



DERECHO ESPAÑOL

**La carga
de la prueba
en el proceso
social en la
Ley Orgánica
3/2007**

POR JUAN MOLINS GARCÍA-ATANCE.
Magistrado del Tribunal Superior de Justicia de Aragón.

Un grave problema del proceso social consiste en la dificultad con la que frecuentemente se encuentran las personas trabajadoras para hacer valer sus derechos debido a la imposibilidad o dificultad de acreditar los hechos sustentadores de su pretensión. Esta cuestión conecta con uno de los problemas esenciales del Derecho del trabajo: su inaplicación. No se trata solamente de la denominada “huida del Derecho del trabajo” sino de aquellos supuestos en los que, aunque se suscribe un contrato de trabajo, la relación laboral vive y se desarrolla al margen de las propias normas laborales. Muchas relaciones laborales tienden a desarrollarse al margen de las concretas normas jurídicas teóricamente aplicables, especialmente en el sector de servicios y en la pequeña y mediana empresa, que son mayoritarios en este país. Cuestiones esenciales del Derecho laboral como la jornada de trabajo, las categorías profesionales o el salario, presentan frecuentemente una asincronía entre el marco normativo y la realidad de las cosas. Y, entre otros factores que motivan este divorcio entre el mundo real y el de las normas, uno de ellos radica en la dificultad de hacer valer los derechos de las personas trabajadoras en los litigios por la dificultad de acreditar los hechos sustentadores de sus pretensiones.

En algunas ocasiones los Jueces y Juezas de lo Social, conscientes de la posición precaria de la persona trabajadora y de la dificultad que tiene para hacer valer sus derechos, apuran los mecanismos de fijación de hechos. Es lícito modular la exigencia del rigor probatorio en atención a la dificultad probatoria del litigio ¹. Para hacer frente a este problema se han establecido, en supuestos concretos, reglas probatorias especiales, con la finalidad de evitar que las conductas que más gravemente conculcan el ordenamiento (vulnerando los derechos fundamentales), queden impunes ².

Ahora bien, en nuestro ordenamiento jurídico no se presume la existencia de una conducta antijurídica: se parte de que la conducta de la ciudadanía es

conforme a derecho a menos de que se demuestre su antijuridicidad. Sin embargo, la jerarquía de determinados derechos: los derechos fundamentales, y la dificultad de acreditar su vulneración, con el consiguiente peligro de impunidad de las conductas lesivas de los derechos fundamentales, obliga a establecer mecanismos procesales que faciliten la acreditación de estas conductas y, en consecuencia, la sanción de las conductas discriminatorias por parte del ordenamiento jurídico, flexibilizando ³ la carga probatoria. Ahora bien, ni la LEC ni la LPL llegaban a presumir la existencia de un comportamiento antijurídico por el mero hecho de que otra persona denunciase la vulneración de derechos fundamentales porque en todo caso exigían que éste aportase indicios de la vulneración del derecho fundamental.

En esta situación se aprobó la Ley Orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOI). La LOI es una ley de cambio social: no se limita a introducir una institución novedosa, ni a modificar una institución preexistente, sino que pretende transformar la sociedad. Debido a ello, es una ley fuertemente intervencionista. En su art. 1.1 explica que pretende hacer efectivo el derecho de igualdad de trato y oportunidades “*en cualesquiera de los ámbitos de la vida y, singularmente, en las esferas política, civil, laboral, económica, social y cultural*”. Y es una ley que introduce una diferencia de trato entre la discriminación por razón de sexo (objeto de un tratamiento diferenciado) y las discriminaciones por otros factores constitucionalmente prohibidos, como la raza. No porque aquélla sea más reprochable que ésta, ya que merecen el mismo reproche antijurídico la discriminación por razón de raza que por razón de género, sino porque ésta afecta a un número mayor de personas.

La Exposición de Motivos y la disposición final 4^a de la LOI mencionan la Directiva 1976/207, reformada por la Directiva 2002/73 (refundida por la Directiva 2006/54), que imponía a los Estados miembros la obligación de introducir en sus legislaciones las

1

En cuanto a la graduación de la exigencia probatoria, Lord BROUGHAM argumentó, en defensa de la reina Carolina: “*las pruebas que se nos han presentado son insuficientes incluso para probar una deuda, impotentes para privar de un derecho civil, ridículas si se trata de probar una condena por la menor infracción, escandalosas si se producen para justificar una acusación grave, monstruosas si se las invoca para manchar el honor de una reina de Inglaterra*” cit. por GORPHE, F.: *Las resoluciones judiciales*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1953, p. 120.

2

Arts. 96 y 179.2 de la LPL.

3

GIL PLANA, J.: “La carga de la prueba en el proceso laboral tras la LECiv 1/2000”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 126, 2005, p. 100. Como explica GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: *La prueba en el proceso de trabajo*, Civitas, Madrid, 1994, p. 209, se trata de reglas que pretenden facilitar la prueba de la discriminación.



disposiciones necesarias para que toda persona que considere que ha sido lesionada en materia de igualdad de trato en las condiciones de empleo y trabajo por razón de sexo, pudiera hacer valer sus derechos por vía jurisdiccional; la Directiva 2004/113 sobre aplicación del principio de igualdad de trato entre sexos en el acceso a bienes y servicios; y la Directiva 97/80 regula la carga de la prueba en los casos de discriminación por sexo. Por tanto, la LOI hunde sus raíces en el Derecho Comunitario, que hace hincapié en la necesidad de luchar contra la discriminación por razón de género.

Como hemos indicado, antes de la LOI no existía propiamente una inversión de la carga de la prueba porque el auxilio probatorio para la persona trabajadora que impugnase una actuación empresarial vulneradora de sus derechos fundamentales consistía en que no se exigía una prueba plena, lo que, en muchos supuestos, hubiera supuesto una prueba diabólica, sino que debía acreditar únicamente la existencia de indicios razonables o principios de prueba o de un contexto de existencia de tal lesión, en cuyo caso incumbía al sujeto activo de la conducta lesiva la carga de probar que los hechos motivadores de la decisión impugnada eran legítimos o, aunque no justificase su licitud, que eran razonablemente ajenos a todo móvil atentatorio de derechos fundamentales⁴. Se trata de evitar la imposición de la prueba diabólica de un hecho negativo, debiendo acreditar la razonabilidad y proporcionalidad de la medida adoptada y su carácter absolutamente ajeno a todo propósito atentatorio de derechos fundamentales. Sin embargo, la praxis forense demuestra que una vez que se probaba la existencia de indicios de una discriminación (por ejemplo, por la proximidad temporal entre el conocimiento por el empresario o empresaria de que la persona que trabaja había interpuesto una demanda contra él y el despido de esta persona), resultaba difícil la acreditación de que se trataba de una

conducta ajena a la vulneración de derechos fundamentales.

La cuestión sobre la que tenemos que pronunciarnos radica en si el art. 13 de la LOI ha dado un paso más, de forma que basta con que se alegue en un procedimiento social la existencia de una actuación discriminatoria, sin acreditar ningún indicio, incluso con orfandad absoluta de prueba por parte de la persona trabajadora que alega esta discriminación, para que opere lo que sí que sería una auténtica inversión de la carga de la prueba: se presume que ha existido un comportamiento antijurídico (discriminatorio por razón de sexo) por parte del contrario, a menos que éste demuestre un hecho jurídico negativo (la ausencia de discriminación). Es decir, si la LOI recoge una regla de inversión de la carga de la prueba en sentido estricto, bastando con la alegación de discriminación por razón de género para trasladar a la contraparte la carga de probar que su conducta es conforme a derecho, o si se limita a introducir en la LEC y en la LRJCA la técnica de la prueba indiciaria.

Si la LOI contuviera una auténtica regla de inversión de la carga de la prueba, las consecuencias serían muy importantes. Significaría que bastaría con que las trabajadoras acudieran a juicio y manifestaran que su despido o la extinción de su contrato temporal por la alegada finalización de la causa de temporalidad (o cualquier otro pleito, por ejemplo, una reclamación contra la negativa a un ascenso) constituyen una discriminación por razón de sexo para que el empresario o empresaria tuviera que demostrar que la extinción es ajena al móvil discriminatorio, pudiendo llegarse a la conclusión de que en estos supuestos el despido solo podría ser procedente o nulo.

El art. 13 de la LOI establece:

1 *“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. A los efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, el órgano judicial, a instancia de parte, podrá recabar, si lo estimase útil y pertinente, informe o dictamen de los organismos públicos competentes.

2

Lo establecido en el apartado anterior no será de aplicación a los procesos penales”.

La disposición adicional quinta de esta norma legal añade un nuevo apartado al art. 217 de la LEC con la misma redacción, lo que conduce al absurdo de que una norma procesal tiene un precepto que afirma: *“de acuerdo con las leyes procesales”*. Y la disposición adicional sexta incorpora un nuevo apartado al art. 60 de la LRJCA con idéntica redacción. Sin embargo, la persona que legisla no ha incluido un precepto análogo en la LPL, a pesar de que los arts. 96 y 179.2 de la LPL contienen reglas especiales sobre carga de la prueba. Ello ha llevado a un sector de la doctrina a concluir que, como quiera que la LEC es de aplicación supletoria respecto de la LPL y no concurre el vacío legal que permite la aplicación supletoria de una norma, no es dable aplicar el nuevo art. 217.5 de la LEC al proceso social⁵. En cualquier caso, no ofrece duda la aplicación al proceso social del art. 13 de la LOI, aunque resulta criticable la inserción de normas procesales en textos legales que no tienen esa naturaleza⁶, rompiendo la deseable unidad de normas procesales sociales en un solo texto legal: la LPL. Ahora bien, este precepto comienza diciendo: *“de acuerdo con las leyes procesales”*, lo que condiciona su aplicación a lo dispuesto en éstas, y la LPL, en esta materia, sigue exigiendo los indicios.

Los arts. 96 y 179.2 de la LPL hacen referencia a los indicios de discriminación o de violación de la libertad sindical, respectivamente, lo que ha sido interpretado por el TC



en el sentido de que es necesario que la persona trabajadora aporte “*un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental, principio de prueba o prueba verosímil dirigido a poner de manifiesto el motivo oculto que se denuncia y que debe permitir deducir la posibilidad de que ha podido producirse. Sólo una vez cumplido este primer e inexcusable deber, recaerá sobre la parte demandada la carga de probar que su actuación tuvo causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración, así como que tenían entidad suficiente para justi-*

4

Como explica la doctrina científica, sólo desde una perspectiva amplia podía hablarse de una inversión de la carga de la prueba en estos supuestos: MONTERO AROCA, J.: *La prueba en el proceso civil*, 3ª edición, Civitas, Madrid, 2002, p. 99.

5

SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: “Despido y «móvil discriminatorio»: garantías, sustantiva y procesal, tras la Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres”, *AL*, núm. 14, 2007, p. 1.671.

6

Lo mismo acontece con el Estatuto del Trabajador Autónomo, que incluye normas procesales en un texto sustantivo.

7

Sentencias del TC 29/2002, 11 de febrero, F.5; 30/2002, 11 de febrero, F.3; 17/2003, de 30 de enero, F.4; 342/2006, 11 de diciembre, F.4 y 17/2007, 12-2, F.3, entre otras muchas.

8

SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: “Despido y «móvil discriminatorio...»”, *AL*, núm. 14, 2007, p. 1.679.

9

En cursiva en el original.

10

SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: “Despido y «móvil discriminatorio...»”, *AL* núm. 14, 2007, p. 1.680.

11

MOLINA NAVARRETE, C.: “El impacto laboral de la «Ley de Igualdad de Sexos»: lo que queda después de vender el «humo político»”, *Centro de Estudios Financieros. Trabajo y Seguridad Social*, núm. 290, 2007, pp. 127 y 128.

12

ARAMENDI SÁNCHEZ, P.: “Derivaciones procesales de la Ley de Igualdad (LO 3/2007)”, *AS*, núm. 5, 2007, p. 67. En el mismo sentido, QUINTANA PELLICER, J.: “Aspectos procesales de la Ley de Igualdad”, *Tribuna Social*, núm. 200-201, p. 39, sostiene que la normativa sobre inversión de la carga de la prueba del art. 13 de la LOI en nada altera el criterio que ya venía aplicándose en los tribunales de lo social.

ficar la decisión adoptada”⁷. Por consiguiente, no basta con una mera alegación de la parte procesal de que ha habido una violación de sus derechos fundamentales sino que debe probar la existencia de indicios de esta vulneración. En contra de una interpretación amplia de estos preceptos, en virtud de la cual baste la mera alegación de una infracción de derechos fundamentales para que se dicte una sentencia favorable a la calificación de discriminación, se ha argumentado que ello podría causar un efecto perjudicial contra el trabajador por una excesiva protección, que pudiera traducirse en un mayor obstáculo en su contratación⁸.

Parte de la doctrina científica ha interpretado el art. 13 de la LOI en el sentido de que no supone modificación alguna de la regla procesal existente en el art. 96 de la LPL, debiendo acreditarse los correspondientes indicios, haciendo hincapié en que esta norma exige que sus alegaciones se fundamenten⁹ en actuaciones discriminatorias, lo que, de conformidad con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, según el cual fundamentar es dar las razones de una cosa, debe entenderse en el sentido de que también en los supuestos de discriminación por razón de sexo la parte actora debe acreditar los hechos o indicios alegados, argumentando que una interpretación más amplia supondría otorgar a la discriminación por razón de sexo una garantía procesal extraordinaria o especial no justificable en relación con los otros supuestos de discriminación¹⁰. En el mismo sentido, se ha argumentado que esta solución es coherente con la normativa comunitaria¹¹.

Al respecto, debe indicarse que la LOI se caracteriza precisamente por otorgar un tratamiento especial a la discriminación por razón de sexo respecto de la discriminación por otros móviles (nacimiento, raza, religión, opinión...). Atendiendo a la entidad de esta situación discriminatoria, la persona que legisla ha establecido una pluralidad de normas sustantivas y procesales específicas para esta causa

de discriminación. Es cierto que ello ha conducido a la existencia de normas procesales especiales para esta concreta categoría de discriminación, pero se trata de una opción legislativa que no resulta contraria a la CE, que no impone un tratamiento idéntico para los diferentes tipos de comportamientos discriminatorios.

Otra fundada opinión doctrinal parte de que *prima facie*, conforme al tenor literal del art. 13 de la LOI, se desplaza a la persona demandada la carga probatoria, sin necesidad de que la persona demandante aporte indicios. Pero a continuación se plantea las dudas que suscita esta interpretación legal, concluyendo que al comenzar tanto el art. 13 de la LOI como el art. 217.5 de la LEC con el inciso: “*De acuerdo con las leyes procesales*”, se está salvando para el orden social el mecanismo específico de inversión probatoria que se infiere de los arts. 96 y 179.2 de la LPL, lo que supone que la situación permanece invariable¹².

Lo cierto es que la redacción del texto legal se caracteriza por su oscuridad. A favor de esta interpretación puede argumentarse que la LOI no se ha olvidado de la LPL, puesto que dedica su disposición adicional decimotercera a introducir una pluralidad de modificaciones en la LPL. La LOI introduce en la LEC (art. 217) y en la LRJCA (art. 60), sendos preceptos idénticos a su art. 13. Pero no introduce ningún precepto análogo en la LPL, que ya regulaba el *onus probandi* en sus arts. 96 y 179.2. De ello cabe deducir que la *voluntas legis* no ha sido introducir una genuina inversión de la carga de la prueba que exima a la persona demandante de efectuar prueba alguna en relación con la discriminación alegada, bastando con la mera alegación de ésta, sino que la LOI ha extendido a los órdenes jurisdiccionales civil y contencioso-administrativo la regla especial sobre carga de la prueba en materia discriminatoria que ya existía en el orden social, que impone al actor la aportación de indicios de la conducta discriminatoria, cuya regulación no se ha visto afectada por este precepto.