

Procesal y Arbitraje

Las normas procesales contenidas en la Ley 15/2022, de 12 de julio, Integral para la Igualdad de Trato y la No Discriminación

Análisis de las medidas de protección del derecho a la no discriminación con especial referencia a la tutela judicial y, dentro de ella, a las pretensiones ejercitables, la regulación de la legitimación y la carga de la prueba.

FAUSTINO JAVIER CORDÓN MORENO

Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Navarra

Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

1. Previo

En el *Boletín Oficial del Estado* núm. 167, de 13 de julio del 2022, ha aparecido publicada la Ley 15/2022, de 12 de julio, Integral para la Igualdad de Trato y la No Discriminación, que, en palabras de su preámbulo, «tiene la vocación de convertirse en el mínimo común normativo que contenga las definiciones fundamentales del derecho antidiscriminatorio español y, al mismo tiempo, albergue sus garantías básicas, conscientes de que, en su estado actual, la dificultad de la lucha contra la discriminación no se halla tanto en el reconocimiento del problema como en la protección real y efectiva de las víctimas»; porque «el gran problema en esta materia en España no es la regulación de la igualdad y no discriminación, sino la garantía del

cumplimiento de las normas que la regulan». Por eso, la ley se presenta como «una ley de garantías que no pretende tanto reconocer nuevos derechos como garantizar los que ya existen» y, en este sentido, «desarrolla el artículo 14 de la Constitución incorporando la amplia jurisprudencia constitucional al respecto».

A tal fin, el título II fija en su capítulo I las garantías de este derecho, que son las que me propongo analizar en esta nota, en concreto, define las medidas de protección y precisa las pretensiones posibles que se pueden ejercitar (art. 25), concreta el contenido de la tutela judicial (art. 28), atribuye legitimación colectiva a una serie de entidades y organizaciones que tengan entre sus fines la defensa y protección de los derechos humanos

(art. 29), y contiene disposiciones específicas sobre la carga de la prueba, «de especial importancia en este campo, por la dificultad de su obtención». Veámoslas.

2. La amplitud de las medidas de protección del derecho

Destaca, en primer lugar, la amplitud de las medidas de protección frente a la discriminación que señala la ley. Según su artículo 25.1, esta protección «obliga a la aplicación de métodos o instrumentos suficientes para su detección, la adopción de medidas preventivas, y la articulación de medidas adecuadas para el cese de las situaciones discriminatorias», dando lugar su incumplimiento «a responsabilidades administrativas, así como, en su caso, penales y civiles por los daños y perjuicios que puedan derivarse, y que podrán incluir tanto la restitución como la indemnización, hasta lograr la reparación plena y efectiva para las víctimas» (art. 25.2).

Se trata, por tanto, de una protección completa con medidas tanto preventivas como reparadoras cuya aplicación se establece en el precepto como una «obligación» para todos —poderes públicos y particulares, sean individuos, organizaciones o asociaciones— y cuyo incumplimiento genera responsabilidad (administrativa, penal o civil, según los casos). Sin embargo, sólo precisa el contenido de la tutela judicial frente a las vulneraciones del derecho, que exigen la adopción de medidas reparadoras (art. 28).

Nada dice sobre el contenido de la tutela de las medidas preventivas —detección y prevención de posibles infracciones del derecho—, para las que no existe un precepto equivalente al artículo 28, salvo que su incumplimiento dará lugar a responsabilidad, aunque ésta sólo será exigible *ex post*, es decir, cuando la infracción del derecho se

haya producido y el daño haya sido causado: «Serán igualmente responsables del daño causado las personas empleadoras o prestadoras de bienes y servicios cuando la discriminación, incluido el acoso, se produzca en su ámbito de organización o dirección y no hayan cumplido las obligaciones previstas en el apartado 1 del artículo 25» (art. 27.2). Si bien se observa, con la previsión de responsabilidad por el incumplimiento de estas medidas preventivas, la ley apunta a la necesidad —o conveniencia— de que «las personas empleadoras o prestadoras de bienes y servicios» (art. 27.2), sean públicas o privadas (la ley no discrimina), cuenten con programas de *compliance* (cumplimiento normativo) específicos en los que se identifiquen los riesgos a los que se enfrentan en el ámbito de la igualdad y no discriminación y se establezcan los mecanismos internos de prevención, control y reacción frente a ellos.

3. El contenido de la tutela judicial

Con respecto a la tutela judicial, dice el preámbulo que se ofrecen «como pretensiones posibles de la acción, la declaración de nulidad, cese, reparación, prevención, indemnización de daños materiales y morales...», sin que tal enumeración agote la tutela judicial efectiva frente a las vulneraciones del derecho, que «comprenderá, en los términos establecidos por las leyes procesales, la adopción de todas las medidas necesarias para poner fin a la discriminación de que se trate» (art. 28.1), aunque ciertamente no sea fácil imaginar qué otras medidas pueden existir en las normas procesales. Los artículos 26 y 28 concretan estas pretensiones:

- a) El artículo 26 sanciona con la nulidad de pleno derecho «las disposiciones, actos o cláusulas de los negocios jurídicos que constituyan o causen discriminación por

razón de alguno de los motivos previstos en el apartado primero del artículo 2 de esta ley». La nulidad podrá fundamentar tanto una acción (pretensión) como una excepción del afectado, pudiendo incluso, en su caso, ser apreciada de oficio por el juez. Ciertamente, como dijo la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de mayo del 2012, la jurisprudencia defiende una postura restrictiva sobre la posibilidad de declarar de oficio la nulidad radical —es decir, cuando las partes no la han planteado (vía acción o excepción) o la han alegado extemporáneamente—, reservándola para los casos en que concurran trascendentales razones que hagan patente el carácter del acto gravemente contrario a la ley, la moral o el orden público. Pero en el caso que analizamos, atendida la naturaleza fundamental del derecho de que se trata y la radicalidad de los términos de la ley, hay que entender que estamos ante uno de esos supuestos de excepción.

- b) La pretensión (acción) de cesación de la violación del derecho ya producida aparece resaltada en el artículo 28.1 («en particular») y la ley pretende que tal efecto se produzca de forma inmediata. Es otra de las pretensiones reparadoras previstas en la ley, que se satisfará con una sentencia de condena (de la cesación). Y, teniendo en cuenta la dilación que para su obtención puede suponer la tramitación del proceso, podrán acordarse, conforme al régimen general de la Ley de Enjuiciamiento Civil, medidas cautelares —incluida la orden de cese de la discriminación como medida anticipatoria— al amparo del artículo 726.2 de dicha ley.
- c) Dispone el mismo precepto —y ésta es la pretensión de «prevención» mencionada

en el preámbulo— que el juez pueda «acordar la adopción de medidas cautelares dirigidas a la prevención de violaciones inminentes o ulteriores». Ésta es la única previsión expresa sobre medidas cautelares contenida en la ley (lo que no excluye la aplicación del régimen general de la Ley de Enjuiciamiento Civil, como antes decía) que, si bien se observa, no está encaminada a hacer posible la efectividad de la eventual sentencia estimatoria de una pretensión de cese de la discriminación (que, por definición, supone que ésta ya se ha producido), sino de una pretensión preventiva de esa discriminación que se teme «inminente» o «ulterior» a otra y, en todo caso, no producida. Si se tiene en cuenta el carácter instrumental de las medidas cautelares (que tienen exclusivamente la finalidad de asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en la sentencia estimatoria de una pretensión ejercida con carácter principal: art. 721.1 LEC), lo anteriormente dicho significa que, junto con las pretensiones reparadoras de los efectos de una violación del derecho ya producida, la ley está admitiendo las pretensiones de tutela preventiva de una violación futura que se teme que se produzca, siempre que se reputa inminente o ulterior a otra ya producida (y hay que entender que, también, inminente con respecto a esta última), cuyo contenido será la condena a la abstención de llevar a cabo la actuación discriminatoria.

En todo caso, ante el silencio de la ley, las medidas cautelares se someterán al régimen general de la Ley de Enjuiciamiento Civil en cuanto a sus requisitos (instancia de parte, *periculum in mora* y *fumus boni iusis*), con la única excepción quizá de la prestación de caución, atendida la naturaleza del derecho que

se pretende tutelar; en cuanto a los momentos en que pueden ser adoptadas (con la demanda, antes y después), y en cuanto al procedimiento para su adopción (con o sin prestar audiencia al demandado, debiendo entenderse, en este segundo caso, que la naturaleza del derecho a proteger justifica la urgencia en su adopción *inaudita parte*).

- d) La segunda pretensión reparadora prevista en la ley tiene por contenido «la indemnización de los daños y perjuicios causados y el restablecimiento de la persona perjudicada en el pleno ejercicio de su derecho, con independencia de su nacionalidad, de si son mayores o menores de edad o de si disfrutaban o no de residencia legal» (art. 28.1). Son las dos medidas naturales que se han de adoptar ante la pretensión de vulneración de un derecho fundamental; deben completarse con la declaración de nulidad de la disposición o actuación discriminatoria de que se trate y, en su caso, con el reconocimiento del derecho, de conformidad con su contenido legal y constitucionalmente delimitado. De esta forma, el contenido de la sentencia estimatoria de la pretensión se asemeja al previsto en el artículo 55.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC) para las sentencias estimatorias de un recurso de amparo constitucional.

4. Las normas sobre legitimación y carga de la prueba

En el título II, capítulo I, de la Ley Integral para la Igualdad de Trato y la No Discriminación —dice el preámbulo—, «se contienen también disposiciones relativas a la tutela judicial y actuación administrativa contra la discriminación, reconociendo en ambos ámbitos respectivamente, una legitimación colectiva

a una serie de entidades y organizaciones que tengan entre sus fines la defensa y protección de los derechos humanos. También se regulan las reglas de la carga de la prueba, de especial importancia en este campo, por la dificultad de su obtención»:

- a) Con respecto a la legitimación, el artículo 29 de dicha ley parte del esquema previsto en el artículo 11 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que regula la legitimación para la defensa de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios:

- 1) Por un lado, además de la legitimación individual en todo caso de las personas afectadas, reconoce la «colectiva» de «los partidos políticos, los sindicatos, las asociaciones profesionales de trabajadores autónomos, las organizaciones de personas consumidoras y usuarias y las asociaciones y organizaciones legalmente constituidas que tengan entre sus fines la defensa y promoción de los derechos humanos [...] en los términos establecidos por las leyes procesales, para defender los derechos e intereses de las personas afiliadas o asociadas o usuarias de sus servicios en procesos judiciales civiles, contencioso-administrativos y sociales».

Éste es el único supuesto de legitimación previsto en el artículo 29 de la ley; se corresponde con la legitimación que se reconoce a las asociaciones de consumidores legalmente constituidas para defender en juicio los derechos e intereses de sus asociados, que está prevista en el artículo 11.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y se supedita

al cumplimiento de las siguientes exigencias:

- que la organización o asociación de que se trate cuente con la autorización expresa de la persona o personas afectadas (art. 29.1);
- que, cuando se trate de asociaciones y organizaciones legalmente constituidas que tengan entre sus fines la defensa y promoción de los derechos humanos, acrediten que según sus estatutos desarrollan su actividad en el ámbito estatal o, en su caso, en un ámbito territorial que resulte afectado por la posible situación de discriminación (art. 29.2), sin necesidad de acreditar en este caso (defensa de los derechos de los miembros que las integran) el otro requisito previsto en este precepto, a saber, que «se hubieran constituido legalmente al menos dos años antes de la iniciación del proceso judicial y que vengán ejerciendo de modo activo las actividades necesarias para alcanzar los fines previstos en sus estatutos».

De esta forma, el precepto amplía tanto el ámbito de protección —que estaba previsto en el artículo 11 *bis* de la Ley de Enjuiciamiento Civil sólo para la defensa del derecho a la igualdad de trato entre mujeres y hombres y ahora se extiende a cualquier desigualdad o discriminación— como

el círculo de las asociaciones y organizaciones legitimadas —que el citado precepto de la Ley de Enjuiciamiento Civil limitaba a los sindicatos y a las asociaciones legalmente constituidas— cuyo fin primordial sea la defensa de la igualdad de trato entre mujeres y hombres.

- 2) Por otro lado, la disposición final segunda de la ley, en su apartado primero, siguiendo también el esquema del artículo 11 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, modifica la redacción del artículo 11 *bis* de ésta reconociendo los siguientes supuestos de legitimación colectiva:

- La legitimación de la Autoridad Independiente para la Igualdad de Trato y la No Discriminación para la defensa del derecho, cualquiera que sea la persona o personas que sean afectadas (y, por tanto, también cuando sean un grupo de consumidores o usuarios cuyos componentes estén perfectamente determinados o sean fácilmente determinables), queda prevista en los artículos 40 y siguientes de la ley; se trata de una legitimación por sustitución de contenido genérico que en todo caso exige la autorización de la persona o personas afectadas.

Si bien se observa, la ley limita a este órgano la legitimación para la defensa del derecho en su dimensión colectiva en sentido estricto (cuando los perjudicados por

la actuación discriminatoria sean un grupo de consumidores o usuarios cuyos componentes estén perfectamente determinados o sean fácilmente determinables), porque la nueva redacción del artículo 11 bis contenida en la disposición final de referencia no se la reconoce a las organizaciones y asociaciones antes mencionadas, que ven limitada su legitimación a la defensa de los derechos de las personas afiliadas o asociadas (nuevo art. 18 bis.1).

- En cambio, cuando las personas afectadas sean una pluralidad indeterminada o de difícil determinación (es decir, cuando se trate de la protección de derechos difusos), la legitimación para instar acciones judiciales se reconoce también a estas asociaciones y organizaciones (junto con la Autoridad Independiente para la Igualdad de Trato y la No Discriminación), aunque en el caso de las organizaciones de personas consumidoras y usuarias se establece la limitación —no prevista en el artículo 29.1 para el supuesto de legitimación que contempla— de que sean de ámbito estatal.
- b) Con respecto a la carga de la prueba, el artículo 30 de la ley extiende a todos los supuestos de discriminación la norma sobre inversión de la carga de la prueba prevista en el artículo 217.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para los casos

de discriminación por razón de sexo. La norma es incorporada a dicha ley por la disposición final segunda, apartado tercero, sustituyendo la redacción anterior del precepto (art. 217.5), pero introduciendo en ella dos modificaciones relevantes:

- 1) No es suficiente ya (como ocurría en la redacción anterior) que la parte demandante afectada alegue la discriminación, sino que también debe aportar indicios fundados sobre su existencia. Entiendo que con la exigencia de aportar esos indicios fundados el legislador no pretende que su acreditación —y menos documental— se erija en un requisito de admisibilidad de la demanda; para ello bastará la alegación, pudiendo ser acreditados (por ejemplo, mediante información testifical) dentro del proceso; aunque, para que opere la regla de la inversión de la carga de la prueba, no será necesaria la prueba plena, siendo suficiente una *semiplena probatio*.
- 2) Como efecto de la presunción, corresponderá a la parte demandada no ya «probar la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y de su proporcionalidad» (anterior redacción del art. 217.5 LEC), sino aportar «una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad».

5. Otras normas procesales

- a) Nada dice la ley sobre el tipo de proceso que se ha de seguir en estos casos, por lo que, teniendo en cuenta que el derecho cuya protección se pretende es

fundamental, deberá ser el juicio ordinario (art. 249.1.2.º LEC).

- b) Tampoco contiene normas específicas aplicables a dicho proceso, salvo las relativas a la legitimación y a la carga de la prueba, antes vistas, y la norma sobre publicidad e intervención que la disposición final segunda, apartado dos, incorpora a la Ley de Enjuiciamiento Civil (nuevo art. 15 *ter*). Esta última norma, que sólo tiene sentido cuando se trata de la protección del derecho en su dimensión colectiva (pluralidad de afectados determinados) y difusa (pluralidad de afectados indeterminados o de difícil determinación), reproduce el apartado primero del artículo 15 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (previsto para los procesos para la tutela de derechos de los consumidores), pero sin precisar quién realizará el llamamiento y cómo se llevará a cabo

ni tampoco si, por lo menos en el caso de los derechos difusos, el llamamiento suspenderá la tramitación del proceso, tal y como prevé el artículo 15.

- c) Como ocurre también en los procesos de consumidores (art. 15.1, II), el órgano judicial comunicará su iniciación al ministerio fiscal para que valore la posibilidad de su personación (art. 15 *ter*.2) y, sólo si así lo decide, tendrá la condición de parte.
- d) Por último, la disposición final segunda, en su apartado cuarto, completa el apartado 3 del artículo 222 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, extendiendo la eficacia de la cosa juzgada a los sujetos, no litigantes, titulares de los derechos que fundamenten la legitimación de las partes conforme a lo previsto no sólo en el artículo 11, sino también en el 11 bis de dicha ley.