

## **Capítulo I**

# **LA NORMATIVA SOBRE DISCRIMINACIÓN EN LA CONTRATACIÓN PARA EL ACCESO A BIENES Y SERVICIOS EN EL DERECHO**

### **1. EL ORIGEN DE LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN ENTRE PARTICULARES: EL DERECHO NORTEAMERICANO**

No hay duda alguna a la hora de afirmar el origen norteamericano del derecho antidiscriminación, pese a que, a diferencia de lo ocurrido en Europa, donde los primeros textos constitucionales consagraron el principio de igualdad entre sus ciudadanos, la Constitución de los Estados Unidos de América de 1787 no incluyó inicialmente ninguna referencia a la igualdad. *Fueron algunas de las Enmiendas a la Constitución que se añadieron a ésta a raíz de la Guerra Civil y de la labor de los movimientos abolicionistas de la esclavitud, las que proporcionaron la base textual para el desarrollo jurisprudencial y doctrinal del principio de igualdad en los Estados Unidos, cuya problemática fundamental ha estado siempre centrada en la cuestión racial*<sup>1</sup>.

El Derecho antidiscriminación en los Estados Unidos tiene su origen en la Decimotercera Enmienda, que supuso la definitiva abolición de la esclavitud en los Estados Unidos, y en la Decimocuarta Enmienda que prohíbe a los Estados negar

---

<sup>1</sup> Martín Vida, M<sup>o</sup> A: “Evolución del principio de igualdad en Estados Unidos: nacimiento y desarrollo de las medidas de acción afirmativa en el derecho estadounidense”, Revista de Derecho Constitucional, año 23, núm. 68, 2003, págs. 151 a 194.

a sus ciudadanos *la igual protección de las leyes*, y se consolidó por su definitiva consagración en la *Civil Rights Act* (Ley de Derechos Civiles) de 1866.

La aplicación del derecho de la antidiscriminación a las relaciones entre particulares tuvo lugar, por primera vez, en materia de Derecho laboral, en la *National Labor Relations Act* (Ley Nacional de Relaciones Laborales) de 1935, haciendo referencia en esta norma a la obligación que asumía el empresario que había sido hallado culpable de discriminar a quienes de entre sus empleados pertenecían a sindicatos, de colocar a las víctimas individualizadas de tales actos discriminatorios, en el puesto que ocuparían si la discriminación no se hubiese producido. Así años después, en 1941, el presidente Roosevelt prohibió a través de la *Executive Order* número 8802, la discriminación por razón de raza, creencias, color de la piel u origen nacional no sólo a la Administración sino también, lo que aquí nos interesa, en las industrias norteamericanas de defensa que contrataban con el Gobierno.

Posteriormente, en 1964 se promulgó una nueva *Civil Rights Act*, aplicable a todos los empresarios (no sólo a los que contrataban con el Gobierno) y particulares, y que dio lugar a una serie de normas que consagran definitivamente el derecho antidiscriminación en materia laboral y en otros campos.

La primera de las disposiciones tiene su origen en las prácticas discriminatorias realizadas en materia de venta y alquiler de vivienda por motivos raciales. El 11 de abril 1968 se promulgó el *Fair Housing Act* (Ley de vivienda equitativa o Ley de equidad en la vivienda), contenida en el Título VIII de la Ley de Derechos Civiles. La Ley tiene como objetivo general, el crear igualdad de oportunidades de vivienda para a todos los habitantes de los Estados Unidos, prohibiendo la discriminación en el acceso a ésta. Como objetivos específicos, pueden mencionarse, el definir qué persona o personas y bajo qué situaciones, pueden considerarse víctimas de discriminación, cuáles son las prácticas de venta o arrendamiento que están prohibidas, y, desde un punto de vista negativo, el describir las situaciones y/o sujetos físicos o morales que pueden negarse a vender o arrendar una propiedad sin que su actuar se considere una práctica discriminatoria.

La Ley prohíbe todo tipo de prácticas en la venta o alquiler de viviendas que sean discriminatorias por razones de raza, color, religión, sexo, estatus familiar o nacionalidad, estado civil, orientación sexual, edad, identidad de género y expresión o haber sido víctima de abuso doméstico. Sin embargo existen grupos poblacionales que por ser considerados con mayor vulnerabilidad que el resto requieren de una mayor cobertura. Por ello, son objeto de especial protección, entre otros, las personas con discapacidad, y las familias con niños menores de edad. Igualmente, regula prácticas en la concesión de préstamos hipotecarios o en la contratación de seguros que conlleven igualmente la existencia de una discriminación.

Por otro lado, en 1974 se aprobó la *Equal Credit Opportunity Act* que considera ilegales las conductas discriminatorias que tengan lugar en la concesión de crédito. Son conductas discriminatorias, entre otras, el desalentar a solicitar el cré-

dito o rechazar una solicitud o imponer diferentes términos y condiciones (como por ejemplo tasas de interés más altas o pagos iniciales más elevados para un préstamo), basándose en la raza, color, religión, origen nacional, sexo, estado civil, edad o por recibir el solicitante ingresos provenientes de la asistencia pública. Además, entre los derechos del solicitante se establece el de recibir una contestación a la solicitud de crédito dentro de los 30 días siguientes a la presentación de la solicitud debidamente completada, el de conocer los motivos de la denegación de su solicitud, o, saber cuál es la razón específica que motivó que se le ofrecieran términos menos favorables. Por último, la *Equal Credit Opportunity Act* establece los mecanismos de denuncia antes las prácticas discriminatorias.

Finalmente, el 23 de marzo de 2010, el presidente Barack Obama, dentro de un plan para la reforma integral del sistema de salud norteamericano, promulgó la *Patient Protection and Affordable Care Act* (Ley de protección al paciente y cuidado de salud asequible –o a bajo coste–, comúnmente conocida como Obama-Care) y la *Health Care and Education Affordability Reconciliation Act*. Conforme al Título I de la *Patient Protection and Affordable Care Act* (Calidad, cuidado de la salud asequible para todos los americanos), la finalidad de Ley es lograr una transformación fundamental de los seguros de salud en los EEUU, a través de un sistema de responsabilidad compartida entre la Administración y las empresas de seguro. A tal fin, se crea un sistema de mercado de los seguros<sup>2</sup> que persigue eliminar las prácticas discriminatorias sin incrementar las primas de los seguros de salud, y asegurar que todos los norteamericanos forman parte del sistema y tienen cobertura. Para ello se establece que quienes ganen por debajo del cuádruple de la línea de pobreza recibirán créditos fiscales con el fin de subsidiar el pago del seguro de salud. Estos créditos fiscales para individuos y familias asegurarán que el pago de las primas sea asequible para todos los individuos. Estos tres elementos, esenciales para lograr la reforma, afectan, como es lógico, a ciertos aspectos de la industria privada de los seguros de salud y a los programas de salud pública en materia de discriminación.

En relación con el tema de este trabajo, si bien, la *Patient Protection and Affordable Care Act* no obliga a las compañías de seguros a participar del Mercado, sí impone a las aseguradoras que participen la prohibición de realizar discriminaciones injustas entre los solicitantes, lo que implica, entre otras cosas, que las compa-

---

<sup>2</sup> El mercado de seguros (*Health Insurance Market Place*) funciona bajo la supervisión de las autoridades federales y estatales y pueden acceder a él, para la contratación de seguros de salud, las personas que no tenga un seguro de salud siempre que residan en USA o tengan nacionalidad norteamericana, y no estén encarceladas. El mercado de seguros se complementa con otros programas como el Medicaid o el Programa de Seguro Médico para Niños (CHIP) que proporcionan cobertura gratuita o a bajo costo a personas de bajos ingresos, familias con niños, mujeres embarazadas, ancianos y personas incapacitadas. El gobierno federal otorga una parte de la financiación para Medicaid y establece pautas para el programa y los Estados administran el programa. Los beneficios de Medicaid pueden variar de un a Estado a otro y puede tener un nombre diferente en cada Estado.

ñas de seguros no puedan considerar cuestiones relativas al género del solicitante, exigiéndoles otorgar cobertura a todos los solicitantes y a ofrecer las mismas tarifas sin importar sus ingresos o estado de salud. Además, La ley establece dos formas de responsabilizar a las compañías de seguros y ayudar a mantener los costos del seguro bajos: la revisión de tarifas y la regla 80/20. La revisión de tarifas protege a los asegurados contra aumentos inaceptables de tarifas, estableciendo la obligación de que las compañías de seguros de justificar públicamente cualquier incremento de tarifas del 10% o más antes de aumentar las prima. La Regla 80/20 (denominada también como el Índice de pérdidas médicas, o MLR, por su siglas en inglés), obliga a las compañías de seguros a gastar al menos 80% del dinero que reciben en concepto de primas, en cuidados médicos y actividades de mejora de la calidad de vida del asegurado (en vez de costos administrativos, gastos generales, y costos de marketing y promoción). Si la compañía de seguros no cumple estos requisitos, deberá reembolsar a los asegurados parte de sus primas.

Por último, la *Patient Protection and Affordable Care Act*, establecía como fecha de entrada en vigor el 1 enero de 2014, de modo, que a partir de esta fecha se establece la obligatoriedad de tener concertado un seguro de salud para la mayor parte de los ciudadanos norteamericanos. Se dispone, también, para los ciudadanos que en esta fecha no tengan contratado un seguro médico, la imposición de una sanción anual por el gobierno federal que se pagará al presentar la declaración de impuestos federales. Se prevé, asimismo, el incremento de estas multas por cada año sin seguro contratado.

## **2. LA APLICACIÓN DE LA PROHIBICIÓN DE NO DISCRIMINACIÓN EN EL MARCO DEL DERECHO DE CONTRATOS EN LAS DIRECTIVAS COMUNITARIAS**

Como en el Derecho norteamericano, las directivas comunitarias se centran también, en un principio, en la prohibición de discriminación en la legislación laboral, pero a partir del año 2000 se empieza a plantear la aplicación del principio de igualdad de trato en el derecho de los contratos y en materia de vivienda. Ello es así, porque en un principio el legislador europeo solo tenía competencias para regular la protección contra la discriminación en el marco del empleo con la finalidad de organizar el funcionamiento del mercado interno (art. 119 Tratado de Roma), si bien, la modificación del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea realizada en 1997 significó un cambio definitivo ampliando las posibilidades de actuación contra la discriminación fuera del contrato de trabajo (art. 13 Tratado de Ámsterdam).

Con fundamento en artículo 13 del Tratado de Ámsterdam se han promulgado tres directivas. 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*,

que incluía la prohibición de discriminación en el acceso a bienes y servicios disponibles para el público y la oferta de los mismos, incluida la vivienda. La Directiva 2000/78/CE, *relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación*. Y, la Directiva 2004/113/CE *por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso de bienes y servicios y su suministro*.

Por tanto, en el derecho contractual, la primera referencia a la prohibición de discriminación entre particulares la encontramos en el art. 3 de la Directiva 2000/43/CE, (en adelante Directiva 2000/43/CE), que al determinar su ámbito de aplicación establece que *se aplicará a todas las personas, por lo que respecta tanto al sector público como privado, ...en relación con ...h) el acceso a bienes y servicios disponibles para el público y la oferta de los mismos, incluida la vivienda*, si bien, será la Directiva 2004/113/CE, *por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios y su suministro* (en adelante Directiva 2004/113/CE), la que en su artículo 3 claramente establece que *dentro de los límites de los poderes conferidos a la Comunidad, la presente Directiva se aplicará a todas las personas que suministren bienes y servicios disponibles para el público, con independencia de la persona de que se trate, tanto en lo relativo al sector público como al privado, incluidos los organismos públicos, y que se ofrezcan fuera del ámbito de la vida privada y familiar, y a las transacciones que se efectúen en ese contexto*.

Por tanto, el texto de la Directiva pone de manifiesto que es indiferente el carácter público o privado del sujeto que presta los servicios. *De esta forma, la directiva extiende su ámbito de aplicación a ciertas relaciones entre particulares, lo que obliga a abandonar la tradicional distinción entre sujetos a los que podía exigirse el respeto al principio de no discriminación (poderes públicos) y sujetos que quedaban amparados por el principio de autonomía de la voluntad*<sup>3</sup>.

Por otro lado, las directivas tratan de garantizar el acceso en condiciones de igualdad a todos aquellos servicios que son ofertados al público<sup>4</sup>, por lo que lo decisivo pasa a ser el círculo de sujetos a los que se ofrece contratar. Cuando se dirige a un número indeterminado de personas, el oferente debe garantizar a todas ellas

<sup>3</sup> Aguilera Rull, A.: "Prohibición de discriminación y libertad de contratación", Revista de Derecho Indret, 1/2009, pág. 16.

<sup>4</sup> Han de tratarse de bienes o servicios destinados al público, esta fórmula como indican los trabajos preparatorios, significa que la limitación no es aplicable a las transacciones que se lleven a cabo en un marco puramente privado, como por ej., el arrendamiento de una vivienda de vacaciones a un familiar, una habitación de una casa particular, es decir, *el ámbito se reduce, a los bienes y servicios que se ofrecen habitualmente mediante pago*. García. Rubio, M<sup>o</sup> P: "Discriminación por razón de sexo y derecho contractual en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres", en *Derecho Privado y Constitución*, núm. 21, enero-diciembre, 2007, págs. 131-136, *op. cit.*, pág. 144.

el acceso al servicio en igualdad de condiciones, sin poder descartar o excluir a un grupo de personas por razones que hagan suponer la existencia de discriminación.

La Directiva limita la libertad contractual, pero con una serie de precisiones: en primer lugar, como determina el art. 3.2.: *La presente Directiva no afectará a la libertad de la persona a la hora de elegir a la otra parte contratante, siempre y cuando dicha elección no se base en el sexo de la persona contratante.* Esta idea se desarrolla en el Considerando 14<sup>5</sup>. La segunda precisión es que, como determina en el artículo 4, apartado 5, la Directiva no prohíbe las diferencias de trato *cuando las mismas estén justificadas por un propósito legítimo y los medios para lograr ese propósito sean adecuados y necesarios.* Habrá que entender que, como señala el Considerando 16, toda limitación deberá ser adecuada y necesaria a tenor de los criterios emanados de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

En estas directivas el legislador europeo busca, ante todo, aclarar el concepto de discriminación (para lo que establece una definición legal de las distintas clases de discriminación directa-indirecta-acoso-orden de discriminar), establece las reglas que permiten la existencia de diferencias de trato justificadas, favorece la situación procesal de la víctima facilitando la prueba de la existencia de discriminación y, por último, organiza los medios de tutela frente al incumplimiento de la obligación de no discriminar que deberán ser desarrollados por las normas de trasposición, pues las directivas obligan a los Estados miembros a establecer *sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias* contra la discriminación.

Con ello el legislador comunitario no solo impone a los distintos Estados la obligación de que incorporen a sus ordenamientos jurídicos normas que regulen la discriminación entre particulares, sino que también demuestra su intención de que el principio de no discriminación sea considerado como un principio general del derecho contractual. En el mismo sentido, el capítulo 2, (“Non-Discrimination”) del Libro II (“Contracts and other Juridical Acts”) del Marco Común de Referencia para el Derecho Privado Europeo (*Draft Common Frame of Reference*), recoge el principio general a no ser discriminado por razón de sexo u origen étnico o racial en la contratación privada, como regla general aplicable no sólo a los contratos y otros actos jurídicos sino también a las obligaciones en general, *including contractual, post-contractual and non contractual obligations with appropriate modification* (III-1:105)<sup>6</sup>.

<sup>5</sup> *Una persona que suministre un bien o preste un servicio puede tener una serie de razones subjetivas para elegir a la otra parte contratante. En la medida en que dicha elección no se base en el sexo de la persona contratante, la presente Directiva no debe afectar a la libertad de la persona a la hora de elegir a la otra parte contratante* (Considerando 14).

<sup>6</sup> En concreto, su regulación está dividida en cinco artículos, en los que se contiene su régimen básico. El primero de los artículos (II-2:101) señala que: *“Una persona tiene derecho a no ser discriminado por razón de sexo u origen étnico racial en relación con un contrato u otro acto jurídico cuyo*

No hay duda por tanto de la evolución gradual que ha sufrido la concepción misma del principio de igualdad desde que fue recogido por primera vez en el Derecho comunitario<sup>7</sup>, donde se configura como una obligación negativa (prohibición de discriminación), hasta convertirse en una obligación positiva tendente a la promoción de la igualdad. En la actualidad, el principio de igualdad de trato ha sido elevado a la consideración de valor constitucional a través de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000/C 364/01), que ha entrado en vigor en virtud del Tratado de Lisboa (art. 6 del TFUE). La Carta establece que todos los sujetos son iguales ante la ley y prohíbe cualquier clase de discriminación, y reitera que la igualdad de trato debe ser garantizada en todos los ámbitos (arts. 20, 21(1) y 23(1) de la Carta)<sup>8</sup>.

A tal fin, en el marco de la Agenda Social Renovada, la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de 2 de julio de 2008, adoptó una propuesta de directiva, todavía en fase de negociación<sup>9</sup>, con el objetivo de garantizar la prohibición de toda forma de discriminación –incluido el acoso–, por motivos de edad, orientación sexual, discapacidad, religión o convicciones en ámbitos como la sanidad, las prestaciones sociales, la educación y el acceso a bienes y servicios, incluida la vivienda, completando así el proceso de aplicación del artículo 19 del Tratado a todos aquellos motivos de discriminación que todavía no gozan de la citada protección más allá del ámbito del empleo y la ocupación.

Para terminar con la referencias a la normativa europea que contiene normas antidiscriminatorias en relaciones contractuales entre particulares, hay que citar la Directiva 2014/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de julio de 2014, sobre la comparabilidad de las comisiones conexas a las cuentas de pago, el traslado de cuentas de pago y el acceso a cuentas de pago básicas<sup>10</sup>. La Directiva

---

*objeto sea facilitar el acceso o el suministro a bienes, o a otros activos o servicios que estén disponibles al público*". Draft Common Frame of Reference.

<sup>7</sup> Artículo 119 del Tratado de la Comunidad Económica Europea (1957), que corresponde al vigente artículo 157 del TFUE.

<sup>8</sup> El artículo 10 de la Carta reconoce el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. El artículo 21, que prohíbe cualquier discriminación, en particular la ejercida *por razón de sexo, raza, color; orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual*. Por último, el artículo 26 reconoce el derecho de las personas con discapacidad a beneficiarse de medidas que garanticen su autonomía.

<sup>9</sup> *Propuesta de Directiva del Consejo 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* {SEC(2008) 2180}{SEC(2008) 2181}.

<sup>10</sup> Los antecedentes de ésta son, por un lado, la Directiva 2007/64/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de noviembre de 2007, *sobre servicios de pago en el mercado interior* y el Reglamento (CE) n° 924/2009, de 16 de septiembre de 2009, *relacionado con los pagos transfronterizos en*



2014/92/UE se fundamenta en el artículo 26, apartado 2, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)<sup>11</sup>, de modo que una de las finalidades de la Directiva es conseguir la existencia del mercado interior que implique la existencia de un espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales esté garantizada<sup>12</sup>. Por otro lado, la Directiva parte de la idea de que el funcionamiento correcto del mercado interior y el desarrollo de una economía moderna e integradora desde el punto de vista social, depende cada vez más de la prestación universal de servicios de pago. Toda nueva legislación en este ámbito deberá formar parte de una estrategia económica inteligente de la Unión que tenga efectivamente en cuenta las necesidades de los consumidores “más vulnerables”<sup>13</sup>. Por ello, el segundo de los objetivos de la directiva es velar por que los consumidores que prevean abrir una cuenta de pago en la UE no sean discriminados en razón de su nacionalidad o lugar de residencia o, de cualquiera de las condiciones que enumera el artículo 21 de la CDHUE. De esta forma, la Directiva engarza con la normativa antidiscriminación vigente en la contratación entre particulares, en cuenta prohíbe a los proveedores de los servicios

---

*la Comunidad.* Este Reglamento fue modificado en 2012 por otro conocido como SEPA (*Single Euro Payments Area*) cuyo objetivo era establecer un marco para regular las transacciones de pago seguras y rápidas.

<sup>11</sup> El artículo 26 TFUE, (antiguo artículo 14 TCE), después de disponer en su apartado 1 que *la Unión adoptará las medidas destinadas a establecer el mercado interior o a garantizar su funcionamiento, de conformidad con las disposiciones pertinentes de los Tratados* establece en su apartado 2 lo siguiente: *El mercado interior implicará un espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada de acuerdo con las disposiciones de los Tratados.*

<sup>12</sup> Desde éste aspecto, entre los objetivos de la Directiva se pueden citar los siguientes. Evitar la fragmentación del mercado interior por cuanto dicha fragmentación va en detrimento de la competitividad, el crecimiento y la creación de empleo en la Unión. Eliminar los obstáculos directos e indirectos que se oponen al buen funcionamiento del mercado interior es esencial para su realización. La actuación de la Unión en el ámbito del mercado interior de servicios financieros minoristas ya ha coadyuvado notablemente al desarrollo de la actividad transfronteriza de los proveedores de servicios de pago, la mejora de las posibilidades de elección del consumidor y el aumento de la calidad y transparencia de la oferta. En este sentido, la nueva Directiva engarza con la Directiva 2007/64/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre servicios de pago en el mercado interior, que establece requisitos básicos de transparencia de las comisiones aplicadas por los proveedores de servicios de pago por los servicios ofrecidos en conexión con las cuentas de pago. Esto ha facilitado notablemente la actividad de los proveedores de servicios de pago, al establecer normas uniformes sobre la prestación de servicios de pago y la información que debe proporcionarse, y ha reducido su carga administrativa y sus costes.

<sup>13</sup> *Si algunos clientes potenciales no abren cuentas de pago es porque, bien se les deniega esa posibilidad, bien no se les ofrecen los productos adecuados, de modo que la demanda potencial de servicios de cuenta de pago en la Unión está aún sin explotar en toda su extensión. Una mayor participación del consumidor en el mercado interior incentivaría más a los proveedores de servicios de pago a entrar en nuevos mercados. Crear las condiciones necesarias para que los consumidores puedan tener acceso a una cuenta de pago es imprescindible para fomentar su participación en el mercado interior y para que puedan cosechar las ventajas del mercado interior (Considerando 6 de la Directiva).*



de pago discriminar a las personas en las que concurra alguna de las circunstancias siguientes: *sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual.*

### **3. LA PROHIBICIÓN DE LAS CONDUCTAS DISCRIMINATORIAS ENTRE PARTICULARES EN EL DERECHO ESPAÑOL**

#### **3.1. Las normas de trasposición de las directivas comunitarias y la legislación protectora de las personas con discapacidad**

En el Derecho español, la normativa represora de las conductas discriminatorias en la contratación para el acceso a bienes o servicios se encuentra en las normas de trasposición de las Directivas comunitarias. En concreto en la Ley 6/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, que incluye normas sobre igualdad de trato y no discriminación por el origen racial o étnico de las personas, y sobre todo, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (en adelante LO 3/2007).

Por otro lado, la necesidad de adaptar la legislación española a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha motivado que, a través de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, y del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Derechos de las personas con discapacidad y de su Inclusión Social, se haya incluido al colectivo de personas con discapacidad entre los sujetos susceptibles de padecer conductas discriminatorias.

#### **3.2. Análisis crítico de su contenido**

Respecto de la valoración sobre la normativa española de trasposición de las directivas europeas nos adherimos a la opinión de quienes han afirmado que el legislador español no ha desarrollado la protección contra la discriminación en el ámbito de los contratos de bienes y servicios y, en general, se ha limitado a copiar las directivas de referencia. Así se ha observado que particularmente la regulación de la Ley 3/2007 es casi una repetición literal de la Directiva 113/2004. El desarrollo legal sólo ha ocurrido en el ámbito del empleo y seguramente ha sido posible porque ya existía una tradición jurídica anterior en esta materia. *Hace ya bastante tiempo que el contrato de trabajo ha sido «retocado» con límites de la autonomía privada para la protección de la dignidad de los trabajadores. También se conocen remedios característicos y, además de la indemnización de daños, se aplican otros remedios del contrato de trabajo como la nulidad del despido o las responsabilidades del empresario por incumplimiento de los deberes de buena fe. Estas*

*razones han ocurrido con fundamento en el sistema constitucional y, en este sentido, el desarrollo de las directivas debe considerarse como la continuación de un fundamento de hondo calado. Se pudiera decir de forma expresiva que los cambios han ocurrido casi por inercia y ha bastado con seguir el movimiento que ya estaba iniciado anteriormente. En cambio, la protección contra la discriminación en los contratos de bienes y servicios constituye una novedad relativamente reciente en el ordenamiento español y apenas si ha habido tiempo para asimilar los cambios. Esto se nota fácilmente. El legislador español ha realizado la norma de transposición de una manera tan simple que da a entender que no ha podido hacerlo mejor<sup>14</sup>.*

Como han puesto de manifiesto los estudios sobre la implantación de las disposiciones de las Directivas, sólo unos pocos Estados miembros, parecen haber aplicado plenamente dichas disposiciones. En la mayoría de los Estados se ha incorporado la prohibición de discriminación en términos generales sin incluir disposiciones de desarrollo. España se puede incluirse entre los Estados que se han limitado a incorporar en términos generales la prohibición de discriminación en el acceso a bienes y servicios sin incluir disposiciones que especifiquen las conductas que deben considerarse discriminatorias en cada ámbito y sin que se determinen claramente sus consecuencias.

Esa falta de desarrollo es especialmente problemática, pues la aplicación de la prohibición de discriminación en el ámbito de los contratos dirigidos a facilitar el acceso a los bienes y servicios lo es, en cuanto que los mismos se sitúan en esa zona intermedia donde es más discutible la limitación de voluntad de los particulares. Se trata de contratos que generalmente se ofertan al público para ampliar el ámbito de los sujetos interesados pero, en ellos, en muchos casos, no suele ser indiferente la otra parte contratante pues pueden dar lugar a relaciones contractuales de larga duración, y en ocasiones, inciden en la esfera personal del oferente (piénsese por ejemplo en un contrato de arrendamiento de vivienda de una habitación de una vivienda donde se desarrolla la “vida privada y familiar”), en cuyo respeto las directivas fijan el límite a la prohibición de discriminación.

De ahí que dado que el legislador español se ha limitado a la trasposición de las directivas comunitarias sin determinar cuáles son los actos o comportamientos que por ser discriminatorios se incluyen en su ámbito de aplicación, y cuáles son sus consecuencias, le corresponde al interprete la labor de determinar en qué supuestos y en qué medida puede limitarse la libertad contractual en este campo.

En este sentido, debe destacarse el Anteproyecto de Ley Integral para la Igualdad de Trato y No Discriminación (en adelante, LIITND), presentado en el año

---

<sup>14</sup> JIMÉNEZ HORWIT, M.: “La protección contra la discriminación en las relaciones entre particulares: la evolución desde la responsabilidad extracontractual hasta los remedios por incumplimiento”, en *ADC*, t. LXVII, 2014, fasc. II, pág. 477 y ss.

2011, que ampliaba las causas de discriminación respecto de la normativa vigente y regulaba de un modo más detallado las causas y las consecuencias de la discriminación contractual. El proyecto amplía el elenco de causas de discriminación al incluir *el nacimiento, origen racial o étnico, sexo, religión, convicción u opinión, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, enfermedad, lengua o cualquier otra condición o circunstancia personal o social* (art. 2 LIITND). Además, determina el ámbito de los sujetos a los que se impone la obligación de no discriminar en la oferta pública de bienes y servicios incluyendo a entidades, empresas o particulares (art. 19 LIITND).

#### **4. LA DISCRIMINACIÓN EN LA CONTRATACIÓN PARA EL ACCESO A BIENES Y SERVICIOS**

##### **4.1. La igualdad de trato en el acceso a bienes y servicios y la prohibición de discriminar**

La incorporación de la regulación del derecho antidiscriminación en España, ha puesto de manifiesto la existencia de dos realidades contrastadas. Por un lado, es innegable la existencia de conductas discriminatorias en el acceso a bienes y servicios, por otro, la existencia del principio de libertad de contratación, que incluye la libre elección de la otra parte contratante. Ello ha motivado que parte de nuestra doctrina rechazara la aplicación del artículo 14 de la CE, fundamento del principio de igualdad y no discriminación, a las relaciones entre particulares al entender que la eventual eficacia horizontal (o entre particulares) del principio de igualdad ante la Ley resultaría incompatible con el principio de autonomía de la voluntad por cercenar la libertad en las relaciones entre particulares.

Para resolver esta cuestión hay que partir, a mi juicio, de la necesaria asunción de los valores y principios constitucionales por parte del Derecho privado. Es evidente, que el marco de valores que fundamentó la tarea codificadora y sus soluciones a los problemas que se producían en el tráfico *inter privados* ha sido alterado radicalmente tras la publicación de la Constitución de 1978. Los valores superiores fijados en el texto constitucional tienen un significado muy diferente a los principios que informaron la anterior legislación. De esta manera, y en atención al simple argumento de la jerarquía normativa, la normativa privada está influida y ha de adecuarse a los objetivos fijados constitucionalmente; esto es, al logro de un orden económico y social más justo dentro de una sociedad democrática avanzada. El Derecho privado, por imperativo constitucional, ha de ser, tanto la normativa anterior como la futura, un Derecho del Estado social y democrático de Derecho. Tal conclusión, no sólo encuentra su fundamento en aquél básico principio de jerarquía normativa, sino, también, en el de la congruencia interna de todo el ordenamiento jurídico. Esta rama del ordenamiento jurídico que conocemos como Derecho privado ha de ser, también, un instrumento para el logro de los objetivos

constitucionales, tal y como se deriva de los artículos 9.2 y 40 de nuestra Constitución. En definitiva, los principios de igualdad y libertad proclamados como básicos en nuestra disciplina no pueden permanecer en su significado puramente formal sino, también, material, pues deberán ser utilizados a fin de “promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivos” (art. 9.2 CE).

No se trata ahora de volver sobre la incidencia que en la normativa reguladora de las relaciones entre los particulares y los poderes públicos pueden –y deben– tener los derechos fundamentales (eficacia vertical) sino, antes bien, su incidencia en las mismas relaciones entre los particulares (eficacia horizontal). Este problema en torno a la eficacia horizontal, o entre los particulares, de los derechos fundamentales que son reconocidos en nuestra Constitución (*Drittwirkung der Grundrechte*) ha recibido distintas respuestas entre nosotros y, en algunas ocasiones, dotadas de cierto apasionamiento.

A fin de ofrecer un tratamiento, necesariamente sintético pero sí lo suficientemente claro, de este problema conviene no perder de vista el origen del mismo. En este sentido, la plasmación de los derechos fundamentales se hizo en su origen como derechos de libertad, esto es, mediante su consagración en las Constituciones del siglo XIX como derechos que vienen afirmados frente al Estado a fin de garantizar un ámbito personal inmune frente al poder público. La configuración del Estado actual, mediante la inserción en el texto constitucional de la cláusula de Estado social, ha de provocar sus consecuencias –también– en este ámbito, y, en este sentido, se cuestiona si la garantía representada por esos derechos fundamentales deberá actuarse no sólo respecto del poder público, sino, de igual manera, frente a la actuación de los particulares. El problema reside, pues, en determinar si esos derechos fundamentales –caracterizados por el Tribunal Constitucional como *realidades que tienen un valor central y nuclear en el sistema jurídico constitucional* (STC 88/1985, de 19 de julio)– surten efectos en las relaciones entre particulares o, por el contrario, limitan su eficacia frente al Estado, único destinatario y sujeto obligado por los mismos.

Si se intenta una respuesta a los interrogantes planteados, conviene partir de unas bases seguras que respalden cualquier solución al problema de partida. Y, en este sentido, me parece que la literalidad del texto constitucional poco ayuda en la tarea que ha de desarrollarse, ya que, pese a opiniones contrarias, nuestra Constitución no sólo no ofrece una expresa literalidad que apoye el reconocimiento de la *Drittwirkung der Grundrechte* sino que, de igual manera, tampoco ofrece una literalidad que rechace la misma y la limite a las relaciones de tipo vertical o frente al poder público. Por otra parte, y como acertadamente se ha advertido, intuitivamente se comprende que la aplicación de los derechos fundamentales a las relaciones entre particulares debe ser matizada pues resulta evidente que los derechos fundamentales no pueden vincular de igual manera a los particulares que a los poderes públicos, por la sencilla razón de que, mientras estos últimos son solo destina-

rios (sujetos pasivos obligados) de los derechos fundamentales, los primeros son simultáneamente titulares y destinatarios de derechos fundamentales y libertades públicas diversas.

Entre los autores que se han ocupado de este problema cabe diferenciar distintas opiniones que, sin embargo, pudieran reconducirse a dos grandes orientaciones. En primer lugar, habría que situar aquellas manifestaciones en las que se afirma una eficacia mediata o indirecta de los derechos fundamentales (*mittelbare Drittwirkung der Grundrechte*), pues éstos son tales sólo frente a los poderes públicos, de tal manera que no podrán desplegar eficacia alguna sino lo es mediante la interposición del Estado a través de algunos de los poderes públicos, esto es, el legislador al regular las relaciones de Derecho privado y los jueces al fallar en los litigios *inter privatos*. Es en esa actuación estatal donde el poder público, constreñida su actuación por los derechos fundamentales reconocidos, ha de hacer valer los mismos así como asegurar su realidad y eficacia, incluso frente a otros particulares. Sin embargo, en ausencia de tal interposición pública, las libertades y derechos cuestionados no surtirán efecto alguno frente a otro particular. Por otra parte, desde luego no faltan autores que afirman la eficacia inmediata o directa de los derechos fundamentales también en las relaciones entre particulares (*unmittelbare Drittwirkung der Grundrechte*), pues la vigencia de ellos no se limita a las relaciones verticales sino que también, por imperativo constitucional, vinculan a los particulares sin necesidad de interposición pública alguna.

En nuestra jurisprudencia constitucional nos encontramos con pronunciamientos expresos en torno a este problema. Pues bien, cabe afirmar que el criterio expresado –y reiterado por tal Tribunal– no ofrece grandes dudas, pues se decanta en favor del reconocimiento de la eficacia horizontal de tales derechos fundamentales. Así, y a modo de ejemplo, pueden recordarse las STC 78/1982, de 20 de diciembre (libertad sindical); STC 22/1984, de 17 de febrero (inviolabilidad del domicilio); 114/1984, de 29 de noviembre (secreto en las comunicaciones); STC 19/1985, de 13 de febrero (libertad religiosa); STC 88/1985, de 19 de julio (libertad de expresión); STC 6/1988, de 21 de enero (libertad de expresión); STC 51/1988, de 22 de marzo (libertad sindical); STC 114/1989, de 22 de junio de 1989 (libertad sindical); STC 99/1994, de 11 de abril (derecho a la propia imagen); STC 140/2014, de 11 de septiembre de 2014 (igualdad ante la Ley y libertad religiosa), entre otras.

En particular, el Tribunal Constitucional ha primado su interés en el reconocimiento de una eficacia inmediata o directa de los derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones laborales, centrandó el debate en el alcance en tales relaciones del principio de igualdad y la interdicción de la discriminación, tal y como sucede con las STC 34/1984, STC de 9 de marzo; STC 171/1988, de 19 de octubre; STC 177/1988, de 19 de diciembre; STC 108/1989, de 8 de junio; STC 173/1994, de 7 de junio, etc. El criterio del alto Tribunal se expresa con claridad cuando afirma que *no cabe una interpretación según la cual sólo se sea titular de los derechos fundamentales y libertades públicas en relación con los poderes públi-*

cos, dado que en un Estado social de derecho como el que consagra el art. 1 de la Constitución, no puede sostenerse con carácter general que el titular de tales derechos no lo sea en la vida social<sup>15</sup>. De conformidad con lo expuesto, no duda en advertir que es evidente que el respeto a los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados por la Constitución es un componente esencial del orden público, y que, en consecuencia, han de tenerse por nulas las estipulaciones contractuales incompatibles con este respeto<sup>16</sup>.

Con una claridad encomiable se expresa la STC 177/1988, de 10 de octubre, FJ 4, al considerar que *ciertamente el art. 53.1 del texto constitucional tan sólo establece de manera expresa que los derechos fundamentales vinculan a los poderes públicos, pero ello no implica una exclusión absoluta de otros posibles destinatarios (...) De aquí que este Tribunal haya reconocido que los actos privados puedan lesionar los derechos fundamentales y que en estos supuestos los interesados puedan acceder a la vía de amparo si no obtienen la debida protección de los Jueces y Tribunales a los que el ordenamiento encomienda la tutela general de los mismos. Las relaciones entre particulares, si bien con ciertas matizaciones, no quedan, pues, excluidas del ámbito de aplicación del principio de igualdad, y la autonomía de las partes ha de respetar tanto el principio constitucional de no discriminación como aquellas reglas, de rango constitucional u ordinario, de las que se derive la necesidad de igualdad de trato. No cabe olvidar que el art. 1.1 CE propugna entre los valores superiores del ordenamiento jurídico la igualdad y que el 9.2 encomienda a todos los poderes públicos promover las condiciones para que la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas.*

En definitiva, en la jurisprudencia reseñada viene a acogerse la doctrina de la *unmittelbare Drittwirkung der Grundrechte*, de tal modo que lo que se pretende poner de manifiesto es que la existencia de dichos intereses (los derivados del reconocimiento de los distintos derechos fundamentales) representa una nota negativa para la autonomía privada, o dicho en otros términos, su existencia y jurídico respeto, convierte a dichos intereses en límites de aquella autonomía.

Ahora bien, la afirmación de la *unmittelbare Drittwirkung der Grundrechte* por parte del Tribunal Constitucional no supone desconocer las particularidades que –necesariamente– han de darse en la eficacia de los derechos fundamentales respecto de las relaciones entre particulares. De hecho, el mismo Tribunal no duda en advertir que el problema en este asunto se plantea en un ámbito de relaciones entre particulares, lo que por sí solo no supone la aplicación del principio de igualdad. Este ámbito en el que el problema se suscita, va a originar una matización importante en la aplicación del principio de igualdad con efectos determinantes en nuestro caso (STC 34/1984, de 9 de marzo). Con ello se quiere poner de manifiesto

<sup>15</sup> STC 18/1984, de 7 de febrero, FJ 3.

<sup>16</sup> STC 19/1985, de 13 de febrero, FJ 4.

que, en el ámbito de las relaciones entre particulares, los derechos fundamentales y libertades públicas han de aplicarse matizadamente, *pues han de hacerse compatibles con otros valores o parámetros que tienen su último origen en el principio de autonomía de la voluntad, y que se manifiestan a través de los derechos y de los deberes que nacen de la relación contractual creada por las partes o de la correspondiente situación jurídica*<sup>17</sup>.

Con estas ideas, el Tribunal Constitucional viene a destacar las particularidades que se dan en las relaciones *inter privados*, pues la eficacia horizontal de los derechos fundamentales va a originar no un problema de eficacia mediata o inmediata de aquéllos sino, mejor, un supuesto de colisión de derechos –también– fundamentales, en donde no cabe obviar la preeminencia, propia en el ámbito de Derecho privado, del principio de autonomía de la voluntad que, por supuesto, tiene un expreso reconocimiento constitucional (cfr. art. 10.1 de la Constitución). Por ello, la jurisprudencia constitucional viene a compartir el criterio expresado por nuestra doctrina más autorizada, ya que ésta pronto destacó –en relación con el principio de igualdad, pero cabe extender la misma opinión respecto del conjunto– que la eficacia del art. 14 CE dentro de este ámbito jurídico-privado es mucho menor que frente a los poderes públicos. *Es inherente al propio concepto de autonomía privada el predominio de la voluntad individual sobre la igualdad: se contrata con quien se quiera y como se quiera, se dispone en testamento a favor de quien uno quiera y como se quiera, se constituye una fundación para lo que uno quiera y con la dotación que se quiera, se ejercen los derechos frente a quien uno quiera, naturalmente todo ello dentro de los límites marcados por las normas imperativas*<sup>18</sup>.

Expuesta la doctrina del Tribunal Constitucional en torno a la discutida eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, cabe ahora hacer una valoración de la misma. Y, en este sentido, me parece que tal valoración no puede dejar de ser positiva. Si se recuerdan las distintas opiniones que sobre estos temas se han manifestado, podrá comprobarse cómo nadie niega la eficacia horizontal de tales derechos fundamentales. Las diferencias radican, como consecuencia de las disparidades en torno a quien sea el obligado por los mismos, en la necesidad o no de un acto de intervención –interposición– del poder público a fin de que se dé esa eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones *inter privados*. Hemos de recordar que nuestra Constitución, que no quiere ser un orden valorativamente neutral, ha erigido en la sección relativa a los derechos fundamentales un orden objetivo de valores, y ello expresa un reforzamiento de principio de la fuerza vinculante de los derechos fundamentales. En definitiva, no hay explicación alguna sobre este tema en la que venga a rechazarse la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones de Derecho privado, pues la discusión se cen-

<sup>17</sup> STC 177/1988, de 10 de octubre, FJ 4.

<sup>18</sup> BERCOVTIZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: “Principio de igualdad y derecho privado”, en *El principio de igualdad en la Constitución Española: XI Jornadas de estudio*, vol. II, 1991, págs. 1583 a 1652.



tra –más bien– en cómo se actúa ésta, esto es, si se da por sí o si, por el contrario, requiere la interposición del poder público a fin de hacerse realidad. Pues bien, me parece que no resulta acertada la tesis de la *mittelbare Drittwirkung der Grundrechte* en nuestro Derecho constitucional por, al menos, dos razones fundamentales.

En primer lugar, la negación de que los particulares vengan también constreñidos por los derechos fundamentales *ex constitutione* y que sólo sean los poderes públicos los destinatarios de tal vinculación implica mantener una construcción de tales derechos y libertades públicas que, correspondiéndose con épocas ya superadas, viene a desconocer el alcance de la cláusula de Estado social que proclama nuestra Constitución y a la que ya se ha hecho referencia. La literalidad y, sobre todo, el significado jurídico-técnico de los arts. 1.1 (cláusula de Estado social y democrático de derecho) y 9.1 y 2 (eficacia normativa del propio texto constitucional, promoción de la libertad e igualdad materiales) de la Constitución abocan a tal conclusión. Por otra parte, la opinión que criticamos no ofrece un fundamento suficiente que legitime y explique la pretendida necesidad de la interposición de los poderes públicos a fin de que los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución gocen de eficacia en las relaciones entre particulares. En efecto, la argumentación en la que se intenta respaldar la eficacia mediata o indirecta de estos derechos fundamentales en las relaciones *inter privatos* encierra dos argumentos que son contradictorios entre sí y que rompen la coherencia necesaria del discurso. Sí se advierte que los particulares no vienen obligados por tales derechos fundamentales, pues éstos vinculan tan sólo a los poderes públicos, no parece coherente ni fácil de explicar la afirmación que se hace a continuación, en el sentido de manifestar la eficacia mediata de los mismos derivada de la interposición –legislativa, judicial– de los poderes públicos a fin de evitar o reparar la lesión de aquellos derechos que deriva de un acto de la autonomía de la voluntad. La intervención del legislador o de los jueces a fin de hacer valer los derechos fundamentales entre particulares carece de todo fundamento si no se parte de la previa vinculación de éstos por aquéllos. es decir, la decisión de legislador en orden a desplegar la eficacia horizontal de tales derechos fundamentales, o la intervención judicial ordenada a salvaguardar los mismos, no tienen respaldo alguno si no se afirma que los particulares también vienen vinculados por el contenido atribuido a tales derechos fundamentales. Por ello, la intervención del legislador o de los jueces dirigida a hacer valer los derechos fundamentales en las relaciones *inter privatos*, que en todo caso resulta debida, sólo puede justificarse si se afirma necesariamente la vinculación inmediata y directa de los particulares frente a tales derechos fundamentales.

Sin embargo, la opinión que criticamos sí presenta un más que destacable acierto, no en cuanto a su fundamentación sino, mejor, en cuanto a las advertencias que conlleva, esto es, el poner de relieve las particularidades que se presentan respecto de la eficacia –directa– de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares. En efecto, esta tesis acierta plenamente en la percepción de que no puede ser idéntica la vinculación de los sujetos privados y de los poderes públi-

cos a los derechos fundamentales. Pero –contra lo que afirman los sostenedores de dicha tesis– la diferencia en el grado de vinculación de ambas clases de sujetos no creo que deba ser reconducida a una pretendida (y estimo que ficticia) contraposición entre una eficacia directa o indirecta de los derechos fundamentales (...), sino a la constatación de que en el ámbito de las relaciones entre particulares hay peculiaridades que no existen en las relaciones entre ciudadanos y poderes públicos por lo que no puede pretenderse una aplicación mimética de los esquemas de unas relaciones a las otras.

En realidad, el problema de la eficacia directa o inmediata de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares no sugiere una cuestión de eficacia sino, mejor, un problema de colisión de derechos y de cómo ha de ordenarse una razonable solución en ese conflicto<sup>19</sup>. Así, en un conflicto jurídico entre privados todos los interesados gozan de la protección de los derechos fundamentales, mientras que en la relación del ciudadano con el Estado tal tutela no corresponde al poder público. Pero si los derechos fundamentales actúan en favor y en contra de todos los que toman parte en una relación jurídico-privada, se producirá ordinariamente una colisión de derechos fundamentales. Cuando se cuestione la eficacia que puede llegar a tener un concreto derecho fundamental que pudiera verse limitado o lesionado como consecuencia de la relación establecida entre particulares, no cabe olvidar que la misma existencia de tal relación pone en juego y afecta también a otros derechos fundamentales de la contraparte, por la razón de que su origen descansa en la autonomía de la voluntad que asiste a los concurrentes. Significa ello que nos encontraremos ante una colisión del concreto derecho fundamental cuya eficacia se cuestiona y la autonomía de la voluntad que, de igual modo, no sólo puede ser el origen de tal lesión sino, también, la manifestación del derecho al desarrollo de la libre personalidad que, con el carácter de fundamental, viene sancionado en el art. 10.1 de la Constitución. Y, en tal conflicto, no debemos olvidar, en razón de su propio significado y contenido, que en el ámbito del Derecho privado ha de primarse el dogma de la autonomía de la voluntad, razón que explica la necesidad de matizar el alcance que la *Drittwirkung der Grundrechte* ha de tener en las relaciones de este tipo. Como recordara HESSE, la autonomía pri-

---

<sup>19</sup> A estos efectos gran parte de la doctrina acepta la “ponderación” entre los derechos en juego. La ponderación, a diferencia del principio de jerarquía, no pretende resolver los conflictos entre los derechos, sino ofrecer unas pautas para su solución. El conflicto entre los derechos en juego se resuelve así buscando el menor sacrificio posible entre los derechos en conflicto, sin partir de la superioridad de ninguno de ellos. Sobre el tema, AGUILERA RULL, A.: “Prohibición de discriminación y libertad...”, *cit.*, pág. 20 y ss.; BILBAO UBILLO, J.M.: “Prohibición de discriminación y relaciones entre particulares”, en *Teoría y realidad constitucional*, nº 18, 2006, págs. 155 y ss.; BILBAO UBILLO, J.M.: “Prohibición de discriminación y derecho de admisión en establecimientos abiertos al público”, en *Derecho Constitucional para el siglo XXI*, Thomson Reuters Aranzadi, Madrid, T. I, 2006, pág. 823 y ss.

vada comprende también la posibilidad de contraer por libre decisión obligaciones que los poderes públicos no podrían imponer al ciudadano<sup>20</sup>.

En conclusión, dado que es evidente que los derechos fundamentales no operan por igual en las relación *inter privados*, se debe respetar, con sumo cuidado, la libertad individual, evitando una invasión desmesurada del principio de autonomía privada y de la libertad contractual, y, en suma, del Derecho privado, de ahí, que la doctrina del *Drittwirkung der Grundrechte* deba reservarse a los supuestos más graves de alteración de los derechos fundamentales, esto es, a aquéllos que agrediendo valores esenciales supongan un atentado contra el orden público. En este sentido, la STC 36/2011, de 28 de marzo de 2011, FJ3, establece que *en relación concretamente con el derecho a la igualdad en materia retributiva, hemos afirmado, en fin, que esta eficacia del principio de la autonomía de la voluntad deja un margen en el que el acuerdo privado o la decisión unilateral del empresario, en ejercicio de sus poderes de organización de la empresa, puede libremente disponer la retribución del trabajador; respetando los mínimos legales o convencionales. En la medida, pues, en que la diferencia salarial no tenga un significado discriminatorio, por incidir en alguna de las causas prohibidas por la Constitución o el Estatuto de los trabajadores, no puede considerarse como vulneradora del principio de igualdad sino en el de una decisión empresarial adoptada en el ejercicio de la autonomía de la voluntad...*<sup>21</sup>. De esta manera, como afirma Aguilera, la idea de la autonomía cumple una función, *evitar el paternalismo al que puede ir asociado un Estado social, que se concibe como una entidad protectora y educadora, que sustituye la voluntad del individuo por aquella que considera debiera haber sido su voluntad y le priva de la responsabilidad que conlleva la libertad*<sup>22</sup>.

Ciertamente el riesgo de ahogar la libertad contractual existe. Por ello, no parece que pueda imponerse de modo estricto a cada individuo que trate a los demás con exquisita igualdad en sus relaciones recíprocas, obligándole a justificar cualquier desviación de esa regla: hay que admitir que lo sujetos son libres para seleccionar las personas con las que van a relacionarse (pueden asociarse con quienes crean conveniente) y para regular esas relaciones (determinando el contenido de los contratos, de los estatutos sociales o de las disposiciones testamentarias). De ahí que se haya señalado lo conveniente de determinar los criterios que podrían ser útiles a la hora de medir la incidencia de los derechos fundamentales en el tráfico jurídico-privado.

<sup>20</sup> HESSE, K.: "Derecho constitucional y Derecho Privado", trad. Gutiérrez Gutiérrez, Civitas, Madrid, 1995.

<sup>21</sup> SSTC 34/1984, de 9 de marzo, FJ 2; 2/1998, de 12 de enero, FJ 2; 74/1998, de 31 de marzo, FJ 2; 119/2002, de 20 de mayo, FJ 6, y 39/2003, de 27 de febrero, FJ 4.

<sup>22</sup> AGUILERA RULL, A.: "Prohibición de discriminación y libertad de contratación", en *Revista para el análisis del Derecho Indret*, 1/2009.

En primer lugar, habrá que atender a la presencia de una relación asimétrica entre los sujetos de forma que una de las partes ostenta una posición de clara superioridad frente a la otra. Las relaciones entre particulares no siempre se producen de igual a igual, sino que más bien es frecuente que uno se encuentre en posición de cierta superioridad o dominio sobre el otro. Cuanto mayor sea la desigualdad de facto entre los sujetos de la relación, mayor será el margen de autonomía privada cuyo sacrificio es admisible. Dicho de otro modo, cuanto menor sea la libertad de la parte débil de la relación, mayor será la necesidad de protección. En efecto, la aparición de situaciones de predominio de unos sujetos sociales (empresarios, comerciantes, padres, etc.) sobre otros más débiles (trabajadores, consumidores, hijos, etc.), termina por desmentir el mito de la libertad e igualdad naturales en el que se asienta el dogma de la autonomía privada, y convierte muchas de las relaciones jurídico-privadas en relaciones análogas a las del poder público<sup>23</sup>. Estas relaciones sociales desiguales pueden servir para desconocer la vigencia de las libertades constitucionalmente reconocidas, por lo que para prevenir dicha situación en un Estado social y democrático de Derecho como el nuestro sólo queda, ante la posible insuficiencia de la acción legislativa, el reconocimiento de una eficacia directa de los derechos fundamentales. Como se ha visto, esta diversidad de posiciones fácticas y jurídicas que pueden ocupar los particulares en las relaciones jurídico-privadas matiza la eficacia directa de los derechos fundamentales en las mismas<sup>24</sup>. La capacidad de penetración de estos derechos en las relaciones priva-

<sup>23</sup> Sobre el tema, DÍAZ REVOIRO, A.J.: “Discriminación en las relaciones entre particulares”, Tirant lo Blanch, Méjico DF, 2015, pág. 115 y ss.

<sup>24</sup> Sin embargo, no me parece desacertado que añadamos alguna idea más. En el ámbito del tráfico mercantil es evidente que la libertad de empresa que sanciona el art. 38 de la Constitución amparará las decisiones libres que sean adoptadas por los distintos empresarios en sus relaciones profesionales y económicas, incluso aquéllas de las que pudiera derivarse una lesión o limitación de un derecho fundamental que pudiera asistir a la contraparte en tales relaciones. Pues bien, en tales casos, me parece que puede resultar oportuno no olvidar el carácter funcional o de garantía que presenta tal derecho de libre empresa, pues el mismo nos mostrará otra faceta que puede ser de interés en orden a delimitar el alcance de la pretendida Drittwirkung de los derechos afectados, ofreciendo otros criterios complementarios para la solución de la colisión de derechos. En efecto, una consideración funcional de tal libertad de empresa nos ha de obligar a concluir que esa libertad atiende a una finalidad, esto es, actuar conforme a un modelo de economía de mercado –que, a su vez, es un límite al derecho subjetivo de libre empresa– en el que las decisiones económicas son resultado del juego libre de las fuerzas económicas y no de la interposición del poder público. Ante tal realidad, resultará entonces posible realizar dos afirmaciones que pueden explicar mejor el alcance que en nuestro ámbito puede llegar a tener la libertad de empresa. Así, si la libre competencia –en cuanto manifestación de esa libertad de empresa– no existe o está enormemente reducida en el concreto sector de que se trate, bien por así reservarse al poder público, bien en razón de la inexistencia de una competencia efectiva, la autonomía privada del empresario, en cuanto libertad de decisión amparada en los contenidos del art. 38 de la Constitución, no podría evitar y, quizás, ni siquiera matizar la plena eficacia del derecho fundamental que asistiera a la contraparte y que pudiera haber quedado en entredicho. Un empresario que detentara una posición monopolista no puede llevar a cabo discriminaciones en su contratación bajo ningún concepto. Por otra parte, y para aquellos sectores en que si mediara una situación de competencia efectiva, cabe

das, y del consiguiente sacrificio de la autonomía de la voluntad, deberá ser tanto mayor cuanto más lo sea la asimetría de aquéllas, de forma análoga a lo que sucede con una relación de poder público. Tal es el caso de relaciones como la laboral, la paterno-filial o la de consumo en las que una de las partes ostenta una posición de clara superioridad fáctica frente a la otra y el objeto de la relación privada es un bien constitucionalmente garantizado por su escasez (trabajo) o por su importancia para el desarrollo social (patria potestad o consumo). La concreta eficacia que desplieguen los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares dependerá, sin embargo, de cada derecho y de cada relación.

En segundo lugar, esa incidencia será más intensa cuando es la propia dignidad de la persona humana la que se ve directamente afectada. Como afirma Alfaro, *puede afirmarse que supone una ejercicio anticonstitucional del derecho a (no contratar) la negativa a contratar que signifique tratar vejatoriamente a otro particular; tratarle "como si no fuera ser humano"*<sup>25</sup>. En este sentido, la STC 36/2011, de 28 de marzo de 2011, FJ4, señala que *lo que caracteriza a la prohibición de discriminación, frente al principio genérico de igualdad, es la naturaleza particularmente odiosa del criterio de diferenciación utilizado, que convierte en elemento de segregación, cuando no de persecución, un rasgo o una condición personal innata o una opción elemental que expresa el ejercicio de las libertades más básicas, resultando así un comportamiento radicalmente contrario a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes*<sup>26</sup>.

---

pensar que no bastaría sólo con la mera alegación de la libertad de empresa para provocar una eficacia matizada de los derechos fundamentales que, en la concreta actividad desarrollada, pudieran entrar en colisión con aquella libertad. Sería preciso, además, que la vulneración o lesión del derecho fundamental de la contraparte quedara justificada materialmente, esto es, obedeciera a una lógica económica de la concreta actuación, de conformidad con las reglas que configuran el modelo económico en vigor. Dicho en otros términos, la discriminación ha de obedecer a un motivo económico razonable y no ser simplemente arbitraria o justificarse en motivaciones "extraeconómicas". Este es el planteamiento que expresamente parece seguir nuestro Derecho positivo, ad ex., cuando en su articulado la Ley de Competencia Desleal reprime la discriminación "a no ser que medie causa justificada" (art. 16.1 Ley de Competencia Desleal).

<sup>25</sup> *Puede afirmarse que supone una ejercicio anticonstitucional del derecho a (no contratar) la negativa a contratar que signifique tratar vejatoriamente a otro particular; tratarle "como si no fuera ser humano"*. En cuanto a la criterios para determinar cuando la discriminación es vejatoria y por tanto inconstitucional, ver ÁLFARO AGUILAR.REAL, J.: "Autonomía privada y derechos fundamentales", en *Anuario de Derecho Civil*, 1993, págs. 108 a 112, pág. 110.

<sup>26</sup> En términos parecidos ya se había pronunciado el Alto Tribunal en, entre otras, la STC 173194, de 7 de junio FJ4, que establece *que la conducta discriminatoria se cualifica por un trato peyorativo para el sujeto que la sufre, que ve limitados sus derechos o sus legítimas expectativas por la concurrencia en él de un factor cuya virtualidad justificativa ha sido expresamente descartada por la Constitución por su carácter atentatorio de la dignidad del ser humano* (art. 10.1 CE).

## 4.2. La discriminación en la contratación entre particulares

Básicamente, discriminación es toda diferencia de trato no justificada<sup>27</sup>. La definición de conducta discriminatoria en el ámbito de la contratación entre particulares viene contenida en el art. 10 de la LO 3/2007 sobre la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres, conforme al cual se consideran conductas discriminatorias *los actos y las cláusulas de los negocios jurídicos que constituyan o causen discriminación por razón de sexo*. Por otro lado, conforme al artículo 69 de la LO 3/2007, la normativa antidiscriminatoria debe observarse por *todas las personas físicas o jurídicas que, en el sector público o en el privado, suministren bienes o servicios disponibles para el público, ofrecidos fuera del ámbito de la vida privada y familiar*.

El legislador ha delimitado la protección contra la discriminación en relación con los contratos de bienes y servicios *para el público*. En los demás contratos, debe regir por completo la libertad de elegir a la otra parte contratante. En los contratos para el público en general, el contrato se configura como un modelo “estándar” en el que tiene cabida cualquier cliente por lo que todos los que cumplan las condiciones requeridas por el oferente y, en consecuencia, se encuentren en una situación comparable tienen derecho a contratar. En tales casos, la negativa a contratar o la imposición de condiciones más gravosas para algunos, puede considerarse discriminación. Ahora bien, esta apreciación debe matizarse, en cuanto que deben quedar excluidos los contratos que se realizan dentro del ámbito de la vida privada y familiar. La obligación de trato igualitario cede en estos casos y debe prevalecer la libertad de elegir a la otra parte contratante.

Por tanto, son conductas discriminatorias sancionables en el ámbito de la contratación, los actos y las cláusulas de los contratos de bienes o servicios disponibles para el público, ofrecidos fuera del ámbito de la vida privada o familiar, que constituyan o causen una diferencia de trato no justificada, por diferentes motivos o causas.

---

<sup>27</sup> *Discriminar es tratar de modo diferente, sin una justificación objetiva y razonable, a personas situadas en situaciones sustancialmente similares*. REY MARTÍNEZ, F.: “Igualdad y prohibición de discriminación: de 1978 a 2018”, en *Revista de Derecho Político*, UNED, núm. 100, septiembre-diciembre 2017, págs. 125 a171, pág. 128. En palabras de Díaz Revoiro *la discriminación implica tratar a una persona (o a un grupo) de una manera no solo diferente, sino inferior a la que debería corresponderle, debido normalmente a una condición o circunstancia personal o a la pertenencia de la misma a una determinada minoría o a un colectivo tradicionalmente preterido*. DÍAZ REVORIO, F.J.: “Discriminación en las relaciones entre particulares”, Tirant lo Blanch, Méjico DF, 2015, pág. 77.

#### **4.2.1. Las causas o motivos de la discriminación. Examen especial de la discapacidad como causa de discriminación en el ámbito de la contratación**

Uno de los elementos que debe incluir la definición de discriminación es, precisamente, la vinculación de la discriminación –la diferencia de trato no justificada– a unas causas determinadas, de modo que la conexión entre el acto peyorativo y el motivo que subyace tras la diferencia de trato, es suficiente para entender prohibida esa conducta, quedando la posibilidad de justificación de la diferencia de trato limitada dentro de los márgenes del control más estricto<sup>28</sup>.

Tales motivos o causas han sido recogidos tradicionalmente enumerando un conjunto de circunstancias que históricamente han constituido motivo habitual de discriminación de las personas o colectivos definidos por dichas circunstancias, pero permitiendo que el elenco de las mismas sea ampliado.

En el ámbito del Derecho internacional existen una serie de causas de discriminación que constituyen lo que podría llamarse “núcleo duro” de la prohibición, que se reiteran en la normativa antidiscriminatoria y que constituyen ciertamente un acervo internacional en materia de lucha contra la discriminación. La Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, enumera como causas de conducta discriminatoria en el ejercicio de los derechos en ella reconocidos a las siguientes circunstancias: *raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición* (art. 2 DUDH)<sup>29</sup>. Ahora bien, la lista de causas de discrimina-

<sup>28</sup> FÉRNANDEZ LÓPEZ, M.F.: “Las causas de la discriminación o la movilidad de un concepto”, en *Temas laborales*, núm. 98/2009, págs. 11-57, pág. 12. Como señala la Sentencia Tribunal Constitucional de 3/2018, de 22 de enero de 2018, *el canon de control aplicable cuando se alega que una norma jurídica conculca el artículo 14 CE, por cualquiera de las circunstancias personales que merecen protección, se define por la STC 126/1997, de 3 de julio, FJ 8, a partir de su diferencia con el canon de ponderación aplicable al apartado primero del mismo precepto constitucional: «si el principio de igualdad “no postula ni como fin ni como medio la paridad y sólo exige la razonabilidad de la diferencia de trato”, las prohibiciones de discriminación, en cambio, imponen como fin y generalmente como medio la parificación de trato legal, de manera que sólo pueden ser utilizadas excepcionalmente por el legislador como criterio de diferenciación jurídica ... Lo que implica la necesidad de usar en el juicio de legitimidad constitucional un canon mucho más estricto y que implica un mayor rigor respecto a las exigencias materiales de proporcionalidad.*

<sup>29</sup> Enumeración repetida en normas posteriores. Así el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966): artículo 2.1. *Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.* En la misma línea, el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (1966): artículo 2.2. *Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna*



ción no se ha detenido en este modelo, de modo que normas posteriores han matizado dichas causas (origen étnico, pertenencia a una minoría nacional, lengua...) e incorporado otras nuevas. Ello se debe a que el legislador internacional es consciente de que la prohibición de discriminación se proyecta sobre realidades sociales concretas, que cambian y evolucionan. De ahí que sea necesario prever ese cambio y esa evolución social en cuanto pueden conllevar el nacimiento de nuevos motivos de discriminación que deben prohibirse por lo que suponen de ataque directo a la dignidad de la persona humana. Como veremos, el tratamiento internacional de la discapacidad como causa de discriminación es una muestra de ello. Por ello, debe concluirse que la lista de causas de discriminación no es cerrada pues se mantiene abierta a supuestos no previstos en que la situación social de un determinado colectivo requiera la tutela antidiscriminatoria<sup>30</sup>.

En este sentido, nuestra Constitución en su artículo 14, tras reconocer expresamente como motivos de discriminación prohibida *el nacimiento, la raza, el sexo, la religión y la opinión*, hace referencia a *cualquier otra condición o circunstancia personal o social*. Como ha declarado el Tribunal Constitucional, *esta referencia constitucional expresa no implica la creación de una lista cerrada de supuestos de discriminación*<sup>31</sup>.

Ciertamente, la expresión *cualquier otra circunstancia personal o social* recogida en el artículo 14 de nuestra Constitución da a entender que también está prohibida la discriminación por muchos otros motivos distintos de los mencionados expresamente en el citado artículo. Como señala la STC 41/2006, la enumeración de los motivos recogidos en el artículo 14 CE, pese a no ser una lista cerrada, *sí representa una explícita interdicción de determinadas diferencias históricamente muy arraigadas y que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos como por la prácticas social, a sectores de la población en posiciones, no sólo desventajosas, sino contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el artículo 10.1 CE*<sup>32</sup>.

Para determinar si un concreto criterio de diferenciación debe entenderse incluido en esta cláusula genérica, resulta necesario, a juicio del Tribunal Constitucional, *analizar la razonabilidad del criterio, teniendo en cuenta que lo que caracteriza a la prohibición de discriminación, frente al principio genérico de igualdad, es la naturaleza particularmente odiosa del criterio de diferenciación utilizado, que convierte en elemento de segregación, cuando no de persecución,*

---

*por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.*

<sup>30</sup> Sobre el tema, Rodríguez Piñero, M.; Fernández López, M.F.: "Igualdad y discriminación", Tecnos, Madrid, 1986, págs. 88 y ss.

<sup>31</sup> STC 166/1988, de 26 de septiembre, FJ 2.

<sup>32</sup> STC 41/2006, de 13 de febrero, FJ4. En el mismo sentido, STC 128/1987, de 16 de julio, FJ5; STC 166/1988, de 26 de septiembre, FJ2; STC 145/1991, de 1 de julio, FJ2.

*un rasgo o una condición personal innata o una opción elemental que expresa el ejercicio de las libertades más básicas, resultando así un comportamiento radicalmente contrario a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes* (artículo 10 de la Constitución) (STC 62/2008)<sup>33</sup>.

A falta de que se identifiquen con claridad a qué otros casos puede aplicarse la prohibición de discriminación más allá de criterios expresamente mencionados en el artículo 14 CE y cuáles serían los requisitos para que una categoría no expresamente mencionada pueda considerarse como “categoría sospechosa”, labor que excede con mucho del objeto de este trabajo, sí que procede hacer una serie de consideraciones sobre qué circunstancias pueden o podrían ser alegadas para alegar discriminación en la contratación entre particulares, más allá de las reconocidas en la legislación actual, esto es, en la Ley 6/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, que incluye normas sobre igualdad de trato y no discriminación por el origen racial o étnico de las personas, y en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

En este sentido debe destacarse que nuestros tribunales han considerado como categorías susceptibles de ser incluidas dentro del ámbito de la prohibición de discriminación contenida en el artículo 14 CE, circunstancias como la orientación sexual, la edad, o la enfermedad o la discapacidad.

Cuando se habla de **orientación sexual**<sup>34</sup>, se alude a la atracción afectivo/erótica hacia personas del mismo sexo, mientras que la identidad sexual o transexual-

<sup>33</sup> Añade la sentencia que así como los motivos de discriminación citados expresamente en el art. 14 CE implican un juicio de irrazonabilidad de la diferenciación establecido ya ex Constitutione, tal juicio deberá ser realizado inexcusablemente en cada caso en el análisis concreto del alcance discriminatorio de la multiplicidad de condiciones o circunstancias personales o sociales que pueden ser eventualmente tomadas en consideración como factor de diferenciación, y ello no ya para apreciar la posibilidad de que uno de tales motivos pueda ser utilizado excepcionalmente como criterio de diferenciación jurídica sin afectar a la prohibición de discriminación, como ha admitido este Tribunal en el caso de los expresamente identificados en la Constitución (así, en relación con el sexo, entre otras, SSTC 103/1983, de 22 de noviembre, FJ 6; 128/1987, de 26 de julio, FJ 7; 229/1992, de 14 de diciembre, FJ 2; 126/1997, de 3 de julio, FJ 8; y en relación con la raza, STC 13/2001, de 29 de enero, FJ 8), sino para la determinación misma de si la diferenciación considerada debe ser analizada desde la prohibición de discriminación del art. 14 CE, en la medida en que responde a un criterio de intrínseca inadmisibilidad constitucional análoga a la de los allí contemplados, o con la perspectiva del principio genérico de igualdad, principio que, como es sabido, resulta en el ámbito de las relaciones laborales matizado por «la eficacia del principio de la autonomía de la voluntad que, si bien aparece fuertemente limitado en el Derecho del trabajo, por virtud, entre otros factores, precisamente del principio de igualdad, subsiste en el terreno de la relación laboral» (STC 197/2000, de 24 de julio, FJ 5). En el mismo sentido, la STC 62/2008, de 26 de mayo, FJ5.

<sup>34</sup> Sobre este complicado tema ver, por todos, ALVENTOSA DEL RIO, J.: “Discriminación y orientación sexual o identidad de género en el derecho español”, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2008.

*alidad remite a una discordancia entre el sexo físico de una persona y el sexo psicológico (un hombre encerrado en el cuerpo de una mujer y viceversa)*<sup>35</sup>.

En el ámbito de la Unión Europea, la Carta de Derechos Fundamentales menciona en su artículo 21 la orientación sexual en la lista no cerrada de motivos de discriminación prohibidos y algunos países como Holanda (1992 y 1994) y Portugal (2004) han introducido expresamente en sus constituciones la «orientación sexual» como motivo de discriminación, lo que no ocurre en el artículo 14 de nuestra Constitución.

En España, el Tribunal Constitucional, en línea con lo ya señalado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)<sup>36</sup>, ha incluido en su STC 41/2006, de 13 de febrero, la discriminación por “orientación sexual” entre las otras condiciones o circunstancias personales a las que se refiere el artículo 14 CE. En este caso, otorgó el amparo a un trabajador de Alitalia que había sido despedido por ser homosexual (aunque la empresa había ocultado el verdadero móvil discriminador en incumplimientos contractuales no probados). Señala el Tribunal que *la orientación homosexual, si bien no aparece expresamente mencionada en el artículo 14 CE como uno de los concretos supuestos en que queda prohibido un trato discriminatorio, es indubitadamente una circunstancia incluida en la cláusula «cualquier otra condición o circunstancia personal o social» a la que debe ser referida la interdicción de la discriminación. Conclusión a la que se llega a partir, por un lado, de la constatación de que la orientación homosexual comparte con el resto de los supuestos mencionados en el artículo 14 CE el hecho de ser una diferencia históricamente muy arraigada y que ha situado a los homosexuales, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, en posiciones desventajosas y contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10.1 CE, por los profundos prejuicios arraigados normativa y socialmente contra esta minoría; y, por otro, del examen de la normativa que, ex artículo 10.2 CE, debe servir de fuente interpretativa del artículo 14 CE*<sup>37</sup>.

<sup>35</sup> REY MARTÍNEZ, F.: “Homosexualidad y Constitución”, en *Revista española de Derecho Constitucional* (Nueva Época), núm. 73, enero-abril, 2005, pág. 123 y ss.

<sup>36</sup> En el caso *Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal*, en sentencia de 21 de marzo de 2000, párrafo 28, el TEDH resolvió que la autoridad judicial portuguesa había violado el derecho al respeto a la vida privada del demandante (art. 8.1 CEDH), otorgando la custodia de una hija a la madre y no a él, argumentado la homosexualidad del padre demandante. La sentencia considera que la decisión apelada puede considerarse un supuesto de discriminación *por razón de la orientación sexual del demandante*, que debe entenderse incluida entre los rasgos de discriminación no expresamente enumerados en la lista abierta del art. 14 CEDH. Igualmente, en el caso *Kerner c. Austria*, en sentencia de 24 de julio de 2003, el Tribunal consideró que la no extensión del derecho de subrogación arrendaticia al superviviente de una pareja homosexual constituía una discriminación «por razón de orientación sexual» (art. 14 CEDH) en relación con el derecho al respeto de la vida privada (art. 8.1 CR).

<sup>37</sup> *En efecto, en cuanto a lo primero, es notoria la posición de desventaja social y, en esencia, de desigualdad y marginación sustancial que históricamente han sufrido las personas de orientación homo-*

Por su parte, la STC 176/2008, de 22 de diciembre, FJ 4, ha sostenido, igualmente, que la “transexualidad”<sup>38</sup> es un rasgo que se halla de modo implícito en el artículo 14 CE: *es de destacar que la condición de transexual, si bien no aparece expresamente mencionada en el art. 14 CE como uno de los concretos supuestos en que queda prohibido un trato discriminatorio, es indudablemente una circunstancia incluida en la cláusula «cualquier otra condición o circunstancia personal o social» a la que debe ser referida la interdicción de la discriminación. Conclusión a la que se llega a partir, por un lado, de la constatación de que la transexualidad comparte con el resto de los supuestos mencionados en el art. 14 CE el hecho de ser una diferencia históricamente arraigada y que ha situado a los transexuales, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, en posiciones desventajosas y contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10.1 CE, por los profundos prejuicios arraigados normativa y socialmente contra estas personas.*

La **edad** ha sido considerada como una circunstancia personal que se toma en consideración como criterio diferenciador entre las personas, pues no hay duda de que a priori puede constituir una circunstancia legítima para la diferencia de trato. No obstante, no se puede dudar de que, desde otra perspectiva, la edad tiene un claro papel segregador o diferenciador. En el ámbito laboral, los trabajadores “mayores” tienden a ser expulsados del mercado de trabajo y sus capacidades tienden a ser minusvaloradas por la aplicación de una serie de estereotipos. Por otra parte, los trabajadores “jóvenes” se sitúan casi siempre en posiciones precarias y marginales. Por estos motivos, la edad se reconoce expresamente como causa de discriminación.

Tradicionalmente, la valoración de la edad como posible causa de discriminación se ha resuelto conforme al esquema clásico del principio de “igualdad en el contenido de la ley”. Desde esta óptica, serían correctos los tratamientos diferenciados por razón de edad siempre que estuvieran justificados por una causa objetiva y razonable y que los medios utilizados fueran proporcionados, prescindiendo

---

*sexual. En cuanto a lo segundo, puede citarse a modo de ejemplo que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al analizar el alcance del artículo 14 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales (CEDH), ha destacado que la orientación sexual es una noción que se contempla, sin duda, en dicho artículo, señalando que la lista que encierra el precepto tiene un carácter indicativo y no limitativo (STEDH de 21 de diciembre de 1999, caso Salgueiro Da Silva Mouta contra Portugal, § 28); insistiéndose expresamente en que en la medida en que la orientación sexual es un concepto amparado por el artículo 14 CEDH, como las diferencias basadas en el sexo, las diferencias basadas en la orientación sexual exigen razones especialmente importantes para ser justificadas (STC 41/2006, de 13 de febrero, FJ3).*

<sup>38</sup> La STC 176/2008, de 22 de diciembre, interpreta el término “transexual”, *atendiendo para ello al significado común que este término ha adquirido en nuestra sociedad actual, esto es, la persona que perteneciendo a un sexo por su configuración cromosómica y morfológica, se siente y actúa como miembro del otro sexo (STC 176/2008, FJ3).*

del carácter periorativo que se presume existe en cualquier discriminación, aunque exigiendo, eso sí, someter su utilización por el legislador como factor de diferenciación al canon de constitucionalidad más estricto. Aparentemente, este es el enfoque que sigue el art. 6 de la Directiva 2000/78/CE<sup>39</sup>, así como la interpretación del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas<sup>40</sup>.

En España, el Tribunal Constitucional, en la STC 63/2011, de 16 de mayo, resuelve una cuestión de inconstitucionalidad que se suscita en relación con el art. 22.6 de la Ley 4/1996, de 26 de diciembre, de ordenación del servicio farmacéutico en Castilla-La Mancha, en cuanto establece que *en ningún caso pueden participar en el procedimiento de instalación de una nueva oficina de farmacia los farmacéuticos que tengan instalada otra en el mismo núcleo de población en el cual se solicita la nueva instalación o que tengan más de sesenta y cinco años al inicio del procedimiento*. Del precepto se cuestiona únicamente la prohibición impuesta a los farmacéuticos que tengan más de sesenta y cinco años al principio

<sup>39</sup> 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 en su artículo 6, que lleva como epígrafe «Justificación de diferencias de trato por motivos de edad» establece que los *Estados miembros podrán disponer que las diferencias de trato por motivos de edad no constituirán discriminación si están justificadas objetivamente y razonablemente, en el marco del Derecho nacional, por una finalidad legítima, incluidos los objetivos legítimos de las políticas de empleo, del mercado de trabajo y de la formación profesional, y si los medios para lograr este objetivo son adecuados y necesarios*. El considerando 25 de la Directiva 2000/78 reitera esta idea: La prohibición de discriminación por razones de edad constituye un elemento fundamental para alcanzar los objetivos establecidos por las directrices sobre el empleo y para fomentar la diversidad en el mismo. *No obstante, en determinadas circunstancias se pueden justificar diferencias de trato por razones de edad, y requieren por lo tanto disposiciones específicas que pueden variar según la situación de los Estados miembros. Resulta pues esencial distinguir las diferencias de trato justificadas, concretamente por objetivos legítimos de las políticas de empleo, del mercado laboral y de la formación profesional, y debe prohibirse la discriminación*.

<sup>40</sup> La STJUE, de 12 de marzo de 2010, *Gisela Rosenblatt contra Oellerking Gebäudereinigungs-ges. mbH* (Asunto C 45/09), resuelve una petición de decisión prejudicial sobre la interpretación 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. A lo largo de 39 años, la actividad profesional de la Sra. Rosenblatt consistió en realizar tareas de limpieza en un cuartel de Hamburgo-Blankenese (Alemania), en virtud de un contrato de trabajo a tiempo parcial. El mencionado contrato estipula que el contrato se extinguirá al finalizar el mes a partir del cual la trabajadora adquiera el derecho a una pensión de jubilación, es decir, a más tardar, al finalizar el mes en que alcance la edad de 65 años. Llegado ese momento, la Sra. Rosenblatt presentó una demanda contra su empresario, alegando que la extinción de su contrato de trabajo era contraria a Derecho por ser constitutiva de una discriminación por motivos de edad. El Tribunal resuelve que el artículo 6, apartado 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, *debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una disposición nacional en virtud de la cual se consideran válidas las cláusulas de extinción automática de los contratos de trabajo por el hecho de haber alcanzado el trabajador la edad de jubilación, en la medida en que, por un lado, dicha disposición nacional esté justificada objetivamente y razonablemente por una finalidad legítima relacionada con la política de empleo y del mercado laboral y en que, por otro lado, los medios para lograr esa finalidad sean adecuados y necesarios*.

del procedimiento, sin poner reparo alguno a la primera de las prohibiciones que contiene. La duda de constitucionalidad la plantea el órgano judicial al estimar que la prohibición establecida vulnera el principio de igualdad contenido en el art. 14 CE, en cuanto incorpora una discriminación por razón de la edad sin una justificación objetiva y razonable que la haga constitucionalmente legítima. La Sentencia resume la doctrina del Tribunal sobre esta cuestión<sup>41</sup>: la edad es uno de los factores a los que alcanza la prohibición constitucional de fundar en ellos un tratamiento diferenciado que no se acomode a las rigurosas exigencias de justificación y proporcionalidad, por ello, *la respuesta a la duda de constitucionalidad planteada vendrá dada por la valoración de las razones esgrimidas por los órganos autonómicos en pro de la justificación constitucional del distinto tratamiento que la ley cuestionada dispensa a los mayores de sesenta y cinco años. Bien entendido que, al no hallarnos en el ámbito de la genérica interdicción de la desigualdad, sino en el de la prohibición de la discriminación por las causas que, en enumeración abierta, se contienen en el segundo inciso del art. 14 CE, el canon de control*

<sup>41</sup> Por lo que se refiere en concreto a la edad como factor de discriminación, *este Tribunal la ha considerado una de las condiciones o circunstancias incluidas en la fórmula abierta con la que se cierra la regla de prohibición de discriminación establecida en el art. 14 CE, con la consecuencia de someter su utilización por el legislador como factor de diferenciación al canon de constitucionalidad más estricto, en aplicación del cual este Tribunal ha llegado a soluciones diversas, en correspondencia con la heterogeneidad de los supuestos enjuiciados, tanto en procesos de amparo constitucional como de control de normas con rango de ley. Así, en la STC 75/1983, de 3 de agosto, FJ 3, afirmamos que “la edad no es de las circunstancias enunciadas normativamente en el art. 14, pero no ha de verse aquí una intención tipificadora cerrada que excluya cualquiera otra de las precisadas en el texto legal, pues en la fórmula del indicado precepto se alude a cualquier otra condición o circunstancia personal o social, carácter de circunstancia personal que debe predicarse de la edad; de modo que la edad dentro de los límites que la ley establece para el acceso y la permanencia en la función pública es una de las circunstancias comprendidas en el art. 14 y en el art. 23.2, desde la perspectiva excluyente de tratos discriminatorios”, si bien en el supuesto concreto analizado la diferenciación por razón de la edad se consideró justificada, mientras en la STC 37/2004, de 11 de marzo, mereció un juicio de inconstitucionalidad. Del mismo modo en la STC 31/1984, de 7 de marzo, FJ 11, al abordar la cuestión de las diferencias establecidas en el salario mínimo interprofesional por razón de la edad, aun cuando finalmente se consideraron justificadas al manejarse la edad como indicativa de una distinta naturaleza y valor del trabajo desempeñado, advertimos que la diferencia resultante, “en cuanto se fundaría en la utilización de la ‘edad’ sin más razones como criterio de diferenciaciones salariales, estaría en contradicción con el mandato constitucional prohibitivo de la discriminación por razón de una circunstancia que ha de tenerse por incluida en la formulación genérica con la que se cierra el art. 14 de la CE”. También en la STC 69/1991, de 8 de abril, FJ 4, partimos de la inclusión de la edad entre las circunstancias personales que no pueden ser razón para discriminar (en este caso de modo indirecto, al aplicar una norma en principio neutral) salvo que existan motivos justificados. Y el mismo punto de partida se trasluce en la STC 361/1993, de 3 de diciembre. Por su parte la STC 149/2004, de 20 de septiembre, admite la relevancia de la edad como criterio sobre el que articular diferencias de trato normativo en materia de seguridad social. Y las SSTC 280/2006, de 9 de octubre, y 341/2006, de 11 de diciembre, descartan la existencia de discriminación constitucionalmente ilegítima en el establecimiento convencional de una edad de jubilación obligatoria (STC 63/2011, de 16 de mayo, FJ 4).*



*de la excepcional legitimidad constitucionalidad de la diferenciación por uno de esos factores, como lo es la edad, es mucho más estricto al enjuiciar la justificación y proporcionalidad de la diferenciación.*

Concluye el Tribunal que *la prohibición establecida en la norma cuestionada implica una discriminación por razón de la edad que no es constitucionalmente admisible (art. 14 CE), porque no resulta ni idónea ni proporcionada respecto de la finalidad pretendida de favorecer el acceso de nuevos profesionales jóvenes y de mediana edad, produciendo en cambio la exclusión de los mayores de sesenta y cinco años de modo injustificado*<sup>42</sup>.

La problemática sobre las causas no tipificadas de discriminación ha sido particularmente relevante en España en relación con la **enfermedad** en el ámbito del Derecho del Trabajo. En un principio, se planteó que las diferencias de trato por razón de enfermedad podían reconducirse a la discriminación por motivos de discapacidad, pero esta tesis ha sido claramente desechada por la jurisprudencia<sup>43</sup> que estima que para que una “enfermedad” pueda ser considerada como discapacidad, debe ser de larga duración y no de carácter puramente transitorio.

<sup>42</sup> STC 63/2011, de 16 de mayo, FJ 5.

<sup>43</sup> La STJUE de 11 de julio de 2006, *Sonia Chacón Navas y Ernest Colectividades, S.A.* (Asunto C-13/2005), resuelve la petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social nº33 de Madrid. La Sra. Chacón Navas trabajaba en la empresa Eurest, sociedad especializada en el sector de la restauración colectiva. El 14 de octubre de 2003 fue declarada en baja laboral por enfermedad y, según los servicios públicos de salud que se ocuparon de su caso, no estaba en condiciones de reanudar su actividad a corto plazo. El órgano jurisdiccional remitente no aporta indicación alguna sobre la enfermedad que padece la Sra. Chacón Navas. El 28 de mayo de 2004, Eurest notificó a la Sra. Chacón Navas que quedaba despedida, sin especificar motivo alguno, reconociendo al mismo tiempo el carácter improcedente del despido y ofreciéndole una indemnización. El 29 de junio de 2004, la Sra. Chacón Navas presentó una demanda contra Eurest, alegando que su despido era nulo debido a la desigualdad de trato y a la discriminación de las que había sido objeto, las cuales resultaban de la situación de baja laboral en la que se encontraba desde hacía ocho meses. Solicitó que se condenara a Eurest a readmitirla en su puesto de trabajo. El órgano jurisdiccional remitente señala que, al no figurar en los autos ninguna alegación ni elemento probatorio, aplicando las reglas sobre inversión de la carga de la prueba debe considerarse que la Sra. Chacón Navas fue despedida por el único motivo de encontrarse en baja laboral por enfermedad. Observa, además que, en la jurisprudencia española existen precedentes según los cuales este tipo de despido se califica de improcedente, y no de nulo, puesto que en el Derecho español la enfermedad no figura expresamente entre los motivos de discriminación prohibidos en las relaciones entre personas privadas. No obstante, el juez de lo social pone de relieve que existe una relación de causalidad entre enfermedad y discapacidad. Entiende el Tribunal que 43, la finalidad de la Directiva 2000/78 es combatir determinados tipos de discriminación en el ámbito del empleo y de la ocupación. *En este contexto, debe entenderse que el concepto de «discapacidad» se refiere a una limitación derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas y que suponga un obstáculo para que la persona de que se trate participe en la vida profesional.* 44. *Ahora bien, al utilizar en el artículo 1 de la mencionada Directiva el concepto de «discapacidad», el legislador escogió deliberadamente un término que difiere del de «enfermedad». Así pues, es preciso excluir la equiparación pura y simple de ambos conceptos.*



Por ello se ha intentado argumentar que la enfermedad puede constituir una causa autónoma de discriminación no tipificada expresamente en la Constitución ni en la normativa de desarrollo. A estos efectos, la STC 62/2008, de 26 de mayo, ha descartado que esta identificación pueda producirse con carácter general. En este sentido señala en su FJ6, que *no cabe duda de que el estado de salud del trabajador o, más propiamente, su enfermedad, pueden, en determinadas circunstancias, constituir un factor de discriminación análogo a los expresamente contemplados en el art. 14 CE, encuadrable en la cláusula genérica de las otras circunstancias o condiciones personales o sociales contemplada en el mismo. Ciñéndonos al ámbito de las decisiones de contratación o de despido que se corresponde con el objeto de la presente demanda de amparo, así ocurrirá singularmente, como apuntan las resoluciones ahora recurridas basándose en jurisprudencia previa de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, cuando el factor enfermedad sea tomado en consideración como un elemento de segregación basado en la mera existencia de la enfermedad en sí misma considerada o en la estigmatización como persona enferma de quien la padece, al margen de cualquier consideración que permita poner en relación dicha circunstancia con la aptitud del trabajador para desarrollar el contenido de la prestación laboral objeto del contrato.* Un claro supuesto en que la enfermedad puede ser considerado elemento de estigmatización sería la extinción de una relación laboral o la denegación de un servicio a una persona portadora del virus del sida. Es más dudoso que pueda considerarse como tal la obesidad (salvo que conlleve la existencia de una discapacidad reconocida)<sup>44</sup>, o el tabaquismo.

El artículo 14 de la Constitución no menciona **la discapacidad** entre las causas o motivos de discriminación específicamente prohibidos. Por ello, desde la doctrina<sup>45</sup> se venía reclamando una legislación específica sobre discriminación y discapacidad que incluyese el acceso a bienes y servicios en línea con la que ya existía en otros países europeos<sup>46</sup>.

<sup>44</sup> STSJ Comunidad Valenciana de 9-5-2012, nº 823/2012.

<sup>45</sup> Demandando una legislación específica que favoreciera el acceso de las personas con discapacidad a bienes y servicios ofertados al público ver, entre otros, CABRA DE LUNA, M.A.: “Discapacidad y aspectos sociales: la igualdad de oportunidades, la no discriminación y la accesibilidad universal como ejes de una nueva política a favor de las personas con discapacidad y sus familias. Algunas consideraciones en materia de protección social”, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 50, págs. 21 a 46, pág. 27.

<sup>46</sup> En Europa, siguiendo los pasos de la normativa americana de protección de las personas con discapacidad, la *Americans with Disabilities Act* de 1990, en Reino Unido se adoptó la *Disability Discrimination Act* (1995) en cuya sección III [Acceso a bienes y servicios] se prohíbe cualquier tipo de discriminación ejercida por los proveedores de bienes y servicios contra sus clientes con discapacidad, por ejemplo, cuando no se les permite acceder a sus servicios o a los locales donde pueden adquirirse los bienes (Part III, Access to Goods and Services). En Francia se ha modificado la ley que prohíbe cualquier discriminación por motivos de raza o religión, para incluir la discapacidad (Loi nº 2001-1006 du Novembre 2001 *relative à la lutte contre les discriminations*). En el Derecho alemán la *Allgemei-*

El Tribunal Constitucional, ya desde la Sentencia 269/1994, de 3 de octubre, FJ 4, ha venido incluyendo la discapacidad como una de las circunstancias objeto de protección a máximo nivel, al establecer que *la discriminación, tal como es prohibida por el art. 14 de la Constitución, impide la adopción de tratamientos globalmente entorpecedoras de la igualdad de trato o de oportunidades de ciertos grupos de sujetos, teniendo dicho tratamiento su origen en la concurrencia en aquéllos de una serie de factores diferenciadores que expresamente el legislador considera prohibidos, por vulnerar la dignidad humana. No siendo cerrado el elenco de factores diferenciales enunciado en el art. 14 CE, es claro que la minusvalía física puede constituir una causa real de discriminación*<sup>47</sup>. Y señala que las medidas que se instrumentan para procurar la igualdad de oportunidades y la integración social y profesional de las personas con discapacidad, incluyendo aquellas de acción positiva, tiene una estrecha conexión “genéricamente, con el mandato contenido en el art. 9.2 CE, y, específicamente, con su plasmación en el art. 49 CE<sup>48</sup>”.

---

*nes Gleichbehandlungsgesetz (Ley general de igualdad de trato), de 14 de agosto de 2006 (en lo sucesivo, «AGG»), el artículo 1 de dicha Ley, que lleva como epígrafe «Objetivo de la Ley», estable que el objetivo de la presente Ley es impedir o eliminar toda discriminación por motivos de raza u origen étnico, sexo, religión o creencias, discapacidad, edad u orientación sexual.*

<sup>47</sup> *La discriminación, tal como es prohibida por el art. 14 de la Constitución, impide la adopción de tratamientos globalmente entorpecedoras de la igualdad de trato o de oportunidades de ciertos grupos de sujetos, teniendo dicho tratamiento su origen en la concurrencia en aquéllos de una serie de factores diferenciadores que expresamente el legislador considera prohibidos, por vulnerar la dignidad humana. No siendo cerrado el elenco de factores diferenciales enunciado en el art. 14 CE, es claro que la minusvalía física puede constituir una causa real de discriminación. Precisamente porque puede tratarse de un factor de discriminación con sensibles repercusiones para el empleo de los colectivos afectados, tanto el legislador como la normativa internacional (Convenio 159 de la OIT) han legitimado la adopción de medidas promocionales de la igualdad de oportunidades de las personas afectadas por diversas formas de discapacidad, que, en síntesis, tienden a procurar la igualdad sustancial de sujetos que se encuentran en condiciones desfavorables de partida para muchas facetas de la vida social en las que está comprometido su propio desarrollo como personas. De ahí la estrecha conexión de estas medidas, genéricamente, con el mandato contenido en el art. 9.2 CE, y, específicamente, con su plasmación en el art. 49 CE. Lógicamente, la legitimidad constitucional de medidas de esta naturaleza equiparadora de situaciones sociales de desventaja, sólo puede ser valorada en el mismo sentido global, acorde con las dimensiones del fenómeno que trata de paliarse, en que se han adoptado, adecuándose a su sentido y finalidad. Por ello no resulta admisible un argumento que tiende a ignorar la dimensión social del problema y de sus remedios, tachando a estos de ilegítimos por su impacto desfavorable, sobre sujetos individualizados en los que no concurren los factores de discriminación cuyas consecuencias se ha tratado de evitar (STC 269/1994, de 3 de octubre, FJ3).*

<sup>48</sup> Este último precepto señala que: *Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos (art. 49 CE). También destacando la importancia del art. 49 CE, recuerda la STC18/2017, de 2 de febrero, FJ 3, que de manera más específica para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, el art. 49 CE exige también a los poderes públi-*

Con alcance a todas las situaciones de discapacidad (física o psíquica), la STC 10/2014, de 27 de enero, FJ 4, precisa que ha de estarse *al marco normativo específico del derecho que pretende ejercitar la persona en cada momento, puesto en relación con el art. 14 CE que prohíbe ‘discriminación alguna’ por ‘cualquier circunstancia o condición personal’ y el art. 49 CE que, sin reconocer derechos fundamentales, sí ordena a los poderes públicos realizar una política de integración de los discapacitados. Estos preceptos, como este Tribunal ha venido afirmando desde la temprana STC 38/1981, de 23 de noviembre, FJ 4, han de ser interpretados, en virtud del art. 10.2 CE, a la luz de lo dispuesto en los tratados internacionales que España haya celebrado sobre la materia.*

La aplicación de la cláusula del art. 10.2 CE nos lleva a otorgar especial relevancia a la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 13 de diciembre de 2006<sup>49</sup>. La Convención protege en su artículo 1 a quienes *tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás. Y prohíbe en su art. 2 la “discriminación por motivo de discapacidad”, esto es, cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo.*

Por su parte, en el ámbito europeo, el Tratado de Ámsterdam introdujo en el Tratado de la Unión Europea (TUE) una disposición explícita sobre la lucha contra la discriminación en diversos ámbitos. El artículo 13 del Tratado establece lo siguiente: *Sin perjuicio de las demás disposiciones del presente Tratado y dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Comunidad por el mismo, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previo consulta al Parlamento, podrá adoptar medidas adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual.* Ya hemos mencionado también que el artículo 21 de la *Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea* donde queda reflejado también el principio de no discriminación en relación con el colectivo de personas con discapacidad. Además en el artículo 26, reconoce de forma explícita los derechos de las personas discapacitadas y la necesidad de garantizar su autonomía, su integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad<sup>50</sup>.

---

*cos que les ampare ‘especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos...*

<sup>49</sup> Ratificada por España por Instrumento de ratificación de 23 de noviembre de 2007 (BOE núm. 96 del 21 de abril de 2008), y que entró en vigor el 3 de mayo de 2008.

<sup>50</sup> A estos efectos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado, en la Sentencia de 30 de abril de 2009, *asunto Glor contra Suiza* §80, que el principio de no discriminación consagrado en el

Por último, la Decisión 2010/48/CE, del Consejo, de 26 de noviembre de 2009, relativa a la celebración, por parte de la Comunidad Europea, de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, ha integrado esta última en el ordenamiento de la Unión Europea<sup>51</sup>.

En España, el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, tiene como objeto, tal y como señala en su artículo 1, *garantizar el derecho a la igualdad de oportunidades y de trato, así como el ejercicio real y efectivo de derechos por parte de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones respecto del resto de ciudadanos y ciudadanas, a través de la promoción de la autonomía personal, de la accesibilidad universal, del acceso al empleo, de la inclusión en la comunidad y la vida independiente y de la erradicación de toda forma de discriminación, conforme a los artículos 9.2, 10, 14 y 40 de la Constitución Española y a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España.*

Conforme al artículo 4 del Real Decreto Legislativo 1/2013, *son personas con discapacidad aquellas que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás*<sup>52</sup>.

---

*art. 14 CEDH se refiere también a los discapacitados, a través de la cláusula final de dicho precepto, incluyéndolo dentro de los grupos que considera como “particularmente vulnerables”. En el mismo sentido, STEDH de 22 de marzo de 2016, asunto Guberina contra Croacia, apartado 73; y 23 de marzo de 2017, asunto A.M.V. contra Finlandia, § 73). A tal efecto, reconoce como fuente para la interpretación de las garantías del CEDH de 1950, a la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad (STEDH de 23 de marzo de 2017, asunto A.M.V. contra Finlandia, cit., apartado 74).*

<sup>51</sup> El TJUE, a propósito del planteamiento de cuestiones prejudiciales sobre la Directiva 2000/78/CE, viene utilizando la Convención de la ONU de 2006 como fuente interpretativa del derecho a la no discriminación por razón de la discapacidad en el trabajo, haciendo suyo el concepto de discapacidad que trae ésta: SSTJUE de 11 de abril de 2013, C-335/11 y C-337/11 acumulados, *asunto HK Danmark y otros contra HK Danmark y otros*, FFJJ 37 a 41, 47 y 93; de 18 de marzo de 2014, Gran Sala, C-363/12, *asunto Z. contra A Government department and the Board of management of a community school*, FFJJ 76 y 77 (si bien ésta precisa, en el FJ 90, que la Convención de la ONU no es por sí solo un parámetro de validez de la Directiva 2000/78/CE, pero “debe ser interpretada en la medida de lo posible de conformidad con esta Convención”); 18 de diciembre de 2014, C-354/13, *asunto Fag og Arbejde (FOA) contra Kommunernes Landsforening (KL)*, FFJJ 53, 54, 64 y 65; 1 de diciembre de 2016, C-395/15, *asunto Mohamed Daouidi contra Bootes Plus, S.L. y Otros*, FFJJ 42 a 45, y la de 9 de marzo de 2017, C-406/15, *asunto Petya Milkova contra Ispalnitelen direktor na Agentsiata za privatizatsia i sledprivatizatsionen*, FJ 36.f).

<sup>52</sup> *A todos los efectos, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento. Se considerará que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento los pensionistas de la Seguri-*

Por su parte, el artículo 29, regula con carácter general, *las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación para el acceso y utilización de los bienes y servicios a disposición del público*, reproduciendo textualmente lo dispuesto en el Título VI, artículo 69, de la Ley Orgánica 3/2007, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres<sup>53</sup>, añadiendo, como única diferencia, la exigibilidad en los plazos y los términos que se determinen reglamentariamente de las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación para el acceso y utilización de los bienes y servicios a disposición del público por las personas con discapacidad, y la obligación del Gobierno de realizar estudios integrales sobre la accesibilidad a bienes o servicios que se consideren más relevantes desde el punto de vista de la no discriminación y accesibilidad universal.

---

*dad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad (artículo 4.2.).*

<sup>53</sup> El artículo 29 del *Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social* establece que: 1. *Todas las personas físicas o jurídicas que, en el sector público o en el privado, suministren bienes o servicios disponibles para el público, ofrecidos fuera del ámbito de la vida privada y familiar, estarán obligadas, en sus actividades y en las transacciones consiguientes, al cumplimiento del principio de igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, evitando discriminaciones, directas o indirectas, por motivo de o por razón de discapacidad.* 2. *Lo previsto en el apartado anterior no afecta a la libertad de contratación, incluida la libertad de la persona de elegir a la otra parte contratante, siempre y cuando dicha elección no venga determinada por su discapacidad.* 3. *No obstante lo dispuesto en los apartados anteriores, serán admisibles las diferencias de trato en el acceso a bienes y servicios cuando estén justificadas por un propósito legítimo y los medios para lograrlo sean adecuados, proporcionados y necesarios.*

#### 4.2.2. Formas de discriminación

En cuanto a las formas de discriminación, se consideran como tal, la discriminación directa<sup>54</sup>, la indirecta<sup>55</sup>, el acoso<sup>56</sup>, la orden de discriminar, y, por último,

---

<sup>54</sup> *Se considera discriminación directa por razón de sexo la situación en que se encuentra una persona que sea, haya sido o pudiera ser tratada, en atención a su sexo, de manera menos favorable que otra en situación comparable.* Esta definición ha sido incorporada a nuestro ordenamiento por el apartado 1 del artículo 6 de la Ley Orgánica 3/2007 para la *Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres*, pero se ha incorporado de modo incompleto (y, por tanto, incorrecto) respecto del art. 2.2.a) de la Directiva 43/2000, ya que éste se refiere no sólo a la situación de que una persona sea tratada peor que otra sobre la base de los rasgos protegidos, sino también cuando haya sido tratada peor en el pasado y/o pudiera serlo en el futuro en relación con un término de comparación hipotético. Por otro lado, como señala el artículo 8 de la misma Ley –Discriminación por embarazo o maternidad–, *constituye discriminación directa por razón de sexo todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad.*

<sup>55</sup> La discriminación indirecta o “de impacto”, ya había sido definida en la STC 145/1991, de 1 de julio, en cuyo FJ2 se dispone que *la prohibición constitucional de discriminación por características personales y en particular por el sexo, como signo de pertenencia de la mujer a un grupo social determinado objeto históricamente de infravaloración social, económica y jurídica, se conecta también con la noción sustancial de igualdad. Ello permite ampliar y enriquecer la propia noción de discriminación, para incluir no sólo la noción de discriminación directa, o sea, un tratamiento diferenciado perjudicial en razón del sexo donde el sexo sea objeto de consideración directa, sino también la noción de discriminación indirecta, que incluye los tratamientos formalmente no discriminatorios de los que derivan, por las diferencias fácticas que tienen lugar entre trabajadores de diverso sexo, consecuencias desiguales perjudiciales por el impacto diferenciado y desfavorable que tratamientos formalmente iguales o tratamientos razonablemente desiguales tienen sobre los trabajadores de uno y de otro sexo a causa de la diferencia de sexo.* Por su parte, el apartado 2 del artículo 6 de la Ley Orgánica 3/2007 para la *Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres*, establece que *existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúen a unas personas en desventaja particular con respecto a otras personas, salvo que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios.*

<sup>56</sup> Acoso es toda conducta no deseada relacionada con el origen racial o étnico, la religión o convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual de una persona, que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra su dignidad y crear un entorno intimidatorio, humillante u ofensivo. El artículo 7 de la Ley Orgánica 3/2007 para la *Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres* considera en todo caso discriminatorios el acoso sexual y el acoso por razón de sexo, y define el acoso sexual como *cualquier comportamiento, verbal o físico, de naturaleza sexual que tenga el propósito o produzca el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo. El acoso por razón sexo es cualquier comportamiento realizado en función del sexo de una persona, con el propósito o el efecto de atentar contra su dignidad y de crear un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo.* Añade también en su apartado 4, que *el condicionamiento de un derecho o de una expectativa de derecho a la aceptación de una situación constitutiva de acoso sexual o de acoso por razón de sexo se considerará también acto de discriminación por razón de sexo.*



especialmente ligada a la discriminación por causa o motivo de discapacidad, la denegación de ajustes razonables<sup>57</sup>.

Siguiendo a Rey Martínez<sup>58</sup>, podemos señalar que en la actualidad a las formas de discriminación mencionadas hay que añadir las discriminaciones “supuestas”, “presuntas” o “erróneas”, que se basan en una presunción acerca de otra persona que no es fácticamente correcta (por ejemplo, discriminar a una persona por pensar que es lesbiana sin serlo), las “ocultas” (las que disimulan la auténtica voluntad de discriminar, por ejemplo, la negativa a alquilar una vivienda a un gitano que se

<sup>57</sup> El artículo 2, apartado m) del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el *Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social*, define los ajustes razonables como *las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas del ambiente físico, social y actitudinal a las necesidades específicas de las personas con discapacidad que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular de manera eficaz y práctica, para facilitar la accesibilidad y la participación y para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos*. Lógicamente, existe una cierta dificultad para determinar cuándo un ajuste es “razonable” y, por tanto, exigible. Dejando a un lado las medidas que vienen directamente impuestas por la normativa vigente (normativa relativa a la supresión de las barreras arquitectónicas en espacios públicos urbanizados y edificaciones) y que, por tanto, son obligatorias con independencia de la prohibición de discriminación deben considerarse razonables las medidas que implican un coste relativamente pequeño (en relación con la capacidad económica de la empresa) o nulo, ya sea por su propia naturaleza o porque la inversión está en todo o en parte subvencionada por los poderes públicos. En este sentido, el artículo 66.2 establece que *a efectos de determinar si un ajuste es razonable, de acuerdo con lo establecido en el artículo 2.m), se tendrán en cuenta los costes de la medida, los efectos discriminatorios que suponga para las personas con discapacidad su no adopción, la estructura y características de la persona, entidad u organización que ha de ponerla en práctica y la posibilidad que tenga de obtener financiación oficial o cualquier otra ayuda... Las discrepancias entre el solicitante del ajuste razonable y el sujeto obligado podrán ser resueltas a través del sistema de arbitraje previsto en el artículo 74, sin perjuicio de la protección administrativa o judicial que en cada caso proceda*.

El Tribunal Constitucional se ha referido a la necesidad de adoptar ajustes razonables con base en la Convención de diciembre de 2006, en dos sentencias. La STC 10/2014, de 27 de enero, sobre el derecho a una educación inclusiva para personas con discapacidad, que no dará lugar a su sujeción a un régimen de educación especial excepto cuando la adopción de «ajustes razonables» en el régimen ordinario no resultare suficiente (FFJJ 4 y 6); y la STC 77/2014, de 22 de mayo, FJ 2, sobre la salvaguarda del derecho de defensa del presunto discapacitado psíquico durante la instrucción penal, debiendo agotar al efecto el juez las diligencias necesarias (ajuste del procedimiento ex art. 13.1 de la Convención ONU) para poder determinar, previo reconocimiento médico, su nivel de comprensión del procedimiento abierto en su contra y las consecuencias que le puede deparar el ponerse al margen de él y ser juzgado en ausencia, al cumplirse los requisitos legales para ello.

<sup>58</sup> REY MARTÍNEZ, F.: “Igualdad y prohibición de discriminación: de 1978 a 2018”, en *Revista de Derecho Político*, UNED, nº 100, septiembre-diciembre 2017, págs. 125-171, pág. 142.

intenta justificar en que ya ha sido previamente alquilada –sin ser verdad–), la discriminación “por asociación”<sup>59</sup>, y la discriminación “múltiple o interseccional”<sup>60</sup>.

### 4.3. La ausencia de justificación a la diferencia de trato

No siempre que hay diferenciación tiene que haber discriminación. La discriminación, insistimos, es la diferencia de trato no justificada.

Existen razones que pueden justificar la elección del otro contratante. Una cosa es negarse a contratar o realizar una diferencia de trato por una razón de discriminación (directamente o indirectamente) y otra distinta elegir a la persona apropiada para realizar un contrato.

---

<sup>59</sup> La discriminación por asociación trata de un tipo de discriminación (directa o indirecta) que pueden sufrir las personas por su relación con otras. Así, por ejemplo, una mujer que es discriminada en el acceso en el empleo o es despedida por el hecho de suponer que por tener un hijo con discapacidad va a faltar más al trabajo. Este concepto tiene su origen en la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el caso *S. Coleman contra Attridge Law* (Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de julio de 2008, AsuntoC-303/06). El artículo 2. del Texto Refundido de la Ley para la Protección de las Personas con Discapacidad establece que la discriminación por asociación *existe cuando una persona o grupo en que se integra es objeto de un trato discriminatorio debido a su relación con otra por motivo o por razón de discapacidad*.

<sup>60</sup> El concepto de discriminación múltiple, no es, por el contrario, un concepto normativo ni judicial, sino más bien teórico, por lo que su definición dista mucho de ser clara. En principio, se incluirán las situaciones en las que existen dos o más factores de discriminación que interactúan simultáneamente produciendo una forma específica de discriminación. En estos casos, tal persona puede ser doble o triplemente discriminada. Ahora bien, para que éste criterio sea operático como criterio de interpretación jurídica resulta imprescindible acotarlo con precisión y determinar si la existencia de una discriminación múltiple tiene consecuencias diferentes al resto de los supuestos de discriminación. Para definirlo parece preciso delimitarlo en un doble sentido. En principio, no debe incluir *las situaciones en las que una persona es discriminada de forma sucesiva (deber ser simultánea)* y debe reducirse a los supuestos en que concurren dos o más riesgos que configuran por sí una discriminación específica que no sufren los miembros de cada uno de los grupos discriminados, es decir, serviría para identificar minorías (invisibles y peor tratadas) dentro de las minorías. La discriminación múltiple no aparece mencionada como causa de discriminación específica en la actual regulación.

Aunque sin utilizar esta denominación formal, se conocen al menos dos casos de discriminación múltiple enjuiciados por el TEDH y que han supuesto la declaración de haberse vulnerado el CEDH de 1950: las Sentencias de 24 de julio de 2012, asunto *B.S. contra España* (discriminación por el origen étnico y ser mujer, vulneración de los artículos 3 y 14 del Convenio, por no investigar eficientemente una denuncia de maltrato policial); y 25 de julio de 2017, asunto *Carvalho Pinto de Sousa Morais contra Portugal* (discriminación por sexo y edad: reducción indebida de la cuantía indemnizatoria por daños en intervención ginecológica, al tratarse de una mujer de 50 años de edad). En España, la reciente Sentencia Tribunal Constitucional de 3/2018, de 22 de enero de 2018, admite una situación de discriminación múltiple por razón de edad y de discapacidad del recurrente, que lleva al tribunal a estimar el recurso. Sobre el concepto de discriminación múltiple: DE LAMA AYMÀ, A.: “Discriminación múltiple”, en *ADC*, t. LXVI, 20013, fasc. I, pág. 271 y ss.; REY MARTÍNEZ, F.: “La discriminación múltiple una realidad antigua, un concepto nuevo”, en *Revista española de Derecho constitucional*, año nº 28, nº 84, 2008, pág. 251 y ss.

El artículo 69.2 de la Ley Orgánica 3/2007 para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres ha establecido literalmente la misma forma de entender la libertad de elegir al otro contratante que las Directivas comunitarias, de forma que la elección de la otra parte contratante está permitida si no significa discriminación, es decir, *siempre y cuando dicha elección no venga determinada por su sexo*.

La limitación de la autonomía privada que resulta de la aplicación del principio de no discriminación está moderada también en relación con las *excepciones justificadas* de trato desigual. El artículo 69.2 de la LO 3/2007 establece que “serán admisibles las diferencias de trato en el acceso a bienes y servicios *cuando estén justificadas por un propósito legítimo y los medios para lograrlo sean adecuados y necesarios*. Lo dispuesto en este artículo debe considerarse como una excepción de la regla general y como tal excepción a la regla general debe interpretarse de forma restrictiva como indica expresamente la doctrina del TJUE sobre la interpretación de las causas de justificación del trato diferente que señala expresamente que *las posibles excepciones se interpretarán de forma restrictiva, en la medida que resalta la importancia de los derechos reconocidos a las personas en la legislación de la UE*<sup>61</sup>. Por tanto, no se trata de una causa de justificación de la discriminación en sentido estricto, sino de una justificación del trato diferenciado que impide apreciar la existencia de discriminación.

Esta excepción rige en el ámbito de los contratos para el público y exige una doble justificación: un propósito legítimo y, además, que las medidas concretas que se adopten deberán ser proporcionadas: adecuadas y necesarias para el objetivo propuesto. Tales requisitos son cumulativos, por lo que si, a pesar de existir un propósito legítimo, las medidas que se adoptan no son adecuadas, necesarias, ni proporcionadas, no habrá diferenciación, sino discriminación. Sobre qué hay que entender por propósito legítimo, se pronuncia la Directiva 2000/43/CE<sup>62</sup>. Por otro lado, no hay que olvidar, que otras Directivas contra la discriminación contienen además causas de justificación específicas, que vienen a ser una plasmación particular de la causa general, concretadas y adaptadas al ámbito específico del empleo<sup>63</sup>.

<sup>61</sup> STJUE, de 15 de mayo de 1986, *Johnston contra Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, (Asunto C-222/84), apartado 36.

<sup>62</sup> *Los Estados miembros podrán disponer que una diferencia de trato basada en una característica relacionada con el origen racial o étnico no tendrá carácter discriminatorio cuando, debido a la naturaleza de las actividades profesionales concretas o al contexto en que se lleven a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado* (artículo 4 de la Directiva 2000/43/CE de igualdad racial).

<sup>63</sup> Las otras dos causas de justificación sólo aparecen en la Directiva de igualdad de trato en el empleo. El artículo 4(2) establece que las disposiciones de la Directiva se entenderán sin perjuicio de *el derecho de las iglesias y de las demás organizaciones públicas o privadas cuya ética se base en la religión o las convicciones a exigir en consecuencia a las personas que trabajen para ellas una actitud de buena fe y de lealtad hacia la ética de la organización*. En segundo lugar, el artículo 6(1) per-

A efectos prácticos es de reseñar que el legislador español con la técnica empleada —el uso de un concepto jurídico indeterminado— no determina qué puede considerarse un propósito legítimo que justifique la diferencia de trato en el acceso a bienes y servicios. Ante la dificultad que tal tarea comporta, lo deseable es que en aras de la necesaria seguridad jurídica, en un hipotético desarrollo de la legislación en este campo, se concretaran una serie de causas de justificación específicas, de un modo similar al realizado en el campo de igualdad de trato en el empleo o en otras legislaciones. En todo caso, corresponde al juez comprobar si esta diferencia de trato puede estar objetivamente justificada por una finalidad legítima y si los medios aplicados para la consecución de ésta son adecuados y no van más allá de lo necesario para alcanzar la finalidad prevista, tal y como reitera la reciente sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 18 de enero de 2018, Carlos Enrique Ruiz Conejero y Ferroser Servicios Auxiliares, S.A. (Asunto C-270/16)<sup>64</sup>.

---

mite la discriminación por motivos de edad que persiga *objetivos legítimos de las políticas de empleo, del mercado de trabajo y de la formación profesional*, siempre que cumpla el criterio de proporcionalidad. Por último, el artículo 6(1) (b) permite *el establecimiento de condiciones mínimas en lo que se refiere a la edad, la experiencia profesional o la antigüedad en el trabajo para acceder al empleo*". No obstante, esta lista no pretende ser exhaustiva, por lo que puede ampliarse en casos concretos (artículo 4(1) de la Directiva 2000/ 78/CE, de igualdad de trato en el empleo y en la ocupación).

<sup>64</sup> El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su sentencia de 18 de enero de 2018 (Asunto C-270/16) resuelve una cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Cuenca pregunta al Tribunal de Justicia, si la Directiva 2000/78/CE relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación se opone a una normativa nacional como la española, que permite al empresario despedir a un trabajador debido a las faltas de asistencia de éste al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, incluso cuando esas ausencias sean consecuencia de enfermedades atribuibles a la discapacidad de dicho trabajador. En este caso el trabajador, limpiador de un hospital de Cuenca, tenía reconocido un grado de discapacidad del 37%, fundamentalmente debido a su obesidad y a una limitación funcional de la columna vertebral. El trabajador se encontró en situación de incapacidad temporal durante una serie de períodos, como consecuencia de problemas de salud cuyo origen, según los servicios médicos, radicaba en las patologías que habían dado lugar al reconocimiento de su discapacidad. El trabajador comunicó a la empresa las situaciones de baja y entregó los partes médicos correspondientes. A pesar de ello fue despedido, pues según la empresa la duración de sus ausencias acumuladas, aun justificadas, había superado los límites establecidos en el Estatuto de los Trabajadores (el 20% de las jornadas hábiles en los meses de marzo y abril de 2015, habiendo alcanzado el total de sus faltas de asistencia en los doce meses anteriores el 5% de las jornadas hábiles). El Tribunal de Justicia considera que la Directiva se opone a dicha normativa, que supone una discriminación indirecta contra las personas discapacitadas, pero que dicha discriminación podría estar justificada si, como sostiene el Gobierno español, realmente persigue la finalidad legítima de combatir el absentismo y no va más allá de lo necesario para alcanzarla, extremo que debe evaluar el juez español: *El juez español deberá evaluar si, respecto de las personas con discapacidad, los medios previstos en el Estatuto de los Trabajadores no van más allá de lo necesario para alcanzar dicha finalidad, siguiendo los criterios indicados por el Tribunal de Justicia. A este respecto señala, por ejemplo, que según el Estatuto de los Trabajadores, no se computan como faltas de asistencia intermitentes al trabajo que permiten el despido las ausencias que obedezcan a un tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave. El Gobierno español destaca que ello responde a la voluntad del legislador de mantener un equilibrio entre los intereses de la empresa y la protección y seguridad de los trabaja-*

---

*dores, y añade que los trabajadores con discapacidad pueden encontrarse habitualmente en alguno de esos últimos supuestos, en cuyo caso las ausencias atribuibles a la discapacidad no serán computadas a efectos de despido.*