

Protección frente a represalias a quien se opone a una discriminación en el seno de la propia empresa.

STJUE (Sala Tercera) de 20 de junio de 2019 (asunto C-404/18)

Carmen Sánchez Trigueros

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia

Antonio Folgoso Olmo

Abogado. Doctorando del Programa de Doctorado "Sociedad, Desarrollo y Relaciones Laborales". Universidad de Murcia.

Resumen: *Se analiza la protección que debe otorgarse a los trabajadores que rechazan de manera informal la existencia de actuaciones discriminatorias (que afecten a otras personas distintas) frente a la propia empresa. Considera el TJUE que solo un criterio amplificador y antiformalista permite acabar con la discriminación.*

Palabras clave: *Discriminación, embarazo, delator, represalia, protección.*

Abstract: *The protection that must be granted to employees who present an informal complaint regarding the existence of discriminatory acts (that affect other people) in the face of harmful policies adopted by their company will be analyzed. The Court of Justice of the European Union considers that only an amplifying, anti-formalist criteria can achieve the objective of abolishing discrimination in the most effective way.*

Keywords: *Discrimination, pregnancy, whistleblower, reprisal, protection.*

I. Introducción

Sin duda alguna, una de las principales tareas pendientes en el campo de las relaciones laborales sigue siendo lograr la efectividad real del principio de igualdad entre hombres y mujeres. Es cierto que la profusa normativa en dicha materia ha conseguido importantes avances, pero también es unánimemente reconocido que queda mucho trabajo por hacer.

Algunos de los avances de mayor relevancia han llegado a través de la normativa europea. Sin embargo, pese al tiempo transcurrido desde los primeros actos legislativos en este ámbito (destacando la Directiva 75/117/CEE, de 10 de febrero de 1975, y la 76/207/CEE, de 9 de febrero de 1976), puede observarse que esta cuestión se encuentra lejos de estar resuelta. La sentencia que se analiza es un claro ejemplo de lo anterior y demuestra que, casi cincuenta años después de las primeras normas en la materia, sigue siendo necesario dar respuesta a este tipo de cuestiones en sus distintos aspectos: sujetos a los que se extiende su protección, actuaciones que merecen tutela, etc.

En el presente caso concurren muchos de estos elementos característicos, precisamente por encontrarse al margen del asunto paradigmático (trabajadora

discriminada en favor de otro trabajador): la discriminación tiene lugar en un espacio temporal previo a la existencia de la relación laboral, esto es, en el momento del acceso al empleo; la cuestión planteada al TJUE aborda el despido de una trabajadora diferente de la discriminada por su embarazo; en especial, se estudia si la protección debe otorgarse exclusivamente ante actuaciones reivindicativas de tipo formal -tal y como establece la norma general- o si cabe asumir una interpretación más flexible.

El TJUE apuesta por un criterio claramente expansivo, partiendo de la premisa de que únicamente una interpretación dinámica de la normativa en la materia será capaz de dar respuesta efectiva a los problemas que van surgiendo en este ámbito.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Tercera, integrada por la Sra. A. Prechal, Presidenta de Sala, los Sres. F. Biltgen, J. Malenovský y C.G. Fernlund y la Sra. L.S. Rossi.

Ponente: Sra. A. Prechal.

Abogado general: Sr. G. Pitruzzella.

Número de resolución judicial y fecha: 20 de junio de 2019 (asunto C-404/18).

Número recurso o procedimiento: Cuestión prejudicial.

ECLI: EU:C:2019:523.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

La demandante trabajaba para la empresa como gerente de una de sus tiendas de ropa. En esa condición, realizó una entrevista de trabajo a una candidata, que aspiraba al puesto de vendedora y que le manifestó que se encontraba embarazada.

La actora comunicó a la empresa que había encontrado a una candidata idónea, respondiendo la responsable de recursos humanos que no sería contratada debido al embarazo. La demandante remitió un correo electrónico a la empresa indicándole que tal actuación no era ajustada a Derecho, confirmando la empleadora la negativa a la contratación; asimismo, informó a la aspirante de que su candidatura había sido rechazada por encontrarse embarazada, por lo que esta comunicó a la empresa su voluntad de reclamar contra dicha actuación, sin que ello cambiara las cosas. Finalmente, la candidata presentó la queja ante el Instituto belga para la igualdad entre hombres y mujeres, y lo comunicó a la empresa que, a su vez, reprochó a la demandante ser la responsable de dicha reclamación.

Posteriormente, y tras ser la empresa informada por el referido Instituto de la existencia de la reclamación, respondió negando haber dejado de contratar a la aspirante debido a su embarazo. A continuación, la empresa despidió a la actora alegando la ejecución incorrecta de las tareas confiadas, entre otros motivos. Esto ocurrió casi nueve meses después.

Tanto la candidata como la demandante reclamaron judicialmente a la empresa el pago de una indemnización, dando lugar al litigio principal del que deriva el presente asunto. En este, y habiendo resultado acreditado que la aspirante fue víctima de una discriminación directa por razón de sexo, se le concedió una indemnización por dicha causa.

En el caso de la actora, el problema es que no se cumplen los requisitos que establece la ley nacional para esa indemnización, pues exige la aportación de un documento fechado y firmado relativo a su testimonio. Por este motivo, el órgano judicial belga plantea si la protección debe otorgarse a la demandante aunque no se

trate de un testigo oficial, sino simplemente una persona que defiende o apoya de manera informal a la persona que ha presentado una reclamación por discriminación por razón de sexo.

IV. Posiciones de las partes

La parte actora considera que la protección debe otorgarse a aquellos supuestos en que un trabajador defiende o apoya a la persona que ha presentado una reclamación, con independencia de que haya colaborado con la misma de manera formal, o no.

Por su parte, la empresa demandada considera que la protección debe limitarse a los supuestos en que la actuación se realice siguiendo las formalidades establecidas por la normativa nacional belga (que exige la aportación de un documento fechado y firmado), que en el presente supuesto no concurrían.

V. Normativa aplicable al caso

1. Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006

Recordemos algunos pasajes de 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.

Considerando 23: «De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que el trato desfavorable a una mujer relacionado con el embarazo o la maternidad constituye discriminación directa por razón de sexo. Dicho trato debe por lo tanto figurar expresamente en la presente Directiva».

Considerando 29: «La introducción de procedimientos judiciales o administrativos adecuados para el cumplimiento de las obligaciones que impone la presente Directiva es fundamental para la aplicación efectiva del principio de igualdad de trato».

Considerando 32: «Dado el carácter fundamental del derecho a una tutela jurídica efectiva, conviene garantizar que los trabajadores continúen gozando de dicha protección incluso tras la extinción de la relación que haya dado lugar a la supuesta vulneración del principio de igualdad de trato. Un empleado que defienda o testifique a favor de una persona amparada por la presente Directiva debe tener derecho a idéntica protección».

El artículo 1, titulado «Finalidad», dispone: «La presente Directiva tiene por objeto garantizar la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación.

A tal fin, contiene disposiciones destinadas a aplicar el principio de igualdad de trato en lo que se refiere a:

- a) el acceso al empleo, incluida la promoción, y a la formación profesional (...);

Contiene, además, disposiciones para garantizar que dicha aplicación sea más eficaz mediante el establecimiento de los procedimientos adecuados».

El artículo 2, apartado 2, letra c, indica: «A efectos de la presente Directiva, el concepto de discriminación incluirá: [...] c) el trato menos favorable a una mujer en relación con el embarazo o el permiso por maternidad en el sentido de la Directiva 92/85/CEE».

El artículo 14 (titulado «Prohibición de discriminación»), apartado 1, letra a, establece: «No se ejercerá ninguna discriminación directa ni indirecta por razón de sexo en los sectores público o privado, incluidos los organismos públicos, en relación con: a) las condiciones de acceso al empleo, al trabajo por cuenta propia o a la ocupación, incluidos los criterios de selección y las condiciones de contratación,

cualquiera que sea el sector de actividad y en todos los niveles de la jerarquía profesional, incluida la promoción».

El artículo 17 (titulado «Defensa de los derechos»), prevé en su apartado 1 lo siguiente: «Los Estados miembros velarán por que, tras el posible recurso a otras autoridades competentes, incluidos, cuando lo consideren oportuno, procedimientos de conciliación, existan procedimientos judiciales para exigir el cumplimiento de las obligaciones establecidas con arreglo a la presente Directiva en favor de toda persona que se considere perjudicada por la no aplicación, en lo que a ella se refiera, del principio de igualdad de trato, incluso tras la terminación de la relación en la que supuestamente se haya producido la discriminación».

El artículo 24 (titulado «Victimización»), dispone: «Los Estados miembros introducirán en sus ordenamientos jurídicos nacionales las medidas que resulten necesarias para proteger a los trabajadores, incluidos los que sean representantes de los trabajadores según las leyes y/o prácticas nacionales, 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».

2. Derecho belga

El artículo 22 de la Ley para la lucha contra la discriminación entre hombres y mujeres, de 10 de mayo de 2007, estipula lo siguiente:

«1. Cuando una reclamación es presentada por una persona o en su favor debido a una infracción de la presente Ley que se ha producido en el ámbito de las relaciones de trabajo y de los regímenes complementarios de seguridad social, el empresario no podrá tomar medidas perjudiciales contra esa persona, salvo por motivos ajenos a esa reclamación.

2. A efectos del presente artículo, se entenderá por medida perjudicial en particular la ruptura de la relación laboral, la modificación unilateral de las condiciones de trabajo o la medida perjudicial que se produce tras la ruptura de la relación laboral.

3. A efectos del presente artículo, se entenderá por reclamación:

– la reclamación motivada presentada por el interesado ante la empresa o el servicio para el que trabaja, de conformidad con los procedimientos en vigor;

– la reclamación motivada presentada por la Dirección General de Supervisión de la Legislación Social del Servicio Público Federal de Empleo, Trabajo y Diálogo Social, en favor del interesado, ante la empresa o servicio para el que trabaja;

– la reclamación motivada presentada en favor del interesado por una asociación de representación de intereses o bien por el Instituto ante la empresa o servicio para el que trabaja;

– la acción judicial ejercitada por el interesado;

– la acción judicial ejercitada en favor del interesado por el Instituto o por una asociación de representación de intereses.

La reclamación motivada mencionada en el apartado 3, guiones primero a tercero, consistirá en un escrito fechado, firmado y notificado por correo certificado en el que se expondrán las imputaciones formuladas contra la persona que haya incurrido en la supuesta discriminación. [...].

4. La protección mencionada en el presente artículo será igualmente aplicable a las personas que actúen en calidad de testigos al poner en conocimiento de la persona ante la que se presenta la reclamación mencionada en el apartado 3, en el marco de la investigación de dicha reclamación, mediante un documento firmado y fechado, los hechos que ellas mismas han visto u oído y que están relacionados con la situación

que constituye el objeto de la reclamación, o bien al comparecer como testigos en un procedimiento judicial [...]».

VI. Doctrina básica

Se establece que, en aras de garantizar el objetivo de la igualdad pretendido por la Directiva, la protección establecida por dicho texto normativo debe extenderse a las medidas de represalia adoptadas contra un trabajador que haya prestado apoyo a la víctima de dicha discriminación, aunque no haya intervenido como testigo en el marco de la instrucción de esa reclamación y su testimonio no cumpla los requisitos previstos por la normativa nacional, que exige una actuación formal, articulada a través de un documento fechado y firmado.

VII. Pasajes decisivos

Resultan determinantes los apartados 23 a 37, si bien es clave el apartado 34, que establece lo siguiente:

«De modo análogo, la efectividad de la protección exigida por la Directiva 2006/54 contra la discriminación por razón de sexo no quedaría garantizada si aquella no cubriera las medidas que un empresario podría tomar contra trabajadores que, de manera formal o informal, hubieran defendido a la persona protegida o hubieran declarado como testigos en su favor. En efecto, esos trabajadores, que están en una posición ideal para apoyar a esa persona y para tener conocimiento de casos de discriminación cometidos por el empresario, podrían verse desalentados de intervenir en defensa de dicha persona por temor a quedar desprovistos de protección si no cumplen determinadas exigencias formales, como las controvertidas en el litigio principal, lo que podría comprometer gravemente la realización del objetivo perseguido por la Directiva 2006/54, reduciendo la probabilidad de que se detecten y resuelvan casos de discriminación por razón de sexo».

VIII. Comentario

La cuestión principal que se plantea tiene lugar en el ámbito del principio de igualdad entre hombres y mujeres. Sin embargo, no se ciñe al supuesto básico (trabajadora postergada en favor de otro trabajador), sino que introduce numerosas particularidades de gran relevancia: aborda un caso de acceso al empleo y no de vulneración del derecho en el ámbito de la relación laboral; se analiza la protección que debe otorgarse a una tercera trabajadora, distinta de la discriminada, que presta su colaboración a esta oponiéndose a la actuación empresarial; se contempla una situación en que la reclamación formulada no es de carácter judicial, sino ante un ente autónomo (Instituto Belga para la Igualdad entre Mujeres y Hombres); se cuestiona si la protección debe otorgarse en todo supuesto, o solo cuando se realicen reclamaciones formales.

1. Protección a trabajadora potencial

En cuanto a la primera cuestión, resulta destacable la circunstancia de que la vulneración del principio de igualdad se produce con carácter previo a la constitución de la relación laboral, en la fase de acceso al empleo, y ante la exclusión llevada a cabo por la empresa con fundamento en un hecho prohibido: el embarazo de la aspirante.

Esta cuestión ha sido expresamente prevista en el art. 14.1.a de la Directiva 2006/54/CE, ya transcrito, que proyecta el principio de trato igual sobre los procesos de selección de personal.

Sin embargo, esta cuestión concreta encontrará su principal obstáculo en el ámbito de la prueba, en tanto que habitualmente no resultará nada sencillo acreditar que la motivación real que subyace tras actuaciones de este tipo tiene un fundamento discriminatorio, y ello pese a las reglas especiales en materia de carga de la prueba (positivizadas en el art. 19 de la Directiva). El presente supuesto resulta especialmente

particular ya que pudo acreditarse sin lugar a dudas que la decisión empresarial de postergar a la aspirante se fundamentó en su estado de gravidez.

2. Protección de persona distinta de la discriminada

La segunda cuestión también goza de una relevante singularidad, en tanto que el debate no gira en torno a la protección de una trabajadora embarazada (a la que el tribunal nacional no duda en otorgar su protección) sino en cuanto a una tercera trabajadora, denunciante de la actuación discriminatoria.

En este sentido, el TJUE realiza una interpretación expansiva del ámbito subjetivo de la tutela otorgada de la Directiva. Inicialmente, podría pensarse que su art. 24 («Victimización») hace referencia exclusiva a las personas directamente afectadas por la actuación empresarial -y no a terceros-. No obstante, la resolución se sostiene en el propio texto de la Directiva, con una redacción deliberadamente abierta, que hace referencia a «una reclamación efectuada en la empresa», sin excluir a ningún trabajador de su ámbito de efectos. Asimismo, se apoya en el considerando 32 de la Directiva para realizar una interpretación integradora y justificar la extensión de su protección también a aquellos otros trabajadores afectados por la actuación empresarial, en tanto que se indica explícitamente que «un empleado que defienda o testifique a favor de una persona amparada por la presente Directiva debe tener derecho a idéntica protección».

Esta lectura resulta coherente, además, con la importación en nuestro derecho de la figura del denunciante de irregularidades (“*whistleblowers*”), ocupe o no un puesto de responsabilidad en la empresa. Resultaría difícil coherencia la voluntad de luchar contra la corrupción y demás prácticas ilegales con la inexistencia de mecanismos suficientes que otorgasen protección a los trabajadores que se atrevan a denunciar tales irregularidades. En el presente supuesto, se da la circunstancia de que la trabajadora represaliada ostentaba una «posición ideal para (...) tener conocimiento de casos de discriminación cometidos por el empresario» (apartado 34), lo que refuerza la conveniencia de otorgarle una protección efectiva al objeto de alcanzar el propósito perseguido de acabar con la discriminación.

3. Indemnidad extrajudicial

La demandante es represaliada tras presentar la aspirante embarazada una reclamación ante el Instituto Belga para la Igualdad entre Mujeres y Hombres. El TJUE considera que pueda existir obstáculo alguno al otorgamiento de dicha tutela por el hecho de que la reclamación haya tenido lugar ante un organismo extrajudicial, lo que se corresponde con la exigencia del establecimiento de organismos que trabajen para acabar con dichas actuaciones discriminatorias (art. 20 de la Directiva).

Lo expuesto reafirma la Jurisprudencia Constitucional española que ha apreciado que la actuación ante organismos administrativos (como es el caso de la Inspección de Trabajo) pueda activar la protección en caso de represalias, si bien da un paso más y permite concluir que dicha tutela no debe limitarse a los supuestos en que se acuda a mecanismos de inspección laboral, sino también de otros ámbitos (Instituto de la Mujer, Defensor del Pueblo...), siempre que sea con el objeto de hacer valer los derechos reclamados.

4. Protección a quien testifica informalmente

Vayamos con la verdadera aportación de la resolución comentada. El Derecho nacional belga establecía la necesidad de que la reclamación que activase la protección tuviese unas características concretas cuando hiciera referencia a terceros distintos de la persona discriminada: que la denuncia o reclamación presentada, formulada en el marco de una investigación, se realizase mediante un documento firmado y fechado (apartados 3 y 9 del artículo 22 de la Ley belga para la lucha contra la discriminación entre hombres y mujeres, de 10 de mayo de 2007). Dicha exigencia encontraría su razón en la posibilidad de establecer un régimen sencillo en materia probatoria.

Esta circunstancia es la que justifica la formulación de la cuestión prejudicial, concluyendo el TJUE que la exigencia de este tipo de formalidades puede suponer vaciar de contenido el ámbito de protección de la Directiva. En este sentido, aclara que se trata de primar, respecto de otros criterios formales, el papel real que hayan podido desempeñar los trabajadores en favor de la persona protegida y que haya podido conducir al empleador a adoptar represalias en su contra.

Para alcanzar dicha conclusión establece una muy interesante conexión del principio de igualdad de trato con el principio de tutela judicial efectiva (consagrado a nivel europeo en el art. 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea). Así, indica que el principio del control judicial efectivo podría quedar privado de eficacia si no incluyera las medidas que pudiera adoptar el empleador como represalia contra la actuación de un trabajador que tratase de garantizar el respeto al principio de igualdad de trato^[1]. De esta manera, el temor a dichas medidas podría desalentar a los trabajadores ante la existencia de un trato discriminatorio, corriéndose así el riesgo de menoscabar el efecto protector al que aspira la Directiva, así como de dificultar la detección y resolución de supuestos discriminatorios. Por lo expuesto, el TJUE concluye que deben recibir protección todas las actuaciones, ya sean escritas o hubieran consistido en una declaración testifical, con independencia, en todo caso, de su carácter formal o informal.

El propio TJUE es conocedor de que con este pronunciamiento lleva a cabo una interpretación “amplia” de la Directiva (lo que reconoce explícitamente en su apartado 30), si bien lo hace de forma absolutamente motivada, en aras de evitar cualquier menoscabo del objetivo de la Directiva, esto es, garantizar la igualdad efectiva entre hombres y mujeres.

IX. Apunte final

La resolución comentada refuerza la necesidad de dejar de lado cualquier lectura del principio de igualdad que, con fundamento en formalismos, pueda causar una merma en la lucha contra la discriminación. Además, realiza una clara interpretación amplificadora de dicho principio, para evitar que cualquier espacio de impunidad pueda suponer un obstáculo para el objetivo de alcanzar de manera efectiva una igualdad real.

La consecuencia será que este principio tendrá una evolución muy dinámica, y con una aspiración claramente expansiva, al objeto de cubrir cualquier laguna presente o futura que pueda aparecer, derivada del propio desarrollo de las relaciones laborales. Esta puede apreciarse en su ámbito de aplicación, que ya no se ciñe al desarrollo de las relaciones laborales vigentes, sino que también afecta a las fases de acceso al empleo o, incluso, con posterioridad a la terminación de la relación laboral (STJCE de 22 de septiembre de 1998, caso Coote, C-185/97); así como al ámbito subjetivo de su protección e, incluso, en cuanto a las actuaciones protegidas (como es el caso de la sentencia comentada).

También resulta especialmente ilustrativo que se descarte la desconexión entre el ejercicio del derecho y la represalia por el mero transcurso de un lapso de tiempo de nueve meses, refutando así interpretaciones de carácter restrictivo que pudieran exigir que los procesos represivos tuviesen lugar en espacios temporales más reducidos.

Probablemente la sentencia exige una relectura de numerosas normas, entre las que se encuentra el párrafo segundo del apartado primero del artículo 17 ET, que establece la nulidad de 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». Debería valorarse, *de lege ferenda*, la necesidad de modificarlo al objeto de dotarlo de una mayor claridad y contundencia.

Por lo demás, la sentencia viene a reforzar el criterio de la precedente STJUE (Gran Sala) de 17 de julio de 2008 (C-303/06), *Coleman contra Attridge Law y Steve Law*. En ella se afronta el caso de trabajadora que sufre un trato desfavorable a causa de ser madre de un hijo con discapacidad. Allí se sienta la doctrina de que ese comportamiento también es discriminación (“por asociación”), a causa de discapacidad, contraria a la Directiva 2000/78/CE. La prohibición de discriminación directa y de acoso no se circunscribe a las personas que sean ellas mismas discapacitadas. Tener un hijo discapacitado no justifica un trato discriminatorio. Este existe si se acredita que el trato desfavorable está motivado por la discapacidad que padece un hijo a quien el trabajador prodiga la mayor parte de los cuidados que su estado requiere.

Referencias:

1. [^] *En un sentido similar se había pronunciado ya la doctrina, en relación con la garantía de indemnidad (art. 24.1 CE), si bien entendiendo que, en aquellos supuestos en que la empresa adoptase una represalia por el ejercicio judicial de un derecho fundamental concreto distinto del derecho de acceso a la Jurisdicción, la protección se otorgaría en el ámbito de ese derecho fundamental, que absorbería la queja de indemnidad. Vid., Gutiérrez Pérez, M. (2010). La repercusión de la garantía de indemnidad en el marco de los derechos ciudadanos del trabajador. Tribuna Social: Revista de Seguridad Social y Laboral, pgs. 8-20, 236 y 237.*