

LA PRUEBA DE LA DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO EN EL DERECHO COMUNITARIO

José Fernando Lousada Arochena

Magistrado especialista de lo social

Tribunal Superior de Justicia de Galicia (España)

SUMARIO: 1. PRIMERAS ELABORACIONES JURISPRUDENCIALES Y SITUACIÓN INICIAL DE LOS DERECHOS INTERNOS. 2. LA DIRECTIVA 97/80/CE Y SU POSTERIOR REFUNDICIÓN EN LA DIRECTIVA 2006/54/CE: 2.1. Ámbito de aplicación. 2.2. Reglas sobre la carga de la prueba. 2.3. Extensión de la regla a otros ámbitos y refundición de la Directiva 97/80/CE en la Directiva 2006/74/CE. 3. INCIDENCIA DE LA NORMATIVA COMUNITARIA EN LAS REGLAS PROBATORIAS DE LOS DERECHOS INTERNOS. 4. LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA: 4.1. Carga de la prueba de la parte demandante: aproximación general. 4.2. Falta de transparencia de la decisión empresarial. 4.3. Términos de comparación en los litigios relativos a una discriminación retributiva. 4.4. Estadísticas acreditativas de impacto adverso. 4.5. Negativa del empleador a facilitar información. 4.6. Carga de la prueba de la parte demandada. 5. LA PRUEBA ESTADÍSTICA. 6. EL APOYO PÚBLICO A LAS VÍCTIMAS DE DISCRIMINACIÓN. 7. UNA BREVE CONSIDERACIÓN FINAL.

1. PRIMERAS ELABORACIONES JURISPRUDENCIALES Y SITUACIÓN INICIAL DE LOS DERECHOS INTERNOS

Ninguna de las directivas comunitarias sobre materia de igualdad de los sexos de los años setenta y ochenta contenía normas sobre carga de la prueba. Como tantas otras veces en el ámbito de la tutela de la igualdad, las elaboraciones iniciales surgieron –con el también usual precedente de la jurisprudencia estadounidense¹– del activismo del Tribunal de Justicia. Y

¹ En los Estados Unidos de América, el Tribunal Supremo, en el Caso Green vs McDonnell Douglas, 411 US 792 (1973), consideró que al demandante le basta demostrar un “*prima facie case of discrimination*” –en el caso, el rechazo a contratar a un solicitante cualificado perteneciente a una minoría quedando vacante el puesto de trabajo o ocupado por alguien que no era de esa minoría– y, hecho esto, se desplaza

surgieron asociadas a la introducción del concepto de discriminación indirecta, que traslada el centro de gravedad de la conducta discriminatoria de la intencionalidad al impacto adverso no justificado de un colectivo femenino: la STJUE de 31.1.1981, C-96/80, Caso Jenkins, es la primera en que se distribuyen los papeles en orden a la prueba de la discriminación.

De este modo, se distribuyen los papeles entre quien alega la discriminación indirecta –debe acreditar un impacto adverso sobre un colectivo femenino de una medida de apariencia neutra desde la perspectiva del sexo- y quien se opone al alegato –debe acreditar la justificación de la medida- de una manera que en poco tiempo se consolidará como un test de discriminación sexista indirecta muy usado en el ámbito del trabajo a tiempo parcial –SSTJUE de 13.5.1986, C-170/84, Caso Bilka, de 13.7.1989, C-171/88, Caso Rinner-Kühn, de 13.12.1989, C-102/88, Caso Ruzius-Wilbrink, de 27.6.1990, C-33/89, Caso Kowalska, de 7.12.1991, C-184/99, Caso Nimz, o de 4.6.1992, C-360/90, Caso Bötel-.

Más frontal y detalladamente –sin una específica limitación a la discriminación indirecta- se abordaron las cuestiones probatorias en la STJUE de 17.10.1989, C-109/88, Caso Danfoss, donde –en un auténtico “*leading-case*”- se afirma que “*cuando una empresa aplica un sistema retributivo caracterizado por la falta total de transparencia, recae sobre el empresario la carga de la prueba de que su política de salarios no es discriminatoria, una vez que los trabajadores femeninos hayan demostrado, a partir de un número relativamente importante de trabajadores por cuenta ajena, que la retribución media de los trabajadores femeninos es inferior a la de los trabajadores masculinos*”.

la prueba al empleador porque, como todo empleador actúa racionalmente, conoce y puede explicar las razones de su decisión y, si no lo hace, el motivo más probable del rechazo es la discriminación. La doctrina ha sido matizada en el Caso St. Mary's Honor Society vs Hicks, 509 US 502 (1993), en el sentido de que, aún si el empleador ofrece una explicación que no es suficientemente convincente o que el demandante demuestra no suficientemente justificada, el órgano judicial puede concluir –según las circunstancias- que no hay discriminación, sin que exista un derecho automático del demandante basado en la normativa antidiscriminatoria a obtener sentencia favorable ante la ausencia de una prueba plena.

Tales elaboraciones de la jurisprudencia comunitaria –en cuanto no obligan a una prueba plena de la discriminación para desplazar al demandado la carga de la prueba, suponen admitir la prueba estadística y excluyen la prueba de la intención de la discriminación- chirriaban más en los ordenamientos de civil law que en los ordenamientos de common law dadas las diferencias entre ambos ordenamientos entonces muy acusadas:

- En los ordenamientos de common law a un demandante civil le basta con probar la mayor probabilidad de sus evidencias frente a las del demandado –juicio de verosimilitud- utilizando cualquier medio de prueba –sistema de prueba libre-, mientras en los ordenamientos de civil law se le exige probar la verdad de sus alegatos –juicio de veracidad- a través de los medios de prueba legalmente regulados –sistema de prueba legal o tasada-.

- Otra diferencia es que, mientras en los ordenamientos de common law el deber de lealtad procesal tiende a permitir el acceso del demandante a las pruebas en poder del demandado, pudiendo el juez conminar a su exhibición, en los ordenamientos de civil law el juez, según la tradición romanista, no está facultado a requerir la exhibición a la parte que dispone de la prueba, ni a realizar investigación de oficio o a instancia de parte.

En Francia² las conductas discriminatorias eran ilícitos penales o sancionadores en cuya investigación actuaba de oficio el órgano judicial y en cuyo enjuiciamiento se utilizaba una presunción de inocencia que dificultaba las condenas. Cuando se abrió el camino de los procesos civiles o, en su caso, laborales alegando discriminación, el peso de la tradición llevaba muchas veces a no estimar las demandas si no se podía acreditar la existencia de una falta empresarial. Además, con fundamento en que ninguna parte está obligada a exhibir a la contraria la prueba de que

² Las referencias al derecho francés las he tomado de Sophie LATRAVERSE, “The challenge of evidence in implementing EU discrimination law in Civil Law Countries – The example of France” (ERA – Triers, Abril 2005), accesible en www.era-comm.eu (con versión en alemán, español, francés, inglés e italiano).

dispone, se ha llegado a considerar delictivo el quedarse el trabajador con copias de documentos de la empresa a los efectos meramente probatorios.

Por el contrario, las elaboraciones de la jurisprudencia comunitaria encajaban más fácilmente en los ordenamientos de common law. En el Reino Unido, a principios de los noventa, ya se admitía en los casos de discriminación la utilización de inferencias apropiadas a partir de los hechos primarios objeto de apreciación por el órgano jurisdiccional. Ahora bien, el órgano judicial no estaba obligado a utilizar inferencias para extraer la conclusión de discriminación prohibida. Dicho de otra manera, no se imponía al empresario el deber legal de probar la inexistencia de discriminación; a la parte demandada le correspondía meramente la carga táctica o probatoria de explicar el trato que había dispensado al empleado³.

Bajo esta situación de partida en la década de los ochenta, se hacía necesaria una normativa de armonización. En primer lugar, las restricciones probatorias de las legislaciones internas comprometían seriamente la eficacia de la normativa antidiscriminatoria comunitaria posibilitando espacios de impunidad en orden a la prohibición de discriminación por razón de sexo. Y, en segundo lugar, la consecuencia evidente de lo anterior era una deriva centrífuga de las legislaciones de los Estados miembros. Quedaban así constatadas las exigencias de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad que, de acuerdo con el derecho comunitario originario, justifican la intervención legiferante de los órganos de la Unión Europea.

2. LA DIRECTIVA 97/80/CE Y SU POSTERIOR REFUNDICIÓN EN LA DIRECTIVA 2006/54/CE

³ Así se derivaba del Caso Glasgow City Council contra Zafar [1998] ICR 120, Cámara de los Lores. Con relación a la situación del derecho inglés anterior a la Directiva 97/80/CE del Consejo, nos remitimos a Rachel CRASNOW, “Proving discrimination: the shift of the borden of proof and acces to evidence” (ERA – Triers, Septiembre 2014), accesible en www.era-comm.eu (con versión en alemán e inglés).

Buscando la armonización para una mayor efectividad de las normas sobre igualdad, y después de varios intentos más ambiciosos⁴, se aprobó la Directiva 97/80/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo, cuyo objetivo –según su artículo 1- es *“(el) mejorar la eficacia de las medidas adoptadas por los Estados miembros en aplicación del principio de igualdad de trato, que permitan que todas las personas que se consideren perjudicadas por la no aplicación, en lo que a ellas se refiere, del principio de igualdad de trato puedan invocar sus derechos en vía jurisdiccional después de haber recurrido, en su caso, a otros órganos competentes”*.

Igualmente es positivo el haber definido –en su artículo 2- la discriminación indirecta *“cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutro afecte a una proporción sustancialmente mayor de miembros de un mismo sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica resulte adecuado y necesario y pueda justificarse con criterios objetivos que no estén relacionados con el sexo”*. Recoger aquí esta definición obedece a la importancia de la prueba en los juicios sobre discriminación indirecta. Como dice el Considerando 19 del Preámbulo, *“la prueba de la discriminación es aún más difícil de aportar cuando la discriminación es indirecta”*, y eso hace que sea *“necesario definir(la)”*.

2.1. Ámbito de aplicación

⁴ La Comisión presentó el 27 de mayo de 1988 una Propuesta de Directiva, que fue sometida varias veces a discusión sin llegar a aprobarse por el Consejo. Otro intento fallido fue a través del diálogo social amparado en el Protocolo Social del Tratado de Maastricht. La última Propuesta –y que sirvió de base para la Directiva 92/80/CE- fue presentada por la Comisión el 20 de septiembre de 1996. Se trataba de textos, en líneas generales, con contenidos más completos que el texto final de la Directiva 97/80/CE: su ámbito de aplicación se extendía a la Seguridad Social Pública; el desplazamiento de la carga de la prueba se admitía expresamente cuando la parte demandada aplique un sistema o tome una decisión no transparente; se exoneraba a la parte demandante de acreditar la existencia de una falta de la parte demandada; se garantizaba la instrucción judicial efectiva de las demandas de discriminación; y se regulaba un derecho de acceso de la parte demandante a documentos en poder de la parte demandada.

Donde la Directiva 97/80/CE presenta sus aspectos más criticables es cuando –artículo 3- establece un ámbito de aplicación confuso y limitado.

Materias incluidas son “*las situaciones cubiertas por el artículo 119 del Tratado CEE y las Directivas 75/117/CEE, 76/207/CEE, y en la medida en que exista discriminación por razón de sexo, las Directivas 92/85/CEE y 96/34/CEE*”. Es decir, la Directiva 97/80/CE se aplica a las situaciones cubiertas por la igualdad de retribución (Directiva 75/117/CEE) y por la igualdad en el empleo, la formación y la promoción profesionales, y en las condiciones de trabajo (Directiva 76/207/CEE). La referencia a las situaciones cubiertas por las Directivas 92/85/CEE, sobre maternidad, y 96/34/CEE –sustituida por la 2010/18/UE-, sobre permiso parental, puede generar cierta confusión porque pudiera hacer pensar que quedan excluidas de la aplicación de la 97/80/CE las situaciones cubiertas por otras directivas laborales –como las relativas a salud laboral, sucesión de empresas, o garantías por insolvencia empresarial-, cuando es que la interpretación correcta de la norma es que estas otras directivas quedan incluidas en tanto son situaciones asimismo contempladas en las 75/117/CEE y 76/207/CEE⁵.

Otro aspecto generador de cierta confusión es la ausencia de la Directiva 86/378/CEE del Consejo, de 24 de julio de 1986, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de seguridad social. Y es que aunque no se cite expresamente se trata de una Directiva que debemos entender incluida en el ámbito de la 97/80/CE al fundamentarse esa Directiva en el principio de

⁵ La referencia expresa a la aplicación de las reglas sobre la carga de la prueba a las Directivas 92/85/CEE, sobre maternidad, y 96/34/CEE –sustituida por la 2010/18/UE-, sobre permiso parental, ha desaparecido sin dejar rastro alguno en la Directiva 2006/54/CE (refundición) por resultar innecesaria en relación con esas Directivas y de lectura confusa en relación con las demás directivas en materia laboral, pues tanto aquellas como estas se incluyen por estar comprendidas en la 75/117/CEE o en la 76/207/CEE.

igual retribución por trabajo de igual valor recogido en los tratados fundacionales y desarrollado en la Directiva 75/117/CEE que está incluida⁶.

No se incluye dentro de la Directiva 97/80/CE, acaso por el temor a una avalancha de quejas causante de un desequilibrio financiero, la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social. Tampoco la Directiva [86/613/CEE](#) del Consejo de 11 de diciembre de 1986 relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma, incluidas las actividades agrarias, así como sobre la protección de la maternidad –actualmente sustituida por la Directiva 2012/41/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de julio de 2010-.

¿Está incluida o excluida una prestación social pública vinculada a la maternidad de la trabajadora? La STJUE de 19.10.2017, C-531/15, Caso Otero Ramos (en doctrina reiterada en la STJUE de 19.9.2018, C-41/17, Caso González Castro), responde que la regla sobre la carga de la prueba de la discriminación *“debe interpretarse en el sentido de que se aplica a una situación como la controvertida en el litigio principal, en la que una trabajadora en período de lactancia impugna ante un órgano jurisdiccional nacional u otro órgano competente del Estado miembro de que se trate la evaluación de los riesgos que presenta su puesto de trabajo por no haberse llevado a cabo con arreglo a lo dispuesto en el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 92/85/CEE”*. Por lo tanto, la situación de riesgo durante la lactancia natural es una condición de salud laboral, y en consecuencia una

⁶ Según es jurisprudencia reiterada en múltiples ocasiones desde su primera manifestación en la STJUE de 7.5.1990, C-262/88, Caso Barber. Y la aplicación de la Directiva 97/80/CE a la Seguridad Social Privada se confirma con la Directiva 2006/54/CE, en cuanto se refunde la 86/378/CEE, modificada por la 96/97/CE, y en cuanto se colocan entre las disposiciones horizontales de aplicación general a todas las directivas refundidas las normas relativas a la carga de la prueba –también refundidas- de la 97/80/CE.

condición de trabajo a la que se le aplican las reglas sobre la prueba, aunque el derecho nacional la cubra con prestaciones de Seguridad Social.

La Directiva –asimismo en su artículo 3- acaba de completar su ámbito cuando, desde otra perspectiva, afirma su aplicación “*a cualquier procedimiento civil o administrativo relativo a los sectores público o privado que prevea un recurso con arreglo al derecho nacional en la aplicación de las disposiciones contempladas*”, esto es tanto procesos judiciales como procedimientos administrativos, salvo los “*extrajudiciales de carácter voluntario o previstos en el derecho nacional*” –en particular, procedimientos de mediación y conciliación, según el Considerando 12 del Preámbulo-. Por lo demás, “*la presente Directiva no se aplicará a los procesos penales, salvo que los Estados miembros así lo dispusieren*”.

2.2. Reglas sobre la carga de la prueba

Al regular –en su artículo 4- la distribución de la carga de la prueba – que es, propiamente, el contenido normativo de la norma comunitaria-, se establece –en términos de generalidad tanto en cuanto a la carga probatoria de la persona demandante como en cuanto a la carga probatoria de la persona demandada- que, “*cuando una persona que se considere perjudicada por la no aplicación, en lo que a ella se refiere, del principio de igualdad de trato, presente, ante un órgano jurisdiccional u otro órgano competente, hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta, corresponderá a la parte demandada demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato*” –artículo 4.1-

Hay cuatro precisiones en orden a la interpretación de la regla de la carga de la prueba del artículo 4.1 de la Directiva en que nos detendremos.

— La primera es, en cuanto a la carga de la prueba de la parte demandante, la necesidad, para desplazar la prueba a la parte demandada,

de “*presentar hechos*”⁷, no bastando, en consecuencia, con una simple alegación de discriminación acompañada de la integración de la parte demandante en el sexo discriminado, pues una simple alegación no es un hecho, y la integración de la parte demandante en el sexo discriminado solamente es el presupuesto para que exista la discriminación, pero no un hecho del cual esta se pueda inferir. Ahora bien, a la parte demandante le puede bastar con alegar un hecho sin tener que probarlo, siempre que la certeza de ese hecho resulte de otros mecanismos válidos de fijación de los hechos (por ejemplo, el hecho es notorio, indubitado o admitido como cierto por la parte demandada). Incluso esos hechos podrían resultar de la prueba de la parte demandada (principio de adquisición de la prueba).

— La segunda precisión en orden a la interpretación de la regla se refiere al alcance de la palabra “*presumir*”⁸. Una interpretación apegada a la literalidad de la norma nos conduciría al reconocimiento de una prueba de indicios en su sentido más clásico, es decir, a partir de un hecho base o indicio plenamente acreditado se deduce, conforme a un criterio racional, el hecho consecuencia de la discriminación sexista. Estaríamos ante la denominada prueba indirecta frente a la prueba directa de la discriminación sexista. Aunque estaríamos realizando, en ambos casos, un juicio de veracidad, es decir, se estaría obligando al demandante a una prueba plena,

⁷ No en todas las versiones lingüísticas se utilizan expresiones traducibles literalmente al español por “*presentar hechos*”, por ejemplo: en la versión inglesa se dice “*establish facts*”; en la versión francesa se dice “*établit des faits*”; en la versión italiana se dice “*abbia prodotto elementi di fatto*”. La versión más parecida a la española es la versión portuguesa, donde se habla de “*apresentar elementos de facto*”. Pero las expresiones establecer hechos (versiones inglesa y francesa), o haber producido elementos de hecho (versión italiana), o presentar elementos de hecho (versión portuguesa), permiten alcanzar unas idénticas conclusiones interpretativas que el “*presentar hechos*” de la versión española. En conclusión, no basta nunca con una simple alegación de discriminación, sino que es necesario basar esa alegación en hechos.

⁸ No hay en la utilización de este verbo divergencias entre las distintas versiones lingüísticas. Por ejemplificar: se utiliza el mismo verbo “*presumir*” que se utiliza en la versión española en las versiones inglesa (“*establish facts from which it be presumed*”), francesa (“*établit des faits qui permettent de présumer*”), italiana (“*abbia prodotto elementi di fatto in basi ai quali si possa presumere*”), y portuguesa (“*elementos de facto constitutivos da presunção de discriminação directa ou indirecta*); en la versión alemana se utiliza un verbo de significado similar al español “*presumir*” (el verbo “*vermuten*”).

bien directamente del hecho de la discriminación sexista, o bien indirectamente del hecho base o del indicio que nos permita deducirla.

Sin embargo, es posible otra interpretación más amplia si la palabra “*presumir*” la entendemos en un sentido más lato que permitiría admitir juicios de verosimilitud, como el principio de prueba o la prueba prima facie, a primera vista o de la verdad interina, que se basan en justificaciones, pruebas semiplenas o apariencias frente a la prueba plena⁹. Los antecedentes judiciales apuntan en esa dirección al admitir la prueba estadística¹⁰. Y la Directiva 2006/54/CE lo confirma cuando, en el Considerando 30 de su Preámbulo, afirma que “*deben adoptarse disposiciones para garantizar que la carga de la prueba recaiga en la parte demandada cuando a primera vista haya un caso de discriminación*”.

— La tercera precisión en orden a la interpretación de la regla es, en cuanto a la carga de la prueba de la parte demandada, la necesidad de acreditar que “*no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato*”. Aunque la redacción de la norma adolece de una excesiva generalidad, esa generalidad no se debe interpretar como la imposición a la demandada de la carga de probar un hecho negativo, como sería la ausencia de discriminación sexista, constituyendo una *probatio diabolica* como todas las de probar un hecho negativo. Lo que ha de probar la parte

⁹ Utilizaremos a lo largo de la exposición los términos principio de prueba, prueba prima facie, a primera vista o de la verdad interina, y el de justificaciones, pruebas semiplenas o apariencias, en el sentido sustancialmente equivalente de mecanismos probatorios que trasladan al órgano judicial la sospecha vehemente de la existencia de discriminación alejándose, en mayor o menor medida, del modelo de referencia que, en los ordenamientos de civil law, supone la prueba plena sea directa o indirecta. Conviene advertir la ausencia de un consenso doctrinal en orden al sentido exacto de cada uno de esos conceptos. Hemos optado por la unificación terminológica expuesta aún a riesgo de haber cometido algunas imprecisiones, porque esas imprecisiones parecen irrelevantes a los efectos de nuestra exposición.

¹⁰ También la prueba estadística aparece aludida en el Considerando 10 de la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, modificativa de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación, y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo. Refundidas estas Directivas en la Directiva 2006/54/CE.

demandada es el hecho positivo de una justificación objetiva de su actuación o conducta que es ajena a una discriminación por razón de sexo.

— La cuarta precisión en orden a la interpretación de la regla es su contenido mínimo, pero al mismo tiempo potencialmente expansivo atendiendo a una interpretación finalista. En efecto, la Directiva pudo establecer presunciones de discriminación en base a determinados hechos objetivos como la ausencia de transparencia en el sistema retributivo de la empresa; una contemplación expresa de la prueba estadística especificando las condiciones en las que se puede proponer y practicar; la obligación de organismos públicos en la facilitación de la prueba estadística; la regulación de un derecho de acceso de la parte demandante a documentos en poder de la demandada; o la ampliación de los poderes del órgano judicial, atribuyendo a este facultades para acordar pruebas de oficio.

Pero ese contenido mínimo de la regla de la carga de la prueba, es al mismo tiempo potencialmente expansivo atendiendo a una interpretación finalista. Varios de los contenidos a que se acaba de aludir, y que en principio no se encuentran en la literalidad del artículo 4.1 de la Directiva, van a ser deducidos, atendiendo a una interpretación finalista de la norma, por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (por ejemplo, la norma no ha regulado el derecho de acceso de la parte demandante a documentos en poder de la parte demandada, pero el TJUE lo ha inducido en ciertos términos, invocando la interpretación finalista, en la STJUE de 21.7.2011, C-104/10, Caso Kelly, y la STJUE de 19.4.2012, C-415/10, Caso Meister).

En todo caso, la Directiva contempla una cláusula de posible mejora del nivel de protección en los derechos internos –artículo 4.2-, y, dentro de las posibles mejoras del nivel de protección en los derechos internos, se encuentra la posibilidad de los derechos internos de implantar la investigación de oficio de los hechos, en cuyo caso no se aplica la regla de

distribución de la carga de la prueba –artículo 4.3-, lo cual resulta lógico porque la víctima no se sujeta en tales procesos a ninguna carga probatoria.

2.3. Extensión de la regla a otros ámbitos y refundición de la Directiva 97/80/CE en la Directiva 2006/74/CE

Queda solo por apuntar la importancia de la Directiva 97/80/CE en la evolución posterior de las directivas sobre la tutela de las otras igualdades¹¹ y sobre la tutela de la igualdad de los sexos en ámbitos no laborales¹², así como su refundición en la Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio de 2006¹³, y, más concretamente, en su artículo 19, que sistemáticamente se coloca dentro del Capítulo sobre “*recursos y cumplimiento*” donde aparecen las demás cláusulas de protección jurisdiccional efectiva –demostrando la consideración de la normativa sobre la carga de la prueba como una de las mismas-, y dentro del Título sobre “*disposiciones horizontales*” aplicable, en consecuencia, a la totalidad de los ámbitos de la Directiva 2006/54/CE.

Única –y a la vez significativa- diferencia entre la regulación de la Directiva 97/80/CE y todas esas posteriores Directivas es que el concepto de discriminación indirecta no se construye sobre la afectación de “*una*

¹¹ Artículo 8 de la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, y artículo 8 de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, que comprende en su ámbito las discriminaciones basadas en la religión o convicciones, la discapacidad, la edad y la orientación sexual.

¹² Artículo 9 de la Directiva 2004/113/CE del Consejo, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro.

¹³ En el Considerando 30 del Preámbulo de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición), se afirma, y es de interés destacarlo en cuanto el Preámbulo de una Directiva es un elemento interpretativo de suma importancia, que “*la adopción de normas sobre la carga de la prueba tiene una gran importancia para garantizar el respeto efectivo del principio de igualdad de trato*”, que “*deben adoptarse disposiciones para garantizar que la carga de la prueba recaiga en la parte demandada cuando a primera vista haya un caso de discriminación*”, que “*la apreciación de los hechos de los que pueda resultar la presunción de haberse producido una discriminación directa o indirecta sigue correspondiendo al órgano nacional competente*”, y que “*(resulta admisible) un régimen probatorio (interno) que resulte más favorable*”.

proporción sustancialmente mayor de miembros de un mismo sexo”, sino sobre la existencia de una “desventaja particular (de las personas de un sexo) con respecto a personas del otro sexo” –véase, por todas, el artículo 2.1.b) de la Directiva 2006/54/CE-. Tal diferencia de redacción, que encuentra su explicación en la jurisprudencia comunitaria sobre discriminación por nacionalidad¹⁴, nos lleva a concluir que la prueba estadística no es la única que permite acreditar la discriminación indirecta.

3. INCIDENCIA DE LA NORMATIVA COMUNITARIA EN LAS REGLAS PROBATORIAS DE LOS DERECHOS INTERNOS

¿Cuál es la situación actual de los derechos internos después de la aprobación de todas las citadas normas comunitarias? Se aprecia, en líneas generales, una mejora significativa de la normativa sobre carga de la prueba de la discriminación, y simultáneamente una cada vez mayor convergencia entre los ordenamientos del common law, donde ya se impone al demandado la carga de acreditar la ausencia de discriminación – Reino Unido¹⁵-, y los ordenamientos del civil law, donde la legislación, la

¹⁴ El cambio de redacción obedece, en efecto, a un intento de aplicar en el ámbito de la prohibición de otras discriminaciones la doctrina, referida a la prohibición de discriminación por nacionalidad, contenida en la STJUE de 23.5.1996, C-237/94, Caso O’Flynn, donde, en relación con una normativa de protección social del Reino Unido según la cual la cobertura de los gastos de sepelio del trabajador solo se produce si la inhumación o la incineración tiene lugar en el Reino Unido, se razona que *“una disposición de derecho nacional debe considerarse indirectamente discriminatoria cuando, por su propia naturaleza, pueda afectar más a los trabajadores migrantes que a los trabajadores nacionales e implique por consiguiente el riesgo de perjudicar, en particular, a los primeros”*, añadiéndose que *“no es necesario comprobar, a este respecto, si la disposición controvertida afecta, en la práctica, a un porcentaje considerablemente más importante de trabajadores migrantes, basta con que dicha disposición puede producir tal efecto”*.

¹⁵ En el Reino Unido, el artículo 136 de la Equality Act 2010 establece: *“(1) Este artículo se aplica a cualquier procedimiento relativo a la vulneración de esta Ley. (2) Si existen hechos en base a los cuales el órgano jurisdiccional podría concluir, en ausencia de cualquier otra explicación, que una persona (A) ha vulnerado la disposición de que se trate, el órgano jurisdiccional deberá considerar que existe vulneración. (3) Pero el subapartado (2) no se aplicará si A demuestra que A no ha vulnerado la disposición”*. De este modo, se le impone al demandado la carga de demostrar la ausencia de discriminación si existen hechos en base a los cuales el órgano judicial puede concluir la vulneración. Rachel CRASNOW analiza los mecanismos específicos instaurados a favor de la parte demandante dirigidos a obtener información a los efectos de entablar con eficacia una acción judicial, en particular los cuestionarios legales, que eran un formulario de preguntas redactadas al efecto a las que debe contestar la parte demandada, pudiendo valorarse en su contra la negativa a contestar o las respuestas evasivas,

jurisprudencia y la doctrina científica están acogiendo el juicio de verosimilitud en la aplicación de las reglas sobre desplazamiento de la carga de la prueba de la discriminación –Italia¹⁶, España¹⁷ o Bélgica¹⁸–.

4. LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA

Mientras los órganos legiferantes comunitarios hacían sus deberes aprobando directivas donde se han plasmado normas sobre la distribución

“Proving ...”, obra citada. Sin embargo, el sistema de cuestionarios legales (que era una mejora probatoria del derecho británico frente a la normativa comunitaria) recientemente ha sido abolido dentro de una política gubernamental de reducir las cargas de las empresas. Ante tal abolición, Tom BROWN apunta, como otras herramientas útiles para la prueba de la discriminación en el derecho británico (1) las demandas de información complementaria en los procedimientos judiciales ordinarios, y (2) la utilización de la legislación sobre protección de datos personales pues en el derecho británico se puede reclamar una copia de todos esos datos incluyendo cualquier opinión acerca de un individuo y cualquier indicación de las intenciones de cualquier persona, “The shift of the burden of proof and access to evidence”, (ERA – Triers, Noviembre 2016), accesible en www.era-comm.eu (con versión en inglés y francés).

¹⁶ En Italia, el artículo 40 del Decreto Legislativo de 11 de abril de 2006, número 198, Código de igualdad de oportunidades hombre mujer –que refunde el artículo 4.6 de la Ley de 10 de abril de 1991, número 125- establece el desplazamiento de la carga de la prueba cuando la parte demandante acredite “*hechos, incluso derivados de datos estadísticos*” que establezcan “*de manera precisa y concordante la presunción de la existencia de actos, acuerdos o conductas discriminatorias por razón de sexo*” (la traducción es propia). Según el artículo 2729 del Código Civil de Italia, la presunción simple solo la admitirá el juez si es grave, precisa y concordante, de modo que, al faltar la gravedad en el antes citado artículo 40, la doctrina entiende se establece un mecanismo probatorio menos exigente que el derivado de la prueba de indicios y que se suele asimilar a un juicio de verosimilitud “*id quod plerumque accidit*”, valorando la conformidad de la actuación empresarial con los criterios típicos de gestión de la empresa.

¹⁷ En España, la jurisprudencia constitucional ha admitido el principio de prueba como palanca suficiente, al igual que los indicios, a los efectos de desplazar la carga de la prueba, desde las Sentencias 90/97, de 6 de mayo, 74/1998, de 31 de marzo, y 87/1998, de 21 de abril, aclarando –Sentencia 17/2003, de 30 de enero, y otras posteriores-, que, a esos efectos, “*tendrán aptitud probatoria tanto los hechos que sean claramente indicativos de la probabilidad de la lesión del derecho sustantivo, como aquellos que, pese a no generar una conexión tan patente y resultar por tanto más fácilmente neutralizables, sean sin embargo de entidad suficiente para abrir razonablemente la hipótesis de la vulneración del derecho fundamental*”. Eso sí, “*en la aportación de una prueba verosímil o principio de prueba de la vulneración denunciada resultará insuficiente la simple afirmación de la discriminación o lesión de un derecho fundamental lo mismo que reflejar tal afirmación en unos hechos*” –Sentencia 41/2006, de 13 de febrero-.

¹⁸ En Bélgica, el artículo 33 de la Ley de 10 de mayo de 2007, sobre lucha contra la discriminación entre mujeres y hombres, después de establecer, en su apartado 1, una norma general sobre carga de la prueba, enumera no exhaustivamente, en sus apartados 2 y 3, hechos suficientes para presumir una discriminación directa, a saber “*(1) elementos que presentan alguna recurrencia de un trato desfavorable en relación con el mismo sexo ... o (2) elementos que revelan una situación de peor trato de la víctima con relación a la situación de una persona comparable*”, o una discriminación indirecta, a saber “*(1) estadísticas generales relacionadas con la situación del grupo del que la víctima es parte, o hechos de conocimiento general; o (2) la utilización de un criterio intrínsecamente sospechoso; o (3) informaciones estadísticas básicas reveladoras de un trato desfavorable*” (la traducción es propia). Fácilmente se comprueba con su simple lectura la superación de los estándares probatorios característicos de ordenamientos de civil law.

de la carga de la prueba de la discriminación sexista, el Tribunal de Justicia, que fue motor de arranque de ese proceso normativo, ha continuado aplicando la distribución de la carga de la prueba de la discriminación sexista, y, atendiendo a la totalidad de su jurisprudencia, se pueden alcanzar las siguientes conclusiones sobre la distribución de la carga de la prueba de la discriminación sexista –que, con las debidas adaptaciones, se podrían extender a otras formas de discriminación conformando un auténtico derecho común de tutela de la igualdad de trato-.

4.1. Carga de la prueba de la parte demandante: aproximación general

Incluso antes de la Directiva 97/89/CE, se afirmaba que *“la carga de la prueba puede ser desplazada cuando ello se revele necesario para no privar a los trabajadores víctimas de discriminación aparente de todo medio eficaz para hacer que se respete el principio de igualdad de retribución”* –STJUE de 27.10.1993, C-127/92, Caso Enderby-. Así, y aplicando la Directiva 97/89/CE, *“cuando un empleado alega que se ha vulnerado el principio de igualdad de trato en su perjuicio y presenta hechos que permiten presumir la existencia de discriminación directa o indirecta ... corresponde a la demandada probar que no se ha vulnerado dicho principio”* –STJUE de 10.3.2005, C-196/02, Caso Nikoloudi-.

Ahora bien, no basta la simple alegación de discriminación, ni tampoco la integración de la parte demandante en el sexo discriminado, pues eso es el presupuesto para que exista la discriminación, pero no un hecho del cual esta se pueda inferir; en este sentido, se ha dicho que *“ni las simples alegaciones, ni el solo embarazo de la funcionaria dejan ... presumir la existencia de una discriminación por razón de sexo”* (STJUE de 26.10.2017, T-706/16 P, Caso HB vs Comisión; STJUE de 7.11.2019, T-431/18, Caso VN vs Parlamento). Pero esta matización exige otra

matización. Y es la de que, aunque el solo embarazo de la trabajadora no permite inferir la discriminación sexista, en ningún momento se exige acreditar la intención de discriminar pues *“en modo alguno (se) subordina la responsabilidad del autor de una discriminación a la prueba de que se haya cometido un acto ilícito o de que no exista una causa de exención de la responsabilidad”* (STJUE de 8.11.1990, C-177/88, Caso Dekker).

4.2. Falta de transparencia de la decisión empresarial

Según la emblemática STJUE de 17.10.1989, C-109/88, Caso Danfoss (un auténtico *“leading-case”* del cual tanto arranca la jurisprudencia sobre carga de la prueba de la discriminación como fue acicate para la elaboración de la regulación comunitaria), *“cuando una empresa aplica un sistema retributivo caracterizado por la falta total de transparencia, recae sobre el empresario la carga de la prueba de que su política de salarios no es discriminatoria, una vez que los trabajadores femeninos hayan demostrado, a partir de un número relativamente importante de trabajadores por cuenta ajena, que la retribución media de los trabajadores femeninos es inferior a la de los trabajadores masculinos”*.

Aunque el Caso Danfoss se refiere a una discriminación sexista retributiva, el panorama discriminatorio consistente en la falta total de transparencia de la decisión empresarial se puede aplicar *mutatis mutandis* a la selección del personal en el contexto de la contratación o en el contexto de un despido colectivo, o a la promoción interna con la finalidad de cuestionar el techo de cristal y/o el suelo pegajoso en relación con las mujeres, o en general con personas incluidas en un colectivo discriminado.

4.3. Terminos de comparación en los litigios relativos a una discriminación retributiva

Si se alega la existencia de una discriminación retributiva, le corresponde al demandante acreditar hechos de los cuales se deduzca:

(1) *“que percibe una retribución inferior a la que el empresario paga a su compañero de trabajo del sexo opuesto ... (que) realiza el mismo trabajo o un trabajo de igual valor”*, siendo indicio de que ello es así *“el hecho de que la trabajadora que pretende ser víctima de una discriminación por razón de sexo y el trabajador de referencia estén clasificados en la misma categoría profesional prevista por el convenio colectivo aplicable”* (STJUE de 26.6.2001, C-381/99, Caso Brunnhofer); o

(2) que *“a partir de un número relativamente importante de trabajadores por cuenta ajena ... la retribución media de los trabajadores femeninos es inferior a la de los trabajadores masculinos”* cuando el sistema de retribución de la empresa se caracteriza por *“la falta total de transparencia”* (STJUE de 17.10.1989, C-109/88, Caso Danfoss), lo que resulta ser lógico porque, si en estos casos se obligase a la parte demandante a la comparativa de puestos de trabajo, esa falta total de transparencia nunca permitiría demostrar la existencia de discriminación, dejando a las mujeres trabajadoras en situación de indefensión probatoria.

Obsérvese que, mientras la comparativa se hace en el Caso Danfoss sobre un número relativamente importante de trabajadores cualquiera que fuese su categoría o su puesto de trabajo, en el Caso Brunnhofer es de dos puestos de trabajo. También es posible entre dos categorías profesionales distintas aún siendo diferente el convenio colectivo aplicado a la categoría feminizada de logopedas y a la masculinizada de farmacéuticos –STJUE de 27.10.1993, C-127/92, Caso Enderby-. Por lo tanto, lo interesante no es fijar una regla comparativa siempre válida sino buscar en cada caso concreto la situación discriminatoria sexista, y ello obliga a utilizar, también en cada caso, diferentes índices en orden a lograr dicha finalidad.

Y es que, si los prejuicios discriminatorios se pueden infiltrar en elementos retributivos que afecten a toda la plantilla, a una categoría profesional o a un puesto de trabajo, o incluso en otros ámbitos (por ejemplo, atendiendo a los diferentes centros de trabajo o unidades productivas de la empresa), la elección del ámbito de comparación no puede ser una constante fija si queremos que la discriminación pueda ser aflorada eficazmente. La visibilización de los prejuicios discriminatorios a través de indicios o principio de prueba obliga, en consecuencia, a utilizar en cada caso diferentes módulos en orden a la consecución de esa finalidad.

Una problemática específica la plantea la retribución a destajo. Según la STJUE de 31.5.1995, Caso Royal Copenhagen, C-400/93, si la retribución es a destajo no vale como indicio para trasladar la carga de la prueba a la empresa atender a las retribuciones medias de dos grupos de trabajadores, uno masculinizado y otro feminizado. Pero esa diferencia de retribuciones medias sí es indicio cuando *“las retribuciones individuales se componen de una parte variable, que está en función del resultado individual de la labor realizada por cada trabajador, y de una parte fija diferente según los grupos de trabajadores (y) no pudiera determinarse qué factores fueron decisivos a la hora de fijar los porcentajes o unidades de medida aplicados para calcular la parte variable de la retribución”*¹⁹. Si bien se mira, se está aplicando la doctrina del Caso Danfoss: la falta de transparencia de los criterios de determinación de la parte fija y de la parte

¹⁹ También se aclara en el Caso Royal Copenhagen que, *“para efectuar la oportuna comparación entre las retribuciones medias de dos grupos de trabajadores remunerados a destajo, el órgano jurisdiccional nacional deberá asegurarse (1) de que cada uno de los dos grupos esté integrado por la totalidad de trabajadores que, habida cuenta de un conjunto de factores, como la naturaleza del trabajo, las condiciones de formación y las condiciones laborales, pueda considerarse que se encuentran en una situación comparable y (2) de que estén integrados por un número relativamente importante de trabajadores, de forma que quede excluida la posibilidad de que las diferencias existentes obedezcan a fenómenos puramente fortuitos o coyunturales, o se deban a distintos resultados individuales de la labor realizada por los trabajadores de que se trate”*. En esta exigencia se vislumbran los criterios de pertinencia de la prueba estadística después consagrados en el Caso Nicole Seymour-Smith y Laura Perez.

variable del salario a destajo permiten usar como indicio de discriminación la diferencia de los salarios medios entre los trabajadores y las trabajadoras.

¿Podría utilizarse un comparativo hipotético abstracto? Las definiciones de discriminación directa utilizadas en todas las directivas sobre igualdad, en cuanto se refieren a la situación en que una persona pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación comparable, están posibilitando la utilización de comparadores hipotéticos, por más que, salvo en los casos de discriminación por embarazo, la jurisprudencia siga virgen. Por ello, si la parte demandante acredita que sus compañeros de trabajo de distinto sexo han progresado profesional y retributivamente más que ella, o que los compañeros de su sexo, no hay razón para negar la utilización de un comparativo hipotético sin necesidad de concretar a un determinado trabajador o grupo de trabajadores como terceros comparadores, pues habría indicio o sospecha de discriminación.

4.4. Estadísticas acreditativas de impacto adverso

La STJUE de 9.2.1999, C-167/97, Caso Nicole Seymour-Smith y Laura Pérez, que es el asunto en el que la prueba estadística se presentó en sus perfiles más técnicos, ha establecido, para la valoración de los datos estadísticos a efectos de acreditar discriminación indirecta en una norma, las siguientes tres condiciones: *“si se refieren a un número suficiente de individuos, si no constituyen la manifestación de fenómenos meramente fortuitos o coyunturales y si, de manera general, resultan significativos”*. Respecto a la referencia temporal de la estadística, el juez nacional *“tras tomar en consideración todas las circunstancias jurídicas y fácticas pertinentes”*, determinará la fecha para apreciar la legalidad de la norma²⁰.

²⁰ Hay dos posibilidades teóricas, una es la de atender a todo el tiempo de aplicación de la norma –criterio diacrónico-, y otra es la de atender a un momento concreto –criterio sincrónico-, lo cual abre el problema de cuál es el momento a considerar, si el de adopción de la norma –lo que supondría obligar a los poderes

En la STJUE de 6.12.2007, C-300/06, Caso Ursula Voß, se reitera, siguiendo la doctrina del Caso Nicole Seymour-Smith y Laura Pérez, que *“el mejor método de comparación de estadísticas consiste en comparar la proporción de trabajadores afectados por (la) diferencia de trato, por un lado, entre la mano de obra masculina y, por otro, la misma proporción entre la mano de obra femenina”*, existiendo una apariencia de discriminación sexista *“si los datos estadísticos disponibles muestran que el porcentaje de trabajadores a tiempo parcial dentro del grupo de trabajadoras mujeres es considerablemente mayor que el porcentaje de trabajadores a tiempo parcial dentro del grupo de trabajadores varones”*.

Hay varios litigios provenientes de España donde se ha cuestionado si una disposición normativa sobre Seguridad Social causa impacto adverso a colectivos feminizados, como en España es el de trabajadores a tiempo parcial. Tales litigios han puesto de manifiesto ciertos vaivenes jurisprudenciales en orden a las exigencias de las pruebas estadísticas válidas para constituir una presunción de existencia de una discriminación.

— Se ha considerado discriminatorio exigir a los trabajadores a tiempo parcial, en su inmensa mayoría mujeres, un periodo de cotización que, en comparación con los trabajadores a tiempo completo, es proporcionalmente mayor para acceder, en su caso, a una pensión de jubilación contributiva en una cuantía que ya es reducida en proporción a la parcialidad de su jornada, con lo cual la parcialidad se proyectaría sobre la exigencia de carencia y sobre la cuantía de la pensión, generando así una doble penalización (STJUE 22.11.2012, C-385/11, Caso Elbal Moreno).

— Pero en el Caso Cachaldora (STJUE de 14.4.2015, C-527/13), la Sentencia dictada en Sala General y con una decisión inusualmente

públicos a legislar con una perspectiva de género- o si el de su aplicación –lo que supondría considerar los eventuales cambios sociales posteriores a la adopción de la norma-. La cuestión tenía su importancia en el Caso Nicole Seymour-Smith y Laura Pérez porque, entre la fecha de adopción de la norma y la de su aplicación, habían transcurrido ocho años. El Tribunal de Justicia eludió ofrecer una respuesta universal.

contraria a la del Abogado General, rechaza la existencia de impacto adverso porque no resulta estadísticamente constatado que la norma en concreto se aplique a más mujeres que a hombres, no siendo válido a estos efectos atender a la estadística general de que hay más mujeres que hombres trabajando a tiempo parcial (estadística que, sin embargo, si se consideró válida sin mayores miramientos en el Caso Elbal Moreno), y, a falta de esa constatación, no se aprecia la existencia de impacto adverso (lo que supone hacer pechar a la parte demandante con la carga de presentar estadísticas minuciosas de difícil conocimiento para la ciudadanía); además la norma aleatoriamente perjudica o beneficia según las circunstancias del trabajador a tiempo parcial (es decir, no es una norma que, en todo caso, perjudica al trabajador a tiempo parcial). Sentencia en la cual, como afirma la doctrina, el Tribunal de Justicia “*vuelve a caer en sus surcos más profundos en orden a la constatación de una discriminación indirecta*”.

— Más reciente, en el Caso Espadas Recio (STJUE de 9.11.2017, C-98/15) el TJUE vuelve a la doctrina Elbal Moreno y se separa de la doctrina Cachaldora, argumentando que, en el caso concreto, se ha acreditado estadísticamente que hay mayoría de mujeres en el ámbito del trabajo a tiempo parcial vertical, que es el afectado por la norma, y que esta no consta que en algún caso beneficie a los trabajadores a tiempo parcial.

Esta tendencia más flexible (y más razonable desde la perspectiva del derecho de defensa) en orden a la aportación de pruebas estadísticas para la acreditación de un impacto adverso constitutivo de discriminación sexista indirecta en relación con el enjuiciamiento de disposiciones normativas que se manifiesta en el Caso Espadas Recio, se consolida, esperamos que de una manera ya definitiva, en la STJUE de 3.10.2019, C-274/18, Caso Mino Schuch-Ghannadan, según la cual el artículo 19 de la Directiva 2006/54/CE “*debe interpretarse en el sentido de que esta disposición no exige que la parte que se considere perjudicada por tal discriminación*

presente, para demostrar una presunción de discriminación, estadísticas o hechos concretos referidos a los trabajadores afectados por la normativa nacional controvertida si dicha parte no tiene acceso a tales estadísticas o hechos o únicamente puede acceder a ellos con grandes dificultades”.

La doctrina Cachaldora debería, en consecuencia, valorarse, como una excepción de difícil nueva aplicación, frente a la tendencia general de flexibilizar la carga de la aportación de estadísticas manifestada en la doctrina Elbal Moreno / Espadas Recio / Mino Schuch-Ghannadan.

4.5. Negativa del empleador a facilitar información

De acuerdo con la STJUE de 21.7.2011, C-104/10, Caso Kelly, la normativa sobre la carga de la prueba de la discriminación no prevé el derecho de un candidato a una formación profesional, que considera que el acceso a esta se le ha denegado a causa de la inobservancia del principio de igualdad de trato, a acceder a la información que posee el organizador de esa formación sobre las cualificaciones de los demás candidatos, aunque matiza que no se podrá denegar el acceso a la información si, en el contexto de la prueba de tales hechos, se frustra el efecto útil de la normativa comunitaria. En ese caso, el organizador facilitará la información respetando las garantías de confidencialidad de las personas candidatas.

La doctrina del Caso Kelly ha sido reiterada y completada con interesantes matices en la STJUE de 19.4.2012, C-415/10, Caso Meister: se trataba de un supuesto donde la candidata demandante alegaba la existencia de un rechazo al empleo por una discriminación múltiple acumulativa derivada a la vez de su sexo, de su edad madura y de su origen étnico.

El Tribunal de Justicia comienza reiterando la premisa de partida establecida como norma general en el Caso Kelly (que en este la refería solo a las directivas sobre sexo y ahora la extiende a las directivas sobre

edad y origen étnico): las normas sobre carga de la prueba de las directivas implicadas *“deben interpretarse en el sentido de que no prevén el derecho de un trabajador que alega de forma verosímil que reúne las condiciones enunciadas en un anuncio de contratación y cuya candidatura no ha sido seleccionada de acceder a la información que indica si al término del proceso de selección el empresario ha contratado a otro candidato”*.

Sin embargo, *“no cabe excluir que una denegación total de acceso a la información por una parte demandada pueda constituir uno de los factores que se deben tener en cuenta en el contexto de la acreditación de los hechos que permiten presumir la existencia de una discriminación directa o indirecta”*. Eso sí, *“incumbe al tribunal remitente verificar si así sucede en el asunto principal, tomando en consideración todas las circunstancias del litigio del que conoce”*, aunque (en la fundamentación jurídica) se apuntan (con la evidente finalidad de ofrecer una respuesta útil al órgano judicial nacional) varias circunstancias a tomar en consideración (y que conducen sin duda alguna hacia la sospecha de una discriminación):

— Que, *“a diferencia de lo que ocurría en el asunto que dio lugar a la Sentencia Kelly, antes citada, parece ser que el empresario demandado en el litigio principal denegó totalmente a la Sra. Meister el acceso a la información cuya comunicación solicitaba esa Señora”* (Párrafo 44).

— Que *“Speech Design (la empresa demandada) no niega la adecuación entre el nivel de cualificación de la Sra. Meister y el mencionado en el anuncio de contratación, y la doble circunstancia de que, pese a ello, el empresario no la convocó a una entrevista con vistas a la contratación, y la interesada tampoco fue convocada en el nuevo proceso de selección de candidatos para ocupar el puesto ofrecido”* (Párrafo 45).

4.6. Carga de la prueba de la parte demandada

Frente a la prueba del demandante, al demandado le corresponde (1) “negar que los requisitos de aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras se cumplan en su caso”, lo que sería una contraprueba dirigida a desvirtuar la existencia de los indicios de discriminación –o, más sencillamente, un contraindicio-, o (2) “invocar razones objetivas y ajenas a toda discriminación por razón de sexo, para justificar la diferencia de retribución”, lo que sería una prueba plena en contrario tendente a romper el enlace entre la existencia de unos hechos indiciarios, que no se niegan, con la existencia real de una discriminación por razón de sexo –STJUE de 26.6.2001, C-381/99, Caso Brunnhofer-.

5. LA PRUEBA ESTADÍSTICA

Discriminación indirecta y prueba estadística presentan una íntima relación teórica y práctica, aunque la misma puede ser más o menos intensa, apreciándose dos modelos, uno estricto y otro atenuado. El modelo estricto es característico de los Estados Unidos, donde se manejan de manera más técnica las pruebas estadísticas, utilizando criterios bastante bien definidos para cuantificar el impacto adverso –los más utilizados son la tasa negativa de rechazos²¹ y el análisis de desviaciones²²-. Pero el

²¹ La Equal Employment Opportunities Comision ha acogido en las Uniform Guideliness on Employee Selection Procedures la regla de la tasa negativa de rechazos, o regla de los 4/5, o del 80%, que se estructura en cuatro pasos: (1) Calcular la tasa de seleccionados de cada grupo –por ejemplo, si se contrataron 52 de 100 aspirantes blancos, la tasa es del 52%, y si se contrataron 14 de 50 aspirantes negros, la tasa es del 28%- (2) Tomar el grupo con más contratados –en el ejemplo, los blancos-. (3) Dividir la tasa de seleccionados de un grupo por la tasa de seleccionados del grupo con más contratados – en el ejemplo, dividir 28 entre 52-. (4) Si el resultado es inferior a 4/5, o sea a 0,80, hay indicios de impacto adverso –en el ejemplo, el resultado es 0,538, de donde hay indicios de impacto adverso-. Fuente: Adoption of questions and answers to clarify and provide a common interpretation of the Uniform Guideliness on Employee Selection Procedures, Federal Register 44, número 43, 2.3.1979, página 11998.

²² En el Caso Hazelwood School District vs United States, 433 US 299 (1977), se aceptó utilizar el análisis de desviaciones, considerándose significativas las superiores al doble o al triple. Veamos cómo se aplicó. La Escuela de Hazelwood contrató, de 1972 a 1974, a 15 profesores negros en 405 contrataciones. Se sustentó la demanda del Gobierno en que, como en el área de empleo –incluyendo la Ciudad de Sant Louis- había un 15,4% de personas negras calificadas, lo esperable sería haber contratado 62 profesores negros, suponiendo la desviación –de 15 a 62- más del cuádruplo: hay indicios de impacto adverso. Pero,

problema surge al definir los elementos de la comparación, tanto dentro de la empresa²³, como el otro elemento de comparación –el número de candidaturas²⁴ o el de personas capaces dentro del área de la empresa²⁵–.

Indudablemente esas dificultades, de las cuales lo anterior es solo un botón de muestra, han llevado a relativizar la importancia de la prueba estadística del impacto adverso en Europa, de modo que, en la jurisprudencia británica los tribunales han confiado más en el sentido común y su general experiencia y conocimiento, que en concienzudas estadísticas, que de otra parte no son exigibles al empresario con relación con la composición sexual de la empresa. También en los Estados Unidos han surgido críticas, destacando por su gracejo la de aquel juez que afirma que *“demasiadas personas utilizan las estadísticas como un hombre borracho utiliza una farola: como un soporte y no como iluminación”*²⁶.

¿Cuál es el modelo acogido en el derecho comunitario? Dado que el concepto de discriminación indirecta de las Directivas 2000/43/CE, 2000/78/CE, 2004/113/CE y 2006/54/CE se construye sobre la desventaja particular, y no sobre el impacto adverso –como en la Directiva 97/80/CE–, nos inclina a pensar que esta no se debe aplicar en términos estrictos al menos cuando existan otras inferencias o corroboraciones adicionales. Sin

descontando la Ciudad de Sant Louis, se reducía al 5,7% el porcentaje de personas negras cualificadas, de donde lo esperable sería haber contratado 23 profesores negros, lo que suponía una desviación –de 15 a 23– de menos del doble: no hay indicios de impacto adverso. El Tribunal Supremo –que directamente no resuelve– establece criterios de valoración de esas estadísticas, devolviendo el asunto al juez de instancia.

²³ No es lo mismo valorar la estructura sexual de la totalidad de la plantilla de una empresa, lo cual imposibilitaría la prueba del impacto adverso en empresas con elevada mano de obra femenina no cualificada, que valorar la estructura sexual de una categoría profesional elevada o de los trabajadores contratados a consecuencia de determinada oferta empresarial, que son criterios mucho más exigentes.

²⁴ Son las denominadas *“flow statistics”*. Inconveniente de este criterio es que, al atender a las personas candidatas, pueden quedar fuera, por la configuración discriminatoria de la oferta, personas cualificadas.

²⁵ Son las denominadas *“stock statistics”*. Inconveniente de este criterio –que es el seguido en las Guidelines de la EEOC– es que no siempre es fácil determinar cuál es el área de actuación de la empresa.

²⁶ *“Too many use statistics as a drunk man uses a lamppost – for support and not for illumination”*, según dice el Caso Keely versus Westinghouse Electric Corporation, 404 FSupp. 573 (E.D.Mo. 1975).

embargo, el TJUE ha sido exigente con los aspectos técnicos de la estadística en ciertos casos donde acaso ha pesado que se cuestionaban leyes internas y no meras decisiones empresariales (en concreto en el Caso Nicole Seymour-Smith y Laura Pérez, y en el Caso Cachaldora, ya citados).

Sea como fuere, los datos estadísticos aportados son un punto de partida en la aplicación de la doctrina de la flexibilización de la carga de la prueba a los casos de discriminación sexista indirecta. Pero su aportación no es una exigencia cuyo no riguroso cumplimiento lleve a desestimar la acción. Cada caso obligará a determinar si los datos estadísticos aportados, por sí solos o unidos a otras pruebas y al conocimiento judicial de la realidad social, nos permiten configurar el panorama indiciario determinante de la inversión de la carga de la prueba. De ahí la relatividad de unas reglas rigurosas de valoración estadística y de ahí, asimismo, la imposibilidad de fijar unas reglas de validez universal en todos los casos.

6. LA ASISTENCIA PÚBLICA A LAS VÍCTIMAS DE DISCRIMINACIÓN

El artículo 13.2 de la Directiva 2000/43/CE –sin correspondencia en la Directiva 2000/78/CE-, el artículo 12.2.a) de la Directiva 2004/113/CEE y el artículo 20.2.a) de la Directiva 2006/54/CE atribuyen a los organismos de fomento de la igualdad la competencia de “*prestar asistencia independiente a las víctimas de discriminación a la hora de tramitar sus reclamaciones por discriminación*”. Y la asistencia a las víctimas debe necesariamente comprender aspectos probatorios, lo cual es especialmente relevante en aquellos supuestos de discriminación indirecta donde la aportación de la prueba estadística puede no estar al alcance de las personas individuales dadas sus dificultades técnicas y dados sus costes económicos.

Ya el artículo 4 de la Propuesta de Directiva relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo, de 24.5.1988, obligaba a los Estados miembros a establecer “*las medidas necesarias para que los tribunales y otras instancias competentes puedan adoptar medidas dirigidas a asegurar la instrucción efectiva de las demandas de discriminación*”. Que esta norma no haya pasado al texto definitivo de la 97/80/CE, ni aparezca en la 2000/43/CE, la 2000/78/CE, o la 2006/54/CE, no justifica a las legislaciones nacionales para desentenderse del apoyo probatorio a las víctimas de la discriminación cuando tales Directivas obligan en general a un apoyo público a las víctimas de la discriminación.

Un ejemplo de asistencia pública a las víctimas de discriminación se encuentra, en el derecho español, en el artículo 13 de la Ley Orgánica de Igualdad Efectiva para Mujeres y Hombres (2007), que establece que, a efectos de la aplicación de las reglas de distribución de la carga de la prueba, “*el órgano judicial, a instancia de parte, podrá recabar, si lo estimase útil y pertinente, informe o dictamen de los organismos públicos competentes*” –cualquiera cuyas competencias se correspondan con la utilidad de la prueba, y no solo los organismos de igualdad–. La Ley reguladora de la Jurisdicción Social (2011) habilita al órgano judicial para solicitar el informe o dictamen en cualquier proceso sobre discriminación.

7. UNA BREVE CONSIDERACIÓN FINAL

Las reglas generales de distribución de la carga de la prueba que se concretan en los clásicos aforismos “*ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*” y “*da mihi factum, dabo tibi ius*”, se muestran demasiado rígidas cuando se trata de acreditar una conducta discriminatoria sexista porque dichas conductas son polimórficas, al presentar múltiples matices, y habitualmente escondidas bajo apariencia de legitimidad, de modo que, al

ser la prueba un factor esencial en la tutela frente a esas conductas, ha surgido la necesidad de flexibilizar las reglas sobre la carga de la prueba con medidas probatorias abiertas, so riesgo de dejar las normas sobre igualdad de sexos en el limbo de las declaraciones de buenas intenciones.

Ahora bien, no estamos –ni en las elaboraciones normativas y jurisprudenciales del derecho comunitario ni en las elaboraciones normativas y jurisprudenciales de los derechos internos- ante una auténtica inversión de la carga de la prueba en sentido técnico jurídico estricto porque al demandante le corresponde la carga de presentar hechos presuntivos de la discriminación sexista, sino ante una distribución de la carga de la prueba, de modo que, una vez el demandante ha cumplido esa carga, se desplaza al demandado el acreditar la existencia de motivos ajenos a la discriminación sexista, lo cual, si ha actuado con racionalidad – algo presumible de un buen empresario-, no le debiera ser difícil acreditar.

Una distribución de la carga de la prueba entre los litigantes que tiende a aligerar, aliviar, atenuar, corregir, facilitar, flexibilizar o modular – por utilizar algunas de las expresiones más usadas- la carga de la prueba del demandante, mientras se sobrecarga la del demandado. Aunque los criterios de distribución no son rígidos, sino abiertos, susceptibles de acomodación a cada caso particularizado. Por ello, la distribución de la carga de la prueba de la discriminación sexista no se puede condensar en un enunciado cerrado, sino que es un mandato de carácter abierto dirigido a fomentar la receptividad de los jueces en orden a flexibilizar la aplicación de las normas sobre la carga de la prueba atendiendo a las circunstancias del caso.