

DOCTRINA DO TX SOBRE DISCRIMINACIÓN POR ASOCIACIÓN E O SEU IMPACTO NA NOSA XURISPRUDENCIA

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

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 recolleemos 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.

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,

* Este artigo é resultado do proxecto RTI2018-097917-B-100 (Retos do Dereito do Traballo español ante a xurisprudencia do Tribunal de Xustiza en materia de política social e dereitos fundamentais).

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 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.

1.INTRODUCCIÓN

A discriminación por asociación é un concepto relativamente recente, creado polo Tribunal de Xustiza para responder a situacións nas cales a tutela antidiscriminatoria tradicional non era suficiente. A persoa en cuestión sofre un trato menos favorable pero non por pertencer ela mesma a un colectivo determinado, senón por estar vinculada ao devandito colectivo. O concepto elaborouse no ano 2008, na sentenza que resolveu o caso Coleman, a máis coñecida respecto diso, e foi confirmada posteriormente no asunto CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD.

A nosa lexislación recolleu o concepto tan só en relación coa discapacidade, no artigo 2 e) da Lei xeral de dereitos das persoas con discapacidade e da súa inclusión social, de 2013. Con todo, os tribunais tiveron ocasión de aplicala en diversas ocasións e, aínda que non son moi abundantes as sentenzas de Tribunais Superiores de Xustiza que se fan eco

dela, a súa análise reviste un especial interese. En particular, chama a atención a vinculación deste tipo de discriminación coa garantía de indemnidade, debido a que en ocasións a fronteira entre ambas as institucións se esvaece, no sentido de que as dúas poderían ser invocadas para a protección do suxeito afectado.

De feito, existe unha terceira sentenza do TX, a do caso WTG Retail BVBA que, a pesar de resolver unha cuestión relativa á garantía de indemnidade, entendemos que tamén podería considerarse a existencia dunha discriminación por asociación.

2. A DISCRIMINACIÓN POR ASOCIACIÓN NA XURISPRUDENCIA DO TRIBUNAL DE XUSTIZA

2.1. O CASO COLEMAN

A sentenza do Tribunal de Xustiza da Unión Europea do 17 de xullo de 2008, C-303/06 resolve as cuestións prexudiciais presentadas polo Reino Unido referentes ao litixio entre a Sra. Coleman e a súa empresa. A Sra. Coleman consideraba que fora obrigada a dimitir por sufrir un trato menos favorable que os outros empregados, polo feito de ter un fillo discapacitado. Este litixio deu lugar a que o Tribunal nacional expuxese varias cuestións prexudiciais das que nos interesan especialmente dúas:

1. Protexe a Directiva 200/78/CE aos traballadores que, aínda sen estar eles mesmos discapacitados, reciben un trato menos favorable ou sofren acoso pola súa vinculación cunha persoa discapacitada?
2. Cando un empresario acosa a un traballador e consta que o motivo é o feito de que ten un fillo discapacitado ao seu coidado, vulnera ese acoso o principio de igualdade de trato establecido na Directiva?

Respecto á primeira cuestión, o Tribunal considera que a prohibición de discriminación directa non se circunscribe exclusivamente ás persoas que sexan elas mesmas discapacitadas. Sinala que cando o empresario trate a un traballador non discapacitado de maneira menos favorable a como trata a outros en situación análoga, e ese trato

desfavorable estea motivado pola discapacidade que padece o seu fillo e que lle obriga a prestarlle especiais coidados, "tal trato resulta contrario á prohibición de discriminación directa" (56). É a mencionada **discriminación por asociación**.

Polo que respecta á segunda cuestión, menos coñecida pero non menos importante, o Tribunal establece que "a prohibición de acoso que establecen (os artigos 1 e 2 da Directiva) non se circunscribe exclusivamente a aquelas persoas que sexan elas mesmas discapacitadas. Cando se demostre que o comportamento non desexado constitutivo do acoso de que é vítima un traballador que non sexa el mesmo unha persoa con discapacidade está relacionado coa discapacidade dun fillo seu (...), tal comportamento resulta contrario á prohibición do acoso establecida no citado artigo 2, apartado 3)".

Como veremos, ambas as cuestións teñen transcendencia, e foron utilizadas polos nosos tribunais nacionais.

2.2. O CASO CHEZ RAZPREDELENIE BULGARIA AD

Trátase da Sentenza do Tribunal de Xustiza da Unión Europea do 16 de xullo de 2015, C-83/14, asunto CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD. Neste caso, tratábase dunha señora residente nun barrio dunha cidade búlgara, habitado por unha maioría de persoas de etnia xitana. Neste barrio, a compañía eléctrica colocara os contadores de luz a unha altura de 7 metros, cando no resto dos barrios o habitual era colocalos a 1,70 metros. A señora Nikolova consideraba que isto lle imposibilitaba acceder ao contador para asegurarse da exactitude das facturas que lle enviaban, e que a práctica obedecía ao feito de ser un barrio de maioría xitana aínda que ela mesma non o era.

Ao fío deste litixio ao Tribunal de Xustiza expóñenselle diversas cuestións prexudiciais, da que nos interesa especialmente a primeira: "Debe interpretarse o concepto de orixe étnica utilizada na Directiva 2000/43 no sentido de que comprende a un grupo compacto de poboación de nacionais búlgaros de orixe xitana como os habitantes do barrio?". O Tribunal considera que a cuestión se refire ao feito de que a práctica discutida afecta o conxunto dun

barrio habitado principal pero non exclusivamente por persoas de orixe xitana, e respecto diso lembra o seguinte: (56) “o ámbito de aplicación da Directiva (...) non pode definirse de maneira restritiva, permite sustentar neste caso a interpretación de que **o principio de igualdade de trato** ao que se refire a Directiva **non se aplica a unha categoría determinada de persoas, senón en función dos motivos enunciados no seu artigo 1**, polo que tamén é aplicable ás persoas que, aínda que non pertencen elas mesmas á raza ou a etnia considerada, sofren con todo un trato menos favorable ou unha desvantaxe particular por un deses motivos.”

Trátase por tanto dunha discriminación por asociación neste caso non vinculada á discapacidade senón á orixe étnica.

2.3. O CASO WTG RETAIL BVBA

Aínda que non trata expresamente da discriminación por asociación senón da garantía de indemnidade, consideramos interesante mencionala, porque en realidade estende a tutela antidiscriminatoria por razón de sexo a unha traballadora que é despedida por defender a unha candidata á que a empresa non contratou por estar embarazada. Trátase da Sentenza do Tribunal de Xustiza da Unión Europea do 20 de xuño de 2019, C-404/18, asunto WTG Retail BVBA.

O litixio principal referíase a unha traballadora que era xerente dunha tenda de roupa, e realiza unha serie de entrevistas para ocupar un posto de traballo. De resultados das entrevistas comunica á dirección da empresa que atopou á persoa adecuada, que está embarazada. Ante esta cuestión, a empresa maniféstalle que non pode contratala, ao que a traballadora lle sinala á empresa que non pode actuar así. A empresa insiste, e a xerente ten que comunicarlle á candidata que a súa candidatura foi rexeitada por razón do seu embarazo. A embarazada reclama contra a empresa por discriminación.

Ao pouco tempo a xerente é despedida. A lei belga tan só estende a protección contra medidas de represalia do empresario a quen participa como testemuña en xuízo, polo

que non se aplicaría neste caso, en que a xerente tan só interviñera nun procedemento informal.

O Tribunal de Xustiza considera a este respecto que o artigo 24 da Directiva 2006/54¹ debe interpretarse no sentido de que se opón a unha normativa nacional, como a controvertida no litixio principal en virtude da cal, nunha situación na que unha persoa que se considera vítima dunha discriminación por razón de sexo presentou unha reclamación, un traballador que lle prestou apoio neste contexto unicamente está protexido contra as medidas de represalia tomadas polo empresario se interveu como testemuña no marco da instrución desa reclamación e o seu testemuño cumpre os requisitos formais previstos pola dita normativa”.

En definitiva, consideramos que está a estender a protección antidiscriminatoria a unha persoa que está a sufrir o trato desfavorable pola súa vinculación coa que sofre a discriminación por razón de sexo.

3. A APLICACIÓN POLOS NOSOS TRIBUNAIS

3.1. SENTENZA TRIBUNAL SUPERIOR DE XUSTIZA DE CATALUÑA (BARCELONA) 4456/2011, DO 23 DE XUÑO DE 2011

Tratábase dunha traballadora dunha empresa de vixilancia, con escasa antigüidade na empresa, que superara facía un mes o período de proba, á que se despide por diminución continuada e voluntaria do rendemento, recoñecendo inmediatamente a empresa a improcedencia do despedimento. A traballadora solicita a nulidade, considerando que foi despedida por solicitar a prestación por cónxuxe discapacitado prevista no convenio colectivo. A sentenza de instancia recoñece a nulidade do despedimento, e a empresa recorre.

¹ “Os estados membros introducirán nos seus ordenamentos xurídicos nacionais as medidas que resulten necesarias para protexer aos traballadores (...) contra o despedimento ou calquera outro trato desfavorable do empresario como reacción ante unha reclamación efectuada na empresa ou ante unha acción xudicial destinada a esixir o cumprimento do principio de igualdade de trato”.

A sentenza do TSX contén varios razoamentos interesantes. O primeiro deles, o relativo á discriminación por asociación, que entende existente aplicando a doutrina do caso Coleman.

O segundo, relativo á proba da discriminación. O traballador debe achegar indicios razoables de que o acto empresarial lesiona o seu dereito fundamental, e só cuberto este presuposto, o empresario debe probar que a súa actuación ten causas reais absolutamente estrañas á pretendida vulneración de dereitos fundamentais.

Neste caso, o tribunal considera que houbo indicios evidentes de discriminación por discapacidade, que son os seguintes:

- A recente superación do período de proba
- A non amoestación nin sanción anterior ao despedimento
- O breve lapso de tempo transcorrido entre a petición de prestación e o despedimento
- O inmediato recoñecemento da improcedencia
- A pouca antigüidade da traballadora, o cal fai barato o seu despedimento (os outros traballadores que gozan da prestación teñen máis antigüidade)

Fronte a isto, a empresa non probou en absoluto a existencia de causas reais, de feito recoñece a improcedencia do despedimento.

Por todo iso, a sentenza desestima o recurso e confirma a nulidade do despedimento.

3.2. SENTENZA DO TRIBUNAL SUPERIOR DE XUSTIZA DE CATALUÑA (BARCELONA) 4387/2017, DO 4 DE XULLO

O litixio principal referíase a unha empresa de fabricación de maquinaria industrial, sector no que existe unha forte competencia. A empresa decátase de que un extraballador, que foi despedido por despedimento obxectivo e co que se chegou ao acordo en conciliación recoñecendo a improcedencia do despedimento, está a traballar para a competencia e acudindo aos mesmos clientes. Este extraballador é parella de feito dunha das traballadoras de confianza da empresa, que non comunicara nada deste feito á dirección.

Por mor disto, a empresa despide á traballadora, constando a existencia duns correos que demostran que a traballadora sabía de antemán que a súa parella estaba xa negociando irse coa competencia antes de ser despedido, considerando a empresa que isto provocou unha perda da confianza.

A sentenza de instancia declara o despedimento procedente. A traballadora interpón recurso de suplicación solicitando a declaración de nulidade por vulneración do dereito á tutela xudicial defectiva na súa vertente de garantía de indemnidade, e subsidiaria improcedencia.

É moi interesante nesta sentenza o que se sinala no Fundamento de Dereito Quinto (parágrafo final). Tras considerar que non é de aplicación a garantía de indemnidade porque o despedimento previo que foi impugnado non era o da traballadora senón o da súa parella, di o Tribunal o seguinte: "Certo é que podería concorrer unha sorte de discriminación por asociación, vinculada ao propio exercicio da acción xudicial polo traballador, o que reconduciría a cuestión a outra posible vulneración de dereito fundamental, o que non foi obxecto de formulación nin, por tanto, pode ser analizado nesta sede".

Por tanto, desestima a petición de nulidade. En cambio, si estima a subsidiaria de improcedencia, ante a ausencia de gravidade dos feitos imputados na carta.

Como veremos, non será a única ocasión en que un TSX recrimina ao recorrente non alegar a existencia dunha discriminación por asociación en lugar da vulneración do dereito á tutela xudicial efectiva.

3.3. A SENTENZA DO TSX DE GALICIA, DO 2 DE AGOSTO DE 2017, REC. 1806/2017

Neste caso trátase dun traballador temporal dun almacén de farmacia que, formando parte dunha mesa electoral inadmite a candidatura dun sindicato. Dúas semanas despois extínguenlle o contrato por fin de traballo. Nunha discusión mantida uns días despois co seu superior xerárquico que lle indica que a empresa vía ben contar con aquel sindicato e era unha complicación que impugnase a candidatura. A sentenza de instancia declarou a

improcedencia do despedimento. O traballador recorre solicitando a declaración de nulidade por vulneración de dereitos fundamentais, por ser unha represalia pola súa participación na Mesa electoral.

O TSX admite que as actuacións dunha mesa electoral non están amparadas pola liberdade sindical. Con todo, considera que “se a empresa adopta unha medida de represalia por unha decisión legal da Mesa que favorece a uns sindicatos fronte a outros, tal actuación, a xuízo da sala, supoñería unha discriminación por asociación ou vinculación coa liberdade sindical” (FD segundo). En apoio desta afirmación refírese á STX do caso Coleman, e considera que se atopa reflectida no art. 17 do Estatuto dos traballadores, que cando declara “serán igualmente nulas as ordes de discriminar e as decisións do empresario que supoñan un trato desfavorable dos traballadores como reacción ante unha reclamación efectuada na empresa ou ante unha acción administrativa ou xudicial destinada a esixir o cumprimento do principio de igualdade de trato e non discriminación”, cabe entender que pretende abarcar no seu ámbito de protección antidiscriminatoria a todos aqueles que participan directa ou indirectamente na queixa ou reclamación, aínda cando non sexan eles os traballadores afectados polo factor de discriminación denunciado.

Argumenta o tribunal que aínda que o traballador non pertence ao colectivo amparado pola liberdade sindical, se foi represaliado pola súa participación como árbitro na mesa, a liberdade sindical foi afectada, pois a inxerencia privaría de sentido a independencia dos membros da mesa, que é o que garante a actuación dos sindicatos nas eleccións en igualdade de condicións no exercicio da súa liberdade sindical.

Parécenos moi interesante esta extensión da doutrina Coleman á liberdade sindical, que non é o suposto inicialmente analizado polo TX na devandita sentenza.

3.4. A SENTENZA DO TRIBUNAL SUPERIOR DE XUSTIZA DE ANDALUCÍA (SEVILLA) 3287/17, DO 9 DE NOVIEMBRE

A sentenza de instancia resolve o caso dunha nai solteira cun fillo discapacitado que é incluída nun despedimento colectivo, a pesar de que no acordo colectivo a empresa comprometéase a procurar a non afectación das persoas incluídas nalgún dos colectivos "familia monoparental" ou "ter un ou máis fillos con discapacidade igual ou superior ao 33%". A sentenza estimaba a pretensión da demandante e declaraba o despedimento improcedente, fronte ao cal recorre a empresa.

O Tribunal comeza dicindo no Fundamento de Dereito único que, de estimar o recurso, estaría a producir unha discriminación por asociación, pois a empresa debería acreditar que houbo unha causa real para non cumprir os pactos e non o fixo. E sinala finalmente: "non recorrida a sentenza pola demandante en solicitude de nulidade, debemos confirmar a sentenza de instancia" e, por iso, confirman a improcedencia do despedimento.

Como vemos, é a segunda ocasión en que un TSX recrimina en certo xeito ao traballador o non acudir á solicitude de nulidade por existencia de discriminación por asociación.

3.5. A SENTENZA DO TRIBUNAL SUPERIOR DE XUSTIZA DE GALICIA DO 13 DE ABRIL DE 2018, REC. 421/2018

Neste caso, no litixio de orixe mestúranse as situacións de acoso de dous esposos que traballan na mesma empresa. A cuestión comeza co acoso que sofre a muller, por parte dun directivo, que afecta o marido xa que non observa unha reacción adecuada por parte da empresa.

A esposa decídese a poñer en marcha o procedemento antiacoso e finalmente resólvese que existía un acoso sexual e o directivo é expulsado. Mentres este procedemento se vai desenvolvendo, o marido sofre presións por parte da empresa para que inste á súa muller a que desista da súa pretensión, o que lle provoca forte tensión psicolóxica que deriva mesmo en baixa laboral por sufrir unha anxina de peito debida ao estrés. O traballador solicita tutela de dereitos fundamentais e rescisión do seu contrato en virtude do artigo 50 do ET, petición que é desestimada na sentenza de instancia.

En cambio, o TSX considera que a actuación da empresa é constitutiva de acoso discriminatorio por asociación, que como viamos era unha das figuras que recoñecía a STX do caso Coleman. Considera que o acoso laboral do traballador non se explica en atención á súa persoa, senón en atención á relación coa súa esposa e a que esta sufriu un acoso sexual que a empresa non preveu.

É moi interesante que se teña en conta o elemento do acoso discriminatorio porque no caso de que só se atendese ás presións que sofre o traballador en realidade non configuran o tipo do acoso moral, porque o acoso moral esixe un propósito de danar á vítima que aquí non se produce. Neste caso o que se busca é que o suxeito faga presión sobre a súa esposa para retirar a súa denuncia. Por tanto non hai acoso moral como tal, senón unha situación de conflito.

En cambio, o acoso discriminatorio non esixe o propósito do dano, abonda con que se produza o efecto "dado que o elemento de antixuridicidade da conduta se atopa no compoñente discriminatorio".

Por todo iso, o Tribunal falla estimando o recurso de suplicación, revogando a sentenza de instancia e declarando resolta a relación laboral por acoso por asociación respecto ao dereito da súa esposa a non sufrir discriminación por razón de sexo e por acoso moral vulnerador da integridade moral, condenando á empresa a unha indemnización adicional.

3.6. A SENTENZA DO TRIBUNAL SUPERIOR DE XUSTIZA DAS ILLAS CANARIAS (AS PALMAS) NÚMERO 882/2019, DO 29 DE AGOSTO

Esta sentenza é a máis recente sobre este tema, e tivo gran transcendencia mediática, o que volveu a poñer o foco na figura da discriminación por asociación máis aló da vinculación á discapacidade que deu orixe á doutrina e que, como dixemos, é a única que está recollida na nosa lexislación.

Tratábase dun suposto tamén relativo a unha parella de feito que traballan ambos na mesma empresa. Un deles é representante sindical moi activo, que promovera mesmo unha denuncia da empresa fronte á inspección de traballo.

Tres meses despois, a súa parella é despedida por diminución continuada e voluntaria do rendemento de traballo. A sentenza de instancia cualifica o despedimento como nulo, e a empresa recorre por entender que non se achegaran indicios suficientes da discriminación.

O TSX entende que si se achegaran indicios suficientes, que eran os seguintes: a proximidade no tempo entre a presentación da denuncia ante a Inspección e o despedimento, o feito de non haber incumprimentos previos da traballadora e o rápido recoñecemento da improcedencia por parte da empresa.

Con estes indicios prodúcese a inversión da carga da proba e era a empresa a que debía probar que existían causas reais para despedir. Ao non facelo, o despedimento é nulo, considerando o tribunal que a discriminación da traballadora "vén anoada por asociación á actividade sindical levada a cabo pola súa parella". E di tamén expresamente: "o que se engarza tamén coa garantía de indemnidade que por asociación ou vinculación se estendeu á traballadora, polo feito de ser parella sentimental do representante sindical que mostraba un gran activismo sindical na defensa dos dereitos dos traballadores da empresa e dos seus propios dereitos laborais. "

4.CONCLUSIÓN

En definitiva, o tema da discriminación por asociación merece un estudo detido, no que se analicen as vinculacións co dereito á tutela xudicial efectiva e a garantía de indemnidade , do que consideramos que pode ser complementario.

Por outra banda, é interesante tamén a extensión do concepto de acoso discriminatorio que fai a sentenza Coleman, e que foi ata o de agora obxecto de menor atención e que como puxo de manifesto a doutrina xudicial ofrece unha maior protección para aqueles supostos en que o acoso que sofre o traballador non pretende exactamente inflixirlle un dano a el senón facer presión para que actúe sobre un terceiro protexido polo dereito á igualdade e non 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.