

DOCTRINA DEL TJ SOBRE DISCRIMINACIÓN POR ASOCIACIÓN Y SU IMPACTO EN NUESTRA JURISPRUDENCIA

TJ DOCTRINE ON ASSOCIATION DISCRIMINATION AND ITS IMPACT ON OUR JURISPRUDENCE

MARÍA TERESA VELASCO PORTERO*

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Loyola de Andalucía
tvelasco@uloyola.es

RESUMEN

Desde que en el año 2015 el TJ consagró el concepto de discriminación por asociación, confirmado después en el año 2017, nuestra legislación ha recogido expresamente dicho concepto en relación con la discapacidad. Asimismo, nuestros tribunales también se han pronunciado en diversas ocasiones sobre la existencia de dicho tipo de discriminación en supuestos no siempre relacionados con la discapacidad o la etnia. En este trabajo recogemos los principales elementos de la doctrina del Tribunal de Justicia sobre el tema y analizamos el impacto que ha tenido en nuestra jurisprudencia.

Palabras clave: Discriminación por asociación; jurisprudencia.

ABSTRACT

Since in 2015 the TJ consecrated the concept of discrimination by association, confirmed later in 2017, our

* Este artículo es resultado del proyecto RTI2018-097917-B-100 (Retos del Derecho del Trabajo español ante la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en materia de política social y derechos fundamentales).

legislation has expressly included this concept in relation to disability. Likewise, our courts have also ruled on several occasions about the existence of such discrimination in cases not always related to disability or ethnicity. In this paper we collect the main elements of the Court's doctrine on the subject and analyze the impact it has had on our jurisprudence.

Keywords: Discrimination by association; jurisprudence.

RESUMO

Dende que no ano 2015 o TX consagrou o concepto de discriminación por asociación, confirmado despois no ano 2017, a nosa lexislación recolleu expresamente o devandito concepto en relación coa discapacidade. Así mesmo, os nosos tribunais tamén se pronunciaron en diversas ocasións sobre a existencia deste tipo de discriminación en supostos non sempre relacionados coa discapacidade ou a etnia. Neste traballo recollemos os principais elementos da doutrina do Tribunal de Xustiza sobre o tema e analizamos o impacto que tivo na nosa xurisprudencia.

Palabras chave: Discriminación por asociación; xurisprudencia.

1. INTRODUCCIÓN

La discriminación por asociación es un concepto relativamente reciente, creado por el Tribunal de Justicia para responder a situaciones en las cuales la tutela antidiscriminatoria tradicional no era suficiente. La persona en cuestión sufre un trato menos favorable pero no por pertenecer ella misma a un colectivo determinado, sino por estar vinculada a dicho colectivo. El concepto se elaboró en el año 2008, en la sentencia que resolvió el caso Coleman, la más conocida al respecto, y ha sido confirmada posteriormente en el asunto CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD.

Nuestra legislación ha recogido el concepto tan solo en relación con la discapacidad, en el artículo 2 e) de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, de 2013. Sin embargo, los tribunales

han tenido ocasión de aplicarla en diversas ocasiones y, aunque no son muy abundantes las sentencias de Tribunales Superiores de Justicia que se hacen eco de ella, su análisis reviste un particular interés. En particular, llama la atención la vinculación de este tipo de discriminación con la garantía de indemnidad, puesto que en ocasiones la frontera entre ambas instituciones se difumina, en el sentido de que las dos podrían ser invocadas para la protección del sujeto afectado.

De hecho, existe una tercera sentencia del TJ, la del caso WTG Retail BVBA que, a pesar de resolver una cuestión relativa a la garantía de indemnidad, entendemos que también podría considerarse la existencia de una discriminación por asociación.

2. LA DISCRIMINACIÓN POR ASOCIACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA

2.1. EL CASO COLEMAN

La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17 de julio de 2008, C-303/06 resuelve las cuestiones prejudiciales presentadas por el Reino Unido referentes al litigio entre la Sra. Coleman y su empresa. La Sra. Coleman consideraba que había sido obligada a dimitir por sufrir un trato menos favorable que los otros empleados, por el hecho de tener un hijo discapacitado. Este litigio dio lugar a que el Tribunal nacional planteara varias cuestiones prejudiciales de las que nos interesan especialmente dos:

1. ¿protege la Directiva 200/78/CE a los trabajadores que, aún sin estar ellos mismos discapacitados, reciben un trato menos favorable o sufren acoso por su vinculación con una persona discapacitada?
2. Cuando un empresario acosa a un trabajador y consta que el motivo es el hecho de que tiene un hijo discapacitado a su cuidado ¿vulnera ese acoso el principio de igualdad de trato establecido en la Directiva?

Respecto a la primera cuestión, el Tribunal considera que la prohibición de discriminación directa no se circunscribe exclusivamente a las personas que sean ellas mismas

discapacitadas. Señala que cuando el empresario trate a un trabajador no discapacitado de manera menos favorable a como trata a otros en situación análoga, y dicho trato desfavorable esté motivado por la discapacidad que padece su hijo y que le obliga a prestarle especiales cuidados, "tal trato resulta contrario a la prohibición de discriminación directa" (56). Es la mencionada **discriminación por asociación**.

Por lo que respecta a la segunda cuestión, menos conocida pero no menos importante, el Tribunal establece que "la prohibición de acoso que establecen (los artículos 1 y 2 de la Directiva) no se circunscribe exclusivamente a aquellas personas que sean ellas mismas discapacitadas. Cuando se demuestre que el comportamiento no deseado constitutivo del acoso de que es víctima un trabajador que no sea él mismo una persona con discapacidad está relacionado con la discapacidad de un hijo suyo (...), tal comportamiento resulta contrario a la prohibición del acoso establecida en el citado artículo 2, apartado 3)".

Como veremos, ambas cuestiones tienen trascendencia, y han sido utilizadas por nuestros tribunales nacionales.

2.2. EL CASO CHEZ RAZPREDELENIE BULGARIA AD

Se trata de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 16 de julio de 2015, C-83/14, asunto CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD. En este caso, se trataba de una señora residente en un barrio de una ciudad búlgara, habitado por una mayoría de personas de etnia gitana. En este barrio, la compañía eléctrica había colocado los contadores de luz a una altura de 7 metros, cuando en el resto de los barrios lo habitual era colocarlos a 1,70 metros. La señora Nikolova consideraba que esto le imposibilitaba acceder al contador para asegurarse de la exactitud de las facturas que le enviaban, y que la práctica obedecía al hecho de ser un barrio de mayoría gitana aunque ella misma no lo era.

Al hilo de este litigio al Tribunal de Justicia se le plantean diversas cuestiones prejudiciales, de la que nos interesa especialmente la primera: "¿Debe interpretarse el concepto de origen étnico utilizado en la Directiva 2000/43 en el

sentido de que comprende a un grupo compacto de población de nacionales búlgaros de origen gitano como los habitantes del barrio? ". El Tribunal considera que la cuestión se refiere al hecho de que la práctica discutida afecta al conjunto de un barrio habitado principal pero no exclusivamente por personas de origen gitano, y al respecto recuerda lo siguiente: (56) "el ámbito de aplicación de la Directiva (...) no puede definirse de manera restrictiva, permite sustentar en este caso la interpretación de que **el principio de igualdad de trato** al que se refiere la Directiva **no se aplica a una categoría determinada de personas, sino en función de los motivos enunciados en su artículo 1**, por lo que también es aplicable a las personas que, aunque no pertenezcan ellas mismas a la raza o la etnia considerada, sufren sin embargo un trato menos favorable o una desventaja particular por uno de esos motivos."

Se trata por tanto de una discriminación por asociación en este caso no vinculada a la discapacidad sino al origen étnico.

2.3. EL CASO WTG RETAIL BVBA

Aunque no trata expresamente de la discriminación por asociación sino de la garantía de indemnidad, consideramos interesante mencionarla, porque en realidad extiende la tutela antidiscriminatoria por razón de sexo a una trabajadora que es despedida por defender a una candidata a la que la empresa no contrató por estar embarazada. Se trata de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de junio de 2019, C-404/18, asunto WTG Retail BVBA.

El litigio principal se refería a una trabajadora que era gerente de una tienda de ropa, y realiza una serie de entrevistas para ocupar un puesto de trabajo. De resultados de dichas entrevistas comunica a la dirección de la empresa que ha encontrado a la persona adecuada, que está embarazada. Ante esta cuestión, la empresa le manifiesta que no puede contratarla, a lo que la trabajadora le señala a la empresa que no puede actuar así. La empresa insiste, y la gerente tiene que comunicarle a la candidata que su

candidatura ha sido rechazada por razón de su embarazo. La embarazada reclama contra la empresa por discriminación.

Al poco tiempo la gerente es despedida. La ley belga tan solo extiende la protección contra medidas de represalia del empresario a quienes participan como testigos en juicio, por lo que no se aplicaría en este caso, en que la gerente tan solo había intervenido en un procedimiento informal.

El Tribunal de Justicia considera a este respecto que el artículo 24 de la Directiva 2006/54¹ debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal en virtud de la cual, en una situación en la que una persona que se considera víctima de una discriminación por razón de sexo ha presentado una reclamación, un trabajador que le ha prestado apoyo en este contexto únicamente está protegido contra las medidas de represalia tomadas por el empresario si ha intervenido como testigo en el marco de la instrucción de esa reclamación y su testimonio cumple los requisitos formales previstos por dicha normativa”.

En definitiva, consideramos que está extendiendo la protección antidiscriminatoria a una persona que está sufriendo el trato desfavorable por su vinculación con la que sufre la discriminación por razón de sexo.

3. LA APLICACIÓN POR NUESTROS TRIBUNALES

3.1. SENTENCIA TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA (BARCELONA) 4456/2011, DE 23 DE JUNIO DE 2011

Se trataba de una trabajadora de una empresa de vigilancia, con escasa antigüedad en la empresa, que había

¹ “Los estados miembros introducirán en sus ordenamientos jurídicos nacionales las medidas que resulten necesarias para proteger a los trabajadores (...) contra el despido o cualquier otro trato desfavorable 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”.

superado hacía un mes el periodo de prueba , a la que se despidió por disminución continuada y voluntaria del rendimiento, reconociendo inmediatamente la empresa la improcedencia del despido. La trabajadora solicita la nulidad, considerando que ha sido despedida por haber solicitado la prestación por cónyuge discapacitado prevista en el convenio colectivo. La sentencia de instancia reconoce la nulidad del despido, y la empresa recurre.

La sentencia del TSJ contiene varios razonamientos interesantes. El primero de ellos, el relativo a la discriminación por asociación, que entiende existente aplicando la doctrina del caso Coleman.

El segundo, relativo a la prueba de la discriminación. El trabajador debe aportar indicios razonables de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental, y solo cubierto este presupuesto, el empresario debe probar que su actuación tiene causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración de derechos fundamentales.

En este caso, el tribunal considera que ha habido indicios evidentes de discriminación por discapacidad, que son los siguientes:

- La reciente superación del periodo de prueba
- La no amonestación ni sanción anterior al despido
- El breve lapso de tiempo transcurrido entre la petición de prestación y el despido
- El inmediato reconocimiento de la improcedencia
- La poca antigüedad de la trabajadora, lo cual hace barato su despido (los otros trabajadores que disfrutaban de la prestación tienen más antigüedad)

Frente a esto, la empresa no ha probado en absoluto la existencia de causas reales, de hecho reconoce la improcedencia del despido.

Por todo ello, la sentencia desestima el recurso y confirma la nulidad del despido.

3.2. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA (BARCELONA) 4387/2017, DE 4 DE JULIO

El litigio principal se refería a una empresa de fabricación de maquinaria industrial, sector en el que existe una fuerte competencia. La empresa se entera de que un extrabajador,

que fue despedido por despido objetivo y con el que se llegó al acuerdo en conciliación reconociendo la improcedencia del despido, está trabajando para la competencia y acudiendo a los mismos clientes. Este extrabajador es pareja de hecho de una de las trabajadoras de confianza de la empresa, que no había comunicado nada de este hecho a la dirección.

A raíz de esto la empresa despide a la trabajadora, constando la existencia de unos correos que demuestran que la trabajadora sabía de antemano que su pareja estaba ya negociando irse con la competencia antes de ser despedido, considerando la empresa que esto ha provocado una pérdida de la confianza.

La sentencia de instancia declara el despido procedente. La trabajadora interpone recurso de suplicación solicitando la declaración de nulidad por vulneración del derecho a la tutela judicial defectiva en su vertiente de garantía de indemnidad, y subsidiaria improcedencia.

Es muy interesante en esta sentencia lo que se señala en el Fundamento de Derecho Quinto (párrafo final). Tras considerar que no es de aplicación la garantía de indemnidad porque el despido previo que fue impugnado no era el de la trabajadora sino el de su pareja, dice el Tribunal lo siguiente: "Cierto es que podría concurrir una suerte de discriminación por asociación, vinculada al propio ejercicio de la acción judicial por el trabajador, lo que reconduciría la cuestión a otra posible vulneración de derecho fundamental, lo que no ha sido objeto de planteamiento ni , por tanto, puede ser analizado en esta sede".

Por tanto, desestima la petición de nulidad. En cambio, sí estima la subsidiaria de improcedencia, ante la ausencia de gravedad de los hechos imputados en la carta.

Como veremos, no será la única ocasión en que un TSJ recrimina al recurrente no haber alegado la existencia de una discriminación por asociación en lugar de la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

3.3. LA SENTENCIA DEL TSJ DE GALICIA, DE 2 DE AGOSTO DE 2017, REC. 1806/2017

En este caso se trata de un trabajador temporal de un almacén de farmacia que, formando parte de una mesa electoral inadmite la candidatura de un sindicato. Dos semanas después le extinguen el contrato por fin de trabajo. En una discusión mantenida unos días después con su superior jerárquico que le indica que la empresa veía bien contar con aquel sindicato y era una complicación que hubiese impugnado la candidatura. La sentencia de instancia declaró la improcedencia del despido. El trabajador recurre solicitando la declaración de nulidad por vulneración de derechos fundamentales, por ser una represalia por su participación en la Mesa electoral.

El TSJ admite que las actuaciones de una mesa electoral no están amparadas por la libertad sindical. Sin embargo, considera que "si la empresa adopta una medida de represalia por una decisión legal de la Mesa que favorece a unos sindicatos frente a otros, tal actuación, a juicio de la sala, supondría una discriminación por asociación o vinculación con la libertad sindical" (FD segundo). En apoyo de esta afirmación se refiere a la STJ del caso Coleman, y considera que se encuentra reflejada en el art. 17 del Estatuto de los Trabajadores, que cuando declara "serán igualmente nulas las órdenes de discriminar y las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación", cabe entender que pretende abarcar en su ámbito de protección antidiscriminatoria a todos aquellos que participan directa o indirectamente en la queja o reclamación aun cuando no sean ellos los trabajadores afectados por el factor de discriminación denunciado.

Argumenta el tribunal que aunque el trabajador no pertenece al colectivo amparado por la libertad sindical, si fue represaliado por su participación como árbitro en la mesa, la libertad sindical fue afectada, pues la injerencia privaría de sentido la independencia de los miembros de la mesa, que es lo que garantiza la actuación de los sindicatos

en las elecciones en igualdad de condiciones en el ejercicio de su libertad sindical.

Nos parece muy interesante esta extensión de la doctrina Coleman a la libertad sindical, que no es el supuesto inicialmente analizado por el TJ en dicha sentencia.

3.4. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA (SEVILLA) 3287/17, DE 9 DE NOVIEMBRE

La sentencia de instancia resuelve el caso de una madre soltera con un hijo discapacitado que es incluida en un despido colectivo, a pesar de que en el acuerdo colectivo la empresa se comprometía a procurar la no afectación de las personas incluidas en alguno de los colectivos "familia monoparental" o "tener uno o más hijos con discapacidad igual o superior al 33%". La sentencia estimaba la pretensión de la actora y declaraba el despido improcedente, frente a lo cual recurre la empresa.

El Tribunal comienza diciendo en el Fundamento de Derecho único que, de estimar el recurso, estaría produciendo una discriminación por asociación, pues la empresa debería haber acreditado que hubo una causa real para no cumplir los pactos y no lo hizo. Y señala finalmente: "no recurrida la sentencia por la actora en solicitud de nulidad, debemos confirmar la sentencia de instancia" y, por ello, confirman la improcedencia del despido.

Como vemos, es la segunda ocasión en que un TSJ recrimina en cierto modo al trabajador el no haber acudido a la solicitud de nulidad por existencia de discriminación por asociación.

3.5. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE GALICIA DE 13 DE ABRIL DE 2018, REC. 421/2018

En este caso, en el litigio de origen se mezclan las situaciones de acoso de dos esposos que trabajan en la misma empresa. La cuestión comienza con el acoso que sufre la mujer, por parte de un directivo, que afecta al marido ya que no observa una reacción adecuada por parte de la empresa.

La esposa se decide a poner en marcha el procedimiento antiacoso y finalmente se resuelve que existía un acoso

sexual y el directivo es expulsado. Mientras este procedimiento se va desarrollando, el marido sufre presiones por parte de la empresa para que inste a su mujer a que desista de su pretensión, lo que le provoca fuerte tensión psicológica que deriva incluso en baja laboral por sufrir una angina de pecho debida al stress. El trabajador solicita tutela de derechos fundamentales y rescisión de su contrato en virtud del artículo 50 del ET, petición que es desestimada en la sentencia de instancia.

En cambio, el TSJ considera que la actuación de la empresa es constitutiva de acoso discriminatorio por asociación, que como veíamos era una de las figuras que reconocía la STJ del caso Coleman. Considera que el acoso laboral del trabajador no se explica en atención a su persona, sino en atención a la relación con su esposa y a que ésta sufrió un acoso sexual no prevenido por la empresa.

Es muy interesante que se tenga en cuenta el elemento del acoso discriminatorio porque en el caso de que solo se atendiera a las presiones que sufre el trabajador en realidad no configuran el tipo del acoso moral, porque el acoso moral exige un propósito de dañar a la víctima que aquí no se produce. En este caso lo que se busca es que el sujeto presione a su esposa para retirar su denuncia. Por tanto no hay acoso moral como tal, sino una situación de conflicto.

En cambio, el acoso discriminatorio no exige el propósito del daño, basta con que se produzca el efecto "dado que el elemento de antijuridicidad de la conducta se encuentra en el componente discriminatorio".

Por todo ello, el Tribunal falla estimando el recurso de suplicación, revocando la sentencia de instancia y declarando resuelta la relación laboral por acoso por asociación respecto al derecho de su esposa a no sufrir discriminación por razón de sexo y por acoso moral vulnerador de la integridad moral, condenando a la empresa a una indemnización adicional.

3.6. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LAS ISLAS CANARIAS (LAS PALMAS) NÚMERO 882/2019, DE 29 DE AGOSTO

Esta sentencia es la más reciente sobre este tema, y ha tenido gran trascendencia mediática, lo que ha vuelto a poner el foco en la figura de la discriminación por asociación más allá de la vinculación a la discapacidad que dio origen a la doctrina y que como hemos dicho es la única que está recogida en nuestra legislación.

Se trataba de un supuesto también relativo a una pareja de hecho que trabajan ambos en la misma empresa. Uno de ellos es representante sindical muy activo, que había promovido incluso una denuncia de la empresa frente a la inspección de trabajo. Tres meses después, su pareja es despedida por disminución continuada y voluntaria del rendimiento de trabajo. La sentencia de instancia califica el despido como nulo, y la empresa recurre por entender que no se habían aportado indicios suficientes de la discriminación.

El TSJ entiende que sí se habían aportado indicios suficientes, que eran los siguientes: la cercanía en el tiempo entre la presentación de la denuncia ante la Inspección y el despido, el hecho de no haber incumplimientos previos de la trabajadora y el rápido reconocimiento de la improcedencia por parte de la empresa.

Con estos indicios se produce la inversión de la carga de la prueba y era la empresa la que debía probar que existían causas reales para despedir. No habiéndolo hecho, el despido es nulo, considerando el tribunal que la discriminación de la trabajadora "viene anudada por asociación a la actividad sindical llevada a cabo por su pareja". Y dice también expresamente: "lo que se engarza también con la garantía de indemnidad que por asociación o vinculación se extendió a la trabajadora, por el hecho de ser pareja sentimental del representante sindical que mostraba un gran activismo sindical en la defensa de los derechos de los trabajadores de la empresa y de sus propios derechos laborales. "

4. CONCLUSIONES

En definitiva, el tema de la discriminación por asociación merece un estudio detenido, en el que se analicen las vinculaciones con el derecho a la tutela judicial efectiva y la

garantía de indemnidad, del que consideramos que puede ser complementario.

Por otra parte, es interesante también la extensión del concepto de acoso discriminatorio que hace la sentencia Coleman, y que ha sido hasta ahora objeto de menor atención y que como ha puesto de manifiesto la doctrina judicial ofrece una mayor protección para aquellos supuestos en que el hostigamiento que sufre el trabajador no pretende exactamente infligirle un daño a él sino presionarle para que actúe sobre un tercero protegido por el derecho a la igualdad y no discriminación.

4. BIBLIOGRAFÍA

CORDERO GORDILLO, V.: Discriminación por asociación con una persona con discapacidad. *Revista de Derecho Social*, nº 43/2008

CRISTANTO CASTAÑEDA, A.C.: El Caso Coleman: la discriminación por asociación y el fundamento de su protección. Comentario a la Sentencia del Tribunal Europeo de las Comunidades Europeas, Sala General, de 17 de julio de 2008. Asunto C-303/06. En ARETA MARTÍNEZ, M. Y SEMPERE NAVARRO, A.V.(Coord.), *Cuestiones actuales sobre Derecho Social Comunitario*, Aranzadi, 2009.

MANEIRO VÁZQUEZ, Y.: La aplicación de la Directiva 2000/78/CE por el Tribunal de Justicia: avances recientes en la lucha contra la discriminación. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 191, 2016

MICHELETTO, L.: Protección internacional de las personas erróneamente percibidas como LGTBI o asociadas con personas LGTBI. *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, nº 51/2019

MUÑOZ RUIZ, A.B.: El caso Coleman: un paso más en la construcción del modelo social de discapacidad de la unión europea y su extensión a los cuidadores. *Temas Laborales*, 101/2009.

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E.: La prohibición de discriminación por asociación o vinculación respecto del derecho a la libertad sindical. *Revista General de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*, nº 48/2018.

