encuadre en el marco de la Directiva, incluyéndose tanto la igualdad de trato como la igualdad de oportunidades⁵¹;

4) La propia norma contempla la posibilidad de que puedan existir discriminaciones por razón de «orientación sexual», si bien cuando exista una justificación objetiva, razonable y necesaria para la misma, o se fundamente en un «requisito profesional»; y

5) Puesto que el eje articulador de la Directiva es la prohibición de discriminación, y a pesar de que en otro capítulo de esta obra se han abordado las consideraciones generales respecto de la igualdad y no discriminación, o las acciones positivas (*vid.* Cap. 9. Las medidas de acción positiva), no parece innecesario abordar el tratamiento de la discriminación por «orientación se-

⁵⁰ Así se reconoce en los considerandos 7, 8, 9 y 11 de la Directiva 2000/78/CE.

⁵¹ FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L. A.: «Vulnerabilidad, género y discriminación en el empleo. En especial, por razones de orientación e identidad sexual», en Moreno Gené, J., y Fernández Villazón, L. A. (dirs.): *Crisis de Empleo, Integración y Vulnerabilidad Social*. Pamplona: Aranzadi, 2017», *op. cit.* p. 104.

xual» en el ámbito de la Directiva 2000/78/CE, por las particularidades que puede tener respecto de otros supuestos de discriminación:

a) **Discriminación directa.** El artículo 2.2.a) define la discriminación directa como el supuesto en que «una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga» por motivos derivados de su «orientación sexual». La identificación de su existencia se hace por comparación entre colectivos, lo que en perspectiva comunitaria implica concretar si los colectivos a comparar se encuentran en «situación asimilable», de forma que cuando existiendo asimilación, el trato sea menos favorable respecto de un colectivo que de otro, existirá discriminación directa respecto del colectivo más desfavorecido. Ello es lo que aconteció en el supuesto examinado en la STJUE de 1 de abril de 2008, Maruko C-267/06, en que se consideró que existía una «asimilación progresiva» entre el matrimonio y la pareja inscrita, ya que «la institución de la pareja inscrita coloca a las personas del mismo sexo en una situación comparable a la de los cónyuges en lo relativo a dicha prestación de supervivencia», y al concluir que los «integrantes de parejas inscritas reciben un trato menos favorable que los cónyuges supervivientes en lo relativo a la mencionada prestación de supervivencia», la denegación de la pensión de viudedad por constituir una pareja homosexual, suponía discriminación directa.

b) **Discriminación indirecta.** El artículo 2.2.b) identifica la discriminación indirecta con un supuesto en que «una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular a personas [...] con una orientación sexual determinadas». En este supuesto la comparación que tiene que realizarse entre colectivos en situación asimilable, no se realiza de forma automática, ya que se está en presencia de situaciones no tan evidentes como los supuestos de discriminación directa, puesto que la disposición, el criterio o la práctica tiene que ser neutra al menos en apariencia, si bien en el fondo subyacerá la existencia de un trato desfavorable –de desventaja habla el art. 2.2.b)– respecto del colectivo identificado por su «orientación sexual». El precepto prevé una exclusión con dos elementos de necesario cumplimiento: 1) Que «dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima»; y 2) Que «los medios para la consecución de esa finalidad sean adecuados y necesarios». En definitiva, podrían existir discriminaciones indirectas, si bien cuando se justifique, con razones objetivas, el porqué de dicha discriminación, y, además, cuando no puedan adoptarse medidas menos perjudiciales para alcanzar la finalidad legítima que necesariamente deberá acreditarse objetivamente para permitir la existencia de dicha disposición, criterio o práctica.

c) Las órdenes de discriminar como supuesto de discriminación. El artículo 2.4 de la Directiva 2000/78/CE concreta que no solo la realización del hecho –discriminación directa– o la adopción de la disposición, criterio o práctica aparentemente neutro pero desfavorable *de facto* –discriminación indirecta–, supone discriminación, sino que también lo será «toda orden de discriminar».

d) El acoso como supuesto de discriminación. Como es tradicional en las Directivas antidiscriminación, el artículo 2.3 de la Directiva 2000/78/CE considera que el acoso constituye discriminación. La definición de acoso que contempla el precepto es que «se produzca un comportamiento no deseado relacionado con alguno de los motivos indicados en el artículo 1 que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra la dignidad de la persona y crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo». No se identifica en la Directiva qué supuestos de acoso quedarían integrados en la definición, pero de la misma puede concluirse, claramente, que incluiría tanto los supuestos de acoso sexual –de ahí la referencia a «atentar contra la dignidad de la persona»– como de acoso moral –que tradicionalmente se define en relación con la existencia de un «entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo»–. Tampoco se identifica en la norma si el acoso constituirá discriminación directa o indirecta, pero poniendo en relación las definiciones contempladas en el artículo 2.2.a) y 2.3 de la Directiva 2000/78/CE, podría concluirse que el acoso debería ser considerado un supuesto de discriminación directa, ya que en ambos supuestos faltaría el elemento de apariencia de neutralidad que se exige para la existencia de discriminaciones indirectas⁵².

e) Justificaciones para la diferencia de trabajo y la discriminación. El artículo 2.5 de la Directiva 2000/78/CE, prevé la posibilidad de que a nivel nacional se puedan adoptar medidas «que, en una sociedad democrática, son necesarias para la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención de infracciones penales, la protección de la salud y la protección de los derechos y libertades de los ciudadanos». Ello podría considerarse –como en el supuesto de admitir discriminaciones indirectas cuando exista una justificación objetiva que permita conseguir una finalidad legítima, y además los medios sean necesarios y adecuados–, una excepción al principio de igualdad de trato. La Directiva, en sí misma, no las admite, debiendo ser los Estados los que adapten su legislación para incluir alguno de los supuestos enumerados. Ello plantea el

⁵² CANO GALÁN, Y.: «Acoso sexual laboral discriminatorio: un análisis del derecho comunitario y español desde la perspectiva del derecho canadiense», en *Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 132, 2006, p. 960 ss.

problema de si podría esgrimirse el artículo 2.5 en aquellos supuestos en que, no existiendo legislación nacional, sin embargo, sí se considere por la parte que la medida tachada de discriminatoria cumple alguna de las finalidades anteriormente mencionadas. El problema solo puede resolverse desde el análisis de la aplicación y eficacia de las Directivas, y desde la perspectiva de los efectos que éstas producen entre particulares examinados en otros capítulos de esta obra (*Vid.* Cap. 4. La eficacia de las Directivas y la responsabilidad del Estado por su incumplimiento).

Por su parte, el artículo 4.1 de la Directiva 2000/78/CE, expresamente proclama que «los Estados miembros podrán disponer que una diferencia de trato basada en una característica relacionada con cualquiera de los motivos mencionados en el artículo 1 no tendrá carácter discriminatorio cuando, debido a la naturaleza de la actividad profesional concreta de que se trate o al contexto en que se lleve a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado». Tres son las exigencias para que se admita la discriminación en cuanto que excepción al principio de igualdad de trato:

- 1) Que exista un «requisito profesional esencial» que permita una diferencia de trato por razón de «orientación sexual» respecto de una actividad profesional concreta –criterio de necesidad–;
- 2) Que el objetivo sea legítimo, es decir, que la finalidad que persigue sea preponderante respecto de la discriminación –criterio finalístico–; y
- 3) Que exista proporcionalidad entre la medida, la finalidad perseguida por ésta, y la diferencia de trato –criterio de proporcionalidad–.

La Directiva acoge una disposición especial respecto de las confesiones religiosas. En particular, el artículo 4.2 admite que «en el caso de las actividades profesionales de iglesias y otras organizaciones públicas o privadas cuya ética se base en la religión o las convicciones de una persona», se permita en los Estados miembros una diferencia de trato cuando «por la naturaleza de estas actividades o el contexto en el que se desarrollen, dicha característica constituya un requisito profesional esencial, legítimo y justificado respecto de la ética de la organización». Puesto que como el propio precepto avanza, ello «no podrá justificar una discriminación basada en otro motivo», la excepción, cuando cumpla las exigencias comunitariamente marcadas y nacionalmente adoptadas por los Estados, será válida, pudiendo estudiarse las consecuencias de dicha previsión en las discriminaciones por razón de religión realizadas en otros capítulos de esta obra (*vid.* Cap. 13. Prohibición de discriminación por

causa de religión o convicciones). En el ámbito que estamos analizando de la discriminación por razón de «orientación sexual», merece la pena realizar aunque sea un breve comentario a la previsión del artículo 4.2 de que dichas entidades «podrán exigir en consecuencia a las personas que trabajen para ellas una actitud de buena fe y de lealtad hacia la ética de la organización»; ello se vincula, directamente, con la previsión del artículo 3.4 –«toda orden de discriminar» también supone discriminación por razón de «orientación sexual»–, sin que exista discriminación puesto que en este caso podría suponer un «requisito profesional» que excepciona el principio de igualdad de trato.

f) Medidas de acción positiva. Como en todas las Directivas antidiscriminatorias, la Directiva 2000/78/CE prevé, en su artículo 7, la posibilidad de que «un Estado miembro mantenga o adopte medidas específicas destinadas a prevenir o compensar las desventajas ocasionadas por cualquiera de los motivos mencionados en el artículo 1». Son las medidas de acción positiva que tradicionalmente se han permitido comunitariamente en cuanto que mecanismo de lucha contra las discriminaciones. Ello, en sí mismo, también podría suponer una excepción al principio de igualdad de trato tratadas en el apartado anterior, y exige, no solo respecto del colectivo de personas identificadas por su «orientación sexual», sino respecto de cualquier colectivo para el que se admite la adopción de medidas de acción positiva, que la medida persiga como finalidad evitar –de prevenir habla el precepto– o compensar, desventajas tradicionalmente sufridas por dichos colectivos. Puesto que en un capítulo de esta obra se aborda el estudio de la acción positiva, sirvan aquí las precisiones realizadas en dicho capítulo (*vid.* Cap. 9. Las medidas de acción positiva).

2. **Ámbito de aplicación**

2.1 INCLUSIONES

Uno de los primeros problemas que plantea la aplicación de la Directiva 2000/78/ CE, es concretar su ámbito de aplicación. La indagación debe realizarse desde el articulado de la norma en relación con sus considerandos, pudiendo elaborarse una relación sistematizada de en qué supuestos se aplica la misma:

1. **Ámbito público, privado y fuerzas armadas.** El artículo 3.1 de la Directiva 2000/78/ CE, concreta que «la presente Directiva se aplicará a todas las personas, por lo que respecta tanto al sector público como al privado, incluidos

los organismos públicos». Es decir, la intención es erradicar cualquier discriminación «en el ámbito del empleo y la ocupación» –art. 1–, independientemente de si se pretende el acceso al empleo público o al privado, e independientemente de que el trabajo se preste en cualquiera de dichos ámbitos. Puesto que las asociaciones o fundaciones son entidades públicas o privadas, la protección abarcaría también a éstas. E igualmente la Directiva también alcanzaría a cualquier sector de actividad –industrial, agrícola, servicios–. Por su parte, el artículo 3.4 de la Directiva 2000/78/CE, prevé únicamente la posibilidad de que la Directiva no se aplique «a las fuerzas armadas por lo que respecta a la discriminación basada en la discapacidad y en la edad».

2. Empleo por cuenta ajena o propia y ejercicio profesional. Aunque pueda parecer que la Directiva 2000/78/CE solo se aplica en el ámbito de las relaciones laborales por cuenta ajena –de ahí que se aluda en el artículo 3.1.a) a «las condiciones de acceso al empleo»–, no se puede obviar el hecho de que el artículo 3.1.a) también refiere a «las condiciones de acceso [...] a la actividad por cuenta propia y al ejercicio profesional». De ello puede deducirse que la misma se aplica, también, en los supuestos de autoempleo o de ejercicio de actividades por cuenta propia –lo que en el ámbito español se correspondería con el trabajo autónomo–, y también respecto del ejercicio de profesiones liberales. En definitiva, cualquier condición que pueda suponer discriminación en los requisitos exigidos para el ejercicio de determinadas profesiones, quedaría encuadrado en el ámbito de protección de la Directiva. Igualmente se aplicará la Directiva en los supuestos en que se discriminara en la contratación (civil, mercantil, administrativa), de actividades o prestación de servicios por cuenta propia, por motivos de «orientación sexual».

3. Acceso al empleo y condiciones de contratación y promoción profesional. Entroncada directamente con la política de empleo, la Directiva 2000/78/CE se aplica para evitar discriminaciones por «orientación sexual» en el acceso al empleo público o privado, sin que tampoco puedan existir discriminaciones por razón de «orientación sexual» en las «condiciones de contratación y promoción profesional» –art. 3.1.a) que refiere a que «la Directiva se aplicará a todas las personas [...] en relación con: a) las condiciones de acceso al empleo [...] incluidos los criterios de selección y las condiciones de contratación y promoción»–. Merece la pena hacer algunas precisiones al respecto:

– En aquellos supuestos en que se establecieran criterios que pudieran considerarse discriminatorios en relación con la «orientación sexual» antes de constituida la relación laboral, el ámbito natural de protección sería dicho

artículo 3.1.a), sin embargo, en aquellos supuestos en que la discriminación se produjera una vez concertado el contrato correspondiente –ya que la Directiva se aplicaría a todas y cada una de las modalidades de contratación laboral existentes en los Estados miembros–, el ámbito natural de protección sería el artículo 3.1.c) al considerarse «condiciones de empleo y trabajo».

– El artículo 3.2.b) prohíbe la discriminación en la formación profesional «incluida la experiencia laboral práctica», lo que se entronca con políticas activas de empleo en que se conjuga formación con trabajo.

– El término «contratación» tiene que entenderse en sentido amplio, ya que la Directiva 2000/78/CE también se aplica en el ámbito del empleo por cuenta propia o el ejercicio de profesiones liberales, de ahí que como se avanzó, cualquier supuesto de discriminación por razón de «orientación sexual», que afectara a la contratación (no laboral) de dichos profesionales, podría quedar encuadrado en el ámbito de la Directiva.

– Se plantea la duda de si los incentivos a la contratación de trabajadores –políticas activas de empleo– podrían quedar incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78/CE, cuando supongan discriminaciones basadas en la «orientación sexual». La respuesta es que con carácter general no, ya que dichos incentivos suelen consistir en bonificaciones de cuotas de la Seguridad Social, lo que quedaría encuadrado en el término «pagos» públicos a que refiere el artículo 3.3 de la Directiva 2000/78/CE. Lo mismo podría decirse de medidas de fomento del empleo adoptadas autonómica o localmente como los «cheques empleo», que supondrían, más claramente, un «pago directo» con cargo a presupuestos públicos.

– La Directiva 2000/78/CE enumera, aunque no exhaustivamente, las «condiciones de acceso al empleo» a que refiere el artículo 2.1.a), al incluir en su ámbito de aplicación «las condiciones de contratación [...] independientemente de la rama de actividad y en todos los niveles de la clasificación profesional». La interpretación que debe realizarse es amplia, ya que no podrán establecerse condiciones que puedan considerarse discriminatorias independientemente del puesto de trabajo que se vaya a desempeñar, la actividad profesional a la que se acceda, la categoría profesional que se pretenda ostentar, etc.

4. Formación para el empleo y otros aspectos formativos en relación con el empleo. La Directiva 2000/78/CE incluye en su ámbito de aplicación, conforme al artículo 3.1.b), «el acceso a todos los tipos y niveles de orientación profesional, formación profesional, formación profesional superior y reciclaje, incluida la experiencia laboral práctica». La formación a que refiere la Directi-

va 2000/78/CE, se corresponde con la formación vinculada a la política de empleo –de conformidad con los artículo 9 y 156 del TFUE que relacionan la formación con la política social y en particular con el empleo–, de ahí que se excluirían del ámbito de aplicación de la Directiva las medidas formativas que estuvieran vinculadas a las políticas educativas no relacionadas con el empleo y la ocupación⁵³. En el contexto español, cualquier tipo de discriminación que afectara a la formación profesional para el empleo, es decir, la formación profesional «que pretende la capacitación de los individuos para el acceso a un empleo o la reconversión profesional [...] y la formación profesional para la mejora de la competitividad tanto de las empresas como de los individuos», quedaría incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78/CE⁵⁴.

La Directiva 2000/78/CE no aclara si la formación vinculada al sistema educativo que tiene como finalidad el acceso al empleo también quedaría incluida en el ámbito de la norma. En principio, y a pesar de que la norma solo se aplica en el ámbito del «empleo y ocupación» –artículo 1–, podrían considerarse medidas no incluidas en su ámbito de aplicación precisamente por tratarse de formación del sistema educativo, ahora bien, si la formación se imparte en el marco del sistema educativo pero tiene como finalidad el acceso al mercado laboral, cualquier medida discriminatoria que tuviera su causa en la «orientación sexual», y que afectara a dicha formación, también estaría prohibida por la Directiva 2000/78/CE.

Por último, como la norma no alude a los trabajadores como los naturales sujetos receptores de la protección que otorga la Directiva 2000/78/CE, también serían supuestos de discriminación por razón de «orientación sexual» prohibida por la misma, los tratos desfavorables o las disposiciones, criterios o prácticas que ocasionen desventajas a los sujetos incluidos en dicho concepto, cuando se presten servicios como consecuencia de acuerdos formación/empleo –becarios, prácticum, etc.–.

5. Condiciones de trabajo. El artículo 3.1.c) concreta que la Directiva 2000/78/CE se aplica «a las condiciones de empleo y trabajo, incluidas las de despido y remuneración». Varias precisiones al respecto:

– La referencia a «condiciones de trabajo» se entronca con la prohibición de discriminaciones en el acceso al empleo y el mantenimiento del mismo

⁵³ Para un estudio en profundidad de la cuestión y de las relaciones entre formación profesional y políticas educativas, *vid.* CANO GALÁN, Y.: «La formación profesional en España y las cláusulas de formación en la negociación colectiva», en *Ministerio de Trabajo e Inmigración*. Madrid, 2010, p. 33 ss.

⁵⁴ CANO GALÁN, Y.: «La formación profesional en España y las cláusulas de formación en la negociación colectiva», en *Ministerio de Trabajo e Inmigración*. Madrid, 2010., *op. cit.* p. 175.

al que se ha hecho referencia anteriormente, guardando íntima relación con los supuestos contemplados en los apartados a) y b) del artículo 3.1.

– El artículo 3.1.c) solo enumera, a modo ejemplificativo, dos supuestos: «despido y remuneración». La lista no es cerrada, ya que también quedarían incluidas en el ámbito de la Directiva las discriminaciones en la «promoción» a que refiere el artículo 3.1.a), y supuestos no expresamente mencionados, incluyendo la prohibición de discriminación en aspectos como: movilidad geográfica o funcional, modificación sustancial de condiciones de trabajo, jornada u horarios, permisos, etc.

– Como «condiciones de trabajo» se incluyen, también, los aspectos colectivos. Así, cualquier medida discriminatoria por razón de «orientación sexual» que afecte a la constitución de comisiones negociadoras de convenios, o que se incluyan en el texto de las normas convencionales, supondría discriminación prohibida por el artículo 3.1.c) de la Directiva, puesto que el apartado d) solo refiere a la prohibición de discriminación por «afiliación y participación en una organización de trabajadores o empresarios, o en cualquier organización cuyos miembros desempeñen una profesión concreta».

6. Remuneración: equiparación a remuneración de las prestaciones sociales complementarias. La Directiva 2000/78/CE incluye expresamente, en cuanto que discriminación prohibida por la norma, «la remuneración» –art. 3.1.b)–. Para concretar qué aspectos vinculados a la «remuneración» quedan incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva y cuáles no, sirvan las dos siguientes precisiones:

– Por asimilación con lo dispuesto en el artículo 157.1 del TFUE –igualdad de retribución entre mujeres y hombres– el término «remuneración» se asimilaría a «retribución», entendiéndose por tal «el salario o sueldo normal de base o mínimo, y cualesquiera otras gratificaciones satisfechas, directa o indirectamente, en dinero o en especie, por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo» (TFUE art. 157.2), de forma que la Directiva 2000/78/CE se aplicaría en supuestos en que pudiera existir discriminación por razón de «orientación sexual» respecto del salario base, los complementos salariales, las retribuciones en especie, comisiones, bonus e incentivos, seguros, beneficios e incluso premios, incluyéndose también tratos desfavorables en las formas de pago por motivos de «orientación sexual».

– Puesto que cualquier abono que el empresario realice como consecuencia de la relación de trabajo queda incluido en el término «remuneración», la Directiva 2000/78/CE también se aplicaría a los supuestos en que existiera discriminación directa o indirecta respecto de complementos por pensiones

establecidos en convenios colectivos o por acuerdo entre empresarios y trabajadores –lo que podría considerarse un sistema de previsión social complementaria–. El artículo 3.3 de la Directiva 2000/78/CE excluye expresamente del ámbito de aplicación de la norma los «pagos de cualquier tipo efectuados por los regímenes públicos o asimilados, incluidos los regímenes públicos de seguridad social o de protección social», debiendo indagarse qué pagos tienen la consideración de «remuneración» y por lo tanto estarían incluidos en el ámbito de la Directiva, y por el contrario cuáles serían considerados pagos incluidos en los regímenes públicos de seguridad social o de protección social, y por lo tanto excluidos de la Directiva.

Respecto de qué prestaciones quedan incluidas en el concepto de remuneración, se ha pronunciado el TJUE en dos sentencias:

– La STJUE de 17 de febrero de 1998, *Grant/South-West Trains C-249/96*, recuerda, con carácter preliminar, que «unas reducciones en el precio de los transportes concedidas por un empresario a sus antiguos empleados, a sus cónyuges o a las personas a su cargo, por razón del trabajo de dichos empleados, podían calificarse de retribución». Recuérdese que como la sentencia se dicta cuando todavía no se preveía ni en el Derecho originario ni en el derivado la discriminación por «orientación sexual», no se aborda por el TJUE la cuestión de si la denegación de dicho beneficio –reducción en el precio de los transportes– constituye discriminación por «orientación sexual» o no, al reconocer que «en su estado actual, el Derecho comunitario no se aplica a una discriminación basada en la orientación sexual».

– Por su parte, la STJUE de 31 de mayo de 2001, *P-D y Suecia/Consejo C-122/99 y C-125/99*, abordó la cuestión de si la denegación a funcionarios de las Comunidades Europeas de la asignación familiar prevista en el artículo 1.2 del Anexo VII del Estatuto de los funcionarios de las Comunidades Europeas, constituía discriminación por razón de orientación sexual basada en la «retribución». El supuesto se plantea como consecuencia de que un funcionario, de nacionalidad sueca, inscribió en el registro existente en Suecia su relación de pareja con otro nacional sueco del mismo sexo, solicitándose a partir de entonces que se le abonase la asignación familiar al equipararse su estado civil de miembro de pareja inscrita, con el de «casado». El TJUE parte de que la asignación familiar es claramente «remuneración», si bien concluye que la denegación de su abono no puede considerarse discriminación, ni por razón de «orientación sexual», ni por razón de «sexo», ya que el sexo del compañero no constituye un requisito para la concesión de la asignación familiar.

7. Despido. Si bien el artículo 3.1.c) de la Directiva 2000/78/CE menciona, en cuanto que expresamente incluido en su ámbito de aplicación, el «despido», debe señalarse que el término no puede interpretarse en sentido literal –extinción de la relación laboral a voluntad del empresario–. La norma se aplicaría, a pesar de lo claro del precepto, a cualquier modalidad extintiva que pueda considerarse discriminatoria por motivos de «orientación sexual», como pueden ser los supuestos de terminación o no renovación de contratos temporales o desistimiento durante el periodo de prueba.

8. Sindicación, asociación y afiliación. El artículo 3.1.d) de la Directiva 2000/78/CE, incluye en su ámbito «la afiliación y participación en una organización de trabajadores o de empresarios, o en cualquier organización cuyos miembros desempeñen una profesión concreta». La Directiva hace referencia –no expresa– a tres tipos de organizaciones: 1) Sindicatos –en cuanto que organización de trabajadores–; 2) Asociaciones empresariales; y 3) Asociaciones para la defensa de los derechos e intereses de determinados colectivos profesionales (por ejemplo, asociaciones de trabajadores autónomos, asociaciones de profesionales hosteleros, etc.).

El precepto no refiere a la constitución de asociaciones o sindicatos (o la federación o confederación), ahora bien, conforme al considerando 5 de la Directiva, podría entenderse incluido en su ámbito cualquier requisito que pudiera considerarse discriminatorio respecto de la constitución de asociaciones o sindicatos para la defensa de derechos de personas identificadas por su «orientación sexual».

La previsión del artículo 3.1.d) de la Directiva 2000/78/CE no solo se aplica *ad intra*, es decir, respecto de la constitución de asociaciones o sindicatos o los criterios de participación en las mismas –que no pueden ser discriminatorios–, sino también *ad extra*, es decir, respecto de los beneficios que dichas asociaciones o sindicatos puede proporcionar a sus asociados o afiliados o al público en general –puesto que el art. 3.1.d) alude a que la Directiva se aplica «incluidas las prestaciones concedidas por las mismas»–.

2.2 EXCLUSIONES

Si importante era concretar los ámbitos a los que afectan las medidas contempladas en la Directiva 2000/78/CE, igualmente importante es identificar los supuestos excluidos de su ámbito de aplicación:

1. Discriminación por razón de nacionalidad. Puesto que el objetivo de la Directiva 2000/78/CE es la erradicación de la discriminación por razón de

«orientación sexual» en el ámbito del «empleo y la ocupación», de la misma se excluye «la diferencia de trato por motivos de nacionalidad y se entenderá 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 del trato que se derive de la situación jurídica de los nacionales de terceros países y de los apátridas» (Dir. 2000/78/CE art. 3.2). La razón de la exclusión es que, conforme a la política comunitaria sobre inmigración y extranjería, y de conformidad con los requisitos establecidos por cada Estado para la permanencia legal en el territorio y el desempeño de actividades profesionales en el mismo, pueden establecerse exigencias directamente vinculadas con la nacionalidad que impidan el empleo o el desempeño de un trabajo, sin que dicha circunstancia pueda considerarse discriminatoria. Ello no quiere decir que la Directiva no se aplique en relación con el acceso al empleo y condiciones de trabajo de los nacionales de terceros países –puesto que así se concreta en el considerando 12 en que se afirma que «la prohibición de discriminación se aplicará asimismo a los nacionales de terceros países»– ahora bien, cuando cumplan las exigencias establecidas en cada Estado miembro y en el marco comunitario para permanecer y trabajar en el territorio –en el supuesto de España permiso de residencia y trabajo–.

2. Discriminación por razón del estado civil. El texto de la Directiva no aborda la cuestión de si prohíbe la discriminación por razón del estado civil de las personas identificadas por su «orientación sexual» o por su «identidad sexual», y ello por cuanto el objeto de la misma es el «empleo y la ocupación», si bien el considerando 22 concreta que «Lo dispuesto en la presente Directiva se entiende sin perjuicio de la legislación nacional sobre el estado civil y de las prestaciones que dependen del estado civil». La influencia que el estado civil puede tener a efectos del percibo de «remuneraciones» incluidas en el ámbito de aplicación de la Directiva (Dir. 2000/78/CE art. 3.2.c), ha llevado a que el TJCE y el TJUE aborden cuestiones relativas a si podrían considerarse discriminatorias diversas medidas directamente vinculadas con dicho estado civil, y ello, generalmente, en el contexto de la convivencia estable o como pareja de hecho de personas transexuales u homosexuales.

La conclusión que se alcanza respecto de las parejas «homosexuales» –colectivo incluido en la «orientación sexual»–, ha sido tambaleante:

– Antes de la aprobación de la Directiva 2000/78/CE, se concluyó: 1) Que no constituía discriminación –que en la actualidad sería por razón de «orientación sexual»– el reconocer unos determinados beneficios a las personas casadas respecto de las parejas homosexuales no casadas, aunque convivieran en

relación análoga a la marital –TJUE de 27 de febrero de 1998, *Grant/South-West Trains* C-249/96; de 31 de mayo de 2001, P-D y Suecia/Consejo C-122/99 y C-125/99–; 2) Respecto de los transexuales – colectivo incluido en el ámbito de la «identidad sexual»–, por el contrario, se entendió que sí suponía discriminación TJUE de 7 de enero de 2004, K. B. C-117/01–, y ello por cuanto en dicho supuesto el único motivo por el que no se podía contraer matrimonio, a pesar de que se estaba en presencia de una pareja heterosexual –como consecuencia de la operación de cambio de sexo de uno de sus miembros–, era por la imposibilidad de inscripción del nuevo sexo en el registro civil.

– Con la entrada en vigor de la Directiva 2000/78/CE, se entiende que sí podría considerarse discriminatorio el no acceder a determinados beneficios –que entren en la definición de «remuneración»–, por el simple hecho de no estar casado, eso sí, cuando en el Derecho nacional se equiparen las instituciones del «matrimonio» con el de «parejas inscritas» (TJUE de 1 de abril de 2008, *Maruko* C-267/06), de forma que existiendo dicha equiparación nacional respecto de los derechos y obligaciones, cuando se reserven determinados beneficios a los matrimonios –estado civil al que conforme a la normativa nacional en el momento en que se dicta la STJUE, no podían acceder los «homosexuales»– respecto de las parejas de hecho, se estará ante un supuesto de discriminación por razón de «orientación sexual» prohibido (TJUE de 10 de mayo de 2011, *Römer* C-147/08).

3. Seguridad Social. Parece claro que la Directiva 2000/78/CE no se aplica en el ámbito de la Seguridad Social y regímenes públicos o asimilados, y ello por indicación expresa del artículo 3.3. Puesto que no todos los sistemas de aseguramiento públicos son idénticos en todos los Estados miembros, la norma refiere no solo a los regímenes de Seguridad Social –en el supuesto español RGSS, RETA, REM, REA, etc.–, sino también a regímenes asimilados –en el supuesto español, por ejemplo, MUGEJU, ISFAS, MUFACE–, incluyendo sistemas de protección social –mutualidades de previsión, por ejemplo–. Desde esta perspectiva, no podría esgrimirse que existe discriminación por razón de «orientación sexual» prohibida por la Directiva 2000/78/CE, respecto de los requisitos de acceso a pensiones. Por el contrario, sí se aplicaría respecto de las «pensiones «privadas» –a cargo del empresario– reconocidas con carácter complementario respecto de la Seguridad Social al ser consideradas parte del propio salario»⁵⁵ –lo que en España se correspondería con los sistemas de previsión complementaria con cargo al empresario y negociadas colectivamente o acor-

⁵⁵ CARRASCOSA BERMEJO, D.: «Viudedad y jubilación en el marco de la vigente norma de coordinación comunitaria y perspectivas en el Reglamento CE/883/2004 (1)», en *Noticias de la Unión Europea*, núm. 319, 2011, p. 27.

dadas entre empresarios y trabajadores—. Aunque el precepto –Dir. 2000/78/CE art. 3.3– no lo expresa claramente, la exclusión no solo afectaría a las pensiones públicas, sino también, como se avanzó, a cualquier ayuda estatal, aunque esté relacionada con el empleo. En particular, la exclusión podría referir, en el supuesto español, a la renta activa de inserción o cualquier otro tipo de renta sustitutiva de salario en supuestos de desempleo, que formarían parte de las políticas pasivas de empleo que, como se avanzó anteriormente, estarían excluidas de la aplicación de la Directiva 2000/78/CE.

Aunque se está afirmando con cierta rotundidad que dichas «prestaciones» podrían considerarse pagos públicos excluidos de la Directiva 2000/78/CE, como se avanzó, la solución no puede ser tan terminante, ya que como se demuestra del análisis de la doctrina del TJCE y del TJUE, será preciso examinar caso por caso cuándo se está ante un «pago» excluido por el artículo 3.3 y cuándo se está en presencia de una «remuneración» incluida en el ámbito del artículo 3.1.c).

– La primera vez que se aborda la cuestión en el marco de la Directiva 2000/78/CE, es en la STJUE de 1 de abril de 2008, Maruko C-267/06⁵⁶. La sentencia trae causa de la denegación de la pensión de viudedad al Sr. Maruko, que había constituido una pareja estable con una persona de su mismo sexo –hombre– afiliada al Vddb, por cuanto los estatutos de dicha entidad no preveían la prestación de supervivencia para los miembros de las parejas inscritas. El Vddb tenía su fuente en una norma laboral sectorial con la que se pretendía complementar las prestaciones sociales que correspondieran conforme a la normativa nacional, la afiliación y cotización eran obligatorias, y se financiaba por los trabajadores y empresarios del sector sin que existiera ningún tipo de financiación pública. La solución dada por el TJUE se aborda desde la interpretación de los artículo 3.1.c) y 3.3 de la Directiva, y ello como consecuencia de las cuestiones prejudiciales que se someten a su consideración, entre las que se encuentran: 1) Si el Vddb es asimilable a un régimen público de Seguridad Social en los términos del artículo 3.3 de la Directiva; 2) Si la prestación puede considerarse remuneración en los términos del artículo 3.1.c de la Directiva; y 3) Si una medida como la adoptada podría considerarse discriminación por razón de «orientación sexual».

⁵⁶ Había existido un precedente en un momento en que todavía no había entrado en vigor la Directiva 2000/78/CE, el abordado en la STJUE de 7 de enero de 2004, K. B. C-117/01, en que se le comunicó a la Sra. K. B. que su pareja –nacida mujer pero operada pasando a ser hombre– no tenía derecho a la pensión de viudedad a los efectos que estamos examinando, concluyó que «la pensión de supervivencia abonada en el marco de un régimen profesional de seguridad social como el establecido en el NHS Pension Scheme constituye una retribución en el sentido del artículo 141 CE y de la Directiva 75/117».

El TJUE concluye: 1) Que la prestación de supervivencia otorgada por un régimen de previsión como el gestionado por el Vddb, sí queda incluido en el ámbito de la Directiva, ya que se trata de un sistema de previsión complementario, añadiéndose que no desvirtúa dicha conclusión el hecho de que el Vddb sea un organismo público «ni el carácter obligatorio de la afiliación al régimen que da derecho a la prestación de supervivencia controvertida»; 2) Que la prestación de viudedad cuestionada sí puede considerarse retribución en los términos del artículo 3.1.c) de la Directiva, ya que «dimana de la relación laboral de la pareja inscrita del Sr. Maruko y, en consecuencia, debe calificarse de «retribución» en el sentido del artículo 141 CE»; y 3) Que la denegación de la pensión a las parejas inscritas respecto de los matrimonios, cuando en la legislación nacional «la institución de la pareja inscrita coloca a las personas del mismo sexo en una situación comparable a la de los cónyuges en lo relativo a dicha prestación de supervivencia», es un supuesto de discriminación directa por razón de «orientación sexual».

– La segunda vez que se aborda la cuestión es en la STJUE de 10 de mayo de 2011, Römer C-147/08. El Sr. Römer, en desacuerdo con la pensión de jubilación que se le abonaba, solicitó se le recalculase la misma teniendo en cuenta que había vivido ininterrumpidamente con una persona de su mismo sexo con el que constituyó una pareja estable inscrita conforme a la legislación alemana, previéndose en la normativa aplicable –en el supuesto la contemplada en la *Erstes Ruhegeldgesetz der Freien und Hansestadt Hamburg*, o Ley del Land de Hamburgo sobre pensiones complementarias de jubilación y de supervivencia de los trabajadores de la *Freie und Hansestadt Hamburg*– fórmulas de cálculo distintas para «beneficiarios casados que no viviesen permanentemente separados y los beneficiarios que tuviesen derecho a subsidios familiares o a otra prestación equivalente». Puesto que se le denegó el recalcular su pensión de jubilación, presentó demanda entendiendo que la denegación era un supuesto de discriminación prohibido por la Directiva 2000/78/CE. El TJUE aborda directamente la cuestión de si determinadas pensiones complementarias de jubilación están excluidas del ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78/CE –art. 3.3 y considerando 22– por tratarse de pagos efectuados por regímenes públicos. La solución que adopta es que la pensión complementaria de jubilación abonada por un régimen público que constituye «remuneración» en los términos del artículo 157 del TFUE, no está incluida en el artículo 3.3 de la Directiva y por lo tanto no está excluida de su ámbito de aplicación.

3. **Obligaciones impuestas a los Estados miembros para luchar contra las discriminaciones por «orientación sexual»**

La Directiva contempla una serie de obligaciones que los Estados deben cumplir para luchar contra las discriminaciones por razón de «orientación sexual»:

a) Mantenimiento del nivel de protección garantizado en la Directiva 2000/78/CE. El artículo 8.2 de la Directiva 2000/78/CE, obliga a que los Estados con legislaciones más favorables respecto de la prohibición de discriminación por razón de «orientación sexual» —específicas o generales con efectos en dicho colectivo— no reduzcan el nivel de protección ya garantizado. Por su parte, el artículo 8.1 les insta para que adopten o mantengan «disposiciones más favorables». Junto a ello, el artículo 15 obliga a adoptar medidas para suprimir «las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas contrarias al principio de igualdad de trato» y para que se declaren nulas, se invaliden o se modifiquen «todas las disposiciones contrarias al principio de igualdad de trato que figuren en los contratos o convenios colectivos, en los reglamentos internos de las empresas o en los estatutos de las profesiones independientes y de las organizaciones sindicales y empresariales», en la línea de erradicar de la legislación y de la normativa laboral, cualquier aspecto que pueda suponer discriminación por razón de «orientación sexual».

b) Procedimientos para la defensa del principio de igualdad de trato por «orientación sexual». El artículo 9.1 de la Directiva 2000/78/CE, obliga igualmente a que los Estados dispongan de procedimientos judiciales o administrativos para «exigir el cumplimiento de las obligaciones establecidas en las presente Directiva», lo que supone que deberán existir mecanismos legales y judiciales de defensa frente a la discriminación por razón de «orientación sexual», y ello respecto de los ámbitos sobre los que se proyecta la aplicación de la Directiva, que como se ha visto se extiende a los supuestos en que la relación laboral no se ha iniciado o ya ha concluido. El artículo 9.1 de la Directiva 2000/78/CE alude a mecanismos de solución extrajudicial de disputas. En particular, alude a la «conciliación», sin especificar si ésta debe ser obligatoria o voluntaria, judicial o extrajudicial, preprocesal o independiente del proceso. Puesto que nada se determina al respecto, y puesto que la «conciliación» se incluye en la lista de procedimientos que los Estados deberán adoptar para garantizar la defensa en supuestos de discriminación por razón de «orientación sexual», todos ellos serían admisibles en el marco de la Directiva 2000/78/CE.

Como obligación complementaria, el artículo 9.2 obliga a los Estados miembros a que en sus legislaciones admitan la legitimación activa de «las asociaciones, organizaciones u otras personas jurídicas» para la defensa de los intereses de las personas discriminadas por su «orientación sexual», pudiendo actuar las mismas también como partes en el proceso aunque se haya iniciado por un particular, por un juez u órgano jurisdiccional –cuestión prejudicial–, o por el propio Estado. Respecto de la posibilidad de participar en el proceso como demandantes, el artículo 9.2 exige «autorización», no pudiendo obviarse que en dichos supuestos también la persona que entienda que sufre discriminación por razón de «orientación sexual» debería formar parte en el proceso como demandante. Dicha autorización no parece exigirse en los supuestos en que dichas asociaciones, organizaciones o personas jurídicas participen en el proceso «en apoyo» de las personas que entienden que han sufrido discriminación por razón de su «orientación sexual», es decir, en los supuestos en que se adhieran a procesos ya iniciados como terceros interesados.

Nada se dice en la norma respecto de la posibilidad de acudir a las conciliaciones, ello dependerá de lo que se establezca en la normativa nacional en la que se plantee la cuestión y se invoque la Directiva, si bien en dichos supuestos parece conveniente que al menos la persona afectada por una práctica, criterio o medida discriminatoria por razón de su «orientación sexual», se encuentre presente.

c) Inversión de la carga de la prueba. El artículo 10.1 de la Directiva 2000/78/CE obliga a que los Estados miembros contemplen, en su normativa nacional, la inversión de la carga de la prueba. En el supuesto español puesto que la igualdad y prohibición de discriminación se contempla en el artículo 14 de la Constitución española en los procedimientos en que se alegue la vulneración de dicho derecho se garantiza la inversión de la carga de la prueba, eso sí, de acuerdo con los criterios previstos por la doctrina del Tribunal Constitucional.

d) Protección frente a represalias. El artículo 11 Directiva 2000/78/CE regula la garantía de indemnidad, al obligar a que los Estados miembros adopten «en sus ordenamientos jurídicos las medidas que resulten necesarias para proteger a los trabajadores contra el despido o cualquier otro trato desfavorable adoptado por parte del empresario como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato». La garantía se extiende no solo a aquellos supuestos en que la cuestión se encuentre *sub iudice*, sino también respecto de la ejecución de sentencias.

e) Obligación de información. El artículo 12 obliga a los Estados a que la Directiva 2000/78/CE «sean puestas en conocimiento de las personas a las

que sea aplicable, por todos los medios apropiados, por ejemplo, en el lugar de trabajo, y en todo su territorio». Este derecho de información, sin embargo, no se corresponde con el de divulgación general de la Directiva, ya que solo refiere a las «personas a las que sea aplicable», y no al público en general, sin mencionar la obligación de adoptar campañas de sensibilización o información sobre la prohibición de discriminación por «orientación sexual».

f) Obligación de colaboración. Aunque no se expresa en estos términos, el artículo 14 de la Directiva 2000/78/CE, establece la pseudo-obligación de fomentar «el diálogo con las correspondientes organizaciones no gubernamentales que tengan, con arreglo a las legislaciones y prácticas nacionales, un interés legítimo en contribuir a la lucha contra la discriminación basada en alguno de los motivos contemplados en el artículo 1 con el fin de promover el principio de igualdad de trato». La obligación no es pura, puesto que el precepto habla solo de que los Estados «fomentarán», instando, sin embargo, a que organizaciones vinculadas al colectivo identificado por su «orientación sexual» colaboren en la implementación de todas y cada una de las medidas contempladas en la Directiva.

g) Diálogo social. Puesto que la Directiva 2000/78/CE tiene como ámbito de aplicación el «empleo y ocupación», no puede obviar el papel que en la lucha contra las discriminaciones por razón de «orientación sexual» pueden tener los interlocutores sociales. Por ello, obliga a adoptar medidas «para fomentar el diálogo entre los interlocutores sociales, a fin de promover la igualdad de trato –art. 13.1– dando una lista de aspectos sobre los que se debería proyectar dicho diálogo social, al aludir al «control de las prácticas en el lugar de trabajo, convenios colectivos, códigos de conducta y mediante la investigación o el intercambio de experiencias y buenas prácticas». A ello se une la obligación prevista en el artículo 13.2 de que en los convenios colectivos se «establezcan normas antidiscriminatorias» respecto de los aspectos incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva y examinados anteriormente.

VI. CONCLUSIONES

El marco de protección frente a las discriminaciones por razón de «género» –«identidad de género» y «expresión de género»–, «orientación sexual» e «identidad sexual», en el Derecho de la UE, se ha adoptado en la última etapa de su evolución normativa, por lo que puede considerarse una de las novedades del proceso de construcción europea. A pesar de ello, está desactualizada, y ello tanto terminológicamente como prácticamente. Desde una perspectiva termino-

lógica, el término adecuado no sería el de lucha contra la discriminación por razón de «orientación sexual», sino de lucha contra la discriminación por razón de «orientación e identidad sexual o de género», ya que en dicho concepto se incluirían tanto el acogido comunitariamente de «orientación sexual», pero incluyendo colectivos que posiblemente no estuvieran en la mente de los legisladores comunitarios cuando se adoptó la Directiva 2000/78/CE, como el no contemplado expresamente en el Derecho UE, de «identidad sexual». Desde una perspectiva práctica, no parece conveniente que exista un diferente tratamiento de las discriminaciones por razón de «orientación sexual» –actualmente en la Directiva 2000/78/CE– y por razón de «identidad sexual» –actualmente en las Directivas que protegen frente a discriminaciones por razón de «sexo»–. Puesto que no se prevé la modificación del TUE ni del TFUE, ni tampoco de la Directiva 2000/78/CE, al hilo de los trabajos llevados a cabo en la Propuesta de Directiva del Consejo, de 2 de julio de 2008 por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual –que se aplicaría al margen del contexto laboral– quizá debería abordarse un replanteamiento de la cuestión en perspectiva comunitaria.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ CUESTA, H.: «Igualdad y no discriminación en el trabajo por razón de identidad sexual», *Revista de Derecho Social*, núm. 65, 2014
- ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A.: «El género como categoría y las categorías de género», en *Revista de Derecho Social*, núm. 52, 2010.
- BALLESTER PASTOR, M. A.: *Retos y perspectivas de la discriminación por razón de género*, Universidad de Valencia, 2017.
- BARRADO SORIA, B. I.: *El lenguaje de género en la normativa de la OIT, europea y española: propuestas de regulación en el ámbito laboral*, UNED, 2020.
- CABEZA PEREIRO, J., y LOUSADA AROCHENA, J. F.: *El derecho fundamental a la no discriminación por orientación sexual e identidad de género en la relación laboral*. Albacete: Bomarzo, 2014.
- CANO GALÁN, Y.: «Discriminación por transexualidad en el empleo: ¿Nueva causa, condición o estado objeto de protección tras la Ley 15/2002, de 12 de julio?», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 9, 2022.
- «Discusión en torno a la aplicación del principio de igualdad a los transexuales», en VV. AA.: *La igualdad ante la Ley y la no discriminación en las relaciones laborales: XV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Madrid: Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2005.

- «La formación profesional en España y las cláusulas de formación en la negociación colectiva», en *Ministerio de Trabajo e Inmigración*, Madrid, 2010.
- «Acoso sexual laboral discriminatorio: un análisis del derecho comunitario y español desde la perspectiva del derecho canadiense», en *Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 132, 2006.
- CARRASCOSA BERMEJO, D.: «Viudedad y jubilación en el marco de la vigente norma de coordinación comunitaria y perspectivas en el Reglamento CE/883/2004 (1)», en *Noticias de la Unión Europea*, núm. 319, 2011.
- CASAS BAAMONDE, M. E.: «Igualdad y no discriminación por sexo y género: el lenguaje de los derechos», en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 22, 2018.
- CERVILLA GARZÓN, M. D.: «Reflexiones en torno al nuevo derecho a la identidad sexual», *Revista General de Derecho*, núm. 681, 2001.
- CHACARTEGUI JÁVEGA C.: *Discriminación y orientación sexual del trabajador*. Valladolid: Lex Nova, 2001.
- DÍAZ LAFUENTE, J.: «La protección de los derechos fundamentales frente a la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género en la Unión Europea», en *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 17, 2013.
- FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L. A.: «Vulnerabilidad, género y discriminación en el empleo. En especial, por razones de orientación e identidad sexual», en Moreno Gené, J. y Fernández Villazón, L. A. (dirs.): *Crisis de Empleo, Integración y Vulnerabilidad Social*. Pamplona: Aranzadi, 2017.
- GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, I.: «Discriminación por razón de orientación sexual», en García Murcia, Joaquín (dir.), *Condiciones de empleo y relaciones de trabajo en el derecho de la Unión Europea: un estudio de jurisprudencia del tribunal de justicia*: Aranzadi, 2017.
- GONZÁLEZ VEGA, J. A.: «Derecho a la identidad sexual: la posición del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 1, 2003
- LÓPEZ-ARRANZ, A., y MILLOR ARIAS, M. P.: «El derecho a la no discriminación por orientación sexual en el mundo del trabajo», en *XV Xornada Universitaria Galega en Xénero*, Universidad de Vigo.
- LOUSADA AROCHENA, J. F.: *El derecho fundamental a la no discriminación por orientación sexual e identidad de género en la relación laboral*, Bomarzo, 2014.
- MANZANO BARRAGÁN, I.: «La protección de las minorías sexuales en la Unión Europea», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 32, 2009.
- MARTÍNEZ RAMÍREZ, J.: «Sexo vs. Género», en *Sexo, género y violencia* Martínez-Otero Pérez, V. (Dir.), Dykinson, Madrid, 2021.
- PEÑARANDA ORTEGA M., y SELVA PENALVA, A.: ««Orientación» y «condición sexual» en la reforma laboral de 2010: Su trascendencia práctica», en *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 335, 2011.

- PI LLORENS, M.: «La protección de los derechos fundamentales en el Tratado de la Unión Europea: la igualdad de género como derecho fundamental», en VV. AA. *La igualdad por razón de sexo en la Unión Europea. Especial referencia a España y al sector público*, Esteve García, F., y Illamola Dousá, M. (coords.). Girona: Universidad de Girona, 2011.
- PLATERO MÉNDEZ, R.: «La discriminación por orientación sexual e identidad de género», en *Estudios interdisciplinarios sobre igualdad*, Cancio Álvarez, M. D.; Álvarez Conde, E.; Figueruelo Burrieza, A., y Nuño Gómez, L. (coords.). Madrid: Iustel, 2009.
- POOLE DERQUI, D.: «El derecho a la identidad sexual», en *Nuevos derechos y nuevas libertades en Europa*, Dykinson, 2015.
- RIVAS VAÑÓ, A., y RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: «Orientación sexual y no discriminación: el debate en Europa», en *Temas Laborales*, núm. 52, 1999.
- RIVAS VAÑÓ, A.: «La prohibición de discriminación por orientación sexual en la Directiva 2000/78», en *Temas Laborales*, núm. 59, 2001.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO M., y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F.: «Discriminación de género y «otras» discriminaciones: La discriminación múltiple y las mujeres», en VV. AA. *Tutela y promoción de la plena integración de la mujer en el trabajo* Cruz Villalón, J.; Garrido Pérez, E., y Ferradans Caramés, C. (coords.). Sevilla: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2015.
- SALAZAR BENÍTEZ, O.: «La identidad de género como derecho emergente», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 169, 2015.
- «¿Existe un derecho a la identidad sexual?», *Anuario de la Facultad de Derecho*, Universidad de Alcalá, XIV, 2021.
- SEMPERE NAVARRO, A. V., y CANO GALÁN, Y.: «La Constitución Española y el Derecho Social Comunitario (Constitución Social Europea)», en *Comentario a la constitución socio-económica de España*, Molina Navarrete, C.; Monereo Pérez, J. L., y Moreno Vida, M. N. (coords.). Granada: Comares, 2002.
- «Igualdad y no discriminación en la Constitución Europea», en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 57, 2005.
- TUBERT, S.: *Del sexo al género*, Cátedra, 2003.

Los últimos años han sido muy fértiles en cuanto a la aplicación del derecho laboral europeo por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, cuya jurisprudencia ha introducido novedades importantes, acogidas algunas en reformas legislativas de nuestro ordenamiento y todas, obligatoriamente, en la jurisprudencia interna, aun reinterpretándola en ocasiones, lo que de por sí subraya la oportunidad de esta edición. Cuestiones tales como el concepto comunitario de trabajador y empleador, la igualdad y la no discriminación, el despido colectivo, la tutela judicial efectiva, la contratación temporal, la Seguridad Social, el desplazamiento de trabajadores, el diálogo social, la discapacidad o la contratación pública, junto con tantas otras de igual importancia (siendo notable el crecimiento de las alegaciones, en las cuestiones de prejudicialidad de los jueces nacionales, de aplicación de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea), han sido objeto de decisión por parte de los jueces del TJUE.

Con este cúmulo de novedades la edición de esta obra sobre el Derecho social de la Unión Europea ofrece buena prueba, incontestable, de que es imprescindible el conocimiento de la jurisprudencia del TJUE para ejercer cualquier función (de docencia, investigación, defensa, administración, jurisdicción, negociación colectiva, diálogo y concertación social, legislación) en el ámbito de nuestro Derecho del trabajo y de la seguridad y protección social. Es sabido que la jurisprudencia del TJUE, aun dictada en respuesta a consultas de órganos jurisdiccionales de otros Estados, tiene una inmediata proyección en la interpretación y aplicación de nuestro ordenamiento. No es exagerado afirmar que, ya en estos momentos, su cuota de «europeidad», de integración del ordenamiento de la Unión en el nuestro y del nuestro en el espacio jurídico europeo, es tan densa y relevante que a cualquier operador le resulta inmanejable sin el conocimiento del Derecho Social de la Unión interpretado por el TJUE. Procurarlo es el objetivo de este libro colectivo.

