

TRANSPOSICIÓN DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA. EL CASO DE LA CARGA DE LA PRUEBA

*STJCE de 19 de abril de 2012. Petición de decisión prejudicial, asunto
C-415/10*

EMILIA CASTELLANO BURGUILLO*

SUPUESTO DE HECHO: Esta petición de decisión prejudicial que se plantea al Tribunal versa sobre la interpretación del artículo 4 del Tratado de la Unión Europea en relación con las Directivas 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico; de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación; y la Directiva 2006/54/CE del Parlamento y del Consejo Europeos, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación.

El conflicto se centra en el sistema de garantías judiciales y administrativas que el Estado alemán debe proporcionar a sus ciudadanos, a través de la transposición de esta normativa comunitaria, de manera que se le permita obtener los indicios y medios de prueba suficientes para poder iniciar un procedimiento de reclamación por discriminación en base al Derecho de la Unión Europea.

En este caso concreto esto se va a traducir en el alcance que debe tener el Derecho de Información de los participantes en un proceso de selección para un puesto de trabajo en una empresa privada, que no han sido seleccionados, de manera que puedan conocer los expedientes y méritos del resto de participantes, a los efectos de poder estructurar sus reclamaciones administrativas y judiciales oportunas, obviando con ello los derechos que puedan asistir a esos otros participantes que sí han sido seleccionados. Todo ello con amparo en la normativa comunitaria que protege el principio de igualdad de trato y de igualdad de oportunidades.

La Sra. Meister nació el 7 de septiembre de 1961 y es de origen ruso. Ostenta un diploma ruso de Ingeniero técnico de sistemas equivalente a un diploma alemán de igual característica pues así lo ha reconocido un Centro de Enseñanza Profesional alemán. La empresa Speech Desing publica un anuncio en la prensa para la contratación de un desarrollador de programas informáticos

* Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

con experiencia. A esta oferta de empleo se presenta la interesada a través de una candidatura el 5 de octubre de 2006 a la cual la empresa responde el 11 del mismo mes de forma negativa, sin que se la hubiera convocado para la entrevista personal. Unos días después el mismo anuncio vuelve a salir en prensa, lo que provoca que la interesada vuelva a presentar su candidatura (19 de octubre de 2006) volviendo a ser desestimada sin ser convocada a la entrevista personal y sin alegar motivación alguna. Esta situación provoca que la interesada inicie un procedimiento judicial por discriminación por motivos basados en el sexo, edad y origen étnico de la interesada. En su demanda reclama una indemnización por los daños causados y que se le presente el expediente del candidato que finalmente fue seleccionado, lo que le permitiría demostrar que está más cualificada que él.

La normativa alemana sobre igualdad de trato (*Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz*) (en adelante AGG) en su artículo 22, establece la necesidad de aportar indicios para poder reclamar por motivos de discriminación, a partir de dichos indicios será la parte demandada la que deberá probar la ausencia de discriminación, no pudiendo proseguir la reclamación judicial o administrativa sin la aportación de dichos indicios. La discusión que se produce en este litigio es si dichos indicios pueden obtenerse a través de un supuesto Derecho de Información en sentido amplio que tienen los participantes en el proceso de selección, de manera que pueden conocer, principalmente los no seleccionados, los expedientes, méritos y demás información de todas las personas participantes en dichos procesos, y si dicho Derecho de Información está amparado en la normativa comunitaria que protege el Derecho de Igualdad de trato en sus diferentes variantes.

RESUMEN: La Sentencia del Tribunal de Justicia europeo de 19 de abril de 2012, considera que la normativa europea sobre igualdad de trato no ampara el derecho de información de una candidata en un proceso de selección de personal para un puesto de trabajo, la cual no fue seleccionada, a los efectos de poder obtener indicios que sustenten el proceso judicial e invertir con ello la carga de la prueba, de manera que sea la parte demandada la que deba demostrar la ausencia de discriminación.

ÍNDICE

1. PAPEL DE LOS ESTADOS MIEMBROS EN LAS TRANSPOSICIÓN DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA
2. EL CASO DE LA NORMA ALEMANA
3. EL CASO CONCRETO
4. CONCLUSIÓN

1. PAPEL DE LOS ESTADOS MIEMBROS EN LAS TRANSPOSICIÓN DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

Los párrafos segundo y tercero del artículo 4 del Tratado de la Unión Europea establecen que los Estados miembros “adoptarán todas las medidas ge-

nerales y particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los Tratados o resultantes de los actos de las instituciones de la Unión” y “se abstendrán de toda medida que pueda poner en peligro la consecución de los objetivos de la Unión”, también los perseguidos por el Derecho Comunitario Derivado. Nos estamos refiriendo al Derecho de Igualdad de trato y de Igualdad de oportunidades desarrollado ampliamente por diversas Directivas comunitarias¹.

Estas Directivas comunitarias son por una parte la Directiva 2000/43, sobre discriminación por motivos de origen racial o étnico, que en su vigésimo primer considerando establece que “las normas relativas a la carga de la prueba deben modificarse cuando exista a primera vista un caso de presunta discriminación. Para la aplicación efectiva del principio de igualdad de trato, la carga de la prueba debe recaer en la parte demandada cuando se aporten indicios de dicha discriminación”.

El artículo 7 de esta misma Directiva señala que “Los Estados miembros velarán por la existencia de procedimientos judiciales y administrativos, e incluso, cuando lo consideren oportuno, procedimientos de conciliación, para exigir el cumplimiento de las obligaciones establecidas con arreglo a la presente Directiva, para todas las personas que se consideren perjudicadas por la no aplicación, en lo que a ellas se refiere, del principio de igualdad de trato, incluso tras la conclusión de la relación en la que supuestamente se ha producido la discriminación”. El artículo 8 de esta norma se refiere a la carga de la prueba que recae en la parte demandada siempre que la parte demandante alegue ante el tribunal u órgano administrativo competente, hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta, sin perjuicio, señala la Directiva, de que los Estados miembros “adopten normas sobre la prueba más favorables a la parte demandante”.

Por su parte la Directiva 2000/78, sobre igualdad de trato en el empleo y la ocupación, establece en su considerando trigésimo primero que “las normas relativas a la carga de la prueba deben modificarse cuando haya un caso de presunta discriminación y en el caso en que se verifique tal situación a fin de que la carga de la prueba recaiga en la parte de demandada. No obstante, no

¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 28 de abril de 2011, El Dridi, asunto C-61/11; Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de julio de 2011, Kelly, asunto C-04/11. También resulta importante la STJCE de 10 de julio de 2008, asunto C-54/07 donde se juzga a un empleador que había manifestado públicamente no querer contratar a “extranjeros” como reparadores e instaladores de puertas basculantes a causa de las reticencias de la clientela a permitirles acceder a su domicilio privado. En este caso el TJCE sí considero que esas declaraciones públicas del empleador disuadían firmemente a determinados candidatos de solicitar empleos y esto bastaba para presumir una política de contratación directamente discriminatoria en el sentido del artículo 8.1 de la Directiva 2000/43 y por ello le traslada al empleador la carga de la prueba de no haber vulnerado el principio de igualdad de trato.

corresponde a la parte demandada probar que la parte demandante pertenece a una determinada religión, posee determinadas convicciones, presenta una determinada discapacidad, es de una determinada edad o tiene una determinada orientación sexual”. El artículo 3 de esta norma a la hora de fijar su campo de aplicación funcional señala que se aplicará a todas las personas en relación con las condiciones de acceso al empleo, incluidos los criterios de selección y las condiciones de contratación.

En los artículos 9 y 10 de esta Directiva se vuelve a señalar la necesidad de que existan procedimientos judiciales, administrativos e incluso de conciliación efectivos y que la carga de la prueba recaerá en el demandado a partir de los indicios que presente el demandante.

Y por último tendríamos, la Directiva del año 2006 sobre igualdad de trato y de oportunidades entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, reitera lo establecido por las normas precedentes.

En este contexto normativo podemos afirmar pues que los Estados miembros al transponer el Derecho Europeo deben aprobar normas nacionales que garanticen el principio de igualdad de trato e igualdad de oportunidades, estableciendo para ello una serie de garantías judiciales y administrativas basadas en el hecho de que la carga de la prueba, en los supuestos de presunta discriminación, recaiga en la parte demandada debiendo para ello, la parte demandante aportar indicios o pruebas de esa discriminación directa o indirecta. Lo que también establece el Derecho Europeo vigente es la posibilidad de que los Estados miembros prevean un régimen jurídico más favorable para el demandante en cuanto a esa aportación de indicios².

2. EL CASO DE LA NORMA ALEMANA

En el caso de la República Federal de Alemania y a través de su Ley General sobre igualdad de trato (AGG) se prohíbe toda discriminación basada en la raza o el origen étnico, el sexo, la religión o las convicciones, la discapacidad, la edad o la identidad sexual. En esta norma además se contemplan los conceptos de discriminación directa e indirecta tal y como han sido definidos en el Derecho de la Unión Europea.

Dentro de su ámbito subjetivo, el artículo 6 de esta norma, incluye a los trabajadores y entre ellos a las personas candidatas a un empleo. Para los su-

² Existe abundante doctrina al respecto Cruz Villalón, J. (coord) *La igualdad de trato en el Derecho Comunitario Laboral*. . Editorial Aranzadi. Pamplona 1997. Asimismo, puede consultarse Azkarate- Askasua Albeniz, A.C. *Mujer y discriminación: del Tribunal de Justicia de las Comunidades al Tribunal Constitucional*. Colección Tesis Doctorales, IVAP, Bilbao, 1997. Ballester Pastor, A. “La propuesta de reforma de la Directiva 76/207: Evolución y adaptación del principio de no discriminación por razón de sexo en el Derecho Comunitario”. *Temas Laborales*, nº 59, 2001, págs. 221-242.

puestos en los cuales se produzca discriminación, el artículo 15.2 de la AGG cuantifica una serie de indemnizaciones señalando que el “trabajador puede reclamar una indemnización por un daño de naturaleza no económica. En caso de no ser contratado, la indemnización no puede exceder de tres mensualidades de salario cuando el trabajador no haya sido contratado, incluso en caso de selección no discriminatoria”.

Por tanto, la propia norma alemana prevé supuestos de selección no discriminatoria y cuantifica la indemnización que en estos casos correspondería aplicar.

Ahora bien, el artículo 22 de la norma nacional y en cuanto a la carga de la prueba reproduce el sistema europeo, de manera que si bien señala que la misma recae en la parte demandada esto es a partir de los indicios que presente la parte demandante.

3. EL CASO CONCRETO

El supuesto que se enjuicia en esta sentencia, y resultando que la normativa alemana no ha mejorado la regulación europea sobre los indicios y la carga de la prueba respecto a la parte demandante y demandada, y por tanto es preciso aportar dichos indicios por la parte demandante, podemos afirmar, que la obtención de dichos indicios corresponde a la Sra Meister no pudiendo trasladar dicha carga indiciaria a la parte contraria.

Esto significa que de la normativa europea que hemos analizado sobre igualdad de trato y de oportunidades, así como de la interpretación que de la misma ha realizado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, no puede deducirse un “derecho de información general” a favor de una persona que se considere perjudicada por la inobservancia, en lo que a ella se refiere, del principio de igualdad de trato, no existe ese derecho específico a acceder a información para que le sea posible acreditar hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta, esta denegación de información, considera el Tribunal, no frustra el objetivo de la normativa comunitaria sobre igualdad de trato.

En el caso concreto que se juzga, corresponde al Tribunal nacional remitente, en este caso el alemán, garantizar que esa denegación de información por parte de la empresa Speech Desing, no frustra los objetivos de las Directivas comunitarias que hemos mencionado en este texto. Es el Derecho nacional el que puede mejorar la regulación europea incluso considerando que la discriminación indirecta pueda acreditarse a través de pruebas estadísticas.

Pero al margen de esto, los artículos 8.1 de la Directiva 2000/43; el artículo 10.1 de la Directiva 2000/78 y 19.1 de la Directiva 2006/54, deben interpretarse en el sentido de que no prevén el derecho de un trabajador que

alega de forma verosímil que reúne las condiciones enunciadas en un anuncio de contratación y cuya candidatura no ha sido seleccionada de acceder a la información que indica si al término del proceso de selección el empresario ha contratado a otro candidato. Esto conculcaría los derechos de privacidad de esos otros candidatos

Sin embargo, no cabe excluir que una denegación total de acceso a la información por una parte demandada pueda constituir uno de los factores que se deben tener en cuenta en el contexto de la acreditación de los hechos que permiten presumir la existencia de una discriminación directa o indirecta. Será el tribunal que remite el caso el que deba verificar si así sucede tomando en consideración para ello todas las circunstancias del litigio, es decir, será el juez nacional el que deba valorar en cada caso si existen otros medios para aportar indicios que sean compatibles con los derechos del resto de participantes en el proceso de selección, no vulnerando con ello ningún derecho fundamental. Queda además a la libertad de los Estados miembros mejorar la regulación europea sobre la carga de la prueba en cuanto al régimen aplicable a la parte demandante.

4. CONCLUSIÓN

Podemos afirmar que el régimen jurídico de la carga de la prueba en los supuestos de discriminación directa e indirecta no ha sufrido cambios entre la regulación contenida en la Directiva 97/80/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo y la normativa posterior. El legislador europeo ha tenido varias ocasiones legislativas posteriores³ para realizar cambios y sin embargo, ha mantenido el mismo régimen jurídico dejando abierta la posibilidad de que sean los Estados miembros los que incorporen alguna mejora para la parte demandante, pudiendo llegar a considerar que la aportación de indicios, en algunos supuestos, les resulta difícil. Esto se corresponde con el principio de subsidiariedad y el principio de complementariedad propios del Derecho Europeo de manera que en una materia en la cual la competencia es compartida entre las Instituciones de la Unión Europea y los Estados miembros ambos establezcan su parte de regulación, pudiendo los Estados mejorar la regulación comunitaria bien vía legal bien vía convencional.

A pesar de no haber cambiado la regulación europea, lo que también podemos afirmar es que en un proceso judicial o en un procedimiento administrativo la carga de la prueba no es una cuestión baladí, es algo fundamental

³ Nos referimos a las diferentes normas sobre igualdad de trato y de oportunidades aprobadas a partir de 1997. Directivas 2000/43; 2000/78 y 2006/54.

para el derecho a la tutela judicial efectiva ya que según sean las reglas de distribución de esa carga de la prueba dicho derecho estará configurado de una u otra forma, siendo el elemento probatorio el que determina el resultado final.