



NOVEDADES PROCESALES EN LA LEY DE IGUALDAD

JUAN GORELLI HERNÁNDEZ

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidad de Sevilla

EXTRACTO

La LO 3/2007 presenta un conjunto de normas que afectan al ámbito procesal. Podemos encontrar como hay dos niveles bien diferenciados: de un lado un conjunto de normas de carácter general, que afectan a la totalidad de las regulaciones procesales (fundamentalmente sus arts. 12 y 13); pero, además, se introducen una serie de normas a través de sus disposiciones adicionales que modifican la Ley de Enjuiciamiento Civil, la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y la Ley de Procedimiento Laboral.

Merece la pena destacar como las reformas no han sido paralelas entre las principales leyes procesales, de manera que se establece un difícil juego de equilibrios entre la Ley de Enjuiciamiento Civil y la Ley de Procedimiento Laboral, sobre todo en relación a la carga de la prueba o a la legitimación procesal.

En cuanto a donde se aportan estas novedades, hemos de señalar sobre todo el papel de sindicatos y asociaciones de defensa de la igualdad por razón de sexo (si bien estas últimas no se recogen como sujetos con legitimación en el ámbito del proceso laboral) para actuar en defensa de afiliados y asociados. De otro lado, los problemas relativos a la literalidad del art. 13 LO 3/2007 y normas concordantes, en materia de distribución de la carga de la prueba.

Junto a estas dos cuestiones, las más llamativas, aparecen otras de menor calado, pero igualmente importantes: acumulación de las demandas de despido o extinción con la reclamación por daños y perjuicios derivados de violación de la prohibición de discriminación por razón de sexo, el nuevo ámbito de aplicación de la modalidad procesal del art. 138 bis LPL, o las novedades en materia de procedimiento de oficio.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. LEGITIMACIÓN PROCESAL PARA DEMANDAR EN DEFENSA DEL DERECHO A LA IGUALDAD DE TRATO ENTRE MUJERES Y HOMBRES
3. LA CARGA DE LA PRUEBA EN LOS SUPUESTOS DE DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO
 - 3.1. Distribución de la carga de la prueba en caso de discriminación por razón de sexo: diferencias entre la LO 3/2007 y la LPL
 - 3.2. La jurisprudencia constitucional en materia de distribución de la carga probatoria en supuestos de discriminación o violación de un derecho fundamental
 - 3.3. Encaje de la distribución de la carga de la prueba con la regulación introducida en la LO 3/2007
4. MODIFICACIONES EN MATERIA DE ACUMULACIÓN DE ACCIONES (COMPATIBILIDAD DE LAS INDEMNIZACIONES POR DISCRIMINACIÓN O VIOLACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES CON LAS INDEMNIZACIONES POR DESPIDO O EXTINCIÓN)
5. OTRAS MODIFICACIONES DE LA LPL
 - 5.1. Nuevas dimensiones de la modalidad procesal regulada en el art. 138 bis LPL
 - 5.2. Novedades en el procedimiento de oficio

1. INTRODUCCIÓN

Ciertamente es reseñable que, al menos desde un punto estrictamente laboral, el contenido procesal de la LO 3/2007 no es el de mayor importancia del conjunto normativo; no obstante, hay todo un conjunto de reglas que tienen cierto impacto dentro de la normativa propia de Derecho del Trabajo.

Un elemento que caracteriza de manera general esta regulación legal es que estamos ante una normativa tremendamente compleja. De entrada no estamos ante una norma laboral, al contrario se trata de una regulación transversal que pretende regular el principio de igualdad en los distintos ámbitos jurídicos. Como es lógico este tipo de normas presenta un problema de importancia: que esa transversalidad implique una escasa utilización por parte de los actores jurídicos que se mueven dentro de cada una de las concretas ramas del ordenamiento jurídico.

De otro lado, esa complejidad también se manifiesta en el hecho de que hay dos niveles diferentes de regulación: de un lado vamos a encontrar normas que tienen un carácter general y que están fundamentalmente comprendidas en el Título I de esta LO 3/2007. Se trata de una regulación que, dado este carácter general, no están dirigidas a una parte o rama concreta de nuestro ordenamiento, sino que tienen aplicación en los distintos ámbitos del Derecho, ya sea en el ordenamiento civil, penal, administrativo o social. Se trata de un conjunto normativo que introduce reglas que tienen aplicación en todos los ámbitos normativos. Probablemente este carácter general sea su principal limitación, pues casi con toda seguridad pasarán inadvertidas y rara vez se intentarán hacer valer procesalmente: suele ocurrir ante este tipo de normas que los llamados a interpretarlas y aplicarlas se centren en exclusiva en el conjunto normativo concreto en el que se muevan, ignorando reglas de carácter general; sin embargo, pese a esa indiferencia y autosuficiencia de los laboristas, el impacto que pueden tener es relevante.

De entre estas normas podemos señalar dos de ellas con un claro contenido procesal: el art. 12 a tenor del cual «cualquier persona» puede recabar ante los tribunales la tutela del derecho a la igualdad entre hombres y mujeres, incluso una vez terminada la relación en la que supuestamente se ha producido la discriminación; si bien la capacidad y legiti-

mación procesal corresponderá sólo a quienes tengan un «interés legítimo», entendiéndose que en caso de acoso sólo la persona acosada será la única legitimada. Junto a esta norma el art. 13 establece una regla, ciertamente interesante en materia probatoria: cuando se alegue discriminación por razón de sexo «corresponderá a la persona demandada probar la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y su proporcionalidad»; ahora bien, esta inversión de la carga probatoria se producirá «de acuerdo con las leyes procesales»; además, no será de aplicación a los procesos penales.

A partir de aquí hay un segundo nivel: aquellas normas que introducen modificaciones al ordenamiento vigente. Esta labor se concede a las Disposiciones Adicionales (en total treinta y una, que aproximadamente conforman casi dos terceras partes del contenido normativo de esta LO), que afectan a un número bastante grande de normas legales, entre ellas muchas de carácter laboral, precisamente las de mayor importancia (ET, LISOS, LGSS, LPL, etc.). En esta segunda fase el legislador pretende establecer todo un conjunto de modificaciones en distintas áreas del ordenamiento jurídico español en materia de igualdad entre mujeres y hombres.

Desde un punto de vista procesal podemos encontrar como se modifican diferentes normas de nuestro ordenamiento. Así, en primer lugar, son alterados diferentes artículos de la Ley Orgánica del Poder Judicial. En líneas generales se trata de un conjunto de normas que se dedican a regular, desde la perspectiva de la igualdad de género, toda una serie de cuestiones orgánicas que competen al poder judicial; así como los derechos de los miembros de la judicatura a la conciliación de la vida familiar y laboral.

Junto a las modificaciones de la LOPJ también vamos a encontrar alteraciones a la LEC y a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Estas modificaciones tienen como objetivo fundamental el de trasladar las reglas generales contempladas en los arts. 12 y 13 LO 3/2007, sobre legitimación (concretad en la LEC y en la LRJCA en la legitimación de sindicatos y asociaciones cuyo fin primordial sea la defensa de la igualdad de trato entre hombres y mujeres) y la inversión de la carga de la prueba.

Por último, se establecen diversas normas que afectan a la Ley de Procedimiento Laboral. De entrada, la nueva disposición adicional 17.^a ET que reitera una norma establecida en el art. 36.7 ET: las discrepancias que puedan surgir entre empresarios y trabajadores en relación con el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral reconocidos legal o convencionalmente han de resolverse por la jurisdicción laboral a través del art. 138 bis LPL. Más directamente se procede a la modificación de distintos preceptos de la LPL: arts. 27.2, 108, 122, 146 d), 149.2, 180.1 y 181. Este conjunto de modificaciones afecta a cuestiones tales como la modalidad procesal de oficio, la indemnización en caso de extinciones a través de las que se haya afectado un derecho fundamental o despido nulo.

A tenor de lo señalado en los párrafos anteriores, creo que en el estudio de las aportaciones procesales de esta Ley 3/2007 debemos plantearnos el análisis de las siguientes cuestiones:

- a) La trascendencia del art. 13 en materia de carga de la prueba en los supuestos en que se alegue por la parte actora la discriminación por razón de sexo.
- b) Las implicaciones en materia de legitimación procesal para la defensa del derecho a la igualdad de trato entre hombres y mujeres. Me refiero al papel de sindicatos y asociaciones cuya finalidad sea la defensa de la igualdad de trato entre hombres y mujeres.

- c) En tercer lugar están el conjunto de modificaciones de la LPL que son indispensables para compatibilizar de manera adecuada la regulación procesal con la sustantiva: al modificarse determinados aspectos del Estatuto de los Trabajadores se hace también indispensable alterar la regulación de la LPL. Se trata de materias que aparecen reguladas de manera conjunta tanto por la normativa sustantiva como la procesal; me refiero, como es lógico al tema del despido, y más concretamente a la calificación del despido tanto disciplinario como objetivo, concretamente en lo relativo a las novedades en materia de despido nulo.
- d) Una cuestión tremendamente cercana a la anterior es la reformulación de los arts. 27, 180.1 y 181 LPL en materia de compatibilidad entre las indemnizaciones por la extinción y las indemnizaciones por haberse producido una vulneración de la libertad sindical o de cualquier otro derecho fundamental.
- e) Por último, habría que mencionar cuestiones concretas que afectan a diversas modalidades como la ampliación del ámbito material de la modalidad procesal especial regulada en el art. 138 bis LPL en relación a las discrepancias que puedan plantearse en materia de conciliación de vida familiar y laboral; cuestión que tiene que ver con la introducción de nuevos supuestos o situaciones de derechos en esta materia dentro del Estatuto de los Trabajadores. De otro lado, también debemos referirnos a los supuestos que dan lugar a los procedimientos de oficio, concretamente en relación a la posibilidad de que se de inicio con la comunicación de la Inspección de Trabajo cuando constate supuestos de discriminación por razón de sexo.

No entendemos, por el contrario, que deba analizarse en esta sede el conjunto normativo dedicado a introducir modificaciones en la LOPJ relativas a la difusión de la igualdad de género y a la conciliación de vida personal y familiar con el desarrollo del trabajo entre el personal dependiente del Consejo General del Poder Judicial, pues aún suponiendo una regulación que afecta al ámbito procesal, en realidad se trata de una normativa dedicada a aspectos puramente institucionales y no procesales.

2. LEGITIMACIÓN PROCESAL PARA DEMANDAR EN DEFENSA DEL DERECHO A LA IGUALDAD DE TRATO ENTRE MUJERES Y HOMBRES

La primera cuestión que se nos plantea en la LO 3/2007 aparece en su art. 12, a tenor del cual (apartado 1.º) «Cualquier persona podrá recabar de los tribunales la tutela del derecho a la igualdad entre mujeres y hombres, de acuerdo con lo establecido con el artículo 53.2 de la Constitución (...)». La literalidad del precepto es intranquilizadora: ¿realmente cualquiera puede acudir a la jurisdicción competente para reclamar contra un acto que estima discriminatorio, incluso aunque no le afecte directamente? Con sana lógica, esta regla tan amplia, se delimita de una manera más adecuada, al señalarse en su apartado 2.º que «La capacidad y legitimación para intervenir en los procesos civiles, sociales y contencioso-administrativos que versen sobre la defensa de este derecho corresponden a las personas físicas y jurídicas con interés legítimo, determinadas en las Leyes reguladoras de estos procesos». En definitiva, se establecen reglas lógicas sobre la legitimación procesal: una capacidad genérica para ser parte (legitimación «ad procesum»), que debe circunscribir-

se a través de la legitimación «ad causam» o legitimación para actuar en un concreto proceso¹.

A partir de aquí la LO 3/2007 modifica y altera algunas normas procesales. Concretamente se introduce un nuevo art. 11 bis en la LEC, a tenor del cual, en materia de defensa del derecho de igualdad entre hombres y mujeres, además de los afectados (es decir, los que sufren la presunta discriminación y reclaman contra ella), «estarán también legitimados los sindicatos y las asociaciones legalmente constituidas cuyo fin primordial sea la defensa de la igualdad de trato entre mujeres y hombres, respecto de sus afiliados y asociados»; en todo caso, esta posibilidad se condiciona a la autorización del afectado, y a que sean afiliados o asociados. En caso de afectación de una pluralidad de personas indeterminadas o de difícil determinación, por lo tanto, haya intereses difusos, la legitimación va a corresponder «exclusivamente a los organismos públicos con competencia en la materia, a los sindicatos más representativos y a las asociaciones de ámbito estatal cuyo fin primordial sea la igualdad entre mujeres y hombres (...)». Idénticas reglas se fijan en la Ley 29/1998, LRJCA, concretamente en su nuevo art. 19.1 letra i).

Resalta que el ordenamiento haya introducido estos mecanismos. En primer lugar, se facilita la legitimación de sindicatos y asociaciones con finalidad de defensa de la igualdad de trato, en supuestos de violación de un interés individual consecuencia de una discriminación por razón de sexo. Hemos de destacar que no se trata de una actuación sustitutiva del afectado, pues ha de contarse siempre con la autorización del mismo tal como expresamente señalan los arts. 11 bis LEC y 19.1 i) LRJCA: en la sustitución procesal encontramos como un sustituto actúa en nombre propio e interés propio, afirmando derechos ajenos; lo cual se permite a través de una norma que autoriza la sustitución². Es decir, no se requiere autorización alguna. Al respecto podemos comparar el art. 11.2 LEC sobre la actuación, claramente sustitutoria de las asociaciones de consumidores y usuarios, con el nuevo 11 bis LEC, pues en el primero no se exige autorización, mientras que en el segundo es presupuesto necesario. Parece que en la nueva regulación estamos ante una situación más propia de representación voluntaria que de sustitución procesal; es decir, un supuesto en que existe un interés propio del tercero, que puede concurrir con un interés del sindicato o de la asociación, exigiéndose acudir al procedimiento de representación para que sindicatos o asociaciones puedan comparecer en juicio.

De otro lado, estos preceptos establecen la posibilidad de que estos sindicatos (más representativos) y asociaciones (de ámbito estatal), así como los organismos públicos con competencia en la materia, puedan estar legitimados en caso de que los afectados sean una pluralidad de personas indeterminadas o de difícil determinación, generándose así unos intereses difusos. En estos casos, al ser intereses difusos el sujeto que mejor puede representar estos intereses colectivos, son sujetos que tienen ese mismo carácter colectivo, o bien los organismos públicos; en todos estos casos nos encontramos ante sujetos que tienen entre sus cometidos la defensa de los intereses de carácter colectivo. Desde luego la situa-

¹ Sobre la cuestión *vid.* GÓMEZ DE LIAÑO, F. y PÉREZ-CRUZ, A.J.: *Derecho Procesal Civil. Tomo I*, Editorial Forum, Oviedo 2002, pág. 293 y ss; o CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. y MORENO CATENA, V.: *Derecho Procesal Civil. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia 2005, págs. 88 y ss.

² *Vid.* ASENCIO MELLADO, J.M.: *Derecho Procesal Civil. Parte primera*, Tirant lo Blanch, Valencia 2000, pág. 95; o CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. y MORENO CATENA, V.: *op. cit.*, pág. 97.

ción no es desconocida, pues el art. 11.3 LEC establece una regla similar en caso de asociaciones de consumidores y usuarios.

Desde mi punto de vista la introducción de estos mecanismos debe saludarse de manera absolutamente positiva. Ahora bien, hemos de plantearnos la razón por la que no se ha introducido idéntica modificación dentro de la LPL, que no ha sido alterada en el mismo sentido que LEC y LRJCA. Podemos señalar que hay una explicación bastante lógica a esta ausencia de regulación laboral: por el hecho de que la LPL ya contiene una regulación que permite la actuación de sujetos colectivos. Existen diversos preceptos que se refieren a la actuación procesal del sindicato (nos limitamos exclusivamente a las reglas sobre capacidad, legitimación y representación procesal: art. 17.2 LPL, que establece la legitimación de sindicatos para la defensa de los intereses económicos y sociales que les son propios. También hay que tener en cuenta que el art. 18 LPL permite comparecer a través de representante, y ese representante puede ser perfectamente un sindicato. De otro lado, el 19.1 sobre representación, a tenor del cual en los procesos con más de 10 demandantes, estos han de conferir la representación con carecer común, y ésta puede desarrollarse a través de un sindicato. El art. 20 que plantea que los sindicatos pueden actuar en proceso en nombre e interés de los trabajadores afiliados a ellos, siempre que lo autoricen. El apartado segundo de este precepto establece un sistema de autorización presunta. Por último, el art. 14 LOLS establece la figura de la coadyuvación procesal del sindicato en los procesos iniciados por el trabajador.

A tenor de las normas expuestas, caben diferentes posibilidades para que el sindicato reciba legitimación procesal, si bien todas ellas son consecuencia de la asunción por parte del sindicato de la representación de los intereses de los trabajadores considerados en su conjunto, estableciéndose una representación de carácter institucional que procede directamente del reconocimiento de la libertad sindical³. A grandes rasgos podemos sistematizar las posibilidades son las siguientes⁴:

- a) Actuación del sindicato en defensa de causa propia. En primer lugar, que como sujeto dotado de plena capacidad y legitimación procesal, pueda defender sus propios derechos e intereses como persona jurídica. Se trata de intereses privativos que le corresponden como persona jurídica (esta posibilidad encaja en el art. 17.1 LPL). Pero, además, el sindicato, como persona jurídica dotada además de una determinada finalidad social tiene la posibilidad de defender intereses no ya propios como cualquier otra persona jurídica, sino intereses que son específicos o propios de los sindicatos; es decir el conjunto de intereses económicos y sociales que le son propios (art. 17.2 LPL). En ambos casos estamos ante la intervención procesal en defensa de una causa propia, de modo que sólo al sindicato le corresponde la legitimación para poder intervenir. Como es lógico el resultado del proceso producirá efectos directos sobre el propio sindicato. Al tratarse de una persona jurídica dedicada a la defensa de los intereses colectivos de los trabajadores, es po-

³ DE LA VILLA GIL, L.E.: «Intervención de los sindicatos y de las asociaciones patronales en el proceso social, tras la L.P.L. de 1990», en AA.VV., *Estudios sobre la nueva Ley de Procedimiento Laboral*, CGPJ, Madrid 1991, pág. 107; también; también VALDÉS DAL-RE, F.: «La defensa en juicio por el sindicato de derechos individuales: una facultad inutilizada», *RL Tomo II de 1994*, pág. 41.

⁴ Sistematización siguiendo a la realizada por CRUZ VILLALÓN, J.: «La actuación del sindicato en los procesos individuales de trabajo», *RL Tomo II de 1992*, pág. 313.

- sible que los efectos del proceso, que se imputan directamente al sindicato, también recaigan de manera indirecta sobre los trabajadores individuales.
- b) Actuación del sindicato a través de la representación voluntaria del trabajador⁵. Tal como hemos destacado el art. 18 LPL establece la posibilidad de que las partes comparezcan por sí mismas, o bien conferir representación a procurador, graduado social colegiado o «cualquier persona que se encuentre en el pleno ejercicio de sus derechos civiles». Lógicamente una de estas personas puede ser perfectamente un sindicato; en todo caso, será necesario el apoderamiento⁶. En este caso el titular del derecho en juego es el representado (el trabajador) y los resultados del proceso sólo van a afectarle a él.
 - c) Representación voluntaria cuando se trata de un proceso que afecta a más de 10 actores (art. 19 LPL). No es sino un supuesto especial de representación voluntaria, caracterizado por el apoderamiento plural.
 - d) Actuación del sindicato como coadyuvante⁷. Son situaciones en las que la titularidad del derecho pertenece al trabajador, si bien puede concurrir con un interés colectivo propio del sindicato coadyuvante. Los resultados del proceso se imputan al trabajador, salvo que resulte afectado el interés colectivo; por último, no es necesario apoderamiento, pudiendo actuar el sindicato con legitimación propia en estos casos.
 - e) Supuestos de sustitución procesal. Se trata de aquellas situaciones en las que el sindicato puede actuar en defensa de un derecho individual del trabajador. En estos casos el titular del derecho es el trabajador sustituido y los resultados de la actuación procesal recaerán exclusivamente sobre el trabajador. Pese a lo anterior, el ordenamiento permite que un tercero, en este sindicato, pueda actuar procesalmente, teniendo legitimación activa para acudir a juicio, sin necesidad de apoderamiento.

En este punto encontramos un problema, pues si bien hay autores que estiman que el art. 20 LPL establece un supuesto de actuación sustitutiva del sindicato (si bien una sustitución no plena, o como se la ha denominado «incompleta o cautiva»)⁸, la mayor parte de la doctrina es contraria a esta posición, pues el régimen jurídico implica que sea necesaria autorización del trabajador afiliado, por lo que se inclina por estimar que se trata de un supuesto de representación⁹. Como señala MORENO VIDA, la diferencia entre representación y sustitución reside en que en la primera nos encontramos ante una potestad, de modo

⁵ Vid. sobre esta cuestión ORTIZ LALLANA, M.C.: *La intervención del sindicato en el proceso de trabajo*, CES, Madrid 1994, pág. 108.

⁶ Sobre este tipo de intervención procesal del sindicato, vid. MURCIA CLAVERÍA, A.: *La representación voluntaria en el proceso laboral*, Marcial Pons, Madrid 1994, especialmente las págs. 99 y ss.

⁷ Vid. ORTIZ LALLANA, M.C.: *La intervención del sindicato en el proceso de trabajo*, CES, Madrid 1994, pág. 111.

⁸ PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.: «El sindicato en el proceso de trabajo», en AA.VV., *Estudios sobre la nueva Ley de Procedimiento Laboral*, CGPJ, Madrid 1991, pág. 590.

⁹ DE LA VILLA GIL, L.E., *op. cit.*, pág. 111; LINARES LORENTE, J.A., «Los sindicatos en el proceso», en AA.VV., *Estudios sobre la nueva Ley de Procedimiento Laboral*, CGPJ, Madrid 1991, pág. 573; CRUZ VILLALÓN, J.: «La actuación (...)», *op. cit.*, pág. 319; MURCIA CLAVERÍA, A.: *op. cit.*, págs. 269 y ss; BAYLÓS GRAU, A., CRUZ VILLALÓN, J. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F.: *Instituciones de Derecho Procesal Laboral*, Trotta, Madrid 1991, pág. 59; ORTIZ LALLANA, M.C.: *op. cit.*, pág. 137; VALDÉS DAL-RE, F.: *op. cit.*, pág. 43.

que el representante actúa tan sólo en interés del representado; por el contrario, la sustitución supone que estamos ante un derecho subjetivo, de manera que se actúa en interés propio¹⁰. Al margen de las polémicas doctrinales sobre esta cuestión hemos de tener en cuenta que el art. 20 LPL establece como requisito esencial la autorización por parte del trabajador afectado al sindicato, si bien se establece un presunción de que la autorización se ha concedido, excepto que se produzca una declaración en contrario del propio trabajador.

A tenor de lo expuesto habría que concluir que el objetivo perseguido por los nuevos arts. 11 bis LEC y 19.1 letra i) LRJCA, está ya cubierto por el art. 20 LPL, por lo que no era necesario una alteración de las reglas propias de la normativa procesal laboral. Esta es una opinión que podemos suscribir: el mecanismo que se establece en estas nuevas normas coincide con lo previsto por el art. 20 LPL. Ciertamente es evidente que lo previsto en el art. 20 LPL es mucho más preciso, pues no solo establece la necesidad de autorización, sino además estipula que la autorización se presume, salvo manifestación en contra del trabajador, fijando los requisitos que recaen sobre el sindicato a la hora de actuar en este sentido y regulando por último las consecuencias de la falta de autorización. Pero en todo caso, el sentido es idéntico en este conjunto normativo: permitir que un tercero pueda tener legitimación para defender determinados derechos del trabajador, o del sujeto discriminado; todo ello con unos condicionantes: la autorización y que el sujeto individual esté afiliado al sindicato.

De otro lado, podría haberse aprovechado la LO 3/2007 para introducir en la LPL la misma regla relativa a la legitimación de los sindicatos más representativos en caso de afectación de pluralidad de sujetos indeterminados o de difícil determinación; pero ello no es necesario dada la legitimación sindical en los supuestos de procedimiento de conflicto colectivo.

Pero en todo caso, hay que poner de manifiesto una cuestión, que nos llama poderosamente la atención. Me refiero al hecho de que aún cuando puede haber una identidad entre la naturaleza de los mecanismos dispuestos por el legislador en la LO 3/2007 y en el art. 20 LPL (insisto, puede discutirse si es un supuesto de sustitución o una representación voluntaria), lo cierto es que hay una sutil diferencia: en los nuevos arts. 11 bis LEC y 19.1 letra i) LRJCA se establece la legitimación de sindicatos y asociaciones legalmente constituidas cuyo fin primordial sea la defensa de la igualdad de trato entre hombres y mujeres, respecto de sus afiliados y asociados respectivamente, siempre que estos den su autorización. Sin embargo, el art. 20 LPL reserva esta posibilidad exclusivamente al sindicato.

Los estudiosos del proceso laboral han señalado como el legislador a través de la LPL (y antes la LOLS ya sea a través del art. 2.2 letra d o del art. 14) reconoció el importante papel del sindicato en la defensa de los derechos económicos y sociales de los trabajadores, papel que iba más allá de la representación de tales intereses en el ámbito de las relaciones laborales o en el ámbito institucional; reconociéndose también un importante papel en el ámbito procesal. De ahí, que entre otros mecanismos se estableciese el art. 20 LPL. Ahora bien, este papel de defensa procesal, que conduce a la legitimación del sindicato, se reserva en exclusiva, según la LPL al sindicato, como cuerpo intermedio de representación

¹⁰ «La posible legitimación del sindicato en los procesos individuales de trabajo», *REDT* núm. 38, págs. 281 o 288.

de intereses¹¹. Por el contrario, la nueva regulación da paso a las asociaciones de defensa de la igualdad de trato entre mujeres y hombres, para que también puedan entenderse como sujetos legitimados en casos de discriminación por razón de sexo.

Esta legitimación de las asociaciones se regula exclusivamente en sede de proceso civil y contencioso administrativo, situándose en una situación de igualdad con los sindicatos en tales ámbitos procesales, pudiendo actuar procesalmente de la misma manera. Sin embargo, es evidente que el legislador no ha querido modificar la LPL para admitir la legitimación de las asociaciones. Desde este punto de vista hay que destacar que la opción del legislador ha sido la de privilegiar en el ámbito social a la figura sindical, no dando opción a las asociaciones a actuar como sujetos legitimados a favor de sus asociados.

Sin embargo, esta conclusión puede ser discutible. El art. 7 de la Constitución señala que corresponde a los sindicatos la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que le son propios; cuestión que en el plano procesal pasa por el reconocimiento a través del 2.2 d) LOSL como contenido de la libertad sindical colectiva, el derecho de los sindicatos a plantear conflictos individuales y colectivos, lo cual se plasma en los arts. 17 y ss LPL, así como en diferentes normas dispersas en dicha regulación procesal¹². Ahora bien, cabe plantearse que si bien el sindicato tiene tales finalidades y objetivos, siendo una cuestión indiscutida e indiscutible; además, tenga la exclusividad de tales funciones. Dicho de otra manera, ¿sólo pueden defenderse tales intereses económicos y sociales a través del sindicato? La respuesta, a mi juicio, es negativa: es posible que haya otras vías, incluso institucionales, para la defensa de intereses económicos y sociales de un colectivo. Una de las posibilidades que podemos encontrar es la figura de las asociaciones, y tampoco es la única que se nos ocurre, pensemos, por ejemplo en los colegios profesionales¹³.

Ciertamente debemos reconocer que para la defensa de estos intereses colectivos, el sindicato está dotado de instrumentos o mecanismos que no pueden ser utilizados por otros sujetos colectivos. Ejemplos claros de esta afirmación es el derecho a la huelga, o el derecho a la negociación colectiva. Ahora bien, ¿entre estos instrumentos se encuentra también la legitimación procesal? Sinceramente dudo de esta exclusividad; manifestación clara de que no puede ser así es que en los órdenes jurisdiccionales civil y contencioso, las asociaciones pueden actuar como sujetos legitimados en caso de violación del derecho a la igualdad y no discriminación cuando esta última se basa en un motivo o razón de sexo.

No hay razón alguna, desde el punto de vista de la técnica procesal para bloquear a las asociaciones en la rama social del ordenamiento, la prueba de ello es que en las jurisdicciones civiles y contencioso-administrativa pueden actuar de manera idéntica, rigiendo

¹¹ Como afirmaba ORTIZ LALLANA, C.: «El establecimiento de un modelo de democracia pluralista encierra, de una parte, la atribución de un elevado protagonismo a las organizaciones sindicales como «cuerpos intermedios», a los que corresponde la articulación del tejido social mediante la representación, defensa y tutela de los intereses de la clase trabajadora». *Op. cit.*, pág. 95.

¹² Por lo tanto, hay que admitir que el reconocimiento de la legitimación procesal del sindicato es una consecuencia de lo previsto en el art. 7 de la Constitución, que confiere al sindicato un papel institucional de defensa de los intereses económicos y sociales de los trabajadores. En este sentido, BAYLÓS GRAU, A., CRUZ VILLALÓN, J. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F.: *op. cit.*, pág. 49; también MORENO VIDA, M.N., en AA.VV., *Comentario a la Ley de Procedimiento Laboral*, Comares, Granada 2001, pág. 192.

¹³ Sobre los problemas de coexistencia de sindicatos y colegios profesionales, *vid.* GALLEGO MORALES, A.J.: *Colegios profesionales y sindicatos. Confluencias y tensiones*, Comares, Granada 1996, págs. 164 y ss.

sobre ambos sujetos idénticas reglas. Por lo tanto, la razón de ser de haber impedido (por la vía de no modificar la LPL en este punto) es externa a la lógica procesal; reside, a mi juicio, en el papel privilegiado, si se quiere incluso promocional, del sindicato en el ámbito de las relaciones laborales: se pretende que el sindicato aparezca como el único mecanismo de representación de los intereses de los trabajadores como colectivo. Es probable que una situación como la actual, en que el movimiento sindical está sometido a fuertes presiones y críticas en el desarrollo de su actuación, se haya pretendido no desincentivar aún más la afiliación, dejando el paso libre a sujetos que en ciertos ámbitos pueden competir con el sindicato.

En todo caso, también podría argumentarse que las diferencias en la actuación procesal entre sindicatos y una asociación no es tan relevante, pues en última instancia lo dispuesto en el art. 20 LPL no es un verdadero supuesto de sustitución procesal, pues al exigirse la autorización al afiliado, estamos ante un supuesto de representación voluntaria, si bien tremendamente simplificada¹⁴. Desde este punto de vista, las asociaciones pueden perfectamente participar en defensa de los intereses de sus asociados a través del art. 18.1 LPL; es decir, a través de la representación ordinaria mediante apoderamiento. Vista la cuestión desde esta perspectiva, no habría tanta distancia entre un apoderamiento y una autorización del asociado, sobre todo si en el proceso se pone en dudas que esta se haya producido realmente.

Para terminar con esta cuestión, merece la pena destacar que si bien la LO 3/2007 ha planteado la posibilidad de ampliar la legitimación a sujetos de carácter colectivo en los casos de discriminación por razón de sexo, sin embargo, en los casos de acoso establece una legitimación reducida estrictamente a la persona sometida a acoso sexual y por razón de sexo. Expresamente se señala esta cuestión, que debe interpretarse en el sentido de que en estos casos de acoso no cabe la ampliación de la legitimación a sindicatos o asociaciones.

Parece que el sentido de esta norma (arts. 11 bis LEC y 19.1 letra i LRJCA) es que en estos casos al estar en juego una cuestión vinculada a la intimidad más estricta de la acosada, sea exclusivamente esta quien tenga la legitimación procesal, sin que exista ampliaciones de ningún tipo. En definitiva, si ha de manifestarse al exterior una situación de acoso de estas características, que sea por decisión de la afectada, y no por un tercero.

No obstante lo anterior, hemos de señalar alguna cuestiones que nos plantean interrogantes. En primer lugar, si bien es cierto que los supuestos de acoso sexual afectan a la intimidad de la trabajadora, no ocurre necesariamente así en los casos de acoso por razón de sexo, que no se diferencian sustancialmente del resto de supuestos de acoso; por lo que no entendemos haya razón a esta reserva de legitimación en estos casos.

En segundo lugar, debemos regresar a la naturaleza de esta ampliación de la legitimación. La restricción que se establece es adecuada, tal como hemos dicho, si es que realmente estamos ante una sustitución procesal: en estos casos el sindicato o la asociación puede demandar sin tener en cuenta a la afectada; de ahí que al resultar afectada por hechos que alteran su intimidad, se reserve la legitimación a la afectada, negando la legitimación al tercero. Pero tal como hemos dicho anteriormente, al exigirse autorización, no parece que estemos realmente ante una sustitución, sino ante un caso de representación

¹⁴ Como señala IGLESIAS CABERO, M.: «El art. 20 de la L.P.L. regula un supuesto especial de representación (...)». En AA.VV., *Comentario a la Ley de Procedimiento Laboral*, Comares, Granada 2001, pág. 212.

simplificada. Desde este punto de vista podría perder cierto sentido la limitación de la legitimación, salvo, lógicamente, que se quiera entender (cosa que los preceptos señalados no establecen expresamente) que la autorización sea presunta (tal como ocurre con el art. 20 LPL), y en el caso de acoso sexual o por razón de sexo se haya pretendido que la trabajadora sea quien de manera expresa otorgue la autorización.

De otro lado, cabe señalar un problema de conexión entre la regulación procesal laboral y la LO 3/2007. Al no haberse modificado expresamente la LPL surge la duda de si en los casos de acoso sexual o por razón de sexo, será de aplicación el art. 20 LPL. Es decir, dado que no se ha alterado la redacción de la LPL, cabe la posibilidad de que el sindicato demande por acoso sexual o acoso por razón de sexo, aplicándose el sistema de «sustitución cautiva» o representación simplificada. No sería sino una consecuencia de la decisión, consciente, del legislador de no modificar la LPL en el mismo sentido que la LEC o la LRJCA.

Al respecto hay un argumento bastante fuerte para negar esta posibilidad: el art. 12.3 LO 3/2007 expresamente señala que «La persona acosada será la única legitimada en los litigios sobre acoso sexual y acoso por razón de sexo». Se establece así una norma de aplicación general a todo el ámbito del Derecho, incluido, por su puesto, la regulación laboral. Se establece así una limitación a las posibilidades de legitimación sindical, negando el interés legítimo en estos casos de manera expresa por el ordenamiento. En todo caso, esto no supone que el sindicato no pueda tener ningún papel dentro de los procesos de este tipo: recordemos que siempre queda la posibilidad de acudir a la representación ordinaria del art. 18 LPL, de modo que el representante de la trabajadora sea un sindicato.

3. LA CARGA DE LA PRUEBA EN LOS SUPUESTOS DE DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO

La carga de la prueba es una cuestión que podemos considerar verdaderamente esencial en el desarrollo del proceso, y esencial en la viabilidad del derecho a la tutela judicial efectiva. En realidad, no debemos hablar tanto de carga de la prueba como de reglas sobre la distribución de la carga; es decir, de aquellos preceptos que especifican a qué parte le corresponde demostrar en el proceso determinados hechos (o en otros términos, sobre qué parte repercuten las consecuencias negativas de no haber probado un determinado aspecto). En realidad, en base al principio de adquisición procesal, es indiferente quién pruebe un hecho determinado, pues probado está y deberá ser tenido en cuenta por el Juez¹⁵. Como es lógico, existiendo reglas sobre la distribución de la carga de la prueba, cada parte las tendrá muy en cuenta a la hora de desarrollar la actividad procesal, pues en base a estas reglas, una vez que se conoce que debe probarse, se sabe a qué parte le corresponde la prueba¹⁶ (no estamos hablando más que de un efecto del principio disposi-

¹⁵ Vid. SEOANE SPIELGELBERG, J.L.: *La prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000. Disposiciones Generales y Presunciones*, Aranzadi, Pamplona 2002, pág. 252; también GIL PLANA, J: «La carga de la prueba en el proceso laboral tras la LECiv 1/2000», *REDT* núm. 126 (2005), pág. 85.

¹⁶ GARCÍA FERNÁNDEZ, M.: «Tutela jurisdiccional y carga de la prueba en el proceso de trabajo», *REDT* núm. 15 (1983), pág. 380.

tivo¹⁷); pero el problema en realidad se plantea cuando hay hechos que no están claros, que no han sido demostrados y son inciertos, es en este momento cuando tiene mayor sentido el conjunto de reglas sobre carga de la prueba¹⁸, pues van a indicar al juzgador quién debía probar cada hecho dudoso y, por lo tanto, quien debe recibir las consecuencias negativas de no haberlo demostrado.

Es justamente en este ámbito donde actúa la LO 3/2007, cuyo art. 13 especifica que «De acuerdo con las Leyes procesales, en aquellos procedimientos en los que las alegaciones de la parte actora se fundamenten en actuaciones discriminatorias, por razón de sexo, corresponderá a la persona demandada probar la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y su proporcionalidad».

Se trata de una norma que altera el reparto normal de la carga de la prueba establecido con carácter general en el art. 217.2 y 3 LEC y que afecta exclusivamente a los supuestos de discriminación por razón de sexo (no al resto de situaciones discriminatorias, ni a la violación de derechos fundamentales).

Cabe señalar como estamos ante una norma de carácter general, es decir, una regulación dirigida a los distintos ámbitos del Derecho, lo cual supone que esta norma es de aplicación a los procesos laborales en los que se alegue la existencia de discriminación por razón de sexo. Pero además, esta norma de carácter general ha tenido traslación a diferentes ordenamientos jurídico-procesales; así, la propia LO 3/2007 introduce una importante modificación a la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, concretamente a su art. 217.5 (recordemos que el art. 217 es el precepto que regula en nuestro ordenamiento los criterios de distribución de la carga de la prueba). Concretamente se establece un nuevo apartado 5¹⁹, a tenor del cual se introduce una regla idéntica a la que se recoge en el art. 13 LO 3/2007²⁰. De igual manera, se altera la redacción del art. 60 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, añadiéndose un nuevo apartado 7.º, cuya redacción es idéntica al art. 13 LO 3/2007 y al 217.5 LEC.

En definitiva, nos encontramos que en materia de discriminación por razón de sexo se ha producido una alteración de las principales leyes procesales de nuestro ordenamiento..., de todas excepto la LPL. Evidentemente esto es bastante llamativo y hace que nos pregun-

¹⁷ Este principio supone que corresponde a cada parte la tarea de aportar pruebas que sirven de justificación a su pretensión. En este sentido RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: «Derecho a la prueba y proceso de despido», *RL Tomo I* de 1990, pág. 28; LAHERA FORTEZA, J.: «La carga de la prueba en el proceso de despido disciplinario», *La Ley-Actualidad*, Madrid 1996, pág. 81; o GIL PLANA, J.: *op. cit.*, pág. 83.

¹⁸ Que las reglas sobre carga de la prueba funcionan cuando hay falta de prueba es algo indiscutido entre la doctrina: GARCÍA PERROTE-ESCARTÍN, I.: *La prueba en el proceso de trabajo*, Civitas, Madrid 1994, pág. 162; GARCÍA FERNÁNDEZ, M.: *op. cit.*, pág. 392; SEOANE SPIELGELBERG, J.L.: *op. cit.*, pág. 249; GIL PLANA, J., *op. cit.*, pág. 92; ASENCIO MELLADO, J.M.: *op. cit.*, pág. 254; MONTERO AROCA, J.: *Derecho jurisdiccional II. Proceso Civil*, Tirant lo Blanch, Valencia 2005, pág. 260; ORTESLLS RAMOS, M.: «Derecho Procesal Civil», *Aranzadi 2001*, pág. 398; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. y MORENO CATENA, V.: *Derecho Procesal Civil. Parte general*, Valencia 2005; GÓMEZ DE LIAÑO, F. y PÉREZ-CRUZ MARTÍN, FERNANDO: *Derecho procesal civil (I)*, Forum, Valladolid, pág. 394.

¹⁹ Los antiguos apartados 5.º y 6.º pasan a enumerarse ahora 6.º y 7.º respectivamente.

²⁰ Para ser exactos, el nuevo párrafo segundo del art. 217,5 LEC señala que «De acuerdo con las leyes procesales, en aquellos procedimientos en los que las alegaciones de la parte actora se fundamenten en actuaciones discriminatorias por razón de sexo, corresponderá al demandado probar la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y de su proporcionalidad».



temos la razón y si pese a la falta de referencia expresa o modificación de la regulación procesal laboral, tiene algún tipo de repercusión sobre nuestro ámbito jurídico.

3.1. **Distribución de la carga de la prueba en caso de discriminación por razón de sexo: diferencias entre la LO 3/2007 y la LPL**

En cuanto a la primera pregunta, la razón de que la LO 3/2007 no introduzca expresamente lo establecido en su art. 13 dentro del ordenamiento laboral, es por el hecho de que no es necesario: la LPL cuenta con un precepto expreso que regula la distribución de la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo: me refiero a su art. 96²¹. Este dato serviría como argumento válido; lo que ocurre que la regulación laboral y la que procede de la LO 3/2007 no coinciden: una simple comparación de su literalidad evidencia que la distribución de la carga de la prueba en estos preceptos no es idéntica.

El art. 13 LO 3/2007 y las normas procesales que esta ley modifica (LEC y LRJCA), establecen que en el supuesto en que «las alegaciones de la parte actora» se fundamenten en actuaciones discriminatorias por razón de sexo, corresponderá al demandado «probar la ausencia de discriminación». Es decir, en estas normas se regula la imputación al demandado de la carga de probar la ausencia de discriminación, cuando simplemente haya alegaciones de la parte actora de haber sufrido discriminación por razón de sexo.

No ocurre así en la regulación procesal laboral: los arts. 96 y 179.2 LPL señalan que cuando de las alegaciones de la parte actora «se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación» (en el caso que a nosotros interesa, por razón de sexo), corresponderá al demandado «la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad». Es evidente que en la regulación procesal laboral se exige, para que la carga de la prueba recaiga sobre el demandante (el empresario), que la parte actora haya sido capaz de introducir indicios de los que pueda deducirse que hay una posible situación de discriminación.

Analizando la literalidad de ambas normas podemos llegar a una conclusión: parece que la posición procesal de la demandante o parte actora es más cómoda, o más fácil, en la regulación de la LO 3/2007 y normas concordantes, pues no se hace referencia a la necesidad de la introducción de indicios de discriminación por razón de sexo, sino que basta y es suficiente con la alegación de la discriminación por razón de sexo.

Teniendo en cuenta que el art. 96 LPL es el resultado de asumir una amplia jurisprudencia constitucional sobre carga de la prueba en los supuestos de discriminación²², parece conveniente analizar dicha doctrina jurisprudencial.

²¹ Recordemos que dicho precepto establece que «En aquellos procesos en que las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados en discriminación por razón de sexo, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad».

²² Así lo afirman E. JUANES FRAGA e I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN: «El art. 96 LPL viene a recoger en lo relativo a la discriminación por razón de género, la doctrina elaborada por el TC0. sobre la distribución de la carga de la prueba en los casos de alegación de violación de derechos fundamentales y principio de igualdad de trato». En AA.VV., dirigidos por J.L. Monereo Pérez, M.N. Moreno Vida y A.J. Gallego Morales, *Comentario a la Ley de Procedimiento Laboral*, Comares, Granada 2001, pág. 624.

3.2. La jurisprudencia constitucional en materia de distribución de la carga probatoria en supuestos de discriminación o violación de un derecho fundamental

La jurisprudencia constitucional en esta materia es bastante antigua, procede de la original STC 38/1981 relativa al despido de dos trabajadores que se habían presentado a un proceso de elecciones sindicales. Las manifestaciones sobre esta cuestión son bastante amplias y reiteradas (tan reiterada que nosotros vamos fundamentalmente a centrarnos en el análisis de la jurisprudencia constitucional de los últimos años).

La jurisprudencia constitucional establece una alteración de las reglas generales sobre la carga de la prueba contenidas en el art. 217.2 y 3 LEC, a tenor de los cuales corresponde al actor y al demandado reconvigente la carga de probar la certeza de los hechos de los que se desprenda el efecto jurídico correspondiente a la pretensión de la demanda y de la reconvención (lo que tradicionalmente se ha venido llamando los hechos constitutivos de la demanda). Por el contrario, el demandado y el actor reconvenido tienen la carga de probar los hechos impeditivos, extintivos o excluyentes.

En líneas generales podemos señalar que los aspectos más importantes o esenciales de esta doctrina constitucional son los siguientes:

- 1.º Un análisis de la misma evidencia que en los supuestos de discriminación y violación de un derecho fundamental, el tema de la distribución de la prueba resulta esencial por dos motivos²³. En primer lugar por el hecho de la trascendencia de la materia que se trae a juicio: una discriminación o una violación de un derecho fundamental, los derechos fundamentales y la prohibición de discriminación debe prevalecer sobre cualquier otra situación jurídica. Pero además, hay una razón de orden práctico: las dificultades probatorias que se plantean en estos supuestos de discriminación, que dejan al trabajador en una posición ciertamente débil desde una perspectiva procesal, de manera que quien reclama la discriminación se encuentra con importantes dificultades para defender una pretensión de estas características en un juicio²⁴.

Tales dificultades no proceden realmente de la debilidad genética o contractual que caracteriza al trabajador en el marco de una relación laboral, sino de su posición procesal como demandante al que se aplicarían las reglas comunes de la carga probatoria; por el

²³ En este sentido la STC 111/2003, FJ núm. 5: «hemos venido declarando desde la STC 38/1981, de 23 de noviembre, la importancia que tiene la regla de la distribución de la carga de la prueba para garantizar el derecho fundamental frente a posibles decisiones empresariales que puedan constituir una discriminación (...) la prevalencia de los derechos fundamentales del trabajador y las especiales dificultades probatorias de su vulneración en aquellos casos constituyen las premisas bajo las que la jurisprudencia constitucional ha venido aplicando la específica distribución de la carga de la prueba en las relaciones de trabajo. La finalidad de la prueba indiciaria no es sino la de evitar que la imposibilidad de revelar los verdaderos motivos del acto empresarial impida declarar que éste resulta lesivo del derecho fundamental». Doctrina que es posible encontrar en diferentes Sentencias del TC: SS.TC 168/2006; FJ núm. 4; 144/2006; FJ núm. 5; 138/2006; FJ núm. 5; 144/2005, FJ núm. 3; 17/2005, FJ núm. 3; 87/2004, FJ núm. 2, la 79/2004, FJ núm. 3, la 90/1997, FJ núm. 5.

²⁴ Tal como afirman RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., «La cuestión de la prueba de la discriminación reaparece así como un importante elemento condicionante de la efectividad de la tutela discriminatoria, y en ella renace ese concurso de elementos objetivos y subjetivos que caracterizan al supuesto discriminatorio». «Discriminación, carga de la prueba y prueba de presunciones», en AA.VV., *II Jornadas Hispano-Luso-Brasileñas de Derecho del Trabajo*, IELSS, Madrid 1985, pág. 911.

contrario el empresario, demandado y titular de las facultades directivas y de organización de la empresa (es decir, quien conoce adecuadamente los motivos y razones de las decisiones que se adoptan en la empresa y quien, consecuentemente tiene un acceso fácil y simple a la prueba), se vería beneficiado absolutamente de esa distribución ordinaria de la carga probatoria. La unión de estos dos razonamientos (la necesidad de prevalencia de los derechos fundamentales, especialmente cuando existen dificultades probatorias de las que podría derivarse que es difícil que se puedan tutelar de manera adecuada tales derechos²⁵) justifica la introducción de alteraciones a la regla general de la distribución de la carga de la prueba.

2.º Con cierta frecuencia suele observarse como la propia jurisprudencia se refiere a esta alteración de la distribución de la carga de la prueba tildándola de «inversión» de la carga de la prueba²⁶. Nada más lejos de la realidad, como vamos a ver el contenido de la doctrina constitucional no supone ni mucho menos invertir las reglas ordinarias de la carga de la prueba; de manera que el demandante deba asumir la carga probatoria del demandado, que se vería así exonerado del desarrollo de la actividad probatoria.

El hecho de que en ocasiones se haga referencia a esa inversión en la carga de la prueba no ha sido obstáculo para que en la inmensa mayoría de las ocasiones se utilice por parte de la jurisprudencia constitucional la consideración de que se trata de una «prueba indiciaria»²⁷; lo cual encajaría con lo establecido en los arts. 96 y 179.2 LPL, pues ambos preceptos se menciona que en los casos en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de «indicios» fundados de discriminación, se alterará la distribución de la carga de la prueba. Esa prueba de indicios se compone de dos elementos, uno recae sobre el trabajador demandante y a partir de ahí, si este primer elemento se constata, la carga de la prueba pasa a ser del empresario.

3.º El primero de los elementos a los que hemos hecho alusión consiste en que el trabajador sea capaz de introducir que existe uno o varios indicios razonables de que la conducta empresarial lesiona el principio de no discriminación u otro derecho constitucional de carácter fundamental. Normalmente las Sentencias plantean que este primer elemento consiste en «un principio de prueba dirigido a poner de manifiesto, en su caso, el motivo oculto»²⁸. Parecería que un principio de prueba no es una prueba plena. Dicho de otra manera, parece que la jurisprudencia constitucional no pretende que la actividad que ha de desarrollar el trabajador sea una completa actividad probatoria de los indicios de los que derive la existencia de discriminación.

Ahora bien, si bien es cierto que se alude a sólo un principio de prueba, debemos tener en cuenta otras dos precisiones para una correcta delimitación de la actividad probatoria del demandado. De entrada, que una vez que se afirma por la jurisprudencia de que debe desarrollar un principio de prueba, jamás se ha admitido que sea suficiente con la

²⁵ Vid. RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F.: *Igualdad y discriminación*, Tecnos, Madrid págs. 289 y 290; también JUANES FRAGA, E. y GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: *op. cit.*, pág. 625.

²⁶ Así las SS.TC 216/2005, FJ núm. 4; 188/2004, FJ núm. 4.

²⁷ Podemos citar a las SSTC 188/2004, FJ núm. 4; 79/2004, FJ núm. 3.

²⁸ Así las SS.TC 326/2005, FJ núm. 6; 168/2006, FJ núm. 4; 138/2006, FJ núm. 5; 144/2005, FJ núm. 3; 216/2005, FJ núm. 4; 171/2005, FJ núm. 3; 87/2004, FJ núm. 2; 79/2004, FJ núm. 3.

mera alegación de discriminación o de violación de un derecho fundamental²⁹. Por lo tanto, los indicios que se exigen no consisten simplemente en la alegación, con lo que la traslación al empresario de la carga probatoria no se puede producir, en ningún caso, a través de la mera y simple alegación en la demanda de que se ha cometido una discriminación por razón de sexo. Esta es una posición que ha sido ampliamente mantenida también por la doctrina laboral³⁰.

Descartado que sea suficiente con la mera alegación de indicios, la jurisprudencia constitucional establece que el actor «ha de acreditar la existencia de algún elemento que, sin servir para formar de una manera plena la convicción del Juez sobre la existencia de hechos atentatorios contra el derecho fundamental, le induzca a una creencia racional sobre su posibilidad»³¹. Es decir, los indicios no son prueba plena en el sentido de que demuestren que el hecho que alega el demandante se ha producido, sino que el indicio es un dato, probado y demostrado, pero a partir del cual puede deducirse (a través de un razonamiento lógico del Juez) la posibilidad de que ha podido producirse una situación de discriminación o violación del de un derecho fundamental³². En todo caso, tales indicios debe probarse absolutamente³³; por lo tanto, el trabajador sufre una parte de la carga probatoria y, desde luego, no queda exonerado de la misma.

En definitiva, el trabajador debe probar que la discriminación puede ser verosímil³⁴, ya que de los indicios se induce la creencia racional de la posibilidad de una discriminación³⁵. Cuando se utiliza esa expresión de principio de prueba no se está refiriendo el TC a una especie de exoneración de la carga probatorio; sino que debe interpretarse desde el punto de vista de aportar o no convicción plena al Juez de la existencia de una situación de discriminación: el principio de prueba consiste en trasladar al Juez, no la convicción plena y absoluta de que hay un supuesto de discriminación, sino demostrarle (probarle) que es posible que haya existido una situación de discriminación; probar un clima discriminatorio, a partir del cual se genera ante el Juez la sospecha de que la discriminación era posible³⁶.

²⁹ En este sentido se afirma que para la introducción del principio de prueba «no basta una mera alegación o la afirmación del actor tildándolo de discriminatorio». STC 79/2004, FJ núm. 3. De igual manera las SS.TC 138/2006, FJ núm. 5; 216/2005, FJ núm. 4; 171/2005, FJ núm. 3; 17/2005, FJ núm. 3; 87/2004, FJ núm. 2; 49/2003, FJ núm. 4.

³⁰ A modo de ejemplo podemos citar a MOENEREO PÉREZ, J.L.: *La carga de la prueba en los despidos lesivos de derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia 1996, BAYLÓS GRAU, CRUZ VILLALÓN, J. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F.: *op. cit.*, pág. 31; JUANES FRAGA E. y GARCÍA-PERROTE, I.: en AA.VV., *Comentario a la Ley de Procedimiento Laboral*, Comares, Granada 2001, pág. 626; MOENEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A., en AA.VV., *Comentario a la Ley de Procedimiento Laboral*, Comares, Granada 2001, pág. 626; ALEMÁN CANO, J.: «LA carga de la prueba en el proceso laboral», *Tribuna Social* núm. 136 (2002), pág. 31.

³¹ SS.TC 17/2003, FJ núm. 4, 79/2004, FJ núm. 3.

³² En este sentido la STC 49/2003, FJ núm. 4: «El indicio no consiste en la mera alegación de la vulneración constitucional, sino que debe permitir deducir la posibilidad de que ha podido producirse». *Vid.* la amplia jurisprudencia citada en la misma.

³³ «(...) el demandante que invoca la regla de inversión de la carga de la prueba debe desarrollar una actividad alegatoria suficientemente precisa y concreta en torno a los indicios de la existencia de discriminación (...)». STC 216/2005, FJ núm. 4; en idénticos términos la STC 168/2006, FJ núm. 4; 326/2005, FJ núm. 6; o la 17/2005, FJ núm. 3.

³⁴ STC 41/2006, FJ núm. 4.

³⁵ STC 144/2006, FJ núm. 4.

³⁶ En todo caso hay que resaltar que en ocasiones la jurisprudencia del TC utiliza una terminología más que dudosa, de la que podría entenderse que es suficiente con la mera alegación; así la STC 171/2005, FJ núm. 3:

Dicho de otra manera, que debe probar la mera probabilidad de la existencia de una actuación discriminatoria³⁷.

En definitiva, se asume una parte de la carga de la prueba, si bien, poco tiene que ver con la demostración de los hechos constitutivos de la demanda a los que alude el art. 217.2 LEC. Sólo si el trabajador es capaz, a través de su actividad probatoria de demostrar la existencia de indicios que permitan una deducción lógica y razonable que haga sospechar al Juez que el empresario ha podido actuar de modo discriminatorio o atentatorio contra un derecho fundamental, se producirá el desplazamiento de la carga probatoria al empresario.

¿Qué datos indiciarios pueden ser utilizados por el trabajador? No será suficiente simplemente en alegar y probar el presupuesto de la discriminación o de la violación de un concreto derecho fundamental: ser mujer, estar embarazada³⁸, militar sindicalmente, pertenecer a un determinado partido político, etc.; sino que además serán necesarios indicios que permitan conectar el bien jurídico protegido (la prohibición de discriminación o el concreto derecho fundamental) con la lesión del mismo³⁹.

Normalmente se suele poner el acento en la existencia de conductas por parte del empresario que de alguna manera puedan hacer pensar que podría existir un cierto ánimo en el empresario de discriminar; por ejemplo, sancionar a un trabajador cuando desarrolla funciones sindicales, no respetar las garantías que este tiene, proceder a traslados o cambios de puesto de trabajo, etc. No es suficiente con un determinado comportamiento puntual del empresario, sino que suele ser necesario introducir la existencia de una sucesión de tales comportamientos y sobre todo que haya una sucesión de datos cronológicos temporalmente conectados entre sí; de manera que si bien de forma aislada tales datos no son suficientes para generar esa sospecha de discriminación, conectados todos esos elementos hagan surgir en el Juez la convicción de que existe un cierto panorama discriminatorio. Por ejemplo: cesar a un representante sindical en un cargo de libre designación inmediatamente después de que accede a tal cargo representativo, sin esperar el informe del órgano de representación que tiene funciones en este sentido y tras anularse dicho cese por falta del infor-

«En definitiva, el demandante que invoca la regla de inversión de la carga de la prueba debe desarrollar una actividad alegatoria suficientemente precisa y concreta en torno a los indicios de la existencia de discriminación». De igual modo la STC 144/2005, FJ núm. 3.

³⁷ MOENEREO PÉREZ, J.L.: «La carga de la prueba (...)», *op. cit.*, pág. 27.

³⁸ Respecto de las situaciones de embarazo, se afirma por el TC que «al hecho del embarazo y a la circunstancia concurrente de la extinción del contrato será preciso añadir otros elementos que pongan indiciariamente en conexión lo uno (el factor protegido: embarazo) con el otro (el resultado de perjuicio que concretaría la discriminación: extinción contractual), por cuanto que el estado de gestación constituye únicamente, en principio, un presupuesto de la posibilidad misma de la lesión del art. 14 CE, pero no un indicio de vulneración que por sí solo desplace al demandante la obligación de probar la regularidad constitucional de su acto». STC 342/2006, FJ núm. 4.

³⁹ En este sentido, por ejemplo, ante un supuesto de garantía de indemnidad, el trabajador hacía valer como indicio el hecho de haber presentado una demanda de reclamación de cantidad, de modo que a partir de ese momento comenzó a sufrir diferentes consecuencias como represalia, fundamentalmente un cambio de puesto de trabajo que considera una violación del derecho a la tutela judicial efectiva. Ante esta situación el TC estimó que «No es suficiente el simple dato de que la decisión empresarial que se tacha de lesiva (cambio de puesto) haya sido precedida temporalmente por una acción judicial del trabajador frente a la empresa (en este caso, reclamaciones de cantidad citadas), sino que es preciso que esta última (o los actos previos o preparatorios para ejercerla) haya sido la causa de la actuación que se tilda de lesiva, constituyendo una reacción o respuesta ilegítima». STC 3/2006; de igual modo la STC 49/2003, FJ núm. 4.

me, volver a cesarlo inmediatamente después de recibirse el informe⁴⁰. En otros casos, el despido de un trabajador, después de 10 años de relación contractual civil, cuando el trabajador reclama la conversión en contrato de trabajo; máxime si el despido se produce inmediatamente después de la reclamación y cuando el puesto que él deja vacante se cubre de manera inmediata, de nuevo a través de contrato civil.⁴¹ También es bastante reveladora la proximidad temporal de la decisión empresarial presuntamente discriminatoria al momento en que se produce la manifestación del derecho constitucional o que el trabajador/a esté en disposición para el ejercicio de dicho derecho⁴².

Esta misma doctrina se plasma de idéntica manera en el caso de discriminación por razón de sexo. Así en la STC 17/2007, relativa a un supuesto de extinción del contrato de trabajo ordinario dentro del período de prueba (con anterioridad la trabajadora había desempeñado trabajo para la empresa a través de relación laboral especial de representante de comercio, pero por acuerdo con la empresa se convirtió su contrato en relación laboral ordinaria sometida a período de prueba), dándose la circunstancia que la trabajadora había estado embarazada en dos ocasiones durante el citado período de prueba, terminando ambos procesos en aborto. El TC analiza la cuestión desde el punto de vista de si la trabajadora aportó los indicios suficientes de discriminación, pues de haber sido así se habría producido la «inversión de la carga de la prueba» (FJ núm. 4), afirmando que se habían aportado suficientes indicios racionales de discriminación⁴³, concluyendo que la trabajadora «aportó un panorama indiciario del que surgió, al menos, la sospecha razonable de la eventual relación de causa a efecto entre las bajas laborales ocasionadas por su estado de embarazo y la decisión empresarial de prescindir de sus servicios. Efectivamente, la sucesión de los hechos antes descrita pone de manifiesto que hasta el momento anterior a las bajas motivadas por su embarazo, el rendimiento de la recurrente era satisfactorio para la empresa» (FJ núm. 5).

También se confirma la aplicación de esta doctrina a la discriminación por razón de sexo a tenor de la STC 342/2006, sobre un supuesto de despido de trabajadora que queda embarazada y a la que, apenas un mes después de poner en conocimiento del empresario esta situación, es despedida por disminución continuada y voluntaria del rendimiento. Esta Sentencia parte de estimar que la prueba indiciaria se articula en el doble plano que hemos señalado anteriormente, de manera que el trabajador debe «aportar un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental, principio de prueba o prueba verosímil dirigidos a poner de manifiesto el motivo oculto que se denuncia (...) el indicio no consiste en la mera alegación de la vulneración constitucional, sino que debe permitir de-

⁴⁰ STC 79/2004.

⁴¹ STC 144/2005, FJ núm. 4.

⁴² SS.TC 216/2005, FJ núm. 6; 138/2006, FJ núm. 6.

⁴³ «Ciertamente, se impone tal conclusión teniendo en cuenta, en primer término, cuál ha sido la sucesión de los hechos y la coincidencia temporal entre las bajas relacionadas con el estado de gestión de la recurrente y la decisión empresarial de extinguir su contrato por falta de superación del período de prueba (...) se comprueba que antes de que finalizase el contrato de trabajo de carácter temporal que unía a las partes, la empresa ofreció a la recurrente la conversión de su relación laboral especial en común (...). Tras la celebración de este segundo contrato, consta como hecho probado que la recurrente se quedó embarazada en dos ocasiones sucesivas que concluyeron en sendos abortos (...) esos dos embarazos de la recurrente provocaron la sucesión de una serie de bajas laborales (...). Dos días después a este último parte de confirmación de baja, es decir, el día 3 de junio de 2002, la empresa comunicó a la recurrente la extinción (...).» STC 17/2007, FJ núm. 5

ducir la posibilidad de que ha podido producirse» (FJ núm. 4). Es a partir de aquí cuando se produce el traslado de la carga probatoria al empresario, para lo cual, tal como señala esta Sentencia, «(...) no basta que el trabajador tache de discriminatoria la decisión empresarial, sino que ha de acreditar la existencia de indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción a favor de semejante alegato».

Otro supuesto de aplicación de esta doctrina lo encontramos en la STC 175/2005, relativo a un supuesto en que la trabajadora (auxiliar de clínica) había sido contratada directamente por la empresa a través de un total de 9 contratos temporales, a los que se suman tres contratos de puesta a disposición con una ETT para prestar servicios en la misma empresa. En la última de las relaciones de trabajo temporales, la trabajadora queda embarazada, conociendo la empresa tal circunstancia durante el mes de octubre de 1999. La trabajadora no volvió a ser contratada nuevamente a partir de la finalización del último de los contratos temporales en octubre de 1999, ante lo cual interpuso demanda de despido. El TC acepta la existencia de indicios de discriminación, pues a tenor del desenvolvimiento de las circunstancias entre las partes (celebración sin solución de continuidad de contratos temporales, que da lugar a considerar que la relación laboral es estable; así como el hecho de la coincidencia temporal entre el hecho de quedar embarazada y haber sido despedida: «Acreditado por la recurrente el panorama indiciario anteriormente expuesto, del que surgía, al menos, la sospecha razonable de la eventual relación causa-efecto entre el estado de embarazo de la recurrente y la decisión empresarial de prescindir de sus servicios, correspondía a la empresa la carga de probar que los hechos motivadores de su decisión fueron legítimos y ajenos al móvil de discriminación que se le imputaba (FJ núm. 6).

En conclusión, podemos señalar, tal como estimaba GARCÍA FERNÁNDEZ⁴⁴, que la discriminación no es un hecho, sino una valoración jurídica; y como tal no se prueba, sino que se deduce de los indicios.

4.º El segundo de los elementos de esta doble plano de la prueba indiciaria es el que se refiere a cuál es el contenido de la carga probatoria que recae sobre el empresario.

Tal como hemos visto antes, una vez que el demandante introduce los indicios razonables y suficientes, probando la existencia de un panorama discriminatorio, el Juez toma conciencia de que la situación de discriminación es posible. A partir de ese momento el trabajador deja de asumir la carga de la prueba y ésta se traslade al empresario

Ahora bien, ¿qué le corresponde demostrar para no tener que asumir los perjuicios de la falta de prueba? Debe probar que su actuación obedeció a causas reales y objetivas absolutamente extrañas a la pretendida vulneración de derechos fundamentales⁴⁵.

⁴⁴ «La discriminación es una calificación jurídica del hecho que debe probar el trabajador, el despido que le afecta. Las calificaciones jurídicas no se prueban sino que se deducen de los hechos a probar». «Tutela jurisdiccional y carga de la prueba en el proceso de trabajo», *REDT* núm. 15 (1985), pág. 408.

⁴⁵ STC 79/2004, FJ núm. 3: «Una vez cubierto este inexcusable presupuesto y como segundo elemento, recae sobre la parte demandada la carga de probar que su actuación obedeció a causas reales y objetivas absolutamente extrañas a la pretendida vulneración de derechos fundamentales, así como que aquéllas tuvieron entidad suficiente para fundar la decisión, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios; sin que ello suponga situar al demandado ante la prueba diabólica de un hecho negativo, como es la inexistencia de móvil lesivo de derechos fundamentales. Se trata, pues de una auténtica carga probatoria y no de un mero intento de negar la vulneración de derechos fundamentales, que debe llevar al juzgador a la convicción de que las causas alegadas motivaron la decisión de forma razonable y ajena a todo propósito atentatorio al derecho fundamental».

Lo primero que debemos resaltar es que el mecanismo de traslación de la carga de la prueba no supone en ningún caso la imposición al empresario de la prueba de que no ha existido una intención discriminatoria. Como sabemos, la prueba negativa se ha venido calificando de «prueba diabólica», pues no es posible demostrar algo que no ha existido (la inexistencia de ánimo discriminatorio). También la doctrina laboral se ha manifestado rechazando que en la redistribución de carga de la prueba que se genera en los casos de discriminación estemos ante una prueba de estas características⁴⁶.

Descartado que el empresario tenga que demostrar que no ha existido discriminación, ¿en que consiste su carga probatoria? El empresario debe probar que su actuación (el despido, la sanción, el cambio de puesto de trabajo, la exclusión del abono de ciertas cantidades, etc.) obedece a un motivo razonable que nada tiene que ver con la discriminación. Tal como afirma la doctrina del TC, el empresario debe probar (no sólo intentarlo, pues estamos ante una verdadera carga de la prueba) que ha actuado en base a un criterio de decisión justificable que no tiene nada que ver con una intención discriminatoria, sólo así se destruye la convicción que surge a través de los indicios de discriminación. Se requiere, por tanto, una justificación de la decisión, una explicación objetiva, razonable y proporcional de su decisión; sólo así se despeja la sospecha de discriminación y se neutraliza el panorama discriminatorio generado por los indicios⁴⁷. Tal como en ocasiones afirma la jurisprudencia constitucional, debe generar en el juzgador la convicción de que la actuación del empresario se hubiese producido verosímelmente en cualquier caso y al margen de todo propósito vulnerador del principio de discriminación⁴⁸.

El criterio o motivo que ha justificado su actuación debe estar claro y en ningún caso ser genérico, sino que debe ser preciso y suficiente, de modo que se evidencie que existe una causa real⁴⁹. Así, se ha rechazado por parte de la jurisprudencia constitucional que el ejercicio de facultades discrecionales sirva como justificación, incluso si se trata de una administración y realiza ejercicio de su facultad de autoorganización de sus servicios; siendo insuficiente la existencia de una norma legal o convencional que permita la actuación discrecional⁵⁰.

Cuando el empresario no puede demostrar de manera suficiente que su actuación está justificada en base a elementos totalmente ajenos a la discriminación, la consecuencia es evidente: dado que estamos ante una carga, los efectos negativos de no poder cumplir con la misma van a recaer sobre el empresario, de modo que su actuación se declarará

⁴⁶ En este sentido GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: «En el entendimiento del TC no se trata tanto de situar al empresario ante la prueba (que pudiera calificarse de diabólica) de un hecho negativo (la no discriminación o la no lesión de un derecho fundamental), sino que aquél debe probar que el despido, tachado de haber incurrido en aquella discriminación o en esta lesión, obedece a motivos razonables y por completo ajenos y extraños a un propósito atentatorio contra el derecho fundamental en cuestión». *La prueba en el proceso de trabajo*, Civitas, Madrid 1994, pág. 197. También GARCÍA FERNÁNDEZ, M.: «(...) exigirle al empresario la prueba de que el despido no es discriminatorio además de la prueba de las circunstancias que justifican la extinción, es pedir la prueba de una calificación jurídica negativa, es decir, un imposible»; *op. cit.*, pág. 408. De igual manera MOENEREO PÉREZ, J.L.: «La carga de la prueba (...)», *op. cit.*, pág. 52.

⁴⁷ SS.TC 144/2006, FJ núm. 7; 138/2006, FJ núm. 5; 49/2003, FJ núm. 5.

⁴⁸ SS.TC 138/2006, FJ núm. 5; 41/2006, FJ núm. 4; 171/2005, FJ núm. 4; 87/2004, FJ núm. 2.

⁴⁹ STC 144/2006, FJ núm. 7.

⁵⁰ Así las SS.TC 168/2006, FJ núm. 9; 41/2006, FJ núm. 4; 216/2005, FJ núm. 7; 79/2004, FJ núm. 5; 171/2003 FJ núm. 6; 49/2003, FJ núm. 5; 29/2002, FJ núm. 7.



discriminatoria, con las consecuencias que para este tipo de decisiones reserva nuestro ordenamiento.

Esta es la doctrina constitucional que se ha plasmado en la regulación procesal laboral sobre supuestos de discriminación y violación de derechos fundamentales (arts. 96 y 179 LPL). Veamos ahora si esta doctrina y esta regulación son o no coincidentes con la nueva regulación establecida en la regulación procesal a consecuencia de la LO 3/2007.

3.3. Encaje de la distribución de la carga de la prueba con la regulación introducida en la LO 3/2007

A tenor del art. 13 LO 3/2007, se establece un mecanismo de traslación de la carga de la prueba en el que, al igual que lo establecido por el art. 96 LPL y al igual que lo afirmado por la jurisprudencia constitucional en esta materia, hay dos fases. El problema es que la primera de esas fases no coincide entre la LO 3/2007 y la regulación procesal laboral. Mientras que lo establecido en el art. 96 LPL es que la parte actora debe alegar y probar la existencia de indicios de fundados de discriminación, de manera que se demuestre ante el juzgador un panorama discriminatorio: el trabajador debe desarrollar una actividad probatoria, que consiste, no en demostrar que ha existido una discriminación, pero si en probar que es verosímil la existencia de una situación de discriminación. En definitiva, tal como hemos afirmado antes, no se trata de llevar al juzgador a la convicción plena y absoluta de que hay un supuesto de discriminación, sino demostrar la posibilidad de que haya existido una situación de discriminación. Sólo a partir de aquí se pasa a la segunda fase del procedimiento probatorio, de modo que el empresario será quien tenga la carga de probar la justificación objetiva y razonable de su actuación. Esto supone, digámoslo con claridad, que no es suficiente la mera alegación para que se traslade la carga de la prueba al empresario.

Sin embargo, en la regulación establecida en el art. 13 LO 3/2007 se establece una traslación de la carga de la prueba al empresario, tan sólo cuando las alegaciones de la parte actora se fundamenten en actuaciones discriminatorias por razón de sexo. Es decir, a tenor de esta literalidad, basta y es suficiente con la alegación de discriminación por razón de sexo para que sea el demandado quien tenga que asumir la carga probatoria. No sería necesaria la aportación de indicios, ni la prueba de los mismos para que esa traslación de la carga al demandado.

Por lo tanto, hay una sustancial diferencia entre las dos situaciones. Mientras que en la regulación laboral, que recoge una amplia jurisprudencia constitucional, el proceso tiene dos fases, de modo que en la primera se han de probar los indicios para pasar a la segunda y que se produzca el traslado de la carga de la prueba; por el contrario, la nueva regulación, aún constanding también de dos fases, su literalidad implica que la primera es francamente simple, pues consiste en que se produzcan meras alegaciones de discriminación para que se produzca la traslación.

También pueden existir diferencias importantes en la segunda fase: el art. 13 LO 3/2007 señala que si se alega la situación de discriminación, va a corresponder al demandado «probar la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y su proporcionalidad». Literalmente se afirma que el demandado ha de demostrar la ausencia de discriminación; es decir, que no hay discriminación. Dicho de otra manera, debe probar que no ha discriminado. Es evidente que esto supondría acudir a algo que antes hemos señalado: la prueba

negativa, sobre la cual ya hemos comentado su carácter imposible. Por el contrario, a tenor de lo establecido por el art. 96 LPL y en consonancia con la jurisprudencia constitucional analizada, el empresario que recibe la carga de la prueba por haberse introducido indicios de discriminación, no recibe la carga de una prueba negativa. Antes señalamos que la propia jurisprudencia constitucional rechazaba que deba situarse al empresario ante la prueba diabólica de un hecho negativo (la inexistencia de discriminación), lo cual se recoge en la propia regulación laboral, donde sólo se exige al empresario la aportación de una justificación objetiva y razonable de su decisión, así como de su proporcionalidad.

En definitiva, es evidente que la regulación laboral y la doctrina del TC en materia de traslación de la carga de la prueba no coinciden con la literalidad de los arts. 13 LO 3/2007, 217.5 LEC y 80.7 LRJCA. Parece, por tanto, que estamos ante mecanismos de carácter diferente. Ciertamente los dos estarían dentro del ámbito de la carga de la prueba; es decir, aquel conjunto de reglas, necesarias en nuestro ordenamiento tanto como del principio dispositivo, como del «non liquet»⁵¹, que ayudan al juzgador a la hora de resolver una cuestión litigiosa cuando los hechos no han sido demostrados. Es decir, las reglas de carga de la prueba no son medio de prueba, sino que, tal como con bastante claridad señala el art. 217 LEC, se utilizan cuando «el tribunal considerase dudosos unos hechos relevantes para la decisión»; es decir, cuando tales hechos no son probados. Al no probarse y tener que resolver el Juez, este dictará Sentencia en función de a quien corresponda la carga de la prueba.

Ahora bien, las reglas de distribución pueden ser distintas; así, existen una reglas generales u ordinarias de la prueba, contenidas en los arts. 217.2 y 3 LEC, preceptos que recogen la distribución tradicional por la que al demandante le corresponde probar los hechos constitutivos de la demanda, y al demandado la carga de los hechos extintivos, impeditivos o excluyentes. Pero estas reglas, que son de aplicación general, no son absolutas, sino que ya con anterioridad a la actual LEC la jurisprudencia establecía formas especiales de distribución de la carga de la prueba cuando había especiales dificultades probatorias generadas por la aplicación indiscriminada de las reglas generales antes señaladas. Hay que reconocer que la aplicación de este tipo de reglas puede suponer importantes dificultades probatorias en situaciones específicas; de ahí que se haya defendido la aplicación de manera flexible de las reglas generales o comunes de distribución de la carga de la prueba; el ámbito del proceso laboral es un buen ejemplo donde se plantea esta necesidad⁵². Las razones de esta especialidad obedecen, tal como hemos señalado anteriormente fundamentalmente ante el hecho de que el empresario, titular de las facultades directivas, al ser el gestor de la empresa, ocupa una posición de predominio ante el material probatorio; mientras que el trabajador, ajeno a esta posición, presenta muchas más dificultades a la hora de acceder a la prueba⁵³.

⁵¹ Principio a tenor del cual el Juez no puede en ningún caso abstenerse de resolver la cuestión que se le plantea, teniendo la obligación de dictar una Sentencia que resuelva el litigio. *Vid.* ASENSIO MELLADO, J.M.: *Derecho Procesal Civil. Parte primera*, Tirant lo Blanch, Valencia 2000, pág. 254; GARCÍA FERNÁNDEZ, M.: *op. cit.*, pág. 383; GIL PLANA, J.: *op. cit.*, pág. 85; LAHERA FORTEZA, J.: *op. cit.*, pág. 81.

⁵² En este sentido LAHERA FORTEZA, J.: *op. cit.*, pág. 88.

⁵³ *Vid.* ORTELLS RAMOS, M.: *Derecho Procesal Civil*, Aranzadi, Pamplona 2001, pág. 399; o CHOCRON GIRALDEZ, A.: *Las presunciones como método de prueba en el proceso laboral*, Laborum, Murcia 2004, pág. 118.

En conclusión, junto a las reglas generales de distribución, se han introducido otras especiales, que incluso se han llegado a incorporar al art. 217 LEC: los actuales apartados 6.º y 7.º (antes apartados 5.º y 6.º). El primero señala que las reglas ordinarias de distribución de la carga de la prueba se aplicarán salvo que una disposición legal distribuya con criterios especiales la carga de probar los hechos relevantes. El apartado 7.º establece que a la hora de aplicar las reglas de la carga probatoria debe tenerse en cuenta los principios de disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio. No vamos a profundizar en la explicar estos principios que actúan de manera especial frente a las reglas ordinarias, que quedan de esta manera flexibilizadas. Vamos a señalar, simplemente que como una más de estas reglas especiales se añade el nuevo apartado 5.º en relación a la carga de la prueba en los supuestos de discriminación por razón de sexo (en realidad este apartado 5.º no sería sino una concreción de la posibilidad establecida por el apartado 6.º, de manera que no se aplican la reglas comunes sobre carga de la prueba por existir una regulación que distribuye la carga de la prueba de otra manera.

A tenor de la literalidad de la nueva regulación hemos de señalar que la figura consagrada en el art. 217.5 LEC no tiene la misma naturaleza jurídica que las reglas previstas en el art. 96 LPL. Podemos señalar cómo la naturaleza de los mecanismos de traslación de la carga establecidos por la jurisprudencia constitucional y recogida en los arts. 96 y 179.2 LPL ha sido ciertamente polémica: de un lado hay un rechazo unánime a que estemos ante una inversión de la carga de la prueba; de otro parecería que se está utilizando uno de los mecanismos probatorios regulado en nuestro ordenamiento, la prueba de indicios o prueba de presunciones⁵⁴, regulado en la actualidad en los arts. 385 y 386 LEC; sin embargo, la mayor parte de los planteamientos doctrinales han rechazado que estemos realmente ante este mecanismo y ha optado por entender que en estos casos estamos ante una facilitación o aligeramiento de la carga probatoria del trabajador, siendo esta la posición más difundida⁵⁵. No obstante hay que reconocer que la doctrina laboral no distingue nítidamente entre prueba de presunciones y simplificación o facilitación de la carga probatoria del trabajador⁵⁶; confusión que procede realmente tanto del hecho que la «facilitación» de la prueba no obedece a una regla o norma concreta de nuestro ordenamiento, como por el hecho que en realidad la prueba de presunciones o indicios no sea más que un procedimiento para facilitar la carga de la prueba del trabajador, facilitándola. Desde mi punto de vista, la prueba de presunciones supone una alteración del «tema probandi»; es decir, el demandante no va

⁵⁴ Así RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F.: *Igualdad y discriminación*, Tecnos, Madrid 1986, pág. 303. Sobre el funcionamiento de la prueba de presunciones *vid.* GORELLI HERNÁNDEZ, J. e IGARTUA MIRÓ, M.T.: «Libertad de expresión y despido por inducción. Problemas relativos a la carga de la prueba», *Revista del Poder Judicial* núm. 62, págs. 499 y ss.

⁵⁵ MOENEREO PÉREZ, J.L.: *op. cit.*, págs. 24 ó 46; RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: «Proceso civil y proceso de trabajo», *RL Tomo I* de 2001, pág. 145; TUDELA CAMBRONERO, G.: «En torno al proceso de tutela de la libertad sindical y demás derechos fundamentales», en AA.VV., *El proceso laboral. Estudios en homenaje al Profesor Luis Enrique de la Villa Gil*, Lex Nova, Valladolid 2001, pág. 843; JUANES FRAGA, E. y GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., *op. cit.*, pág. 1103; BAYLÓS GRAU, A., CRUZ VILLALÓN, J. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F.: *op. cit.*, pág. 154.

⁵⁶ De esta manera MOENEREO PÉREZ, J.L., que si bien afirma de un lado que «(...) lo que en puridad existe es una reducción de la carga probatorio, puesto que el que alega la discriminación deberá probar hechos que permitan deducir al menos indicios de esa discriminación, que permita al órgano judicial deducir realmente que está en juego el principio de igualdad (...)»; de otro lado afirma que «La técnica utilizada (la presunción como método de prueba) queda incluso más nítidamente reflejada en el art. 179 LPL. *op. cit.*, págs. 11 y 13.

a tener que probar los hechos que le corresponden en función de su posición procesal y que se le impondrían en base al art. 217.2 LEC (pues esta prueba supone una extrema dificultad, lo que supone una evidente limitación del acceso a la tutela judicial efectiva), sino que va a probar otros hechos diferentes, los indicios de los que puede deducirse la discriminación. Desde este punto de vista es evidente que la prueba de presunciones facilita la carga de la prueba⁵⁷.

Ahora bien, es claro que lo previsto por el art. 96 LPL no se una inversión de la carga de la prueba, ni la exoneración de la carga probatoria del trabajador⁵⁸: lo que determina que se traslade la carga de la prueba al empresario es que el trabajador introduzca en sus alegaciones indicios fundados, lo que debe interpretarse en el sentido de que ha de demostrar y probar tales indicios, a través de los cuales no se prueba que haya habido una discriminación, sino que es posible que esta hubiese existido. Por lo tanto, el trabajador ha de soportar parte de la carga probatorio, lo que impide que debamos entender que hay una inversión de la misma⁵⁹. Si estuviésemos ante una inversión de la carga de la prueba, bastaría con al mera alegación de conducta discriminatoria por razón de sexo para trasladar la carga de la prueba; en definitiva, el trabajador con esta alegación quedaría exento de prueba, de modo que el empresario tendría que desarrollar toda la actividad probatoria para anular esa alegación que el Juez debe estimar como absolutamente probada⁶⁰.

En cuanto al art. 13 LO 3/2007, al establecerse literalmente que la carga de la prueba se traslada al demandado cuando las alegaciones de la parte actora se fundamenten en la discriminación por razón de sexo, se estaría produciendo realmente una inversión de la carga de la prueba, pues basta alegar para que el demandante quede liberado de la carga de la prueba, trasladándose al demandado. La situación sería, por lo tanto, totalmente diferente a la regulada en el art. 96 LPL. En todo caso debemos aclarar que por inversión de la carga de la prueba no debe entenderse un mecanismo en el que se asigna a la contraparte procesal la carga de probar que le correspondería al demandante⁶¹; sino una situación en la que se exonera de la carga probatoria a una de las partes procesales, correspondiendo la totalidad de la carga de la prueba a la contraparte⁶². Desde este punto de vista, sólo en sentido amplio se puede hablar de inversión de la carga de la prueba.

⁵⁷ GARCÍA FERNÁNDEZ, M.: *op. cit.*, pág. 401.

⁵⁸ GIL PLANA, J.: *op. cit.*, pág. 101.

⁵⁹ Así, GARCÍA PERROTE-ESCARTÍN, I.: «La prueba (...)», *op. cit.*, pág. 205; o GIMENO SENDRA, V.: «El derecho a un proceso laboral "justo"», *Tribuna social* núm. 76 (1997), pág. 15; también GIL PLANA, J.: *op. cit.*, pág. 101; MOENEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: *Comentario a al Ley de Procedimiento Laboral*, Comares, Granada 2001, pág. 1102, ó 1105.

⁶⁰ En este sentido RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., *op. cit.*, pág. 918.

⁶¹ Tal como afirma GIL PLANA, en sentido estricto «la inversión de la carga de la prueba supone cambiar justamente por su contraria la carga probatoria atribuida a cada una de las partes procesales». *Op. cit.*, pág. 98.

⁶² En este sentido RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F.; que entiende que en el supuesto de la inversión de la carga de la prueba, el favorecido por la inversión «se encuentra dispensado de probar el hecho, bastando su alegación para que el juez haya de actuar como si estuviera probado, a la hora de extraer las consecuencias en la fase de comparación. El peso de la destrucción de este hecho asimilado a los probados en cuanto a sus efectos procesales recae sobre la otra parte, que, por hipótesis, es más apta para producir su destrucción». Por lo tanto, sólo desde una perspectiva amplia puede hablarse de inversión de la carga de la prueba. «La carga de la prueba (...)», *op. cit.*, págs. 98 y 99.

Llegados a este punto, dado que la literalidad del art. 13 LO 3/2007 establece lo que literalmente parece ser una inversión de la carga de la prueba, se nos plantea una duda importante: ciertamente esta LO, a diferencia de lo que ocurre con la LEC y la LRJCA, no ha modificado la LPL y ha establecido una regla en consonancia con su art. 13. Pero esto no significa que el proceso laboral haya quedado al margen de los efectos de lo previsto en el citado art. 13. De un lado el art. 13 es una norma de carácter general, aplicable a todo ámbito jurídico, incluido el proceso laboral. De otro, hemos de subrayar que se ha modificado la LEC, introduciéndose un nuevo art. 217.5 en consonancia con el art. 13 LO 3/2007; y recordemos que la LEC es de aplicación supletoria a la LPL⁶³. Más aún, un ámbito en el que la LEC es claramente supletoria de la LPL, es justamente el tema de la carga probatoria.

A tenor de lo que acabamos de señalar, esto supondría que existirían dos normas distintas, con dos regulaciones diferentes en cuanto a la carga de la prueba en caso de discriminación por razón de sexo. La norma estrictamente laboral que establece una facilitación o simplificación de la carga probatoria del trabajador, y la regulación general que establecería una inversión de la carga de la prueba. Lógicamente, la existencia de las dos normas al mismo tiempo no es viable, pues regulan la distribución de la carga probatoria de diferente manera. Evidentemente una situación de este tipo no es admisible desde un punto de vista de seguridad jurídica; por lo que debemos resolver esta situación.

Desde mi punto de vista creo que sólo hay dos posturas viables. En primer lugar, estimar que la interpretación del art. 13 LO 3/2007 ha de realizarse conforme a su literalidad. Esto supone estimar que aún cuando no se ha alterado la regulación de la LPL, al establecerse en la LO 3/2007 una regla de distribución diferente a la del art. 96 LPL, se ha producido una derogación tácita de la normativa laboral.

La segunda alternativa, sería estimar que, pese a la literalidad del citado art. 13, este debe ser reinterpretado de conformidad con la doctrina constitucional sobre la materia. Dicho de otra manera, se trataría de reconducir esta nueva regulación a los parámetros de la jurisprudencia constitucional que analizamos anteriormente.

De las dos alternativas, me inclino con absoluta claridad por la segunda. La literalidad del precepto parece clara, pero plantea problemas ciertamente complejos, por no decir prácticamente irresolubles. De entrada, la propia doctrina laboral señaló los problemas que presentaban una interpretación de estas características, rechazando que realmente estuviésemos ante una inversión de la carga de la prueba⁶⁴. En este sentido RODRÍGUEZ-PIÑERO y FERNÁNDEZ LÓPEZ⁶⁵ a la hora de valorar si el TC introdujo una inversión de la carga de la

⁶³ Sobre esta cuestión, y específicamente en materia de carga de la prueba, *vid.* ALFONSO MELLADO, C.L.: «La vista oral y la prueba en el proceso social tras la Ley de Enjuiciamiento Civil», *Tribuna Social* núm. 135, pág. 19.

⁶⁴ Así, PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.: *Despidos discriminatorios y libertad sindical*, Civitas, Madrid 1983, págs. 75 y ss.; GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: «La prueba (...)», *op. cit.*, pág. 187. GIMENO SENDRA, V.: *op. cit.*, pág. 15. Como excepción y favorable a entender que estamos realmente ante una inversión de la carga de la prueba, *vid.* DURÁN LÓPEZ, F.: «El Derecho del Trabajo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en AA.VV., *Derecho del Trabajo y Seguridad Social en la década de los ochenta. III Coloquio de Relaciones Laborales*. Universidad de Zaragoza, 1982, págs. 31 y 32; GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *Los supuestos de readmisión en el despido*, Tecnos, Madrid 1996, págs. 99 y ss.

⁶⁵ «Discriminación, carga de la prueba y prueba de presunciones», en AA.VV., *II Jornadas Hispano-Luso-Brasileñas de Derecho del Trabajo*, IELSS, Madrid 1985, pág. 921.

prueba, critican que así se estime, pues ello podría generar toda una serie de abusos, pues los planteamientos más insostenibles podrían alegarse, recayendo sobre el empresario la carga probatoria. Desde este punto de vista ocurriría que, si bien este procedimiento de traslación de la carga pretende evitar que el trabajador sufra los inconvenientes de demostrar cuestiones que son tremendamente difíciles para su posición procesal, sin embargo finalmente la inversión supondría generar importantes dificultades probatorias, pero para la contraparte.

La posición del empresario es tanto más compleja si tenemos en cuenta, no sólo que la literalidad del art. 13 LO 3/2007 establece una inversión de la carga de la prueba, sino además, también señala que al demandado le va a corresponder la prueba de que no se ha producido discriminación alguna por razón de sexo; es decir, le ha correspondido una prueba negativa. Es evidente que con esta regulación se está simplificando absolutamente la posición del demandante, pero a costa de colocar en una posición de extrema dificultad al demandado. Es decir, se habría facilitado la simplificación y facilitación de la prueba del demandante a costa de hacer prácticamente imposible la situación probatoria del demandado.

De otro lado, ante la existencia de trabajadoras, que pueden acudir con comodidad al expediente de alterar la carga de la prueba, dificultando la posición procesal del empresario, lo lógico es que el empresario actúe de manera defensiva, intentando no contratar trabajadoras para evitarse así el problema que supondría una alegación de discriminación. Se plasmaría así una especie de efecto «bumerang», de modo que se dificulte el acceso de la mujer al mercado de trabajo ⁶⁶.

También debe tenerse en cuenta lo extraño que sería una situación en la que se estaría diferenciando un supuesto concreto de discriminación, aquel originado por razón de sexo, del resto de supuestos de discriminación o de violaciones de derechos fundamentales: mientras en la discriminación por razón de sexo existiría una inversión de la carga de la prueba, en el resto de supuestos habría una simple facilitación de la posición probatoria del demandado. Se rompería así la unidad que hasta ahora ha caracterizado esta cuestión.

De otro lado, aún cuando, tal como hemos señalado anteriormente, es posible afirmar la aplicación de la regulación del art. 13 LO 3/2007 al ámbito del proceso laboral (por la vía del carácter general de esta regulación y por la supletoriedad de la nueva redacción del art. 217.5 LEC), lo cierto es que es tremendamente extraño que la LO haya alterado tan sólo la regulación de la LEC y de la LRJA y no la LPL. Ello puede explicarse por que la intención del legislador era la de aplicar a estos dos ámbitos normativos los principios afirmados ya por la regulación procesal laboral, que acoge una doctrina jurisprudencial que data de 1981 y que se ha reiterado hasta nuestros días.

También debemos señalar que la interpretación que proponemos es conforme a los principios que se deducen del ordenamiento comunitario en materia de carga de la prueba en supuestos de discriminación. En este sentido podemos recordar al art. 10 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: «Los Estados miembros adoptarán con arreglo a su ordenamiento jurídico nacional, las medidas necesarias para garantizar que corresponda a la parte demandada demostrar que no ha habido vulneración

⁶⁶ RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F.: *op. cit.*, pág. 923.

del principio de igualdad de trato, cuando una persona que se considere perjudicada por la no aplicación, en lo que a ella se refiere, de dicho principio, alegue, ante un tribunal u otro órgano competente, hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta». Pero sobre todo podemos señalar a la Directiva 97/80/CE, de 15 de diciembre de 1977, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo, cuyo art. 4 establece una norma prácticamente idéntica a la anterior, a tenor de la cual los Estados miembros han de adaptar sus ordenamientos para «(...) 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, corresponda a la parte demandada demostrar que no había vulneración del principio de igualdad de trato». De estos preceptos, probablemente mejorables en cuanto a la técnica legislativa, se deduce la necesidad de que se introduzcan procesalmente hechos de los que se deduzca presumir la existencia de discriminación, pasando a partir de ahí la carga de la prueba al demandado.

Por último, y no menos importante, hay que subrayar que una interpretación literal del art. 13 LO 3/2007 supone ir en contra de la doctrina que ha venido sosteniendo la jurisprudencia constitucional desde la STC 38/1981; es decir, doctrina elaborada durante más de veinticinco años por parte del Tribunal Constitucional, lo cual no es precisamente baladí; sobre todo porque esta jurisprudencia ha rechazado expresamente, tal como hemos visto anteriormente, que sea suficiente para trasladar la carga de la prueba al empresario, la mera alegación de discriminación por parte del trabajador.

Por lo tanto, desde mi punto de vista, entiendo que lo más oportuno no es precisamente la aplicación de una interpretación literal del precepto, sino que es conveniente proceder a una reinterpretación del art. 13 LO 3/2007 y normas concordantes.

Estimo que esta reinterpretación debe realizarse en la misma dirección que la jurisprudencial del TC. De este modo debería rechazarse de entrada que es suficiente la mera alegación para hacer recaer sobre el demandado la carga de la prueba, se trata de un paso absolutamente esencial. A partir de ahí, debería interpretarse que cuando el precepto establece el traslado de la carga de la prueba cuando «las alegaciones de la parte actora se fundamenten en actuaciones discriminatorias por razón de sexo», dado que el punto de partida es que la mera alegación de discriminación no es suficiente; debería entenderse que las alegaciones han de estar fundamentadas. Es decir, que el actor debe fundamentar probatoriamente la alegación de discriminación, introduciendo elementos de prueba suficientes. Siguiendo en este punto también la doctrina constitucional, ya sabemos que no se requiere, ni mucho menos, la prueba de que hay discriminación, sino que deben probarse indicios de la misma, para así trasladar al juzgador la convicción de que un panorama o apariencia de discriminación es posible. A partir de ese momento la carga de la prueba va a recaer sobre el empresario. Ahora bien, también debe reinterpretarse la dicción del art. 13 LO 3/2007 en este punto, pues estimar que le va a corresponder la prueba de «ausencia de discriminación» no es más que una prueba negativa, prácticamente imposible. De ahí, que siguiendo también en este punto la doctrina constitucional, hemos de entender que sobre el empresario no puede recaer una prueba de carácter negativo, sino que debe demostrar que la actuación que ha desarrollado está justificada y basada en motivos ajenos a la intención discriminatoria.

Entiendo que la interpretación de este precepto debe realizarse en este sentido, de lo contrario hay que reconocer que los problemas de la interpretación literal son enormes, generando una seria dificultad en el demandado; dificultad que haría dudar seriamente del respeto al derecho a la tutela judicial efectiva en estos casos.

4. MODIFICACIONES EN MATERIA DE ACUMULACIÓN DE ACCIONES (COMPATIBILIDAD DE LAS INDEMNIZACIONES POR DISCRIMINACIÓN O VIOLACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES CON LAS INDEMNIZACIONES POR DESPIDO O EXTINCIÓN)

Destaca como se ha producido una importante reformulación de los arts. 27, 180.1 y 181 LPL en materia de compatibilidad entre las indemnizaciones por la extinción y las indemnizaciones por haberse producido una vulneración de la libertad sindical o de cualquier otro derecho fundamental; cuestión esta íntimamente ligada con el tema de la compatibilidad de acciones procesales.

De entrada, hemos de resaltar que siendo la LO 3/2007 una regulación destinada a establecer criterios de igualdad efectiva entre mujeres y hombres, se ha utilizado esta regulación para introducir una modificación cuyo ámbito no es sólo la discriminación por razón de sexo, sino que es mucho mayor, pues la regla se aplica a todos los casos de discriminación (sea el motivo que sea) y todo tipo de supuestos de lesión de derechos fundamentales.

El objetivo perseguido por esta regulación es facilitar que en los casos en que haya supuestos de discriminación o violación de un derecho fundamental, además de las indemnizaciones que específicamente regule el ordenamiento en materia de extinción del contrato de trabajo, se puedan compatibilizar tales indemnizaciones con indemnizaciones derivadas de discriminación o violación de derechos fundamentales. Concretamente se establecen las siguientes reglas: de entrada, en materia de acumulación de acciones (art. 27 LPL), si bien la regla general es la acumulación por parte del actor de las diferentes acciones que tenga contra el demandado. No obstante, tradicionalmente nuestro ordenamiento ha establecido ciertas limitaciones a esta acumulación, de modo que el art. 27.2 prohíbe la acumulación de cualquier acción procesal con (entre otras) las de despido, extinción y las de tutela de libertad sindical y demás derechos fundamentales. Por lo tanto, no es posible añadir a las pretensiones procesales en materia de extinción, despido o violación del derecho a no ser discriminado o violación de algún otro derecho fundamental, ninguna otra pretensión jurídica. Frente a esta regla general, la LO 3/2007 añade una excepción a la excepción: la prohibición de acumulación en estos casos mencionados en el art. 27.2 LPL, se entenderá sin perjuicio de la posibilidad de reclamar en los anteriores juicios (por despido, extinción o derechos fundamentales) una indemnización derivada de la discriminación o lesión de tales derechos. Se señala expresamente que esta posibilidad se desarrollará conforme a lo dispuesto en los arts. 180 y 181 LPL.

En cuanto a estos dos últimos preceptos vienen a desarrollar determinados aspectos de la modalidad procesal de tutela de los derechos de libertad sindical (que como sabemos se aplica también a otras posibles violaciones de derechos fundamentales). El art. 181.1 LPL ha venido estableciendo que la sentencia que declare la existencia de una violación de

la libertad sindical u otro derecho fundamental deberá ordenar el cese inmediato del comportamiento antisindical y la reposición del trabajador en la posición que mantenía con anterioridad a la discriminación sufrida, además se procederá a la reparación de las consecuencias, incluidas las indemnizaciones que procedan. Pues bien, ante esta regla se añade ahora que dicha indemnización «será compatible, en su caso, con la que pudiera corresponder al trabajador por la modificación o extinción del contrato de trabajo de acuerdo con lo establecido en el Estatuto de los Trabajadores». Por su parte el art. 181 LPL señala que las demandas de tutela de los derechos fundamentales (incluidas las demandas por discriminación y acoso), serán tramitadas de conformidad a la modalidad procesal de tutela de la libertad sindical. A esta regulación hoy se añade que en los casos en que se declare la violación del derecho fundamental, el Juez debe pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización que pueda corresponderle al trabajador que haya sufrido la discriminación; indemnización que será compatible con la que en su caso pueda corresponderle por modificación o extinción del contrato de trabajo, de acuerdo con lo establecido en el ET.

A tenor de las novedades introducidas por la LO 3/2007 lo que se pone de manifiesto es la recepción legal de una jurisprudencia que venía a resolver los problemas que, fundamentalmente en materia de extinción del contrato (bien por resolución por parte del trabajador o por despido) cuando ésta tenía carácter discriminatorio o se producía en violación de un derecho fundamental. La cuestión era si en un supuesto de extinción del contrato, extinción que supone una violación de un derecho fundamental o una discriminación (de cualquier tipo, no sólo por razón de sexo), además de la posible indemnización a la que se pueda tener derecho en función de la regulación del despido o de la extinción, además, se puede tener derecho a la indemnización por haber sufrido una violación de un derecho fundamental.

Al respecto la respuesta era, en principio, negativa: de entrada, el art. 27.2 LPL establecía que no era posible la acumular a la acción de despido, extinción o violación de la libertad sindical u otro derecho fundamental. Esto supone que si se acude al proceso de despido, por ejemplo, no podía acumularse una demanda de violación de libertad sindical para de esta manera tener derecho a la indemnización por este concepto tal como se establecía en el art. 180.1 LPL. Más aún, el art. 182 LPL establece con absoluta claridad que las demandas de despido y extinción, se tramitarán inexcusablemente a través de sus modalidades específicas, las cuales sólo establecen como indemnización las propias de despido o extinción (20, 45 días o salarios de tramitación), pero no una indemnización por violación de derecho fundamental (la cual solo se recoge expresamente en sede de los arts. 180 y 181 LPL). En consecuencia, si el trabajador quiere demandar por despido discriminatorio o solicitar la extinción por esta misma causa, acudirá a la regulación Estatutaria de los arts. 50 y 54 y ss ET, y ante un despido nulo o una extinción por voluntad del trabajador motivada en una actuación discriminatoria del empresario, sólo se tendrá derecho (desde el punto de vista de las indemnizaciones) a la readmisión y a los salarios de tramitación; o a la indemnización de de 45 días de salario (arts. 56 y 50 ET); pero no a una indemnización por violación de derecho fundamental o del derecho a igualdad y no discriminación. Lo que no puede hacer el trabajador es acumular estas acciones procesales con la de violación de un derecho fundamental, para así tener derecho, además, a la indemnización regulada en el art. 180 LPL.

Frente a esta situación la jurisprudencia laboral reaccionó a través de la STS de 12 de junio de 2001⁶⁷, que debía decidir si en un caso de despido nulo por violación de derechos fundamentales, era posible acumular la acción de indemnización por dicha violación. Al respecto, dicha Sentencia señaló que en estos supuestos, y a tenor del art. 182 LPL, era necesario acudir al proceso de despido, si bien aplicando la lógica de los arts. 180 y 181 LPL; de modo que la modalidad procesal de despido era la vía adecuada para reclamar, además de las consecuencias lógicas y propias del despido, la indemnización por violación de un derecho fundamental o del deber de no discriminación⁶⁸. En definitiva, lo que se está planteando, aún cuando no se reconozca expresamente, es que en estos casos de extinción discriminatoria, una cosa es la indemnización por extinción, que repara ciertos daños, pero no los morales o materiales derivados de la violación del derecho fundamental o discriminación⁶⁹. Esta indemnización puede solicitarse judicialmente, si bien existe una limitación importante: no es factible obtenerla a través del recurso de amparo, pues el TC carece de jurisdicción para resolver sobre este tipo de cuestiones⁷⁰.

Teniendo en cuenta esta jurisprudencia, se imponía la posibilidad de hacer compatibles las acciones de extinción o despido, con la petición de indemnización por daños derivados de la violación del derecho fundamental o discriminación; de modo que acudiéndose a la modalidad procesal de extinción o despido, además se consiga lo previsto en materia indemnizatoria por los arts. 180 y 181 LPL. En esta dirección se encamina las modificaciones de la LPL en sus arts. 27, 180 y 181.

En este sentido, el art. 27.2 LPL en su actual redacción establece: que pese a la regla general de acumulación de acciones, no pueden acumularse con otras las acciones de despido o extinción (entre otras). Lo anterior (la prohibición de acumular acciones en estos casos) se entiende sin perjuicio de que en estos procesos en los que existe tal prohibición, se pueda reclamar además la indemnización derivada de discriminación o violación de derechos fundamentales conforme a los arts. 180 y 181 LPL. En conclusión: en los procesos de despido o extinción podrá reclamarse, además de las consecuencias propias de estas ac-

⁶⁷ AR 5931. Esta doctrina podemos encontrarla más recientemente como las SSTSJ de Cataluña de 8 de febrero de 2006, AS 1907; Galicia de 23 de septiembre de 2006, AS 370; País Vasco de 10 de mayo de 2005, AS 2263; Cataluña de 30 de noviembre de 2006, AS 3226.

⁶⁸ Se afirmaba así que «Tampoco es admisible afirmar que la única consecuencia legal del despido discriminatorio haya de ser la readmisión y abono de salarios de tramitación, pues pueden existir daños morales o incluso materiales, cuya reparación ha de ser compatible con la obligación legal de readmisión y abono de salarios de trámite».

⁶⁹ Vid. AGRA VIFORCOS, B.: «La reclamación en el marco de un proceso de despido, de la indemnización correspondiente por la lesión a un derecho fundamental», *REDT* núm. 114 (2002), pág. 955; GONZÁLEZ VELASCO, J.: «Indemnización por lesión de un derecho fundamental en el proceso por despido», en AA.VV., *El proceso laboral. Estudios en homenaje al profesor Luis Enrique de la Villa Gil*, Lex Nova, Valladolid 2001, pág. 320.

⁷⁰ Tal como afirma el TC «Como hemos señalado en cuantas ocasiones nos ha sido planteada la cuestión, este Tribunal constitucional carece de jurisdicción para resolver, como si de una nueva instancia se tratase, peticiones de reconocimiento de indemnizaciones de daños y perjuicios, ya que un pronunciamiento de este tipo, tendente a conseguir el resarcimiento, la compensación o la reparación con carácter sustitutorio, no se corresponde con ninguno de los que este Tribuna puede efectuar al resolver los recursos de amparo, según enumera el art. 55 de la propia Ley, y según se deduce igualmente del art. 58 LOTC, que defiende a la jurisdicción ordinaria su declaración en un caso particular cuya razón de ser es extensible a la entera institución». STC 144/2005, FJ núm. 9.

ciones, la indemnización por violación de un derecho fundamental o discriminación a las que se refieren los arts. 180 y 181 LPL.

En realidad, la única norma que era necesario modificar era el art. 27.2 LPL, para así facilitar en un proceso de despido o extinción, acumular una petición propia de un proceso de tutela de libertad sindical o violación de otro derecho fundamental. No obstante, el legislador ha querido alterar también los arts. 180 y 181. Estos preceptos señalan hoy que ante una violación de un derecho fundamental o discriminación, se debe cesar el comportamiento, hay que reponer al trabajador en su posición y abonarle la indemnización; siendo esta indemnización compatible con la que el trabajador haya podido reclamar a través del oportuno proceso que se haya iniciado para reclamar contra el despido, la extinción o la modificación que haya sufrido.

No obstante, esta dicción plantea un problema interpretativo ¿a qué otra indemnización se refiere estos preceptos? Lógicamente no puede referirse a la indemnización que por violación de derecho fundamental o discriminación se haya podido pedir y obtener en el proceso de despido o extinción: sería del todo inadmisibles dos indemnizaciones por idéntica causa, una obtenida en la modalidad de tutela de la libertad sindical y otros derechos fundamentales, y otra obtenida a través de la modalidad de despido. Por lo tanto, estas reglas (arts. 180 y 181 LPL) sólo pueden hacer referencia a las indemnizaciones ordinarias o propias de despido, extinción o modificación de condiciones.

Pues bien, si esta es la única interpretación lógica, nos vamos a encontrar que el legislador ha previsto expresamente otra posibilidad de actuación procesal: que no haya acumulación y el trabajador demande por la modalidad procesal correspondiente al despido, extinción o modificación y una vez obtenida la satisfacción a sus intereses, podrá demandar también por discriminación o violación de derecho fundamental para acceder a la indemnización recogida en los arts. 180 y 181 LPL. Es decir, se admite tanto la acumulación como el doble proceso, a través de dos modalidades procesales, con diferente pretensión (una limitada a los efectos propios del despido y otra por violación de un derecho fundamental o discriminación)⁷¹. Esta alternativa plantea necesariamente entender que la primera sentencia, la de despido o extinción, despliega efectos de cosa juzgada (material), de modo que esta Sentencia deba condicionar el conocimiento que otro juzgador realice del segundo proceso en materia de violación del derecho fundamental. La situación ideal sería que el trabajador haya demandado por despido nulo, ganado la Sentencia y posteriormente demande por violación del derecho fundamental solicitando la indemnización. Ahora bien, puede que la situación sea mucho más compleja: pensemos simplemente que el despido se declare improcedente, ¿afecta en este caso también la cosa juzgada al posterior proceso a través de la modalidad procesal de tutela de la libertad sindical y violación de derechos fundamentales? Incluso podemos plantearnos una situación en la que presentadas ambas demandas al mismo tiempo por las dos vías procesales, las Sentencias sean contradictorias (por ejemplo, la de despido declare la nulidad, pero la de violación de libertad sindical desestime la demanda de la trabajadora). Es evidente que esta doble vía puede originar consecuencias indeseables.

⁷¹ Algo similar planteaba ya tempranamente GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B.: «Cauce procesal para la exigencia de una indemnización de daños y perjuicios derivados de un despido nulo por vulneración de derechos fundamentales», *RL* Tomo II de 2001, pág. 553.

Para terminar, hemos de tener una última cuestión: esta indemnización por daños en caso de violación de derecho fundamental o discriminación, ¿debe probarse el daño? Al respecto existen diferentes posiciones: desde entender que no es necesario, hasta estimar que no es factible la indemnización si estos daños no se demuestran, pasando por posturas intermedias (estimar que en todo caso ha de estimarse probado un daño mínimo, salvo que se pretenda una indemnización por daño relevante, en cuyo caso será necesario la prueba del mismo)⁷². Desde mi punto de vista soy de la opinión de que no es factible presumir el daño, sino que siempre será indispensable la prueba de los perjuicios recibidos⁷³.

5. OTRAS MODIFICACIONES DE LA LPL

5.1. Nuevas dimensiones de la modalidad procesal regulada en el art. 138 bis LPL

Para terminar hemos de hacer referencia a otras alteraciones sufridas por la LPL a consecuencia de la LO 3/2007. La primera de ellas hace referencia a la ampliación de lo dispuesto por el art. 138 bis LPL. Concretamente la alteración no se establece en la regulación procesal, sino en el propio Estatuto de los Trabajadores, al que se añade una Disp. Adic. decimoséptima, a tenor de la cual «Las discrepancias que surjan entre empresarios y trabajadores en relación con el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral reconocidos legal o convencionalmente se resolverán por la jurisdicción competente a través del procedimiento establecido en el art. 138 bis de la Ley de Procedimiento Laboral». Recordemos que este art. 138 bis regula una modalidad procesal especial sobre permisos de lactancia y reducción de jornada por motivos familiares.

Lo que ha pretendido el legislador es que, al incrementarse los derechos de los trabajadores en materia de conciliación de vida familiar y laboral, se aplique el mismo cauce procesal preexistente para resolver las cuestiones que se planteaban en el disfrute de los derechos de conciliación que existían con anterioridad a la reforma.

La primera cuestión que resalta es que, desde el punto de vista del objeto del proceso, hay una importante diferencia entre la Disp. Adic. 17.^a y el art. 138 bis: mientras que la regulación procesal es tremendamente clara en cuanto a qué tipo de cuestiones litigiosas pueden plantearse por esta vía («periodo de disfrute en los permisos por lactancia y por reducción de jornada por motivos familiares»); por el contrario, la regulación estatutaria puede originar problemas interpretativos en cuanto al ámbito material de aquellas cuestiones litigiosas que pueden llevarse a esta modalidad procesal, pues es mucho más impreciso en su literalidad: señala que se van a dilucidar a través del art. 138 bis LPL las discrepancias «en relación con el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral reconocidos legal o convencionalmente». ¿Cuáles son, en concreto, los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral? El precepto no es nada preciso, lo cual genera una cierta dosis de inseguridad jurídica. La duda además se acrecienta por un hecho: la LO 3/2007 no ha modificado la redacción del art. 37.6 ET. Recor-

⁷² Sobre esta cuestión *vid.* GONZÁLEZ VELASCO, J., *op. cit.*, pág. 323 y ss.

⁷³ STSJ de Cataluña de 8 de febrero de 2006, AS 1907.



demos que este precepto, en su último párrafo hace alusión a que las discrepancias que hayan surgido en la aplicación de los derechos previstos en los apartados 4 y 5 del art. 37 (lactancia y guarda legal), se dilucidan a través del art. 138 bis LPL. Muy al contrario, ha establecido una nueva Disp. Adic. 17.^a con carácter general. De ahí se deduce que su ámbito material de aplicación de la modalidad procesal especial no es ya el delimitado por los derechos otorgados a los trabajadores en los apartados 4 y 5 del art. 37 ET, sino que es más amplio, abarcando todo tipo de derechos de conciliación.

En principio, dada la generalidad de la expresión utilizada, deberíamos incluir todo tipo de derechos otorgados al trabajador, ya sea por la regulación legal o la convencional (expresión que puede agrupar no sólo la negociación colectiva, sino incluso los derechos establecidos a través del contrato individual de trabajo, ya sea expresamente o incorporados a través de usos de empresa) que de una u otra manera se establecen para permitir la conciliación entre las esferas personales, familiares y el ámbito laboral: derechos de adaptación de la jornada por la existencia de necesidades familiares (art. 34.8 ET); permiso por matrimonio (art. 37.3 a ET); permiso por traslado de domicilio (art. 37.3 b ET); permisos por nacimiento, fallecimiento, accidente o enfermedad graves, hospitalización o intervención quirúrgica (art. 37.3 b ET); permisos para la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto (art. 37.3 f ET); lactancia (art. 37.4 ET); permisos en caso de parto prematuro (art. 37.4 bis ET), guarda legal y cuidado directo de un familiar (art. 37.5 ET); disfrute de vacaciones cuando coincidan con IT derivada del embarazo, parto o lactancia natural, o con el período de suspensión por maternidad, adopción o acogimiento (art. 38.3 ET); suspensión del contrato por maternidad, adopción o acogimiento (arts. 45.1 d y 48.4 ET), excedencia voluntaria, que puede tener como objetivo la conciliación de la vida familiar y laboral (art. 46.2 ET); excedencias por cuidado de hijos o familiares (art. 46.3 ET); suspensión pro riesgos durante el embarazo o la lactancia natural (art. 48.5 ET); suspensión por paternidad (art. 48 bis ET). En fin, el listado es ciertamente amplio, por lo que no descarto haber dejado algún supuesto atrás.

De otro lado, hemos de señalar que esta modalidad procesal sólo resuelve las cuestiones relativas a la «concreción horaria y la determinación del derecho» (art. 138 bis LPL). Por su parte, la nueva Disp. Adic. 17.^a, esta modalidad sirve para resolver las discrepancias «en relación con el ejercicio de los derechos». Se trata de dos literalidades diferentes respecto de cuál puede ser el objetivo de esta modalidad procesal; no obstante, pese a ello entiendo que ambas normas se refieren a la misma cuestión: resolver las cuestiones relativas al modo de disfrute de estos derechos. Si bien la primera de las normas señaladas es absolutamente precisa, especificando que sólo se trata de la concreción horaria y determinación del derecho; podemos llegar a la conclusión de que ambas literalidades se refieren a una misma cuestión: no se discute la existencia material del derecho, sino la puesta en práctica del mismo. Desde este punto de vista hay una identidad de significado en las diferentes expresiones utilizadas por la literalidad de ambos preceptos.

Es decir, a través de esta modalidad no puede cuestionarse el derecho en sí mismo, debiendo acudir en estos casos al proceso ordinario. Hay, por tanto que distinguir aquellos supuestos en los que haya una negativa del empresario al reconocimiento del derecho (proceso ordinario), de aquellos otros en los que no se cuestiona la existencia del derecho, sino la modalidad de disfrute del mismo (modalidad procesal especial). Así, no se podrá acudir al art. 138 bis LPL para dilucidar si se tiene derecho a la suspensión por materni-

dad, pero si para fijar el horario de trabajo si es que se opta, por ejemplo, por una suspensión a tiempo parcial.

Para terminar con esta cuestión no podemos resistirnos a reiterar que esta modalidad procesal presenta, estructuralmente, una importante limitación. Tal como pusimos de manifiesto la primera vez que nos enfrentamos a la modalidad procesal recogida en el art. 138 bis LPL⁷⁴, de un lado se está reconociendo determinados derechos a los trabajadores, un derecho que existe y que por la vía de admitir la discrepancia del empresario en cuanto al desarrollo del mismo se ve bloqueado en su disfrute. Además, para desbloquear la situación nos encontramos ante una modalidad procesal en la que el trabajador, titular del derecho reconocido por el ordenamiento, sufre la carga de tener que demandar al empresario, de modo que el efecto es que se cuestione el derecho del trabajador, no el posible derecho del empresario a discrepar de la modalidad de ejercicio del derecho. Por lo tanto, el titular de un derecho reconocido por el ordenamiento se encuentra en una posición procesal más compleja que la del empresario, que debería ser realmente el demandante en este tipo de procesos, para oponerse a una concreta forma de disfrute de un derecho existente. La consecuencia de esta regulación no es sino incrementar la capacidad de discrepancia que pueda tener el empresario. Pues bien, si esto era cierto en una regulación en la que la modalidad del art. 138 bis se proyectaba sólo sobre la determinación del disfrute de la lactancia y de la reducción de jornada por cuidado de familiares; con la nueva Disp. Adic. 17.^a ET lo que hemos conseguido es que el empresario pueda también discrepar en la aplicación de muchos otros derechos derivados de la conciliación de la vida familiar y laboral. En conclusión, se han incrementado los derechos en materia de conciliación de vida personal, familiar y laboral, pero a costa de admitir la discrepancia del empresario a la hora de aplicar esos derechos.

Esta cuestión es aún más relevante si se tiene en cuenta que el disfrute de todos estos mecanismos de conciliación de la vida familiar y laboral, están normalmente vinculados a la mujer. Es una realidad absolutamente evidente que en la mayor parte (por no decir en la inmensa mayoría de las ocasiones) estos derechos son disfrutados por las trabajadoras, a las que socialmente se impone hacer frente a las responsabilidades de carácter familiar. Desde esta perspectiva surge la vinculación del disfrute de estos derechos con el derecho a la no discriminación por razón de sexo. Al estar en juego el derecho fundamental a la no discriminación es evidente que se refuerza la posición del trabajador a la hora del ejercicio del derecho: no sólo hay que tener en cuenta que es el trabajador quien mejor va a conocer sus necesidades de carácter familiar, siendo este elemento esencial a la hora de decidir cómo ha de fijarse en concreto el ejercicio del derecho; además, al estar vinculado al ejercicio de un derecho fundamental, este derecho ha de ser elemento básico y prevalecer a la hora de interpretar como ha de aplicarse este conjunto normativo⁷⁵.

⁷⁴ Vid. GORELLI HERNÁNDEZ, J.: «La reciente Ley 39/1999, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras», *RL* núm. 24 de 1999, págs. 21 y 22; de igual manera MARÍN ALONSO, I. y GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *Familia y trabajo. El régimen jurídico de su armonización*, Laborum, Murcia 2001, págs. 62 y ss.

⁷⁵ En este sentido la reciente STC 3/2007, cuyo FJ núm. 6, a la hora de interpretar si la Sentencia de la que deriva el recurso de amparo, supuso o no una violación de la prohibición de discriminación por razón de sexo, al negar la concreción de la reducción de jornada por guarda legal, tramitada a través del art. 138 bis LPL, señaló



5.2. Novedades en el procedimiento de oficio

Junto a estas modificaciones podemos encontrar otras alteraciones de la LPL que afectan al procedimiento de oficio. Concretamente se añade un nuevo supuesto que da lugar al procedimiento de oficio: a través de las comunicaciones de la Inspección de Trabajo en las que se constate una discriminación por razón de sexo. Será requisito necesario que se recoja en dichas comunicaciones las bases de perjuicios estimados para el trabajador a los efectos de la determinación de la indemnización correspondiente⁷⁶. Del análisis de esta posibilidad se deducen una serie de consecuencias interesantes:

- 1.º Al tratarse de un procedimiento de oficio se simplifica enormemente la posición de la trabajadora a la hora de encausar al empresario.
- 2.º Obsérvese que esta posibilidad es tremendamente amplia, pues podrá iniciarse el procedimiento de oficio cuando la Inspección entienda que hay una posible discriminación por razón de sexo; es decir, sin necesidad de que se haya producido sanción (por resolución firme de la autoridad laboral) sobre el empresario. Entiendo, no obstante, que una simple constatación fáctica de la posible discriminación no es suficiente para dar lugar al procedimiento de oficio; sino que será necesario que se haya levantado por parte de la Inspección de Trabajo un acta de infracción.
- 3.º La autoridad competente para iniciar el procedimiento de oficio es la propia Inspección de Trabajo, no la autoridad competente para imponer la sanción (lo cual sirve como argumento para afirmar que no es necesario que se haya producido ya una sanción sobre el empresario).
- 4.º Será requisito necesario la estimación de perjuicios sufridos por el trabajador (lo cual es argumento para reiterar la necesidad de que se haya levantado un acta de infracción).
- 5.º Esta posibilidad de iniciar el procedimiento de oficio nos plantea: ¿cabe la posibilidad de acudir al procedimiento de oficio en los casos de acoso sexual o por razón de sexo? Recordemos que en estos casos la legitimación era tremendamente estricta, pues sólo el afectado está legitimado activamente para demandar. Esta nue-

que «La dimensión constitucional de la medida contemplada en los apartados 4 y 6 del art. 37 LET y, en general, la de todas aquellas medidas tendentes a facilitar la compatibilidad de la vida laboral y familiar de los trabajadores, tanto desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE) de las mujeres trabajadoras como desde la del mandato de protección a la familia y a la infancia (art. 39 CE), ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa. A ello contribuye el propio precepto legal, que no contiene ninguna precisión sobre la forma de concreción horaria de la reducción de jornada, ni establece si en su determinación deben prevalecer los criterios y las necesidades del trabajador o las exigencias organizativas de la empresa, lo que posibilita una ponderación de las circunstancias concurrentes dirigida a hacer compatibles los diferentes intereses en juego».

⁷⁶ Debe tenerse en cuenta que es posible que esta vía de inicio del procedimiento de oficio coincida con la posibilidad de que sea la autoridad laboral la que emita comunicación en caso de violación de la infracción regulada en el art. 8.12 LISOS consistente en una acción unilateral del empresario que implique discriminación por razón de sexo. Al poder coincidir ambas iniciativas, el art. 146 d) LPL señala que en estos casos la Inspección de Trabajo deberá informar a la autoridad laboral competente de la comunicación dirigida a la jurisdicción social, para que dicha autoridad tome conocimiento a los efectos de acumulación de acciones, si es que con posterioridad tal autoridad da inicio al procedimiento de oficio ex art. 149.2 LPL.

va regulación no establece limitación alguna a las facultades de la Inspección de Trabajo, y de hecho es posible que, al menos en teoría, se detecten situaciones de acoso sexual y por razón de sexo, estando reguladas como infracciones administrativas en los arts. 8.13 y 13 bis LISOS. Hay además un argumento técnico: el art. 13.3 LO 3/2007 establece que la persona acosada será «la única legitimada» en los litigios de acoso sexual y acoso por razón de sexo. Sin embargo, en los procesos de oficio, que se inician por impulso de la Administración laboral, esta no ostenta una posición de verdadera legitimación procesal; de ahí que ni tan siquiera estemos ante una verdadera y auténtica «demanda»⁷⁷. Entiendo, por lo tanto, que no estamos ante una situación en la que estemos ante legitimación procesal en sentido estricto (se trata en realidad de una de las manifestaciones de intervención de la Administración pública en el ámbito de las relaciones laborales); de ahí que somos de la opinión de que sea posible el inicio del procedimiento de oficio por comunicación de la Inspección de Trabajo cuando detecta que hay una posible situación de acoso sexual. En todo caso, debemos destacar que en realidad va a ser tremendamente complicado que la Inspección, a través de su actuación rutinaria, detecte un supuesto de acoso sexual; lo normal será que la propia trabajadora sea quien ponga de manifiesto esta situación ante la propia Inspección de trabajo. En estos casos, estimo que es clara la posibilidad de inicio del procedimiento de oficio en situaciones de acoso sexual o por razón de sexo cuando sea la propia trabajadora la que inicie el procedimiento de inspección.

También se podrá iniciar el proceso de oficio, a tenor de la nueva redacción del art. 149 por comunicación de la autoridad laboral competente para sancionar al empresario, una vez que se hayan levantado actas reinfracción sobre determinadas infracciones graves o muy graves reguladas en los arts. 7 y 8 LISOS. En realidad, no estamos ante novedad alguna en este caso, sino simplemente ante la necesaria actualización del art. 149.2 LPL, pues este precepto seguía refiriéndose a las infracciones reguladas en los arts. 95 y 96 ET, derogados por la Disp. Derog. Única del Texto Refundido de la LISOS, que data del año 2000. Lo establecido en las normas estatutarias se incorporó a los actuales arts. 7 y 8 LISOS; de ahí la necesidad de actualizar las normas procesales.

⁷⁷ Vid. BAYLÓS GRAU, A., CRUZ VILLALÓN, J. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F.: *Instituciones de Derecho Procesal Laboral*, Trotta, Madrid 1995, pág. 389; también MONTERO AROCA, J.: *Introducción al Proceso Laboral*, J.M. Bosch, Barcelona 1996, pág. 217.