



Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. MICHAL BOBEK
presentadas el 25 de julio de 2018¹

Asunto C-193/17

**Cresco Investigation GmbH
contra
Markus Achatzi**

[Petición de decisión prejudicial planteada por el Oberster Gerichtshof (Tribunal Supremo de lo Civil y Penal, Austria)]

«Petición de decisión prejudicial — Igualdad de trato en el empleo y la ocupación — Normativa nacional que concede determinados derechos a un grupo limitado de trabajadores — Comparabilidad — Discriminación directa por razón de la religión — Justificación — Acción positiva — Aplicación horizontal de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea— Efecto directo horizontal de la Carta de los Derechos Fundamentales — Obligaciones de los empresarios y los jueces nacionales en caso de incompatibilidad del Derecho interno con el artículo 21, apartado 1, de la Carta de los Derechos Fundamentales y con el artículo 2, apartado 2, letra a), de la Directiva 2000/78/CE»

I. Introducción

1. Con arreglo al Derecho austriaco, el Viernes Santo es un día festivo oficial (remunerado) solamente para los miembros de cuatro confesiones religiosas. En caso de que, pese a ser festivo, un miembro de esas Iglesias trabaje en esa fecha, tiene derecho a una compensación de doble paga. El Sr. Markus Achatzi (en lo sucesivo, «demandante») trabaja para Cresco Investigation GmbH (en lo sucesivo, «demandada»). El demandante no pertenece a ninguna de las cuatro confesiones religiosas mencionadas. Por ese motivo, no obtuvo ni un permiso remunerado ni percibió doble remuneración por trabajar en festivo el Viernes Santo de 2015.

2. El demandante demandó a la demandada reclamándole el importe de la compensación que consideraba que debía haber percibido por trabajar en Viernes Santo, con el argumento de que la normativa nacional lo discrimina por razón de religión y convicciones con respecto a la retribución y las condiciones de trabajo. En este contexto, el Oberster Gerichtshof (Tribunal Supremo de lo Civil y Penal, Austria) pregunta al Tribunal de Justicia, en esencia, si a la luz del Derecho de la Unión una normativa es discriminatoria y, de ser así, qué consecuencia se derivaría de ello respecto al período anterior a la adopción de una nueva normativa no discriminatoria por el legislador nacional: ¿deben beneficiarse todos los trabajadores del derecho a vacaciones el Viernes Santo y a la remuneración adicional (a cargo del empresario) o no debe percibir esa remuneración ninguno de ellos?

¹ Lengua original: inglés.

3. En sus cuestiones prejudiciales, el órgano jurisdiccional remitente invoca el «artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales en relación con» la Directiva 2000/78/CE.² No es ninguna novedad en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia un cierto paralelismo en el contenido y la aplicación de una disposición de la Carta y del correspondiente acto de Derecho derivado que concreta dicha disposición. Al tratar el tema de la compatibilidad *abstracta* de una disposición de Derecho nacional con la Carta y con una Directiva de la Unión,³ la cuestión de qué se está aplicando exactamente en el caso concreto quizá pase a un segundo plano. Sin embargo, en el presente asunto se solicita al Tribunal de Justicia que especifique las consecuencias de la presunta incompatibilidad con el Derecho de la Unión para un tipo concreto de relación jurídica (horizontal), lo que a su vez exige especificar qué disposición nacional es incompatible con el Derecho de la Unión en el caso de ese tipo exacto de relación.

II. Marco jurídico

A. Derecho de la Unión

1. Carta de los Derechos Fundamentales

4. El artículo 21, apartado 1, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en lo sucesivo, «Carta») dispone lo siguiente: «Se prohíbe toda discriminación, y 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.»

5. El artículo 52, apartado 1, de la Carta establece lo siguiente: «Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Dentro del respeto del principio de proporcionalidad, solo podrán introducirse limitaciones cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás.»

2. Directiva 2000/78

6. Los artículos 1, 2 y 7 de la Directiva 2000/78 presentan el siguiente tenor:

«Artículo 1

Objeto

La presente Directiva tiene por objeto establecer un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación, con el fin de que en los Estados miembros se aplique el principio de igualdad de trato.

² Directiva 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 (DO 2000, L 303, p. 16).

³ Es conforme con el Derecho de la Unión preguntar si una disposición de Derecho nacional de determinadas características es compatible con el Derecho de la Unión, con carácter general y con independencia de la naturaleza de la relación jurídica a la que se aplique en el Derecho interno; véase, como ejemplo reciente, la sentencia de 19 de julio de 2017, Abercrombie & Fitch Italia (C-143/16, EU:C:2017:566).

Artículo 2

Concepto de discriminación

1. A efectos de la presente Directiva, se entenderá por principio de igualdad de trato la ausencia de toda discriminación directa o indirecta basada en cualquiera de los motivos mencionados en el artículo 1.

2. A efectos de lo dispuesto en el apartado 1:

- a) existirá discriminación directa cuando una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por alguno de los motivos mencionados en el artículo 1;
- b) existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular a personas con una religión o convicción, con una discapacidad, de una edad, o con una orientación sexual determinadas, respecto de otras personas, salvo que:

[...].

5. La presente Directiva se entenderá sin perjuicio de las medidas establecidas en la legislación nacional que, en una sociedad democrática, son necesarias para la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención de infracciones penales, la protección de la salud y la protección de los derechos y libertades de los ciudadanos.

[...]

Artículo 7

Acción positiva y medidas específicas

1. Con el fin de garantizar la plena igualdad en la vida profesional, el principio de igualdad de trato no impedirá que un Estado miembro mantenga o adopte medidas específicas destinadas a prevenir o compensar las desventajas ocasionadas por cualquiera de los motivos mencionados en el artículo 1.

[...]»

B. Derecho austriaco

7. El artículo 7, apartado 2, de la Bundesgesetz über die wöchentliche Ruhezeit und die Arbeitsruhe an Feiertagen (Arbeitsruhegesetz) (Ley sobre el Descanso y las Vacaciones), de 3 de febrero de 1983 (BGBl. 144/1983), en su versión modificada, enumera trece días festivos aplicables a todos los trabajadores. El artículo 7, apartado 3, dispone que para los miembros de las Iglesias Evangélicas de la Confesión de Augsburgo y de la Confesión Helvética, de la Iglesia Católica Antigua y de la Iglesia Evangélica Metodista será festivo también el Viernes Santo.

8. El artículo 9 de la misma Ley establece, en esencia, que un trabajador que no trabaje en festivo sigue teniendo derecho a percibir el salario íntegro por ese día (apartado 1) y, si trabaja, debe percibir doble salario (apartado 5).

III. Hechos, procedimiento y cuestiones prejudiciales planteadas

9. Quien trabaja alguno de los trece festivos oficiales de Austria debe cobrar, en principio, además de su salario normal, una paga de vacaciones del mismo importe («compensación»), con el resultado práctico de que percibe una paga por trabajar esos días. Sin embargo, dado que el Viernes Santo es un festivo oficial para los miembros de las cuatro Iglesias, solo estos tienen derecho a permiso remunerado en Viernes Santo o a percibir la compensación (además de su salario normal) si trabajan ese día.

10. El demandante trabaja para la demandada y no pertenece a ninguna de las cuatro Iglesias referidas. Por ese motivo, la demandada no le pagó la compensación por trabajar en festivo oficial el Viernes Santo, 3 de abril de 2015.

11. Con su demanda, el demandante pretende obtener un pago de 109,09 euros brutos más intereses. En su opinión, la normativa legal, que solo considera festivo oficial el Viernes Santo para los miembros de las cuatro Iglesias, que implica el pago de una compensación en caso de trabajar ese día, constituye una diferencia de trato por razón de la religión y de las convicciones con respecto a la retribución y las demás condiciones de trabajo.

12. La demandada rebate esa afirmación y considera que la demanda debe ser desestimada con la correspondiente condena en costas. A su parecer, no existe discriminación alguna.

13. El tribunal de primera instancia desestimó las pretensiones de la demanda, al considerar que la normativa del Viernes Santo constituye una diferencia de trato objetivamente justificada, al tratarse de situaciones distintas.

14. El tribunal de apelación estimó el recurso de apelación del demandante y modificó la sentencia de primera instancia en el sentido de estimar las pretensiones de la demanda. En su opinión, la normativa nacional que establece la diferencia de trato en relación con el Viernes Santo es contraria al artículo 21 de la Carta, que es directamente aplicable. Constituye, por tanto, una discriminación directa de los trabajadores afectados por motivos de religión, sin que exista justificación. Por lo tanto, el Viernes Santo, como festivo oficial, no puede restringirse a determinados grupos de trabajadores y, en consecuencia, el demandante, que trabajó el Viernes Santo, 3 de abril de 2015, también tenía derecho a la compensación.

15. El Oberster Gerichtshof (Tribunal Supremo de lo Civil y Penal) debe resolver ahora el recurso de casación interpuesto por la demandada contra la sentencia de apelación, en el que solicita que se confirme la sentencia de primera instancia, que desestimó la demanda. Dicho órgano jurisdiccional decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) ¿Debe interpretarse el Derecho de la Unión, en particular el artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales en relación con los artículos 1 y 2, apartado 2, letra a), de la Directiva 2000/78/CE, en el sentido de que, en un litigio entre un trabajador y un empresario en el marco de una relación laboral de Derecho privado, se opone a una normativa nacional con arreglo a la cual el Viernes Santo solo es festivo, con un período de descanso continuado de al menos 24 horas, para quienes pertenecen a las Iglesias Evangélicas de la Confesión de Augsburgo y de la Confesión Helvética, de la Iglesia Católica Antigua y de la Iglesia Evangélica Metodista, y en caso de que, pese a ser de carácter festivo, el trabajador trabaje en dicha fecha, además del derecho a la compensación por trabajar en festivo, tiene derecho a la retribución por el trabajo realizado, mientras que no sucede lo mismo con los trabajadores que no pertenecen a dichas Iglesias?

- 2) ¿Debe interpretarse el Derecho de la Unión, en particular el artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales en relación con el artículo 2, apartado 5, de la Directiva 2000/78/CE, en el sentido de que la normativa nacional descrita en la primera cuestión, que (teniendo en cuenta la población total y la adscripción mayoritaria a la Iglesia católica romana) solo concede derechos a un número relativamente reducido de fieles de (otras) Iglesias determinadas, no se ve afectada por la citada Directiva al tratarse de una medida necesaria en una sociedad democrática para proteger los derechos y libertades de las demás personas, especialmente el derecho a la libertad de ejercicio de la religión?
- 3) ¿Debe interpretarse el Derecho de la Unión, en particular el artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales en relación con el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2000/78/CE, en el sentido de que la normativa nacional descrita en la primera cuestión constituye una acción positiva y una medida específica a favor de los miembros de las Iglesias mencionadas en la primera cuestión, para garantizar su plena igualdad en la vida profesional y para prevenir o compensar las desventajas ocasionadas a dichos miembros por motivos de religión, cuando dicha normativa les concede el derecho al ejercicio de la religión durante el tiempo de trabajo en una festividad importante para esa religión de igual manera que la mayoría de los trabajadores, en virtud de otras disposiciones, en general están exentos de trabajar en las festividades de la religión a la que mayoritariamente pertenecen?
- 4) En caso de que se determine la existencia de una discriminación en el sentido del artículo 2, apartado 2, letra a), de la Directiva 2000/78/CE:

¿Debe interpretarse el Derecho de la Unión, en particular el artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales en relación con los artículos 1, 2, apartado 2, letra a), y 7, apartado 1, de la Directiva 2000/78/CE, en el sentido de que, en la medida en que el legislador no haya adoptado una legislación no discriminatoria, el empresario privado debe conceder a todos los trabajadores los derechos descritos en la primera cuestión en relación con el Viernes Santo, con independencia de su confesión religiosa, o debe quedar inaplicada en su totalidad la normativa nacional expuesta en la primera cuestión, de manera que no deben reconocerse a ningún trabajador los derechos descritos en la primera cuestión en relación con el Viernes Santo?»

16. El demandante, la demandada, los Gobiernos austriaco, italiano y polaco y la Comisión Europea presentaron observaciones escritas. Estas mismas partes formularon observaciones orales en la vista celebrada el 10 de abril de 2018.

IV. Apreciación

A. Introducción

17. Considero que determinados extremos de las cuestiones que plantea el tribunal remitente son relativamente simples. La concesión de un festivo oficial remunerado en Viernes Santo solo a los miembros de las cuatro Iglesias, con derecho a una compensación en caso de que dichas personas trabajen ese día, constituye una discriminación por razón de la religión a efectos del artículo 21, apartado 1, de la Carta y una discriminación directa en el sentido del artículo 2, apartado 2, letra a), de la Directiva 2000/78 (primera cuestión del órgano jurisdiccional remitente, de la que me ocupo en la sección C). No parece que exista una justificación válida para tal discriminación (segunda cuestión, sección D). Ni considero posible calificar dicho trato como «acción positiva» (tercera cuestión, sección E).

18. A mi parecer, la cuestión más compleja del presente asunto es qué efectos jurídicos ha de tener en un litigio entre particulares la conclusión (abstracta) de que existe discriminación con arreglo a la Directiva (que no tiene efecto directo horizontal entre particulares) y a una disposición de la Carta. El principio de primacía exige dejar sin aplicar la norma nacional. No obstante, ¿es posible deducir, ya sea de dicho principio o del posible efecto directo horizontal del artículo 21, apartado 1, de la Carta, que un empresario (de Derecho privado) está obligado en virtud del Derecho de la Unión a pagar la compensación a cualquier trabajador que trabaje en Viernes Santo, al margen de sus convicciones religiosas, además de su salario habitual? En mi opinión, no es así. Sin embargo, el Derecho de la Unión exige que el trabajador tenga acceso a una reparación eficaz, que puede consistir en la posibilidad de una acción indemnizatoria contra el Estado miembro (cuarta cuestión, sección F).

19. Antes de volver a las cuestiones del órgano jurisdiccional remitente formuladas en la resolución de remisión, abordaré el aspecto jurisdiccional suscitado por los Gobiernos italiano y polaco en relación con el artículo 17 TFUE.

B. Competencia del Tribunal

20. En sus observaciones escritas y orales, el Gobierno polaco ha alegado que las normas del día festivo de Viernes Santo en este caso son normas que rigen las relaciones entre las cuatro Iglesias y el Estado austriaco. En consecuencia, están comprendidas en el concepto de «estatuto reconocido, en virtud del Derecho interno, a las Iglesias y las asociaciones o comunidades religiosas» a que se refiere el artículo 17 TFUE, apartado 1. Por consiguiente, el Tribunal de Justicia no es competente para responder a las cuestiones planteadas por el órgano jurisdiccional remitente. En la vista oral, el Gobierno italiano siguió una línea argumental similar en relación con el artículo 17 TFUE y llegó a la conclusión de que el Tribunal de Justicia debe responder a las cuestiones prejudiciales confirmando la competencia exclusiva de los Estados miembros para decidir sobre la concesión de un permiso o una compensación a determinados colectivos religiosos.

21. En mi opinión, estos argumentos deben ser rechazados.

22. En su sentencia Egenberger, el Tribunal de Justicia señaló que «el artículo 17 TFUE expresa la neutralidad de la Unión respecto a la organización por parte de los Estados miembros de sus relaciones con las Iglesias y asociaciones o comunidades religiosas».⁴ En sus conclusiones presentadas en ese mismo asunto, el Abogado General Tanchev añadió que el principio de neutralidad no significa que las relaciones entre Iglesia y Estado estén totalmente exentas de toda revisión de su conformidad con los derechos fundamentales de la Unión (o con el Derecho de la Unión en general) «en cualquier circunstancia».⁵ De hecho, en la sentencia Egenberger, el Tribunal de Justicia confirmó expresamente que el artículo 17 TFUE «no puede dispensar del control judicial efectivo del respeto a los criterios señalados en el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 2000/78».⁶

23. Con carácter general, los abogados generales han sugerido, en los asuntos Achbita y Egenberger, que el artículo 17 TFUE «completa y concreta el mandato previsto en el artículo 4 TUE, apartado 2». De este último «no se deduce que existan determinadas materias o ámbitos de actividad que estén totalmente excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78».⁷

4 Sentencia de 17 de abril de 2018 (C-414/16, EU:C:2018:257), apartado 58.

5 Véanse las conclusiones del Abogado General Tanchev presentadas en el asunto Egenberger (C-414/16, EU:C:2017:851), punto 93; véase también el punto 88.

6 Sentencia de 17 de abril de 2018 (C-414/16, EU:C:2018:257), apartado 58.

7 Conclusiones de la Abogada General Kokott presentadas en el asunto G4S Secure Solutions (C-157/15, EU:C:2016:382), punto 32, y conclusiones del Abogado General Tanchev presentadas en el asunto Egenberger (C-414/16, EU:C:2017:851), punto 95.

24. De forma análoga, en la sentencia Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania,⁸ el artículo 17 TFUE, apartado 1, no parecía impedir en absoluto la aplicación de la legislación de la Unión en materia de ayudas de Estado a los ingresos de las Iglesias. El artículo 17 TFUE, apartado 1, ni siquiera fue objeto de análisis por el Tribunal de Justicia,⁹ aunque desde cierto punto de vista podría interpretarse que el fondo del asunto versaba sobre las relaciones económicas entre Iglesia y Estado o que afectaba sustancialmente al estatuto financiero de las Iglesias.

25. El panorama que se desprende de dicha jurisprudencia parece claro: el artículo 17 TFUE, apartado 1, ciertamente confirma la neutralidad del Derecho de la Unión en cuanto al estatuto de las Iglesias y le exige que no vulnere ese estatuto. A mi parecer, la Unión Europea se declara totalmente neutral, incluso agnóstica, con respecto a los acuerdos, en sentido estricto, de cada Estado miembro con la Iglesia o Iglesias; por ejemplo, si un Estado miembro se define como estrictamente neutral desde el punto de vista religioso o si un Estado miembro tiene, de hecho, una Iglesia de Estado. Este criterio de neutralidad es una importante *declaración de principios*. Más allá de esa concepción estricta, puede servir también como *instrumento de interpretación*, de aplicación transversal, como sucede, de hecho, con otros valores e intereses contemplados en el título II de la primera parte del TFUE («Disposiciones de aplicación general») en otras áreas del Derecho de la Unión: en igualdad de los demás factores, debe propugnarse una interpretación del Derecho de la Unión que favorezca los valores e intereses reflejados en dichas disposiciones.

26. No obstante, aparte de las dos dimensiones mencionadas, el artículo 17 TFUE, apartado 1, no creo que se pueda entender en el sentido de que *cualquier* normativa nacional relativa a los acuerdos del Estado con las Iglesias o al estatuto de estas quede directamente fuera del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión. Del mismo modo que las exenciones fiscales no quedan fuera de las normas de la Unión en materia de ayudas de Estado por el solo hecho de que afecten a una Iglesia, el vino no está excluido de las normas del Tratado sobre la libre circulación de mercancías solamente por ser vino de consagrar, destinado a uso litúrgico. Dicho en pocas palabras, «respetar el estatuto» no se puede entender como «exención en bloque» de toda materia que afecte a una Iglesia o a una comunidad religiosa.

27. Por lo tanto, no alcanzo a ver por qué una norma que impone a todos los empresarios (con independencia de su fe o su falta de fe) una obligación de conceder un permiso remunerado a los trabajadores que sean miembros de las cuatro Iglesias (o una compensación a quienes trabajen ese día) ha de quedar, en virtud del artículo 17 TFUE, apartado 1, completamente exenta de revisión a la luz de la Carta o de la Directiva 2000/78.

28. Esta interpretación del artículo 17 TFUE, apartado 1, viene corroborada también por el hecho de que el apartado 2 del mismo artículo otorga una garantía de neutralidad similar al estatuto reconocido a las organizaciones filosóficas y no confesionales. Dado que en el artículo 17 TFUE, apartado 2, la Unión Europea se compromete a «respetar asimismo» el estatuto de dichas organizaciones, cualquier «exención» hipotéticamente reconocida a las Iglesias y asociaciones o comunidades religiosas sería automáticamente aplicable a todas las organizaciones filosóficas (cuyo concepto queda indefinido y se deja al Derecho de los Estados miembros). Por lo tanto, el artículo 17 TFUE, apartado 2, deja patente que la intención en modo alguno podía ser excluir del ámbito del Derecho de la Unión todos los acuerdos que, directa o indirectamente, existan entre los Estados miembros y tales organizaciones.

29. En vista de todo ello, propongo al Tribunal de Justicia que rechace los argumentos de los Gobiernos italiano y polaco en cuanto a que bien el Tribunal de Justicia no tiene competencia para responder a las cuestiones planteadas, o bien el asunto no es competencia de la Unión Europea.

8 Sentencia de 27 de junio de 2017 (C-74/16, EU:C:2017:496).

9 Sin embargo, véanse las conclusiones de la Abogada General Kokott presentadas en dicho asunto (C-74/16, EU:C:2017:135), puntos 29 a 33.

C. Sobre la primera cuestión prejudicial

30. Mediante su primera cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente desea saber, en esencia, si el artículo 21, apartado 1, de la Carta y el artículo 2, apartado 2, letra a), de la Directiva 2000/78 se oponen a una normativa de Derecho nacional que concede solamente a los miembros de las cuatro Iglesias un permiso remunerado en Viernes Santo y una compensación en caso de que trabajen ese día.

31. A mi parecer, tal disposición constituye una discriminación en el sentido de las citadas disposiciones.

32. En general, existe una discriminación directa cuando una persona: i) sea tratada de manera menos favorable ii) que otra en situación análoga iii) por algún motivo protegido (en este caso, la religión) y iv) sin justificación objetiva posible para tal diferencia de trato.¹⁰

33. Sobre la cuestión de las posibles justificaciones [iv)] trata la segunda cuestión del órgano jurisdiccional remitente (véase la sección D de las presentes conclusiones).

34. En cuanto a los incisos i) y iii), a mi parecer es obvio que en este caso hay un trato menos favorable basado en la religión. Ese trato menos favorable consiste en que los trabajadores que no son miembros de ninguna de las cuatro Iglesias perciben una retribución normal o «simple» por trabajar en Viernes Santo, mientras que los que sí son miembros perciben doble remuneración. Aunque entiendo que la demandante en el asunto principal no lo ha mantenido, negar la doble paga de Viernes Santo a quien no es miembro de una de las cuatro Iglesias es un trato menos favorable por razón de religión.¹¹

35. En el presente caso, el aspecto más complejo lo constituye el último elemento de análisis de la discriminación: la comparabilidad. Es precisa una doble aclaración. En primer lugar, ¿qué se compara: personas individuales o grupos de personas (véase el epígrafe 2 siguiente)? En segundo lugar, ¿cuáles son las características relevantes de la comparación? ¿En qué nivel de abstracción debe efectuarse la comparación (epígrafe 3)?

36. Antes de profundizar sobre la materia procede hacer tres aclaraciones preliminares.

1. Los parámetros del análisis: el tipo de revisión, el Derecho aplicable y la naturaleza precisa de la prestación en cuestión

37. En primer lugar, las cuestiones primera y cuarta del órgano jurisdiccional remitente presentan una doble dimensión. La primera se refiere a la valoración *abstracta* de la compatibilidad, con la cual el órgano jurisdiccional remitente solicita una revisión de la comparabilidad de una disposición de Derecho nacional con el artículo 21, apartado 1, de la Carta en relación con el artículo 2, apartado 2, letra a), de la Directiva 2000/78. La segunda, aludida por el órgano jurisdiccional remitente en su primera cuestión y formulada después plenamente en la cuarta, es el hecho de que el litigio principal enfrenta a particulares. Así pues, ¿cuál ha de ser la consecuencia *real* de una conclusión eventual de que la legislación del Estado miembro, tal como se describe en la resolución de remisión, es incompatible con el Derecho de la Unión?

10 Véanse en general, como ejemplos recientes, las sentencias de 5 de julio de 2017, Fries (C-190/16, EU:C:2017:513), apartados 29 a 31, y de 12 de diciembre de 2013, Hay (C-267/12, EU:C:2013:823), apartado 31, con la evidente diferencia de que, en el contexto de la Carta, toda justificación que se invoque debe cumplir su artículo 52, apartado 1, mientras que en el contexto de la Directiva 2000/78 se trata del artículo 2, apartado 5, de esta última.

11 Examino la distinción entre estas dos ventajas en los puntos 40 a 44 y 82 a 86 de las presentes conclusiones.

38. En las presentes conclusiones voy a tratar estas dos dimensiones por separado. El hecho de que, en efecto, estén interconectadas se debe a una cierta confusión en el presente procedimiento, tanto con respecto a los medios de reparación como en el debate de la comparabilidad. Por lo tanto, la respuesta que propongo a la primera cuestión prejudicial, contenida en la presente sección, es de carácter general, referida solo a la revisión (abstracta) de la comparabilidad de las normas. Las consecuencias que tal conclusión eventual ha de tener en el caso específico e individual se explica en la cuarta cuestión (sección F).

39. En segundo lugar, en relación con este aspecto se halla la cuestión del Derecho aplicable. Cuando se le ha preguntado si una disposición de Derecho nacional está prohibida por el artículo 21, apartado 1, de la Carta y por el artículo 2, apartado 2, letra a), de la Directiva 2000/78, el Tribunal de Justicia hasta ahora ha valorado la comparabilidad sustantiva con dicha disposición de la Directiva, extendiendo en definitiva el mismo análisis al artículo 21, apartado 1, de la Carta.¹² De hecho, en cuanto a la cuestión de la comparabilidad abstracta, ambas fuentes del Derecho de la Unión son claramente aplicables.¹³ Por este motivo, ambas van a ser tenidas en cuenta de forma paralela al responder a las cuestiones primera a tercera del órgano jurisdiccional remitente. Por el contrario, la situación se hace algo más compleja con respecto a la cuarta cuestión prejudicial.

40. En tercer lugar, en análisis de la discriminación debe efectuarse «a la vista de la prestación de que se trate».¹⁴ En el presente caso se conceden diferentes «prestaciones» a los miembros de las cuatro Iglesias (y se les niegan a quienes no pertenezcan a ellas), a saber: a) un permiso remunerado y b) una compensación en caso de que un miembro de una de las Iglesias trabaje ese día.

41. En mi opinión, para resolver este asunto solo es necesario tratar en concreto el presunto carácter discriminatorio de la compensación. En efecto, de la descripción de los hechos que contiene la petición de decisión prejudicial se deduce que en el procedimiento principal ante los tribunales nacionales el demandante no reclama *un permiso remunerado en Viernes Santo*. Lo que solicita es la *compensación* por haber trabajado ese día.

42. Por lo tanto, el trato menos favorable¹⁵ denunciado y en relación con el cual se ha de efectuar el análisis de la discriminación es, en concreto, la denegación de la compensación. Y en este mismo sentido interpreto la primera cuestión prejudicial, que se refiere específicamente a los artículos 7, apartado 3, y 9, apartado 5, de la Ley sobre el Descanso y las Vacaciones en su conjunto (que conceden doble remuneración a los trabajadores que trabajen en festivo oficial), y no a los artículos 7, apartado 3, y 9, apartado 1, de la misma Ley (que reconoce el derecho a la remuneración aun no trabajando en festivo).

43. Entiendo perfectamente que todas estas disposiciones de Derecho interno están relacionadas. Una vez que un día ha sido declarado festivo con arreglo al Derecho nacional, se hace aplicable a ese día todo el régimen de vacaciones públicas, incluidos el derecho a la remuneración por ese día aunque no se trabaje y el derecho a percibir doble remuneración si se trabaja ese día (la compensación). Sin embargo, esa es precisamente una parte del problema: si el Derecho nacional ha acumulado algunas prestaciones o derechos con una misma justificación, resulta más complicado desvincularlos después y denegar todas las consecuencias que el Derecho nacional atribuía a su aplicación.

44. No obstante, en aras de la integridad volveré a ocuparme del tema del festivo oficial al final de esta sección.¹⁶

12 Véase, por ejemplo, la sentencia de 19 de julio de 2017, *Abercrombie & Fitch Italia* (C-143/16, EU:C:2017:566), apartados 16 a 18 y 47.

13 Véanse mis conclusiones presentadas en el asunto *Abercrombie & Fitch Italia* (C-143/16, EU:C:2017:235), puntos 20 a 36.

14 Sentencia de 19 de julio de 2017, *Abercrombie & Fitch Italia* (C-143/16, EU:C/2017/566), apartado 25. Véase también la sentencia de 1 de octubre de 2015, O (C-432/14, EU:C:2015:64), apartado 32.

15 En el sentido del primer paso [i)] del examen de la discriminación esbozado en el punto 32 de las presentes conclusiones.

16 Véanse los puntos 82 a 86 de las presentes conclusiones.

2. ¿Qué comparar: personas o grupos?

45. El demandante, la demandada, el Gobierno austriaco y la Comisión propusieron, en definitiva, comparar los mismos grupos: i) los miembros de las cuatro Iglesias y ii) el demandante, *como persona no perteneciente a ninguna de las cuatro Iglesias*.

46. No obstante, más allá de este acuerdo básico comenzaron a surgir las discrepancias. En particular, se formularon puntos de vista diferentes en lo que respecta a si la comparación debe hacerse entre el demandante como particular o como representante de un grupo.

47. En sus observaciones escritas, la Comisión compara al demandante, en primer lugar, con los miembros de las cuatro Iglesias. Continúa comparando grupos hipotéticos de otros trabajadores en Austria con los miembros de las cuatro Iglesias, y declara que corresponde al órgano jurisdiccional nacional decidir si la legislación nacional conduce a una discriminación en esos casos. Otras partes también han ampliado la comparación a personas distintas del demandante. Por ejemplo, la demandada compara a los miembros de las cuatro Iglesias con la «mayoría» de los trabajadores que pueden practicar su religión (si la tienen) en los festivos oficiales ya reconocidos.

48. Asimismo, la Comisión consideró que la concesión de un permiso remunerado a los miembros de las cuatro Iglesias *no* implicaba discriminación alguna contra el *demandante*, de quien la Comisión presume que es ateo. En realidad, aparte de manifestar que no pertenecía a ninguna de las cuatro Iglesias, las creencias del demandante no han sido expresamente confirmadas ante el Tribunal de Justicia.

49. El razonamiento de la Comisión pone de relieve un aspecto interesante. La Comisión se aparta de un examen de la compatibilidad de las medidas como las descritas en la resolución de remisión con el Derecho de la Unión y considera el caso concreto del demandante, con lo que ayuda a subrayar la cuestión antes sugerida:¹⁷ la de la inexistencia de una medida discriminatoria prohibida por el Derecho de la Unión (que es el objeto de la primera cuestión prejudicial y se somete a un control general y abstracto de compatibilidad), cuestión que conviene tratar al margen de las consecuencias de la eventual discriminación legislativa en el caso concreto (que es el objeto de la cuarta cuestión).¹⁸

50. Este razonamiento se ha visto corroborado sistemáticamente en los casos en que el Tribunal de Justicia ha tenido que valorar casos de discriminación legislativa. La jurisprudencia diferencia entre «discriminaciones cuya causa directa sean disposiciones legislativas o convenios colectivos de trabajo» y la discriminación ejercida por un empresario «en un mismo establecimiento». En otras palabras, la discriminación derivada, de una parte, del *legislador* y, de otra, del *empresario*.¹⁹

51. En el presente asunto, la presunta discriminación procede de *disposiciones legales*, y se solicita al Tribunal de Justicia que valore la compatibilidad de dichas disposiciones con el Derecho de la Unión. En tal situación, la comparación que realiza el Tribunal de Justicia utiliza efectivamente los grupos definidos en la legislación como punto de partida para su análisis. Obviamente, el hecho de que el demandante individual sea miembro de uno de esos grupos resulta decisivo para la identificación de los grupos objeto de comparación. La situación individual de cualquier demandante de ese tipo podría

¹⁷ Véanse los puntos 37 y 38 de las presentes conclusiones.

¹⁸ Véase, a este respecto, la sentencia de 10 de julio de 2008, Feryn (C-54/07, EU:C:2008:397), apartado 40, donde el origen de la discriminación residía en una política de contratación del empresario que perjudicaba a los inmigrantes, y donde se consideró *innecesario identificar una víctima* para determinar la existencia de una discriminación.

¹⁹ Véanse, por ejemplo, las sentencias de 8 de abril de 1976, Defrenne (43/75, EU:C:1976:56), apartado 40, y de 17 de septiembre de 2002, Lawrence y otros (C-320/00, EU:C:2002:498), apartado 17.

ilustrar también el funcionamiento efectivo de las normas generales valoradas en los casos concretos. Sin embargo, en todo caso lo que se va a comparar en cualquier examen abstracto de este tipo en un caso de discriminación legislativa y lo que constituye el marco del análisis de comparabilidad son grupos de personas, no personas individuales.

52. Es lo que sucedió, por ejemplo, en las sentencias Mangold y Küçükdeveci, relativas a una discriminación por razón de la edad.²⁰ Los demandantes en dichos asuntos alegaron que habían sido discriminados por su edad. La legislación laboral nacional permitía que a las *personas de sus grupos de edad* se les brindase una protección menor que la otorgada a *otros grupos de edad*, y sus empresarios habían aplicado esa protección reducida a los demandantes. El Tribunal de Justicia declaró que la *legislación nacional* era discriminatoria y estaba prohibida por el Derecho de la Unión. Al hacerlo, no comparó la situación de cada uno de los demandantes con la de sus compañeros de trabajo. Lo que comparó fue el trato que recibía el grupo de edad menos favorecido y los grupos de edad más favorecidos (en otras palabras, grupos definidos en abstracto en la legislación impugnada).²¹

53. La postura del Tribunal de Justicia en tales casos pone de manifiesto que el análisis jurídico se ha de centrar claramente en un *control de compatibilidad* abstracto de la legislación nacional con el Derecho de la Unión, y no en una discriminación concreta ejercida por el empresario individual demandado entre el demandante y sus compañeros de trabajo.²²

54. A mi parecer, en el presente caso es importante tener en cuenta estas consideraciones, pues, además de la cuestión de la compatibilidad, el órgano jurisdiccional remitente pregunta expresamente en su cuarta cuestión prejudicial cómo se ha de reparar la discriminación en términos concretos y prácticos. Esta cuestión pondrá en primer plano el problema de la «fuente» de la discriminación, así como la entidad que es «responsable de la desigualdad y que podría restablecer la igualdad de trato».²³

3. Qué grupos: características en que se ha de basar la comparación

55. Como he señalado, la mayor parte de quienes han presentado observaciones han preguntado si el demandante se hallaba en una situación comparable a los miembros de las cuatro Iglesias. Sin embargo, dicha comparación se llevó a cabo atendiendo a distintas características, en relación con diferentes elementos de comparación. Esta diferenciación revela un cómputo diferente de grupos comparables.

56. En términos generales, las partes propusieron tres alternativas, en función del grado de abstracción elegido:

- i) trabajadores para los que el Viernes Santo es la fiesta religiosa más importante del año («elemento de comparación estricto», básicamente la postura del Gobierno austriaco y de la demandada). Aplicando este elemento de comparación estricto, y partiendo de las alegaciones del demandante en la vista oral, este no se encontraría en una situación similar a la de los miembros de las cuatro Iglesias, lo cual excluiría toda comparabilidad y significaría que no hay discriminación.

20 Sentencias de 22 de noviembre de 2005, Mangold (C-144/04, EU:C:2005:709), y de 19 de enero de 2010, Küçükdeveci (C-555/07, EU:C:2010:21).

21 Tanto en el asunto Mangold como en el asunto Küçükdeveci (y en el presente caso), el demandante pertenecía al grupo menos favorecido. Un enfoque similar, pero no tan evidente en cuanto a si el acto en cuestión era realmente favorable o desfavorable (solo) para un grupo determinado, se encuentra en la sentencia de 19 de julio de 2017, Abercrombie & Fitch Italia (C-143/16, EU:C:2017:566).

22 Esta postura contrasta con la mantenida en casos en que la discriminación procede del empresario, y en muchos casos es necesario identificar grupos específicos de trabajadores que reciban un trato de favor a fin de poder efectuar alguna comparación. Sentencias de 17 de septiembre de 2002, Lawrence y otros (C-320/00, EU:C:2002:498), y de 13 de enero de 2004, Allonby (C-256/01, EU:C:2004:18).

23 Sentencias de 17 de septiembre de 2002, Lawrence y otros (C-320/00, EU:C:2002:498), apartados 17 y 18, y de 13 de enero de 2004, Allonby (C-256/01, EU:C:2004:18), apartados 45 y 46. Esta distinción tiene claras repercusiones en la cuestión de las posibles reparaciones, que se debate en detalle en los puntos 172 a 196 de las presentes conclusiones.

- ii) trabajadores para los que existe una fiesta (religiosa) «especialmente importante» que no coincide con ninguna otra fiesta oficial ya reconocida por el Derecho nacional («elemento de comparación intermedio», básicamente la postura de la Comisión). Conforme a este elemento de comparación no queda claro si el demandante está en una situación similar a la de los miembros de las cuatro Iglesias, puesto que no se conocen sus creencias religiosas. En último término, esta sería una cuestión de hecho que correspondería resolver al órgano jurisdiccional nacional.
- iii) trabajadores que trabajan en Viernes Santo y cuya remuneración por ese día es diferente en función de su religión («elemento de comparación amplio», básicamente la postura del demandante en el presente asunto). Conforme a este elemento de comparación, el demandante estaría en una situación similar a la de los miembros de las cuatro Iglesias que trabajasen en Viernes Santo, lo cual en principio implicaría una discriminación.

57. Antes de examinar cuál es el elemento de comparación adecuado en el presente caso, conviene tratar un aspecto más amplio. En sus preguntas escritas formuladas a las partes en el presente asunto, el Tribunal de Justicia quiso saber si era posible, en principio, excluir la comparabilidad basándose expresamente en una de las razones protegidas que se enumeran en el artículo 21, apartado 1, de la Carta y en el artículo 1 de la Directiva 2000/78 (en este caso, la religión).

58. En los casos de diferencia de trato directamente vinculada a la propia razón protegida, el Tribunal de Justicia considera sistemáticamente que existe discriminación.²⁴ El Tribunal de Justicia rechaza de plano los argumentos sobre la ausencia de comparabilidad en esos casos, si es que llega siquiera a tenerlos en cuenta.²⁵

59. Sin embargo, no considero que sea imposible afirmar con carácter general que una diferencia de trato basada en un motivo protegido debe equipararse *en todos los casos* a una discriminación directa.²⁶ No se puede excluir totalmente la posibilidad de que un motivo protegido pueda servir, por sí mismo, para negar la comparabilidad.²⁷

60. Me da la impresión de que, como en muchos otros casos, el problema va a estar en el grado de detalle con que se formule la causa de diferenciación. El motivo protegido siempre es abstracto (por ejemplo, principio de no discriminación por razón de religión). Sin embargo, las normas que establecen un marco de comparación en los casos individuales son inevitablemente más detalladas y a menudo tienen en cuenta también otros intereses y consideraciones (como sucede con las normas sobre festivos oficiales y remuneración). Por lo tanto, desde un punto de vista práctico, es raro que tanto el motivo protegido como el marco de comparación se formulen con exactamente el mismo grado de abstracción y el mismo alcance.

24 Sentencias de 8 de noviembre de 1990, Dekker (C-177/88, EU:C:1990:383), apartados 12 y 17; de 8 de noviembre de 1990, Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund (C-179/88, EU:C:1990:384), apartado 13; de 27 de febrero de 2003, Busch (C-320/01, EU:C:2003:114), apartado 39, y de 1 de abril de 2008, Maruko (C-267/06, EU:C:2008:179), apartado 72. Es lo que sucede, sin duda, cuando la diferencia de trato se basa expresamente en un motivo protegido (véase, por ejemplo, la sentencia de 5 de julio de 2017, Fries, C-190/16, EU:C:2017:513, apartados 32 a 34). Sin embargo, una mera *referencia* en un acto a un motivo protegido no basta, de por sí, para apreciar una discriminación directa (véanse las sentencias de 14 de marzo de 2017, Bougnaoui y ADDH, C-188/15, EU:C:2017:204, apartado 32, y de 14 de marzo de 2017, G4S Secure Solutions, C-157/15, EU:C:2017:203, apartado 30). El Tribunal de Justicia ha adoptado una postura similar cuando el motivo protegido constituye la causa subyacente a la diferencia de trato (véase, por ejemplo, la sentencia de 16 de julio de 2015, CHEZ Razpredelenie Bulgaria, C-83/14, EU:C:2015:480, apartado 91) o cuando en la práctica solo se ve afectado un grupo que pueda ser identificado en atención al motivo protegido (véase, por ejemplo, la sentencia de 20 de septiembre de 2007, Kiiski, C-116/06, EU:C:2007:536, apartado 55).

25 Véase, por ejemplo, la sentencia de 19 de julio de 2017, Abercrombie & Fitch Italia (C-143/16, EU:C:2017:566), apartados 25 a 28. Sin embargo, hay un ejemplo en que se negó la comparabilidad en la sentencia de 1 de octubre de 2015, O (C-432/14, EU:C:2015:643).

26 Véanse, como ejemplo de una opinión diferente, las conclusiones de la Abogada General Sharpston presentadas en el asunto Bressol y otros (C-73/08, EU:C:2009:396), punto 55.

27 Sentencia de 1 de octubre de 2015, O (C-432/14, EU:C:2015:643), apartado 40.

61. Dicho esto, la jurisprudencia antes citada deja patente que, cuando se invoca de tal manera el motivo protegido, se enciende la luz roja metafórica. Son excepcionales los casos en que se concluye la falta de comparabilidad. Salvo que se dé un caso claro y convincente de que los grupos en cuestión son tan esencialmente diferentes que no sea preciso examinar la necesidad o la proporcionalidad de la medida, procede ocuparse de las diferencias de trato en el plano de la «justificación», y no en el de la «(falta de) comparabilidad».

62. También es evidente en el presente caso el solapamiento entre la cuestión de la comparabilidad y la de la justificación, lo que hace que el presente marco de análisis de la discriminación sea ambivalente. El análisis de la discriminación se divide formalmente en diferentes fases: el examen de la existencia de situaciones comparables, la diferencia de trato entre esos grupos y, en caso de que se aprecie discriminación (diferencia de trato en situaciones comparables), el examen de las justificaciones. Sin embargo, todas estas fases encierran cuestiones similares sobre el alcance y la relevancia de las diferencias de situación y de trato. Si las diferencias de situación se consideran suficientemente acusadas (habida cuenta de la naturaleza y el alcance de la diferencia de trato en la práctica), no habrá comparabilidad. Si, por otro lado, las diferencias de situación no se consideran suficientemente acusadas (lo cual es más fácil de apreciar si la diferencia de trato, a primera vista, resulta en cierto modo patente), sí habría comparabilidad y diferencia de trato, con lo que procederá analizar las justificaciones. En esta última fase, la cuestión esencialmente es si, pese a tratarse de situaciones legalmente comparables, las diferencias de trato reflejan de forma adecuada y justa las diferencias de hecho que existen entre esas situaciones.

63. Partiendo de estas premisas, voy a analizar ahora el elemento de comparación adecuado en el presente caso.

4. Elemento de comparación adecuado en el presente caso

64. Conforme a reiterada jurisprudencia, «la exigencia del carácter comparable de las situaciones para determinar la existencia de una vulneración del principio de igualdad de trato debe apreciarse atendiendo a todos los aspectos que las caracterizan».²⁸ Además, la valoración de dicha comparabilidad debe efectuarse atendiendo al objetivo perseguido por las disposiciones nacionales de que se trate.²⁹

65. En el presente caso, el Gobierno austriaco ha manifestado que el Viernes Santo es la fiesta religiosa más importante para los miembros de las cuatro Iglesias. El *objetivo* de las disposiciones nacionales en cuestión es permitir a esas personas participar en las celebraciones religiosas de ese día, respetando así su libertad de religión.

66. La jurisprudencia también exige que el análisis de la comparabilidad se lleve a cabo no con carácter genérico y abstracto, sino de forma específica, «*teniendo en cuenta la prestación de que se trate*».³⁰

67. Como ya he expuesto,³¹ la prestación controvertida no es el permiso en Viernes Santo, sino la compensación. En vista de dicha prestación, entiendo que el elemento de comparación correcto es el amplio.

28 Sentencia de 1 de octubre de 2015, O (C-432/14, EU:C:2015:643), apartado 31.

29 Sentencia de 1 de octubre de 2015, O (C-432/14, EU:C:2015:643), apartado 33.

30 Sentencias de 1 de abril de 2008, Maruko (C-267/06, EU:C:2008:179), apartado 42; de 10 de mayo de 2011, Römer (C-147/08, EU:C:2011:286), apartado 42; de 12 de diciembre de 2013, Hay (C-267/12, EU:C:2013:823), apartado 33, y de 1 de octubre de 2015, O (C-432/14, EU:C:2015:643), apartado 32.

31 Véanse los puntos 40 a 43 de las presentes conclusiones.

68. A consecuencia de la compensación, un grupo selecto de las personas que trabajan en Viernes Santo cobra el doble estrictamente por su religión. Otras personas que trabajan ese día perciben el salario normal, a pesar de realizar exactamente el mismo trabajo. No hay ningún factor distintivo relevante entre ambos grupos con respecto a la prestación. En principio, la cuantía de la remuneración y la fe no guardan relación entre sí.

69. En mi opinión, esta conclusión no se ve afectada por el objetivo invocado por la legislación nacional de proteger la libertad de religión y de culto. Sinceramente, no veo cómo el pago del doble salario un día concreto a un grupo de trabajadores definido por criterios religiosos puede contribuir a ese objetivo. De hecho, cabría argumentar (no sin un toque de cinismo, he de admitir) que el derecho al doble salario de que gozan los miembros de las cuatro Iglesias que trabajan en Viernes Santo constituye un incentivo económico para *no* emplear ese día en asistir al culto.

70. Se podría contestar que los miembros de las cuatro Iglesias que trabajan en Viernes Santo se encuentran, en realidad, en una situación diferente, porque a ellos les afecta especialmente trabajar ese día. A este respecto, entiendo que hay determinados sectores en que los empresarios pueden pedir que trabajen en Viernes Santo incluso a los miembros de las cuatro Iglesias. Sin embargo, como ya he señalado, la cuestión aquí relevante conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia es si las situaciones son comparables habida cuenta del *objetivo* de la legislación nacional (que, a mi parecer, es proteger la libertad de religión, no compensar la presunta falta de protección) *y de las prestaciones concretas*. Por otro lado, también he de señalar que el artículo 9, apartado 5, de la Ley sobre el Descanso y las Vacaciones prevé una compensación para quienes trabajen en festivo, *independientemente de si el festivo oficial se reconoce por razones religiosas*.

71. En consecuencia, habida cuenta de la compensación y del objetivo de las disposiciones pertinentes del Derecho nacional, considero que son comparables todos los trabajadores que trabajen en Viernes Santo y se distinguen por razón de la religión en cuanto a la remuneración en ese día.

72. Quisiera añadir algunas observaciones sobre la comparabilidad.

73. En primer lugar, para ser claros, obviamente yo no cuestiono la particular importancia del Viernes Santo para los miembros de las cuatro Iglesias. En ese aspecto concreto es evidente que se les puede distinguir de las personas para quienes el Viernes Santo carece de tal importancia. Sin embargo, a mi parecer, esta característica adquiere diferente importancia para cada tipo de medida, ya sea conceder un permiso ese día, conceder el día libre pero deducido de las vacaciones anuales, conceder un día libre remunerado o pagar algún extra por trabajar ese día. En el presente caso, la prestación en cuestión es la compensación, con respecto a la cual los miembros de las cuatro Iglesias que trabajan en Viernes Santo pueden no encontrarse en una situación *idéntica* a los demás trabajadores, pero la relevancia de su religión ciertamente no llega al punto de hacerles incomparables con ellos.³²

74. En segundo lugar, la apreciación de la comparabilidad en el Derecho de la Unión toma como punto de partida los objetivos y las categorías establecidos por el Derecho nacional. Sin embargo, dichos objetivos y categorías no pueden ser decisivos en sí mismos. Como ya declaré en otra ocasión,³³ si fuera de otra manera y la cuestión de la comparabilidad estuviera intelectualmente predeterminada por las categorías establecidas en el Derecho nacional, esta definiría por sí misma las comparaciones que son posibles en su ámbito de aplicación, y tal argumento inevitablemente entraría en un círculo vicioso del que no se podría salir.

32 Sentencia de 19 de julio de 2017, Abercrombie & Fitch Italia (C-143/16, EU:C:2017:566), apartado 25.

33 Véanse mis conclusiones presentadas en el asunto MB (C-451/16, EU:C:2017:937), punto 47.

75. En el presente caso, el peso que tienen en el análisis de la comparabilidad los objetivos y categorías establecidos por el Derecho nacional es, en mi opinión, muy reducido, sobre todo por la incoherencia entre el invocado objetivo de proteger el derecho al culto en Viernes Santo y la gratificación económica por trabajar ese día.

76. En tercer lugar, probablemente en este caso la legislación nacional está hecha a medida. Establece objetivos y define categorías que otorgan un trato especial a personas seleccionadas que pertenecen a grupos cristianos específicos (y que dentro de la población total austriaca no parecen muy numerosos).³⁴ Solo esto ya invita a la cautela. Sin embargo, si se ha de considerar que esas características tan particulares son realmente de tal relevancia que hacen que no sea comparable la situación de los miembros de las cuatro Iglesias, lógicamente los miembros de los demás grupos religiosos es probable que también tengan características relevantes que les diferencien de todos los demás.

77. La discriminación no solo existe cuando situaciones similares son tratadas de modo distinto, sino también cuando situaciones objetivamente diferentes son tratadas de igual forma. Si se considera que los miembros de las cuatro Iglesias tienen características distintivas relevantes, en principio se ha de otorgar atención individual a cada religión para determinar cómo se debe tratar a sus miembros de forma diferente en cuanto a los permisos adicionales (remunerados) y las compensaciones.³⁵ Sin embargo, esta no es precisamente la postura del Estado austriaco. En las observaciones escritas y orales del Gobierno de ese país se ha aclarado que existe un convenio colectivo que concede descanso a quienes profesan la fe judía en el día de Yom Kipur y que, según parece, solo es válido en algunos sectores de la economía nacional. En cualquier caso, se trata de la única religión diferente que goza de ese trato.³⁶

78. Esta última razón constituye, en definitiva, un argumento más en favor de que no se puede atender al «elemento de comparación estricto», como sugieren el Gobierno austriaco y la demandada. Aun admitiendo que solo los miembros de las cuatro Iglesias tienen una necesidad objetiva de practicar el culto en Viernes Santo, lo que hace imposible compararlos con los otros grupos religiosos (pues probablemente ninguno de ellos tenga la misma necesidad de culto en ese día concreto), y al margen del hecho de que la compensación desalienta antes que incentiva tal práctica religiosa, se pone de manifiesto claramente el aspecto *selectivo* de la medida, elevando así en un grado el problema de la discriminación. ¿Qué sucede con otros grupos o comunidades religiosas que también cuentan con importantes fiestas religiosas no recogidas en la lista de festivos oficiales del artículo 7, apartado 1, de la Ley sobre el Descanso y las Vacaciones?

79. Si se lleva este argumento de la imposibilidad de comparación a sus últimas consecuencias, ninguno de esos grupos sería comparable a ningún otro, ya que todos tienen una necesidad objetiva de celebrar fiestas religiosas diferentes. ¿Significa esto que el legislador nacional puede reconocer también festivos oficiales (incluso de distinta duración) solo para algunos, negándoselos al resto, potencialmente asociados a diferentes niveles de remuneración?

34 En las observaciones escritas y orales del Gobierno austriaco se ha expuesto que históricamente los miembros de las cuatro Iglesias constituyeron una minoría en Austria que, a diferencia de la mayoría católica, no gozaba de un festivo oficial en su día religiosamente más importante. Cuando se introdujo el artículo 7, apartado 3, en la ley, es posible que los miembros de las cuatro Iglesias constituyesen la mayoría de la población no católica. No obstante, tal como se confirma en la petición de decisión prejudicial, no representan a toda la población no católica de Austria, pues esta incluye otras creencias.

35 Véase, como ejemplo de trato igual de situaciones que pueden diferenciarse desde el punto de vista religioso, TEDH (Gran Sala), sentencia de 6 de abril de 2000, Thlimmenos c. Grecia (CE:ECHR:2000:0406JUD003436997).

36 Véase, por ejemplo, la sentencia de 1 de octubre de 2015, O (C-432/14, EU:C:2015:643), apartado 38. En ella el Tribunal de Justicia analizó la comparabilidad de los «jóvenes» que asisten a la universidad o a la escuela y los demás trabajadores. El Tribunal de Justicia consideró que ambos grupos no eran comparables, para lo cual tuvo en cuenta los objetivos de la legislación nacional, pero sin duda no perdió de vista la coherencia del argumento y el trato conferido a otros grupos.

80. Por todas estas razones, llego a la conclusión de que la aplicación combinada de los artículos 7, apartado 3, y 9, apartado 5, de la Ley sobre el Descanso y las Vacaciones lleva al demandante a sufrir un trato menos favorable que los miembros de las cuatro Iglesias que perciben doble salario cuando trabajan en Viernes Santo. La diferencia de trato subyacente se basa directamente en la religión.³⁷

81. A mi parecer, es irrelevante que la redacción del artículo 9, apartado 5, de la Ley sobre el Descanso y las Vacaciones sea aparentemente neutral, pues de la petición de decisión prejudicial se deduce claramente que el derecho a compensación que reconoce dicha disposición se fundamenta en el artículo 7, apartado 3, de la misma ley, y este no es neutral, sino que diferencia expresamente en función de la religión. La diferencia de trato resultante constituye una discriminación en el sentido del artículo 21, apartado 1, de la Carta y una discriminación directa a efectos del artículo 2, apartado 2, letra a), de la Directiva 2000/78.

5. La prestación del permiso remunerado

82. El análisis anterior se centra en la cuestión de la discriminación a la luz de la prestación de la compensación. En la sección anterior de las presentes conclusiones he intentado explicar por qué dicha prestación, que es de la que trata, en el fondo, el procedimiento principal, debe ser tenida en cuenta a efectos de la comparabilidad. En aras de la integridad, voy a ocuparme brevemente de la prestación de la compensación y cómo un análisis centrado en esta puede alterar el marco de comparabilidad.

83. Ya he señalado que la importancia del Viernes Santo para los miembros de las cuatro Iglesias adquiere diferente importancia en el análisis de la comparabilidad en función de la prestación a que se aplique.³⁸ Conceder un permiso (no remunerado) ese día sería mucho más coherente con el objetivo proclamado de proteger la libertad religiosa que la compensación. La obligación de remunerar a los trabajadores que se ausenten del trabajo en Viernes Santo para practicar su culto va más allá del objetivo preciso invocado por el Gobierno austriaco, pero probablemente esté mucho más cerca del objetivo original que la compensación.³⁹

84. Estas consideraciones me llevan a la conclusión de que, si solo afectara al día de permiso retribuido, existirían sólidos argumentos para atender al elemento de comparación intermedio, como sugiere la Comisión.

85. Sin embargo, lo cierto sigue siendo, una vez más, que en el procedimiento principal el demandante no solicita disfrutar del Viernes Santo como permiso remunerado, ni tampoco que se le reconozca otro día especial al que se aplique el mismo régimen, en atención a sus creencias religiosas específicas y diferentes. Lo que solicita el demandante es la compensación por trabajar en Viernes Santo, eliminando la discriminación en la remuneración basada en razones religiosas.

37 Véanse, en este sentido, las conclusiones de la Abogada General Kokott presentadas en el asunto G4S Secure Solutions (C-157/15, EU:C:2016:382), punto 43.

38 Véanse los puntos 40 a 43 y 73 de las presentes conclusiones.

39 Especialmente para los trabajadores a quienes les resulte económicamente gravoso tomarse un día adicional de permiso no retribuido.

86. Por lo tanto, siendo plenamente consciente del objetivo general de la medida, así como del hecho de que el permiso remunerado y la compensación son esencialmente dos caras de la misma moneda, en el presente caso no puede ser determinante el elemento de comparación intermedio, como sugiere la Comisión.⁴⁰ Además, por las mismas razones expresadas en relación con la compensación,⁴¹ entiendo que atender al elemento de comparación estricto, como pretenden el Gobierno austriaco y la demandada, queda descartado, en todo caso, por lo que respecta a la compensación.

6. Conclusión sobre la primera cuestión prejudicial

87. A la vista de las consideraciones que preceden, propongo al Tribunal de Justicia que responda a la primera cuestión prejudicial en los términos siguientes:

«El artículo 21, apartado 1, de la Carta de los Derechos Fundamentales en relación con los artículos 1 y 2, apartado 2, letra a), de la Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional con arreglo a la cual el Viernes Santo solo es festivo, con un período de descanso continuado de al menos 24 horas, para los pertenecientes a las Iglesias Evangélicas de la Confesión de Augsburgo y de la Confesión Helvética, de la Iglesia Católica Antigua y de la Iglesia Evangélica Metodista, y en caso de que, pese a ser festivo, el trabajador trabaje en dicha fecha, además del derecho a la compensación por trabajar en festivo, tiene derecho a la retribución por el trabajo realizado, mientras que no sucede lo mismo con los trabajadores que no pertenecen a dichas Iglesias.»

D. Sobre la segunda cuestión prejudicial

88. Mediante su segunda cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente desea saber, en esencia, si las medidas a favor de los miembros de las cuatro Iglesias, en la medida en que se consideren discriminatorias, pueden estar justificadas con arreglo al artículo 2, apartado 5, de la Directiva 2000/78.

89. En mi opinión, no lo están.

90. Como observación preliminar cabe señalar que, en la medida en que en respuesta a la primera cuestión se considere que las medidas controvertidas están prohibidas por el artículo 21, apartado 1, de la Carta en relación con el artículo 2, apartado 2, letra a), de la Directiva 2000/78, toda justificación debe ser valorada a la luz del artículo 52, apartado 1, de la Carta y del artículo 2, apartado 5, de la Directiva, respectivamente. Aparte del elemento formal de que las disposiciones de las directivas no pueden derogar las disposiciones de la Carta, no deja de ser cierto que unas y otras están redactadas en términos ligeramente distintos.

40 Así pues, sin entrar en la cuestión de la interpretación del elemento de comparación intermedio al que se habría de atender, y que no está en absoluto claro, ¿qué es lo que hace «especial» a un día? ¿Existe un umbral jurídico de la importancia espiritual o religiosa? ¿Qué religiones tendrían derecho, y sería realmente trasladable este criterio a otros sistemas de creencias que contasen con múltiples días de gran importancia? ¿Qué sucede, por ejemplo, con los ateos que tienen también días de gran importancia para ellos? ¿Debe negarse a los católicos un día más precisamente porque, debido a razones históricas, muchos de sus días especiales ya están recogidos entre las otras trece fiestas oficiales? Por otro lado, en la vista oral se aludió también a lo delicado que es requerir a los trabajadores que revelen detalles de sus creencias (religiosas), una consecuencia lógica de aplicar el elemento de comparación intermedio.

41 Véanse los puntos 76 a 79 de las presentes conclusiones.

91. No obstante, a los efectos del presente asunto, el análisis de fondo en ambos casos es similar. En la Carta y en la Directiva, la justificación invocada es la «protección de los derechos y libertades de los ciudadanos/de los demás». Además, como excepciones que son al principio de no discriminación, ambas disposiciones deben ser interpretadas restrictivamente⁴² y están sujetas a un examen de proporcionalidad.⁴³

92. Hay tres razones en particular que me llevan a la conclusión de que la concesión de la compensación *no puede* estar justificada en virtud del artículo 52, apartado 1, de la Carta o del artículo 2, apartado 5, de la Directiva.

93. En primer lugar, no resulta evidente que la «protección de los derechos y libertades de los ciudadanos/de los demás» implique el pago de una compensación en caso de restricción de dichas libertades. A mi parecer, esto constituye no una protección, sino una indemnización por no proteger.

94. No obstante, en la medida en que en principio pueda estar amparada por ellas, las disposiciones de la Directiva se refieren específicamente a la «protección de los derechos y libertades de *los ciudadanos*». A este respecto, parece ser que el artículo 2, apartado 5, fue introducido en la Directiva en el último momento ante la insistencia del Reino Unido,⁴⁴ y todo parece indicar que con él se pretendía proteger al *público general* frente al perverso comportamiento de ciertos grupos.⁴⁵

95. Entiendo esta disposición en un sentido similar: permite excepciones en aras de los derechos y libertades de *los ciudadanos*, en un sentido horizontal y transversal, es decir, los derechos y libertades del resto de la sociedad en su conjunto. Esta postura es coherente con la estructura lógica de las excepciones: una carga o desventaja impuesta a un grupo específico puede ser asumida legítimamente por ese grupo si es necesaria y proporcionada al interés general del conjunto de la sociedad. En este punto puede producirse una cierta ponderación de intereses entre lo específico (la desventaja) y lo general (el interés).

96. Si se interpretasen «los ciudadanos» a que se refiere la «protección de los derechos y libertades de *los ciudadanos*» como los miembros del grupo al cual la normativa en cuestión concede ciertas ventajas, se trastocaría esta lógica. El argumento entero entraría en un círculo vicioso y cualquier régimen específico estaría justificado por el mero hecho de su existencia.

97. En segundo lugar, la naturaleza *selectiva* de los artículos 7, apartado 3, y 9, apartado 5, de la Ley sobre el Descanso y las Vacaciones resulta problemática, en cualquier caso, desde el punto de vista de la proporcionalidad, especialmente de su primera dimensión: la de la adecuación. Aunque el objetivo declarado de las medidas es la protección de la libertad religiosa, solo se aplican a grupos concretos. No se menciona a otras minorías. Quiero recordar que, al valorar la proporcionalidad de una medida nacional discriminatoria, el Tribunal de Justicia tiene en cuenta la coherencia de la medida con el objetivo declarado. En este sentido, ha declarado que «una normativa solo es adecuada para garantizar la consecución del objetivo alegado si responde verdaderamente al empeño por hacerlo *de forma congruente y sistemática*, y que las excepciones a las disposiciones de una ley pueden en determinados casos menoscabar la coherencia de esta».⁴⁶ Si bien es cierto que las disposiciones pertinentes del Derecho nacional en el presente caso no contienen excepciones que excluyan a grupos concretos, el efecto práctico de delimitar de forma muy estricta el ámbito de aplicación del derecho es el mismo. Excluye a todos menos a los miembros de las cuatro Iglesias.

42 Véanse las sentencias de 13 de septiembre de 2011, Prigge y otros (C-447/09, EU:C:2011:573), apartados 55 y 56, y de 12 de diciembre de 2013, Hay (C-267/12, EU:C:2013:823), apartado 46.

43 Véase la redacción del artículo 21, apartado 1, de la Carta y del considerando 23 de la Directiva. Véase también la sentencia de 5 de julio de 2017, Fries (C-190/16, EU:C:2017:513), apartado 44.

44 Véase, por ejemplo, Ellis, E., y Watson, P.: *EU Anti Discrimination Law*, 2.ª ed., Oxford EU Law Library, 2012, p. 403.

45 Conclusiones de la Abogada General Sharpston presentadas en el asunto Bougnaoui y ADDH (C-188/15, EU:C:2016:553), nota 99.

46 Sentencia de 5 de julio de 2017, Fries (C-190/16, EU:C:2017:513), apartado 48.

98. El problema de la selectividad no se soluciona concediendo un permiso por motivos religiosos en virtud de otras normas. A este respecto, es cierto que en Austria existe, por ejemplo, un convenio colectivo que concede descanso en Yom Kipur a los miembros de la confesión judía, así como un deber de atención de los empresarios frente a sus trabajadores.⁴⁷

99. Sin embargo, por lo que respecta al convenio colectivo, en la respuesta escrita del Gobierno austriaco a las preguntas del Tribunal de Justicia se señala que no es un convenio válido para todos los sectores y solo se aplica a los miembros de un grupo religioso concreto. En cuanto al deber de atención, a mi parecer el derecho del trabajador a solicitar proactivamente un permiso para el culto religioso no puede compararse en absoluto con el derecho a un permiso remunerado consagrado en la legislación nacional o en un convenio colectivo. En general, aunque el permiso para el culto se pueda conseguir previa solicitud y siempre que haya acuerdo con el empresario respecto a los miembros de otras religiones, no existe un derecho general y automático a una compensación económica si finalmente no se toma el permiso.

100. En tercer lugar, no existe una relación obvia entre la protección de la libertad religiosa y el derecho a una compensación si se trabaja en Viernes Santo. Por estas mismas razones, creo que la concesión de una compensación a los miembros de las cuatro Iglesias que trabajen en Viernes Santo, aunque se aplique con tal carácter selectivo, es desproporcionada en el sentido de que *no es adecuada* para alcanzar el objetivo de proteger la libertad religiosa con arreglo al artículo 52, apartado 1, de la Carta y al artículo 2, apartado 5, de la Directiva 2000/78. Vuelvo a señalar que no veo cómo el pago de doble salario por *no practicar* el culto en Viernes Santo puede ser un medio adecuado para lograr el objetivo de proteger la libertad religiosa y de culto (concedida de forma selectiva).

101. Por último, cabe señalar que, si bien las consideraciones anteriores se centran en la compensación, los argumentos de los puntos 97 y 98 respecto a la selectividad de la medida en cuanto a la prestación del *permiso remunerado* son válidos también para el carácter discriminatorio de la prestación y excluyen toda justificación al respecto.

102. A la luz de las consideraciones anteriores, propongo al Tribunal de Justicia que responda del siguiente modo a la segunda cuestión prejudicial:

«En circunstancias como las del presente asunto, una normativa nacional que concede una compensación como la descrita en la primera cuestión solamente a los miembros de ciertas Iglesias que trabajen en Viernes Santo no constituye una medida necesaria en una sociedad democrática para proteger los derechos y libertades de los ciudadanos, en el sentido de la Directiva 2000/78».

E. Sobre la tercera cuestión prejudicial

103. Mediante su tercera cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente desea saber, en esencia, si las medidas a favor de los miembros de las cuatro Iglesias están comprendidas en el concepto de «acción positiva» a efectos del artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2000/78 en relación con el artículo 21, apartado 1, de la Carta.

104. Desde mi punto de vista, no lo están.

⁴⁷ En el artículo 8 de la Ley sobre el Descanso y las Vacaciones.

105. Como observación preliminar cabe señalar que no está totalmente clara la relación exacta que existe entre el artículo 21, apartado 1, de la Carta y el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2000/78. En particular, no está ni mucho menos resuelto el debate acerca de si la acción positiva es una excepción (temporal) al principio de igualdad o si se trata de un componente intrínseco de una concepción realmente sustantiva de la igualdad. No obstante, a los efectos de las presentes conclusiones, no creo necesario entrar en tan profundas cuestiones.

106. En el presente caso, el Gobierno austriaco ha señalado que las medidas podrían considerarse como comprendidas en el concepto de «acción positiva» en el sentido de que han sido adoptadas para compensar un trato menos favorable en el pasado. Según las observaciones escritas del Gobierno austriaco, los miembros de las cuatro Iglesias, a diferencia de la mayoría católica, no tenían derecho al día libre para celebrar su fiesta religiosa más importante del año y sufrieron esa situación durante mucho tiempo antes de que el derecho fuese solicitado y les fuese concedido en los años cincuenta.

107. Es cierto que ni la legislación ni la jurisprudencia definen claramente el concepto de «acción positiva». Por lo tanto, a primera vista no hay ningún límite, ni sustantivo ni temporal, al contenido de dicho concepto. Así las cosas, podría sugerirse incluso que el propósito de «compensar las desventajas ocasionadas por cualquiera de los motivos mencionados en el artículo 1» incluye también el deseo de compensar por una pasada persecución religiosa (sufrida incluso durante siglos).

108. Dicho esto, debo confesar que, desde un punto de vista estrictamente cronológico, resulta ciertamente dudoso que una medida adoptada en los años cincuenta del siglo XX se concibiese realmente como una «acción positiva» en el sentido de un concepto mucho más moderno, que apareció por primera vez décadas más tarde, ya en el Derecho de la Unión. Tal anticipación raya en lo milagroso.

109. Sin embargo, al margen de la particularidad conceptual y de la cronología, hay dos poderosas razones por las que creo que la compensación no puede constituir en ningún modo una «acción positiva».

110. En primer lugar, la medida se dirige a un grupo muy específico, lo que suscita de nuevo el ya debatido problema de su carácter *selectivo* y de la discriminación de segundo nivel.⁴⁸ Las medidas no fueron adoptadas para garantizar la plena igualdad de todos los grupos que se habían visto desfavorecidos en el pasado o que, más concretamente, no gozaban de descanso en una importante celebración, a diferencia de la mayoría católica.

111. En segundo lugar, cualquier medida que se suponga comprendida en el concepto de «acción positiva» debe respetar en todo caso el principio de proporcionalidad. Así se ha reconocido recientemente con carácter general en relación con medidas restrictivas de las libertades religiosas, que fueron valoradas a la luz de la Carta y de la Directiva 2000/78.⁴⁹ Aunque la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre la aplicación del concepto de «acción positiva» en el Derecho derivado no incluya el análisis relativo a la proporcionalidad, es evidente que el Tribunal de Justicia examina las medidas para determinar si son necesarias para neutralizar una presunta desventaja.⁵⁰ Por las mismas razones expuestas en relación con la segunda cuestión,⁵¹ considero que las medidas nacionales de que se trata no pueden considerarse en modo alguno proporcionadas y, en consecuencia, no pueden estar comprendidas en el concepto de «acción positiva» a efectos del artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2000/78.

48 Véanse los puntos 76 a 79 y 97 y 98 de las presentes conclusiones.

49 Sentencia de 17 de abril de 2018, Egenberger (C-414/16, EU:C:2018:257), apartado 68.

50 Véase, en este sentido, la sentencia de 11 de noviembre de 1997, Marschall (C-409/95, EU:C:1997:533), apartado 31.

51 Véase el punto 100 de las presentes conclusiones.

112. Por último, cabe señalar que, si bien las consideraciones anteriores se centran de nuevo en la compensación, los argumentos del punto 100 respecto a la selectividad de la medida en cuanto a la prestación del *permiso remunerado* son válidos también para la consideración de la prestación como «acción positiva».

113. A la vista de las consideraciones que preceden, propongo responder a la tercera cuestión prejudicial del órgano jurisdiccional remitente en los términos siguientes:

«Una normativa nacional que concede una compensación como la descrita en la primera cuestión no constituye una acción positiva en el sentido del artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2000/78.»

F. Sobre la cuarta cuestión prejudicial

114. Mediante su cuarta cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente realmente desea saber cómo se ha de subsanar la violación del principio de no discriminación, concretamente cuando la infracción se produce en una relación entre particulares. Antes de abordar el problema de si la solución es denegar el permiso y la compensación a todo el mundo o concederlos con carácter general, la cuestión preliminar, que anticipa en parte la respuesta, es qué se ha de aplicar en tal relación horizontal y con qué consecuencias.

115. Una serie de principios ya reconocidos en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ofrecen cierta orientación al respecto.

116. En primer lugar, no cabe invocar una directiva, como tal, contra un particular (como un empresario del sector privado).⁵² En tales casos, la solución para quien sufre la discriminación, en principio, ha de ser una acción indemnizatoria contra el Estado.⁵³

117. En segundo lugar, el principio de no discriminación por razón de religión que establece el artículo 21, apartado 1, de la Carta, al menos en algunos casos, puede ser invocado «en relación con» la Directiva 2000/78 frente a un particular, de manera que el tribunal nacional deba dejar sin aplicar la normativa nacional que se considere incompatible con dicho principio. En este sentido, la combinación del artículo 21, apartado 1, de la Carta y la Directiva da lugar a un *derecho a no ser discriminado* que puede invocarse directamente ante los tribunales nacionales, incluso en el plano horizontal. No obstante, es importante dejar claro que esto es consecuencia de la *primacía* del Derecho de la Unión, no su efecto directo (véase a continuación el epígrafe 1).

118. En tercer lugar, considero que el artículo 21, apartado 1, de la Carta no tiene «efecto directo horizontal» en el sentido de imponer, de por sí, una obligación concreta a un empresario privado que le han de hacer cumplir directamente los tribunales nacionales cuando, como en el presente caso, la discriminación procede del Derecho interno (epígrafe 2). Sin embargo, la víctima ha de tener la posibilidad de interponer una acción indemnizatoria contra el Estado para subsanar tal discriminación (epígrafe 3).

52 Sentencias de 14 de julio de 1994, Faccini Dori (C-91/92, EU:C:1994:292), apartado 20; de 5 de octubre de 2004, Pfeiffer y otros (C-397/01 a C-403/01, EU:C:2004:584), apartado 108, y de 19 de enero de 2010, Küçükdeveci (C-555/07, EU:C:2010:21), apartado 46.

53 Sentencia de 19 de noviembre de 1991, Francovich y otros (C-6/90 y C-9/90, EU:C:1991:428). En el contexto del artículo 21, apartado 1, de la Carta en relación con la Directiva 2000/78, véase la sentencia de 15 de enero de 2014, Association de médiation sociale (C-176/12, EU:C:2014:2), apartado 50.

1. Primacía

a) Combinación de las directivas con las disposiciones de la Carta

119. El Tribunal de Justicia ha compensado de varias maneras la negativa a otorgar el mencionado efecto directo a las directivas. Con frecuencia lo ha hecho recurriendo al deber de interpretación conforme.⁵⁴ Sin embargo, con arreglo a reiterada jurisprudencia, dicha obligación no exige al órgano jurisdiccional nacional interpretar el Derecho interno *contra legem*. En el presente caso, el órgano jurisdiccional nacional ha indicado claramente que no es posible la interpretación conforme del Derecho interno.

120. Cuando se ha enfrentado a tales límites a la interpretación conforme, el Tribunal de Justicia ha «combinado» su interpretación de los principios generales del Derecho⁵⁵ o de la Carta⁵⁶ con la Directiva 2000/78, para concluir que un particular, en un litigio con otro particular, puede invocar lo que en la práctica constituye el contenido esencial de una directiva a fin de lograr la inaplicación de la normativa nacional controvertida.

121. En las sentencias Mangold, Küçükdeveci y DI,⁵⁷ el Tribunal de Justicia declaró que las disposiciones nacionales en cuestión eran incompatibles con las disposiciones pertinentes de la Directiva. Prosiguió afirmando que el Derecho de la Unión «se oponía» (con el resultado de que el tribunal nacional debía «dejar inaplicadas» o «abstenerse de aplicar») a dichas disposiciones del Derecho nacional en la medida en que entrasen en conflicto con el *principio general*. Así pues, los tribunales nacionales deben interpretar el Derecho interno «de manera que [pueda] aplicarse de conformidad con [la] Directiva o, si tal interpretación conforme es imposible, dejar inaplicados, en caso necesario, cualesquiera preceptos del Derecho nacional que sean contrarios al principio general de no discriminación por razón de la edad».⁵⁸ De este modo, el contenido relevante de la Directiva quedaba efectivamente incorporado al principio general antes de que este principio «engrosado» se aplicase en un litigio privado que concluyese en la incompatibilidad del Derecho nacional.

122. En la sentencia Egenberger, el Tribunal de Justicia señaló que la prohibición de toda discriminación basada en la religión o en las convicciones que contiene el artículo 21, apartado 1, de la Carta «es suficiente por sí sola para conferir a los particulares un derecho invocable como tal en un litigio que les enfrente en un ámbito regulado por el Derecho de la Unión».⁵⁹ Al aplicar dicha prohibición, el tribunal nacional «debe tomar en consideración, en particular, el equilibrio establecido entre esos intereses por parte del legislador de la Unión en la Directiva 2000/78, con objeto de determinar las obligaciones que resultan de la Carta».⁶⁰ Dicho de otra manera, el contenido de las disposiciones pertinentes de la Directiva realmente se consideró implícito en el artículo 21 de la Carta. El tribunal nacional debe garantizar la plena efectividad de dicha disposición «dejando sin aplicar, en caso necesario, cualquier norma nacional que los contradiga».⁶¹ El mismo razonamiento se aplicó, *mutatis mutandis*, al artículo 47 de la Carta.

54 Sentencias de 5 de octubre de 2004, Pfeiffer y otros (C-397/01 a C-403/01, EU:C:2004:584), y de 17 de abril de 2018, Egenberger (C-414/16, EU:C:2018:257).

55 Sentencias de 22 de noviembre de 2005, Mangold (C-144/04, EU:C:2005:709), y de 19 de enero de 2010, Küçükdeveci (C-555/07, EU:C:2010:21).

56 Sentencia de 17 de abril de 2018, Egenberger (C-414/16, EU:C:2018:257).

57 Sentencias de 22 de noviembre de 2005, Mangold (C-144/04, EU:C:2005:709), apartados 77 y 78; de 19 de enero de 2010, Küçükdeveci (C-555/07, EU:C:2010:21), apartados 43 y 51, y de 19 de abril de 2016, DI (C-441/14, EU:C:2016:278), apartados 27 y 35.

58 Sentencia de 19 de abril de 2016, DI (C-441/14, EU:C:2016:278), apartado 43.

59 Sentencia de 17 de abril de 2018 (C-414/16, EU:C:2018:257), apartado 76.

60 Sentencia de 17 de abril de 2018, Egenberger (C-414/16, EU:C:2018:257), apartado 81.

61 Sentencia de 17 de abril de 2018, Egenberger (C-414/16, EU:C:2018:257), apartado 79.

123. No obstante, en el asunto AMS⁶² el Tribunal de Justicia reconoció ciertos límites a tal importación del contenido de las directivas en los principios generales y en las disposiciones de la Carta a efectos de su aplicación en situaciones horizontales. El mencionado asunto versaba sobre la Directiva 2002/14/CE, que exigía una representación de los trabajadores en las empresas de más de 50 empleados.⁶³ El artículo 3, apartado 1, establecía el umbral de «50 trabajadores» y, en lo que atañe al presente asunto, en aquel caso se trataba básicamente de la definición de «trabajador» a tales efectos. El Tribunal de Justicia declaró que la disposición nacional controvertida era incompatible con el artículo 3, apartado 1, de la Directiva porque excluía ciertos tipos de empleados del cálculo del número de trabajadores.

124. No obstante, el Tribunal de Justicia continuó señalando que «las circunstancias del asunto principal se diferencian de las que dieron lugar a la sentencia Kücükdeveci [...], dado que el principio de no discriminación por razón de la edad objeto de ese último asunto, reconocido por el artículo 21, apartado 1, de la Carta, *es suficiente por sí mismo para conferir a los particulares un derecho subjetivo invocable como tal*».⁶⁴ En cambio, el artículo 27 de la Carta no es «suficiente por sí mismo para conferir a los particulares un derecho subjetivo invocable como tal».⁶⁵ Así pues, el Tribunal de Justicia efectivamente consideró que la norma del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2002/14 era demasiado detallada como para considerarse inherente a la disposición correspondiente de la Carta.

b) Consecuencias jurídicas conforme a la jurisprudencia

125. Es evidente que, tras la sentencia Egenberger, el artículo 21, apartado 1, de la Carta puede ser «invocado» en combinación con la Directiva 2000/78 en un litigio entre particulares, bien como instrumento de interpretación conforme, o bien (lo que es más importante) como criterio para impugnar la validez del Derecho de la Unión y la compatibilidad del Derecho nacional (dentro del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión). En consecuencia, puede ser invocado por los particulares frente a otros particulares para «oponerse» o para que el tribunal nacional «deje inaplicada» o «se abstenga de aplicar» una norma de Derecho interno incompatible con él.

126. Por lo tanto, la sentencia Egenberger confirma la primacía del Derecho primario de la Unión en la forma del artículo 21, apartado 1, de la Carta en el contexto específico de un litigio horizontal, si el instrumento de Derecho derivado es una directiva y no es posible la interpretación conforme.

127. No obstante, dicha sentencia no entra en detalles sobre las demás consecuencias de la invocación en tales casos. En particular, no hay ningún elemento en la sentencia Egenberger (ni en ninguna de las otras citadas en la sección anterior) que confirme que el artículo 21, apartado 1, de la Carta tiene «efecto directo horizontal» en el sentido de poder constituir, por sí mismo, una fuente autónoma de derechos que genere las correspondientes obligaciones en otro particular en un litigio de Derecho civil. Como tampoco la sentencia Egenberger ni ninguna otra citada lleva a la conclusión de que invocar el artículo 21, apartado 1, y apreciar la incompatibilidad implique necesariamente una solución concreta.

62 Sentencia de 15 de enero de 2014, *Association de médiation sociale* (C-176/12, EU:C:2014:2).

63 Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2002, por la que se establece un marco general relativo a la información y a la consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea (DO 2002, L 80, p. 29).

64 Sentencia de 15 de enero de 2014, *Association de médiation sociale* (C-176/12, EU:C:2014:2), apartado 47. La cursiva es mía.

65 Sentencia de 15 de enero de 2014, *Association de médiation sociale* (C-176/12, EU:C:2014:2), apartado 49.

128. Por el contrario, la jurisprudencia reitera la fórmula general según la cual los órganos jurisdiccionales nacionales deben «asegurar la protección jurídica que para los justiciables se deriva de las disposiciones del Derecho de la Unión y garantizar su pleno efecto» (dejando inaplicada la normativa nacional incompatible),⁶⁶ o afirma que el tribunal nacional debe «garantizar la observancia del principio de no discriminación»,⁶⁷ o que no se puede denegar a un particular el beneficio de una interpretación que se oponga a la norma nacional impugnada.⁶⁸

129. En conclusión, actualmente es ya un hecho claramente reconocido que un control abstracto de la compatibilidad a la luz del artículo 21, apartado 1, de la Carta en relación con la Directiva 2000/78, realizado conforme a la respuesta a la primera cuestión prejudicial, puede derivar en la inaplicación de la normativa nacional incompatible. Esto es consecuencia de la primacía del Derecho de la Unión, y puede suceder también en un litigio entre particulares.

130. Por las razones que se exponen en la sección siguiente, propongo al Tribunal de Justicia que mantenga esa misma postura. En cuanto a la pregunta sobre las *consecuencias prácticas concretas para las partes*, si finalmente se deja inaplicada la normativa nacional, propongo también que, en lugar de considerar el efecto directo horizontal de las disposiciones de la Carta (epígrafe 2), la respuesta se centre en el tema de los medios de reparación (epígrafe 3).

2. «Efecto directo horizontal»

131. Reconocer el efecto directo horizontal del artículo 21, apartado 1, de la Carta significaría que los particulares pudieran deducir *directamente de dicha disposición* la existencia de un derecho y de la *correspondiente obligación* para la otra parte privada (no estatal), independientemente de la existencia de Derecho derivado o de la invocación de su contenido. En este sentido, una norma dotada de efecto directo es, de por sí, suficientemente clara, precisa y de contenido incondicional para ser susceptible de control jurisdiccional en una relación horizontal.

132. No tengo nada claro que el artículo 21, apartado 1, de la Carta, en el contexto del presente asunto, cumpla los mencionados requisitos [véase la letra a)], de igual manera que a este respecto sucede con muchas de las disposiciones de la Carta en general [letra b)]. Sin embargo, una vez más esto tampoco impide a las disposiciones de la Carta ser aplicables de hecho y gozar de una elevada trascendencia en casos como el presente, pero de una forma diferente [letra c)].

a) Efecto directo horizontal del artículo 21, apartado 1, de la Carta

133. Hasta cierto punto, cabría afirmar que la norma que prohíbe la discriminación por razón de la religión sí es, con ese grado de abstracción, suficientemente clara, precisa e incondicional. Está claro y no sujeto a condiciones que no puede haber discriminación por razón de religión.

134. Sin embargo, si se considera con ese grado de abstracción, prácticamente cualquier disposición del Derecho de la Unión podría tener efecto directo. Por eso se realiza de forma diferente el examen tradicional del efecto directo: ¿es suficientemente claro y preciso el contenido de la norma como para ser susceptible de control jurisdiccional en un caso concreto?

66 Sentencia de 19 de abril de 2016, DI (C-441/14, EU:C:2016:278), apartados 29 o 35.

67 Sentencias de 19 de enero de 2010, Küçükdeveci (C-555/07, EU:C:2010:21), apartado 56, y de 19 de abril de 2016, DI (C-441/14, EU:C:2016:278), apartados 35 a 37.

68 Sentencia de 19 de abril de 2016, DI (C-441/14, EU:C:2016:278), apartado 41.

135. El presente asunto por sí mismo constituye un buen ejemplo de la complejidad de la cuestión y de por qué no hay una norma «clara, precisa e incondicional» que permita dar una respuesta. ¿Podría ser un derecho a un permiso remunerado (y la correspondiente obligación de concederlo) en virtud del artículo 21, apartado 1, de la Carta? ¿Sería dicho permiso el Viernes Santo u otra fecha específica? ¿O solo es posible reclamar dinero, en forma de derecho a una paga adicional o a una indemnización o resarcimiento de daños y perjuicios (con la correspondiente obligación del empresario de concederlos)?

136. En mi opinión, de la sucinta redacción del artículo 21, apartado 1, de la Carta no pueden inferirse de ningún modo respuestas a estas preguntas. No obstante, el juez nacional que «deje inaplicada» la disposición controvertida de Derecho interno se verá inevitablemente frente a ellas, como aquí sucede.

137. No tengo reparos en reconocer que «claro, preciso y de contenido incondicional» no significa que todos los aspectos del derecho hayan de estar expresamente previstos en la legislación. Tal situación simplemente no es posible. Sin embargo, lo que quede sin decidir debe ser, al menos, susceptible de control jurisdiccional.⁶⁹ En mi opinión, la propia naturaleza del derecho en cuestión (permiso en Viernes Santo, un día indefinido de descanso remunerado, compensación por no tomar el día de descanso) no es susceptible de tal control.

138. Básicamente, yo no considero que aquí se trate del «efecto directo horizontal» de la Carta (en relación con una directiva). De nuevo, en un cierto grado de abstracción debe existir un precepto «claro, preciso e incondicional» de no discriminación en el artículo 21, apartado 1, de la Carta, pero no se ha de derivar de este una exigencia práctica que sea «clara, precisa e incondicional». A mi parecer, la cuarta cuestión prejudicial no debe responderse en términos del efecto directo horizontal. En el sentido antes descrito (que genera derechos específicos, ya sea a dinero, a prestaciones, etcétera, y las correspondientes obligaciones), es evidente que no existe tal efecto.

b) Efecto directo horizontal y la Carta en general

139. Más allá del contexto específico del presente asunto y de la aplicación del examen tradicional del «efecto directo» al artículo 21, apartado 1, de la Carta, existen otros argumentos de principio que cuestionan el efecto directo horizontal de las disposiciones de la Carta.

140. En primer lugar, con arreglo al artículo 51, apartado 1, a semejanza de las directivas adoptadas en virtud del artículo 288 TFUE, la Carta no va dirigida a los particulares, sino a los Estados miembros y a las instituciones y organismos de la Unión. Podría objetarse que este argumento (textual) no es muy sólido, ya que, de hecho, existen *efectos horizontales* significativos de la Carta que ya han sido detallados en estas conclusiones.⁷⁰ No obstante, hay una considerable diferencia sustancial entre afirmar, por un lado, que una carta de derechos puede utilizarse para examinar la compatibilidad y, en su caso, dejar inaplicada la normativa en conflicto con ella, de igual manera que puede servir como fuente de interpretación conforme que entre también en situaciones horizontales y, por otro lado, convertir las disposiciones de esa carta de derechos en una *fuentes de obligaciones directas para los particulares*, independientemente de si existen o no disposiciones legales al respecto. Esta es también la razón por la que, que yo conozca, en numerosos sistemas jurídicos la carta de derechos nacional

⁶⁹ En este sentido, véanse mis recientes conclusiones presentadas en el asunto Klohn (C-167/17, EU:C:2018:387), puntos 33 a 55, donde admito también las normas redactadas con un cierto grado de abstracción [como la norma que exige que el coste de los recursos dirigidos contra determinadas decisiones adoptadas en el ámbito de aplicación de la Directiva sobre el estudio de impacto ambiental [Directiva 85/337/CEE del Consejo, de 27 de junio de 1985, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente (DO 1985, L 175, p. 40; EE 15/06, p. 9)] no sea excesivamente oneroso], pero con un ámbito de aplicación claramente delimitado y unos resultados prácticos bien definidos por la estructura del instrumento de Derecho derivado del que forman parte.

⁷⁰ Puntos 125 a 129 de la sección anterior de las presentes conclusiones.

desempeña precisamente ambas funciones, acaso asociada con la imposición de obligaciones positivas que debe asumir el Estado. Sin embargo, aun entrando en las relaciones de Derecho privado de esta manera, los derechos fundamentales, muy sabiamente, siguen sin estar dotados de efecto directo horizontal.

141. En segundo lugar, la razón de tal restricción sin duda no es la falta de voluntad de proteger los derechos fundamentales. Antes bien, se trata de la necesidad de predictibilidad y seguridad jurídica y, a escala constitucional, de la separación de poderes. Las cartas de derechos tienden a ser abstractas y poco precisas, y lo mismo sucede con la Carta. Normalmente es necesario legislar para dotarlas de contenido susceptible de control jurisdiccional. Otorgar a sus disposiciones efecto directo horizontal en sí mismas en cuanto a los derechos y obligaciones de los particulares abriría la puerta a formas extremas de creatividad judicial.⁷¹

142. En tercer lugar, dada la poca claridad del contenido de los derechos y obligaciones que se reconocen en la Carta, sería tentador buscar las respuestas en la legislación derivada correspondiente. Al valorar la compatibilidad del Derecho nacional con las disposiciones de la Carta (principio de primacía), el Tribunal de Justicia ciertamente alude a la aplicación de las disposiciones y principios generales de la Carta «considerando» o «en relación con» la legislación derivada.⁷² Parece haber un creciente acervo jurisprudencial del Tribunal de Justicia que efectivamente importa el contenido (a veces muy sofisticado) de las directivas en las disposiciones de la Carta antes de aplicar estas últimas con carácter horizontal.⁷³

143. No cabe duda de que, en ocasiones, la consulta de la legislación derivada resulta fundamental para averiguar cuál puede ser el contenido (aceptable) de un derecho o un principio general en un momento dado.⁷⁴ Sin embargo, hay una diferencia entre una revisión comparativa crítica de (diversas) fuentes del Derecho derivado para saber cuál puede ser la tendencia general y una «transliteración» acrítica y directa del contenido de una directiva en una disposición de la Carta.

144. Este último enfoque genera numerosos problemas de índole tanto constitucional como práctica.⁷⁵ ¿Debe hacerse depender realmente el efecto directo de las disposiciones de la Carta de si se ha adoptado legislación derivada, y cuál, en un ámbito concreto? ¿Ha de decidir, pues, indirectamente el legislador de la Unión la existencia o no de efecto directo de la Carta? ¿Ha de perder así la Carta su rango constitucional? En lugar de servir como referencia para el control del Derecho derivado, ¿debe quedar determinada y dominada por él? Si no es así, o al menos *no siempre*, ¿cuándo sí y cuándo no?

71 Ese es también el motivo por el que, ya en 1929, Hans Kelsen, a quien frecuentemente se designa como el «padre» de la justicia constitucional moderna, pero que probablemente se sorprendería si supiese su actual trascendencia, deseaba excluir la aplicabilidad directa de las «enero Normen», entre las cuales incluía los derechos fundamentales, y advertía que, de lo contrario, se daría a los tribunales constitucionales un monopolio efectivo de poder dentro de las estructuras estatales (Kelsen, H.: *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, fascículo 5, de Gruyter & Co., Berlín y Leipzig, 1929, pp. 69 y 70).

72 Sentencia de 17 de abril de 2018, Egenberger (C-414/16, EU:C:2018:257), tratada antes a este respecto en el punto 122. Véase también la sentencia de 19 de enero de 2010, Küçükdeveci (C-555/07, EU:C:2010:21), relativa al principio de no discriminación por razón de la edad «tal como se concreta en» la Directiva 2000/78.

73 El ejemplo más reciente es el de mi docto colega el Abogado General Bot, que propuso al Tribunal de Justicia importar en el artículo 31, apartado 2, de la Carta el contenido pertinente de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo (DO 2003, L 299, p. 9). Fundamentó su propuesta en las explicaciones que acompañan a la Carta, según las cuales el artículo 31, apartado 2, «se basa en la Directiva 93/104/CE» (codificada por la Directiva 2003/88): véanse las conclusiones del Abogado General Bot en los asuntos acumulados Bauer y Broßonn (C-569/16 y C-570/16, EU:C:2018:337), punto 86.

74 Un ejemplo de tal análisis esmerado y equilibrado se encuentra en la sentencia de 15 de octubre de 2009, Audiolux y otros (C-101/08, EU:C:2009:626).

75 Las conclusiones del Abogado General Trstenjak presentadas en el asunto Domínguez (C-282/10, EU:C:2011:559) ofrecen un detallado análisis de este tema.

145. En último término, esta cuestión de previsibilidad y seguridad jurídica, probablemente asociada a una cierta voluntad de eludir los propios límites que previamente me he impuesto a mí mismo, es lo que me lleva al argumento final: si esta ha de ser la postura del Tribunal de Justicia en lo sucesivo, quizá sería aconsejable revisar la cuestión del efecto directo horizontal de las directivas. La insistencia en negar formalmente el efecto directo horizontal de las directivas y, al mismo tiempo, remover cielo y tierra para conseguir que dicha restricción no tenga ningún tipo de consecuencia práctica, importando, por ejemplo, el contenido de una directiva en una disposición de la Carta, suscita cada vez más dudas.

c) Sin efecto directo horizontal, pero con ciertos efectos (significativos)

146. La ausencia de efecto directo horizontal del artículo 21, apartado 1 (y, a estos efectos, de otras disposiciones), de la Carta no significa que no tengan efecto horizontal alguno. Más bien lo contrario. Pero son efectos distintos. Con respecto al Derecho nacional, la Carta sirve como: i) instrumento para la interpretación conforme del Derecho nacional; ii) referente de compatibilidad entre el Derecho de la Unión y las normas de Derecho interno, con la posible consecuencia de que, si estas últimas (aplicadas en un contexto en que el Estado miembro actúe en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión) son incompatibles con la Carta, deban quedar inaplicadas por el juez nacional, incluso en litigios entre particulares. No obstante, esta última consecuencia es fruto de la primacía del Derecho de la Unión, no un efecto directo horizontal de las disposiciones de la Carta. De esta *exclusivamente* no se pueden derivar obligaciones autónomas para los particulares.

147. Se ha de admitir que la inaplicación de una normativa nacional incompatible no ofrece, de por sí, una protección directa a las partes. Es lo que sin duda sucede en el presente caso. Inaplicar significa suprimir del Derecho nacional las disposiciones incompatibles con el Derecho de la Unión. Salvo que se entienda el concepto de «inaplicación» de una forma un tanto peculiar, por no decir enrevesada y peligrosa (que, por ejemplo, suprime selectivamente palabras concretas de la disposición incompatible),⁷⁶ inaplicar dicha disposición significaría, en el presente caso, dejar inaplicado todo el artículo 7, apartado 3, de la Ley sobre el Descanso y las Vacaciones. En consecuencia, desde el momento de la declaración judicial de incompatibilidad, nadie tendría descanso en Viernes Santo.

148. Una propuesta alternativa sería considerar que existe un derecho con efecto directo horizontal a no ser discriminado y que, inherente a este derecho, existe un derecho a obtener los mismos derechos y prestaciones que el grupo favorecido (nivelación al alza) o a que los iguales sean tratados tan mal como uno mismo (nivelación a la baja). De hecho, esta idea está implícita en la cuarta cuestión prejudicial. Sin embargo, presumiendo que se opte por la nivelación al alza (volveré sobre ello más adelante), esto sigue sin responder a las cuestiones antes formuladas en cuanto a la naturaleza y el alcance de los derechos afectados.

149. A mi parecer, la cuestión debe entenderse como una petición de aclaración sobre los *medios de reparación* concretos de que se ha de disponer en casos como el presente, en contraposición a una vaga serie de derechos específicos (a vacaciones, a compensación, etcétera). De hecho, este es el enfoque utilizado ya en las sentencias Mangold, Küçükdeveci, DI y Egenberger, en todas las cuales se optó por inaplicar la disposición nacional incompatible y se reconoció la existencia de un derecho a

⁷⁶ El artículo 7, apartado 3, de la Ley sobre el Descanso y las Vacaciones presenta actualmente el siguiente tenor: «Para los miembros de las Iglesias evangélicas de la confesión de Augsburgo y de la confesión helvética, de la Iglesia católica antigua y de la Iglesia evangélica metodista será festivo también el Viernes Santo». Forzar la «inaplicación» al nivel de las palabras individuales de dicha disposición podría implicar, por ejemplo, la supresión del objeto de la frase, es decir, la referencia a los miembros de las cuatro Iglesias (de manera que todos los trabajadores tendrían descanso o compensación el Viernes Santo), o suprimir las referencias a los miembros de las cuatro Iglesias y al Viernes Santo (de manera que habría un festivo oficial en una fecha indeterminada; en definitiva, lo que propone la Comisión). Sin embargo, probablemente seguiría habiendo una diferencia entre suprimir una normativa nacional incompatible con el Derecho de la Unión y jugar una partida judicial de Scrabble, que permitiría crear cualquier norma con la mera combinación de palabras extraídas de la legislación en vigor.

un medio de reparación efectivo (y no el «efecto directo horizontal» de la Carta). Sin embargo, el presente caso centra su atención en cuáles son las consecuencias prácticas de la inaplicación, de modo que el Tribunal de Justicia debe tener clara esta distinción. De esta cuestión me voy a ocupar a continuación.

3. Acciones judiciales

150. El artículo 21, apartado 1, de la Carta no da lugar a una serie concreta de derechos y obligaciones correlativos para el empresario y los trabajadores. No obstante, corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales, en particular, asegurar la protección jurídica que se deriva para los justiciables de las disposiciones del Derecho de la Unión y garantizar su pleno efecto.⁷⁷ *Debe existir un modo judicial para la reparación de la discriminación*, de conformidad con el principio de tutela judicial efectiva.⁷⁸

151. Ante la inexistencia de una normativa de la Unión en esta materia, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro designar los órganos jurisdiccionales competentes y configurar la regulación procesal de los recursos judiciales destinados a garantizar la protección de los derechos que el Derecho de la Unión confiere a los justiciables. Sin embargo, los Estados miembros tienen la responsabilidad de garantizar, en cada caso, una protección efectiva de tales derechos⁷⁹ y, al hacerlo, deben respetar los principios de equivalencia y efectividad.⁸⁰

152. No obstante, el Tribunal de Justicia puede dar orientaciones sobre lo que implica el derecho a un recurso efectivo en un caso como el presente. Hay dos aspectos en los que el Tribunal de Justicia puede asistir al órgano jurisdiccional remitente. Primero, si el remedio consiste en nivelar al alza o a la baja [letra a)] y, segundo, contra quién se ha de dirigir [letra b)].

153. Considero que, en casos como el presente, en que se trata de un litigio entre particulares y en que la fuente de la discriminación reside en la legislación nacional y se basa en el artículo 21, apartado 1, de la Carta (en un análisis abstracto como en la respuesta a la primera cuestión, en relación con la Directiva 2000/78), el Derecho de la Unión no exige que se ofrezca un instrumento jurídico contra el *empresario*. Pero sí exige que la víctima pueda reclamar daños y perjuicios al *Estado* para reparar la infracción.

154. Antes de entrar en detalles sobre estos aspectos, me voy a ocupar de la cuestión de la «nivelación al alza» y «a la baja».

a) Nivelación al alza y a la baja

155. La cuarta cuestión prejudicial contempla dos soluciones al problema de la discriminación en el presente caso: nivelar al alza o a la baja.

77 Véase la sentencia de 5 de octubre de 2004, Pfeiffer y otros (C-397/01 a C-403/01, EU:C:2004:584), apartado 111. Véase también la sentencia de 15 de abril de 2008, Impact (C-268/06, EU:C:2008:223), apartado 42.

78 Sentencia de 13 de marzo de 2007, Unibet (C-432/05, EU:C:2007:163), apartado 37 y jurisprudencia citada.

79 Véanse las sentencias de 9 de julio de 1985, Bozzetti (179/84, EU:C:1985:306), apartado 17; de 18 de enero de 1996, SEIM (C-446/93, EU:C:1996:10), apartado 32, y de 17 de septiembre de 1997, Dorsch Consult (C-54/96, EU:C:1997:413), apartado 40.

80 Véanse, en particular, las sentencias de 16 de diciembre de 1976, Rewe-Zentralfinanz y Rewe-Zentral (33/76, EU:C:1976:188), apartado 5; de 16 de diciembre de 1976, Comet (45/76, EU:C:1976:191), apartados 13 a 16; de 14 de diciembre de 1995, Peterbroeck (C-312/93, EU:C:1995:437), apartado 12; de 13 de marzo de 2007, Unibet (C-432/05, EU:C:2007:163), apartado 43, y de 7 de junio de 2007, van der Weerd y otros (C-222/05 a C-225/05, EU:C:2007:318), apartado 28.

156. Quisiera aclarar que interpreto la cuestión del órgano jurisdiccional remitente en el sentido de que se refiere solo al «período transitorio», es decir, desde que se declara la incompatibilidad de la norma hasta que el legislador nacional adopte un nuevo régimen. Durante ese tiempo, ciertamente se plantea la cuestión de la nivelación al alza o a la baja.

157. En cambio, no se plantea esta misma cuestión respecto al pasado, es decir, los años anteriores en que la compensación solo se concedía al grupo selecto y no a los demás, a pesar de que dichos períodos no han prescrito con arreglo al Derecho nacional. Para ellos, la única forma de subsanar la discriminación pasada es, desde el punto de vista práctico, la «nivelación al alza». El grupo privilegiado no puede ser privado de sus ventajas con carácter retroactivo, por haber adquirido expectativas legítimas o, mejor dicho, ciertos derechos. Por lo tanto, la única forma de subsanar la discriminación respecto a ese período es conceder la misma prestación a todos los trabajadores (sin perjuicio de la cuestión que es objeto de la sección siguiente, sobre quién ha de pagar y por qué).

158. Volviendo ahora, por tanto, al período transitorio, con respecto a este, la Comisión ha alegado también que la solución adecuada es la nivelación al alza. En apoyo de este argumento, tanto el demandante como la Comisión han citado la jurisprudencia, en particular las sentencias Milkova, Specht y Landtová.⁸¹

159. En efecto, es cierto que en dichas sentencias el Tribunal de Justicia formuló la observación genérica de que, «desde el momento en que se ha constatado la existencia de una discriminación contraria al Derecho de la Unión y *mientras no se adopten medidas que restablezcan la igualdad de trato*, el respeto del principio de igualdad solo puede garantizarse concediendo a las personas de la categoría perjudicada las mismas ventajas de que disfrutaban las personas de la categoría privilegiada, régimen que, a falta de una correcta aplicación del Derecho de la Unión, sigue siendo el único sistema de referencia válido».⁸²

160. La consecuencia es que, cuando el tribunal nacional se enfrente a una discriminación derivada de la legislación, el efecto inevitable de inaplicar la disposición de Derecho interno incompatible con el Derecho de la Unión solo puede ser la «nivelación al alza», a la espera de la adopción de una normativa no discriminatoria (que acaso efectúe una nivelación a la baja).⁸³

161. Conviene formular las siguientes observaciones a este respecto.

162. En primer lugar, la primacía, incluida la de la Carta, exige que la disposición de Derecho interno incompatible con el Derecho de la Unión quede inaplicada. Esto significa inicialmente que la disposición incompatible ha de desaparecer del ordenamiento jurídico nacional cuando entre en conflicto con el Derecho de la Unión. Por lo tanto, en buena lógica, lo que ha desaparecido no puede después aplicarse a nadie en absoluto. Sin embargo, de alguna forma milagrosa, la misma disposición que fue suprimida al ser aplicada a unos resucitó inmediatamente para ser aplicada a todos. Esta paradoja, que resulta de optar por la nivelación al alza, debe ser reconocida antes de poder abordarla.

163. En segundo lugar, en términos generales, la mejor opción parece la nivelación al alza con carácter provisional como *medio de reparación* (en oposición a un derecho con efecto directo horizontal), sobre todo desde el punto de vista de las expectativas legítimas del grupo favorecido. Pero de nuevo el problema está en los detalles (o, al menos, en la aplicación práctica). En los casos más complejos las prestaciones no son de carácter pecuniario. En el presente asunto, la Comisión ha alegado en sus

81 Sentencias de 22 de junio de 2011, Landtová (C-399/09, EU:C:2011:415); de 19 de junio de 2014, Specht y otros (C-501/12 a C-506/12, C-540/12 y C-541/12, EU:C:2014:2005), y de 9 de marzo de 2017, Milkova (C-406/15, EU:C:2017:198).

82 Sentencias de 22 de junio de 2011, Landtová (C-399/09, EU:C:2011:415), apartado 51; de 19 de junio de 2014, Specht y otros (C-501/12 a C-506/12, C-540/12 y C-541/12, EU:C:2014:2005), apartado 95, y de 9 de marzo de 2017, Milkova (C-406/15, EU:C:2017:198), apartado 67. La cursiva es mía.

83 Véase la sentencia de 9 de febrero de 1999, Seymour-Smith y Pérez (C-167/97, EU:C:1999:60).

observaciones escritas que el artículo 7, apartado 3, de la Ley sobre el Descanso y las Vacaciones puede ser discriminatorio al reconocer el Viernes Santo como festivo para algunos grupos religiosos y no para otros. Sin embargo, la solución propuesta por la Comisión no fue extender el Viernes Santo como fiesta oficial con carácter general. Lo que propuso la Comisión fue una reescritura judicial de la disposición de modo que se extendiese la prestación del permiso remunerado para celebrar un acontecimiento religioso «especialmente importante» a elección del trabajador. Por muy bien que suene (al menos en inglés), la «nivelación al alza» oculta una gran complejidad potencial, incluso arbitrariedad, en su aplicación práctica, parecida a la que ya hemos visto al tratar el tema del efecto directo horizontal.

164. En tercer lugar, son varias las sentencias del Tribunal de Justicia donde se ha enunciado una variante del principio de la «nivelación al alza». Sin embargo, cada uno de esos casos presentaba ciertas peculiaridades. Dos de ellas son de especial importancia: la *fuerza de la discriminación* y la *identidad del demandado*.

165. A este respecto, cabe señalar que en todos los casos citados por las partes en apoyo de la nivelación al alza⁸⁴ la fuente de la discriminación era el Derecho nacional y *el demandado era el Estado* (y el objeto del litigio, de carácter pecuniario).⁸⁵ Esta es, en mi opinión, la configuración más sencilla posible (y, de hecho, la más común en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia).⁸⁶ A fin de cuentas, es el Estado quien ha de pagar la factura de la discriminación legislativa. Así se desprende claramente de la sentencia Francovich y sentencias posteriores en el mismo sentido. En principio, la responsabilidad del Estado debe proporcionar una red de seguridad.

166. También existen casos en que el Tribunal de Justicia se ha referido al principio de nivelación al alza en el contexto de litigios entre particulares. Sin embargo, esto ha sucedido en un número reducido de casos relativos a la discriminación en las pensiones⁸⁷ o en el salario,⁸⁸ normalmente atribuible al *empresario* (no derivada de la legislación). En el ámbito de los litigios privados sobre una presunta discriminación, en lugar de proponer la nivelación al alza como solución general, el Tribunal de Justicia se ha centrado en la exigencia general de facilitar recursos y sanciones efectivos.⁸⁹

167. En cuarto lugar, a falta de otras razones concretas, como la dignidad humana o las expectativas legítimas, que se opongan a la nivelación a la baja durante el período transitorio en un caso individual, no veo ninguna razón fundada por la que en todo caso de discriminación haya de estar excluida, de por sí, la nivelación a la baja. Esto queda especialmente patente en casos en que la prestación concedida al grupo favorecido no es recurrente o, cuando lo es, no se ha creado una relación de dependencia (como sucede, por ejemplo, con las prestaciones periódicas de la seguridad social).

84 Véase la nota 81 de las presentes conclusiones.

85 La prestación fungible por excelencia, a diferencia, por ejemplo, del derecho a vacaciones o el derecho al trabajo.

86 En otras sentencias que reproducen la «variante Landtová-Specht-Milkova» del principio de nivelación al alza el demandado también era el Estado; véanse las sentencias de 12 de diciembre de 2002, Rodríguez Caballero (C-442/00, EU:C:2002:752), apartado 42; de 21 de junio de 2007, Jonkman y otros (C-231/06 a C-233/06, EU:C:2007:373), apartado 39; de 28 de enero de 2015, Starjakob (C-417/13, EU:C:2015:38), apartado 46, y de 14 de marzo de 2018, Stollwitzer (C-482/16, EU:C:2018:180), apartado 30. Véanse también otras variantes formuladas de forma más estricta, por ejemplo, en las sentencias de 7 de febrero de 1991, Nimz (C-184/89, EU:C:1991:50), apartado 18, y de 17 de abril de 1997, Evrenopoulos (C-147/95, EU:C:1997:201), apartado 42, referidas a la discriminación salarial. La discriminación derivada de convenios colectivos también se asimila de forma general y efectiva a la discriminación legislativa, y el Tribunal de Justicia aplica allí una variante de términos más amplios del principio de nivelación al alza; véase, por ejemplo, la sentencia de 20 de marzo de 2003, Kutz-Bauer (C-187/00, EU:C:2003:168), apartado 72.

87 Véanse las sentencias de 28 de septiembre de 1994, van den Akker (C-28/93, EU:C:1994:351); de 28 de septiembre de 1994, Coloroll Pension Trustees (C-200/91, EU:C:1994:348), y de 28 de septiembre de 1994, Avdel Systems (C-408/92, EU:C:1994:349), que técnicamente versaban también sobre un régimen estatal de pensiones, pero en realidad se trataba de una pensión vinculada a los ingresos en que las aportaciones reemplazaban a las contribuciones al régimen público de pensiones.

88 Sentencia de 8 de abril de 1976, Defrenne (43/75, EU:C:1976:56).

89 Sentencias de 10 de abril de 1984, Harz (79/83, EU:C:1984:155), y de 8 de noviembre de 1990, Dekker (C-177/88, EU:C:1990:383).

168. Volviendo al presente caso, ¿cuál puede ser la razón concreta (añadida) que desvirtúe efectivamente la conclusión de que la disposición incompatible debe quedar inaplicada y la sustituya por la conclusión de que el ámbito de aplicación personal de dicha disposición debe multiplicarse por 50?⁹⁰

169. La magnanimidad de proclamar una mejora para todos quizá resulte complaciente, pero difícilmente puede hallar acomodo legal, y eso sin entrar a valorar su viabilidad económica.⁹¹ Quisiera subrayar que los argumentos económicos, por supuesto, no pueden justificar ninguna discriminación. Sin embargo, esto no basta para justificar de forma concluyente la nivelación al alza.

170. La protección de la libertad religiosa de los miembros de las cuatro Iglesias tampoco es convincente a este respecto. En este sentido, obsérvese que el artículo 8 de la Ley sobre el Descanso y las Vacaciones impone a los empresarios un deber de atención y les exige que se adapten razonablemente a las necesidades de culto de sus empleados. Si esto es suficiente para las demás minorías religiosas de Austria en cuanto a sus festividades religiosas especiales, ¿por qué no ha de serlo también para los miembros de las cuatro Iglesias? A la inversa, no está claro cómo puede favorecer la libertad religiosa una «nivelación al alza», por ejemplo, pagando el doble a todos los trabajadores austriacos o dándoles el día libre en Viernes Santo.

171. En consecuencia, en mi opinión en el presente caso no es posible responder al órgano jurisdiccional remitente simplemente confirmando que la «nivelación al alza» es la única opción correcta. Esta opción ha sido desarrollada por el Tribunal de Justicia en el contexto de acciones contra el Estado, sobre todo en relación con prestaciones de la seguridad social, que no se pueden trasladar sin más a los litigios horizontales. Además, en las circunstancias actuales constituiría una respuesta totalmente simplista que enmascararía ciertas complejidades de gran importancia. Creo que en el presente asunto a lo que se ha de atender es a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre los recursos judiciales efectivos.

b) Recursos judiciales efectivos (e identidad del demandado)

172. Aunque el artículo 21, apartado 1, de la Carta no tiene efecto directo horizontal, procede inaplicar la disposición nacional controvertida (primera cuestión prejudicial). La cuestión de la nivelación al alza ya ha sido tratada. En esta última sección quisiera volver a la pregunta de quién ha de reparar el perjuicio. Las opciones son básicamente dos: i) el empresario (quien, a su vez, podría actuar contra el Estado) o ii) el Estado (que habría de ser demandado directamente por el trabajador). En mi opinión, la respuesta correcta es la segunda: el Estado.

1) Recursos contra el empresario

173. En casos como el presente, en que el demandante es víctima de una legislación nacional discriminatoria aplicada por un empresario, ¿exige el derecho a un recurso efectivo que el trabajador disponga de una acción contra dicho empresario?

⁹⁰ Cabe señalar que, en sus observaciones escritas, la Comisión abogó por extender el descanso/compensación del Viernes Santo de que disfrutaban los miembros de las cuatro Iglesias (en torno al 2% de la población) a todos los trabajadores austriacos, y hacer lo mismo con el Yom Kipur.

⁹¹ En la vista se estimó que el coste de extender la compensación por el Viernes Santo a todos los trabajadores sería de 600 millones de euros por año (una cifra similar sería probablemente necesaria en el caso de Yom Kipur).

174. El Abogado General Cruz Villalón abogó expresamente por esta opción en sus conclusiones presentadas en el asunto AMS. En su opinión, era «razonable que la carga de la acción indemnizatoria [recayese] sobre quien se [había] beneficiado de la conducta ilegal, y no sobre el titular del derecho surgido de la concreción del contenido del principio». ⁹² El empresario considerado responsable podría actuar, a su vez, contra el Estado.

175. Salvo error por mi parte, el Tribunal de Justicia nunca se ocupó plenamente de este aspecto. Sin embargo, la sentencia DI podría interpretarse también en el sentido de que impone tal exigencia. ⁹³

176. Ciertamente, esta postura podría justificarse con el argumento de la efectividad (de la protección de los trabajadores). Puede resultar más barato y más rápido (y menos desalentador) para el trabajador demandar al empresario que al Estado. Desde el punto de vista moral, el trabajador se ha visto perjudicado por una normativa discriminatoria y merece protección. Es probable, como observó el Abogado General Cruz Villalón, que el empresario haya obtenido de la discriminación un beneficio ilícito y deba compensarlo. En general, el empresario se encuentra en una posición de poder relativo.

177. Por lo tanto, los argumentos a favor de afirmar que en una discriminación en las condiciones de trabajo ha de disponerse siempre de una acción directa contra el empresario tienden a girar básicamente en torno a tres elementos: la *fuerza*, la *culpa* y el *beneficio*, a veces asociados al argumento de la *fuerza* y la *desigualdad* (inherente).

178. Con carácter general, estos argumentos sin duda pueden ser válidos para ciertos tipos de discriminación: la que se puede atribuir, al menos parcialmente, a determinado empresario. Sin embargo, se enfrentan a numerosas dificultades lógicas en un caso como el presente, en que se trata de un litigio entre particulares por una presunta discriminación por razón de la religión que procede directamente de la legislación nacional.

179. En primer lugar, la *fuerza* de la infracción en el presente caso es la legislación nacional. El empresario no tomó ninguna decisión realmente discrecional o independiente. Se limitó a observar la normativa nacional. Esta situación difiere sustancialmente de los casos en que el Tribunal de Justicia exigió una acción frente al empresario y en que la fuente de la discriminación incluía también las propias decisiones de este. ⁹⁴

180. Esto conecta, en segundo lugar, con el elemento de la *culpa*. ¿Cuál es la culpa por la que el empresario habría de pagar? ¿Por aplicar el derecho nacional vigente? En casos en que el Tribunal de Justicia ha considerado la presunta discriminación cometida por los empresarios en infracción del Derecho de la Unión, muchas veces ha declarado que la sanción que se imponga ha de ser efectiva, proporcionada y *disuasoria*. ⁹⁵ A no ser que se espere que los empresarios actúen como policías constitucionales, con una obligación positiva de detectar y oponerse activamente a la legislación nacional que consideren en potencial conflicto con disposiciones de la Carta, el argumento de la disuasión desaparece. ¿O tiene la culpa el empresario por no haber impugnado la compatibilidad del Derecho nacional con el artículo 21, apartado 1, de la Carta y con la Directiva 2000/78? Por lo tanto,

⁹² Conclusiones presentadas en el asunto Association de médiation sociale (C-176/12, EU:C:2013:491), punto 79.

⁹³ Sentencia de 19 de abril de 2016 (C-441/14, EU:C:2016:278), apartado 42.

⁹⁴ Por ejemplo, en la sentencia de 8 de noviembre de 1990, Dekker (C-177/88, EU:C:1990:383), la solicitud de trabajo de la demandante fue rechazada porque estaba embarazada de tres meses. Sin embargo, su estado era calificado de «enfermedad» por el Derecho interno. Dado que el empresario sabía perfectamente de su «enfermedad», si le hubiese dado el empleo, habría tenido que financiar su permiso de maternidad sin ayuda alguna del Estado, y no deseaba hacerlo. Por lo tanto, en la legislación nacional había establecido un (poderoso) desincentivo económico a la contratación de mujeres embarazadas. No obstante, también es evidente que la decisión última de si aplicar, y cómo, tal legislación nacional discriminatoria en el caso individual correspondía al empresario.

⁹⁵ Sentencia de 10 de abril de 1984, von Colson y Kamann (14/83, EU:C:1984:153). Cuando el Tribunal de Justicia ha considerado que el Derecho de la Unión exige la existencia en el Derecho nacional de una acción indemnizatoria frente a particulares por la infracción del Derecho de la Unión, ha insistido en los objetivos de resarcimiento y *disuasión* de tal acción. Véase la sentencia de 20 de septiembre de 2001, Courage y Crehan (C-453/99, EU:C:2001:465), apartado 27.

desde el punto de vista práctico, ¿se supone que el empresario debe prever el resultado final que se ha de determinar al cabo de varios años de procedimiento, con la participación del Tribunal Supremo de un Estado miembro, después de que la Gran Sala del Tribunal de Justicia y muchos otros expertos abogados y jueces hayan expresado su opinión en las diferentes fases del procedimiento?

181. En tercer lugar, tampoco alcanzo a entender qué beneficio podría haber obtenido el empresario por pagar doble salario a algunos de sus empleados, o por haber tenido que concederles permiso remunerado en Viernes Santo. A no ser que, desde una lectura muy discutible, se calificase de «beneficio» ilícito maliciosamente obtenido por el empresario al no pagar el doble al 98 % restante de sus trabajadores, lo único que veo son cargas impuestas al empresario.

182. En cuarto lugar, está el argumento de la *debilidad* relativa. A diferencia de los otros tres, este al menos tiene cierto recorrido. Incluso podría sobreponerse a todas las demás consideraciones: debido a la desigualdad inherente a toda relación laboral, siempre ha de ser el empresario quien pague los platos rotos, sean cuales fueren las circunstancias del caso.

183. Este argumento esconde una elección profundamente *ideológica* en cuanto a la asignación de los riesgos y costes.⁹⁶ Además, quizá no sea aventurado afirmar que no todos los empresarios austriacos, o de cualquier otro lugar de la Unión Europea, son proverbiales corporaciones multinacionales sin rostro. Muchas empresas están dirigidas por una sola persona o por pequeños grupos. ¿Por qué deben cargar ellos con el coste de aplicar una legislación nacional incorrecta?

184. Sin embargo, también es cierto que estas disquisiciones carecen de relevancia cuando de lo que se trata es de exigir al empresario que cargue con el coste solamente porque es empresario. Este argumento no solo es axiomático, sino que, me atrevo a decir, no puede ser defendido incondicionalmente.

185. Habida cuenta de todas las consideraciones anteriores, yo no creo que el Derecho de la Unión *exija* la disponibilidad de una acción contra el empresario en casos como el presente, en que el empresario ha actuado conforme a la legislación nacional, pero esta se considera contraria al artículo 21, apartado 1, de la Carta (en relación con la Directiva 2000/78). Para ser claros, esta conclusión es válida para los litigios entre *particulares*, no cuando el demandado es el Estado (en su condición de empresario). Sin embargo, el Derecho de la Unión no se opone a una acción incluso contra empresarios *privados* en caso de que tal instrumento esté previsto por el Derecho nacional.

2) Acción indemnizatoria contra el Estado

186. Existe una diferencia reconocida por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia entre la discriminación procedente originariamente del *legislador* (como en el presente caso) y la que proviene del *empresario*.⁹⁷ Inspirándonos en los convincentes argumentos de la Comisión formulados en el asunto Dekker:⁹⁸ «Es razonable preguntarse, en las actuales circunstancias, si se puede esperar legítimamente del empresario bien que desatienda completamente la legislación nacional discriminatoria o bien que la impugne ante los tribunales por incompatible con la Directiva o con el derecho a la igualdad de trato [en el asunto Dekker] entre hombres y mujeres. No obstante, el resultado de tal procedimiento sería muy incierto y, en cualquier caso, una exigencia de este tipo equivaldría a imponer al empresario una obligación que habría de asumir el Estado».

⁹⁶ No se puede dar por hecho que cualquier empresario, o incluso la mayoría de ellos, vayan a presentar una demanda de indemnización que prosperara contra el Estado. Así pues, es justo reconocer que la elección de quién ha de ser el demandado en un caso como el presente significa en la práctica decidir quién ha de asumir el coste.

⁹⁷ Véanse los puntos 50 a 52 de las presentes conclusiones.

⁹⁸ Según el resumen del informe para la vista. Véase Ward, A.: *Judicial Review and the Rights of Private Parties in EU Law*, 2.^a ed., Oxford University Press, Oxford, 2007, p. 57.

187. Hay otras razones por las que no sería oportuno que el Derecho de la Unión exigiese una acción contra el empresario privado en estas circunstancias y por qué la tutela judicial efectiva ha de adoptar, en la práctica, la forma de una acción indemnizatoria contra el Estado. La mayor parte de ellas reproducen argumentos ya desarrollados en la sección anterior.

188. En primer lugar, está el mero argumento moral ya analizado al tratar de la fuente y la culpa en la sección precedente. El primer responsable de la discriminación es el Estado. Permaneciendo igual todo lo demás, no se aprecia por qué han de asumir los empresarios en primera instancia el coste de dicha culpa.

189. El argumento moral va de la mano del estructural. Si, a consecuencia del principio de primacía y de un control de compatibilidad abstracto, se deja inaplicada la disposición nacional incompatible, tanto la culpa como el consiguiente vacío legal son claramente atribuibles al Estado miembro.

190. En segundo lugar, imponer a los empresarios la responsabilidad en primer lugar no va a tener un efecto disuasorio sobre ellos⁹⁹ e incluso puede reducir el efecto disuasorio que ha de tener frente a quien es realmente responsable: el Estado. Todo cambio legislativo requiere el ejercicio de cierta presión sobre el Estado.

191. En tercer lugar, si los trabajadores pueden obtener una satisfacción demandando a sus empresarios y estos, a su vez, demandan al Estado, se producirá una duplicidad de procedimientos. En cambio, si el perjudicado actúa directamente contra el responsable y no contra un intermediario que no tiene culpa, se evitará toda una ronda de litigios.

192. En cuarto lugar, en el contexto de un litigio privado donde no es posible la interpretación conforme de una directiva, el Tribunal de Justicia ha rechazado continuamente la posibilidad de que un particular invoque la directiva contra el otro. Debe existir un medio de reparación, pero ha de ser frente al Estado en forma de acción indemnizatoria.¹⁰⁰ No entiendo por qué no ha de ser así también cuando se invocan paralelamente disposiciones de la Carta. De este modo sería coherente la estructura de los medios de reparación para las relaciones (horizontales) de Derecho privado cuando se invoquen fuentes del Derecho de la Unión que carecen de efecto directo.

193. En quinto y último lugar, hay otro elemento de coherencia general que respalda el concepto de los medios de reparación que aquí se defiende. Es un elemento que enlaza de nuevo con el marco de comparación. Ya he propuesto que, en casos de control abstracto de comparabilidad, el marco de comparación es de carácter grupal.¹⁰¹ Esto guarda plena coherencia con el hecho de que la diferenciación tiene su origen en la legislación nacional, no en una decisión del empresario. Por lo tanto, la identidad de los demás trabajadores del empresario (Cresco Investigation) no sería esencial, ni si el demandante fue tratado de forma diferente a ellos.

99 Véase el punto 180 de las presentes conclusiones.

100 Sentencias de 19 de noviembre de 1991, Francovich y otros (C-6/90 y C-9/90, EU:C:1991:428), apartado 45, y de 15 de enero de 2014, Association de médiation sociale (C-176/12, EU:C:2014:2), apartado 50.

101 Véanse los puntos 45 a 54 de las presentes conclusiones.

194. Sin embargo, esta cuestión adquiriría elevada importancia, y se plantearía plenamente la consiguiente cuestión de la comparabilidad, si se exigiese al demandante actuar contra el empresario alegando que este le ha discriminado.¹⁰² Presumiendo que este empresario concreto no cuenta con ningún miembro de ninguna de las cuatro Iglesias en su plantilla,¹⁰³ el argumento lógico de defensa sería que él no discriminó a nadie porque trató a todos sus trabajadores exactamente igual. Siendo así, ¿cómo podría hacerse responsable a este empresario de una discriminación que le fue totalmente imposible cometer?

195. Los dos últimos puntos subrayan de nuevo la necesidad de una coherencia lógica en la postura que el Tribunal de Justicia finalmente adopte, en una doble dimensión: primero, en el presente asunto (el tipo de control guarda relación con el marco de comparación, que a su vez tiene incidencia en los medios de reparación) y, segundo, horizontalmente en cuanto a los medios de reparación disponibles frente a infracciones de determinadas fuentes del Derecho de la Unión.

196. Por las razones esbozadas en esta sección y en las precedentes, considero que los particulares pueden invocar el artículo 21, apartado 1, de la Carta [en relación con el artículo 2, apartado 2, letra a), de la Directiva 2000/78] al efecto de que se dejen de aplicar las disposiciones de Derecho nacional incompatibles. No obstante, el Derecho de la Unión no exige que el coste derivado de que el Estado no garantice la conformidad del Derecho nacional con la Carta deba ser asumido en primera instancia por los empresarios *privados* que apliquen el Derecho nacional.

4. Conclusión sobre la cuarta cuestión prejudicial

197. A la vista de las consideraciones que preceden, propongo que se responda a la cuarta cuestión prejudicial en los términos siguientes:

«En circunstancias como las del presente asunto, que versa sobre un litigio entre particulares:

- mientras el legislador no haya adoptado una legislación no discriminatoria, las disposiciones del Derecho nacional que se consideren incompatibles con el artículo 21, apartado 1, de la Carta en relación con los artículos 1, 2, apartado 2, letra a), y 7, apartado 1, de la Directiva 2000/78 deben dejarse inaplicados;
- el artículo 21, apartado 1, de la Carta en relación con los artículos 1, 2, apartado 2, letra a), y 7, apartado 1, de la Directiva 2000/78 no puede, de por sí, imponer obligaciones al empresario;
- no obstante, la parte perjudicada por tal aplicación del Derecho nacional podrá invocar la jurisprudencia dimanante de la sentencia de 19 de noviembre de 1991, Francovich y otros (C-6/90 y C-9/90, EU:C:1991:428), para obtener, en su caso, indemnización por el daño sufrido.»

V. Conclusión

198. Propongo al Tribunal de Justicia que responda a las cuestiones prejudiciales planteadas por el Oberster Gerichtshof (Tribunal Supremo de lo Civil y Penal, Austria) de la siguiente manera:

«1) El artículo 21, apartado 1, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea en relación con los artículos 1 y 2, apartado 2, letra a), 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

¹⁰² Sospecho que a este elemento se debe parte de la confusión suscitada respecto a la comparabilidad (véanse los puntos 46 a 48 de las presentes conclusiones).

¹⁰³ Lo cual resulta estadísticamente muy probable, no solo para Cresco Investigation, sino también para otros muchos empresarios austriacos. Se ha señalado que los miembros de las cuatro Iglesias representan aproximadamente el 2 % de los trabajadores austriacos.

trato en el empleo y la ocupación, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional con arreglo a la cual el Viernes Santo solo es festivo, con un período de descanso continuado de al menos 24 horas, para los pertenecientes a las Iglesias Evangélicas de la Confesión de Augsburg y de la Confesión Helvética, de la Iglesia Católica Antigua y de la Iglesia Evangélica Metodista, y en caso de que, pese a ser festivo, el trabajador trabaje en dicha fecha, además del derecho a la compensación por trabajar en festivo, tiene derecho a la retribución por el trabajo realizado, mientras que no sucede lo mismo con los trabajadores que no pertenecen a dichas Iglesias.

- 2) En circunstancias como las del presente asunto, una normativa nacional que concede una compensación como la descrita en la primera cuestión solamente a los miembros de ciertas Iglesias que trabajen en Viernes Santo no constituye una medida necesaria en una sociedad democrática para proteger los derechos y libertades de los ciudadanos, en el sentido de la Directiva 2000/78.
- 3) Una normativa nacional que concede una compensación como la descrita en la primera cuestión no constituye una acción positiva en el sentido del artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2000/78.
- 4) En circunstancias como las del presente asunto, que versa sobre un litigio entre particulares:
 - mientras el legislador no haya adoptado una legislación no discriminatoria, las disposiciones del Derecho nacional que se consideren incompatibles con el artículo 21, apartado 1, de la Carta de los Derechos Fundamentales en relación con los artículos 1, 2, apartado 2, letra a), y 7, apartado 1, de la Directiva 2000/78 deben dejarse inaplicados;
 - el artículo 21, apartado 1, de la Carta de los Derechos Fundamentales en relación con los artículos 1, 2, apartado 2, letra a), y 7, apartado 1, de la Directiva 2000/78 no puede, de por sí, imponer obligaciones al empresario;
 - no obstante, la parte perjudicada por tal aplicación del Derecho nacional podrá invocar la jurisprudencia dimanante de la sentencia de 19 de noviembre de 1991, Francovich y otros (C-6/90 y C-9/90, EU:C:1991:428), para obtener, en su caso, indemnización por el daño sufrido.»