CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. M. POIARES MADURO
presentadas el 12 de marzo de 2008 [1]

1. En contra de una creencia convencional, las palabras pueden herir. Pero, ¿pueden constituir una discriminación? Ésa es en sustancia la cuestión en el presente asunto. El Arbeidshof te Brussel ha solicitado al Tribunal de Justicia una resolución prejudicial sobre la interpretación de la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico. [2] El tribunal nacional busca orientación sobre diversas cuestiones que se han suscitado en el contexto de un litigio entre una entidad cuyo objeto es la promoción de la igualdad de trato y un empleador que, según se afirma, había manifestado que no contrataría a personas de origen marroquí.

I. Hechos y remisión prejudicial

2. NV Firma Feryn (en lo sucesivo, «Feryn») es una empresa especializada en la venta e instalación de puertas basculantes y seccionales. A principios de 2005, Feryn trataba de contratar a montadores para la instalación de puertas abatibles en las casas de sus clientes. Con tal fin Feryn colocó un gran letrero con el texto «se contrata personal» en los locales de la empresa adyacentes a la autovía Bruselas-Amberes.

3. El 28 de abril de 2005, el periódico *De Standaard* publicó una entrevista con el Sr. Pascal Feryn, uno de los administradores de la empresa, con el título: «Los clientes no quieren marroquíes». Se afirmaba que el Sr. Feryn había manifestado que su empresa no contrataría a personas de origen marroquí:

«Excepto los marroquíes, en dos semanas nadie más ha respondido a nuestro anuncio […] pero nosotros no buscamos marroquíes. Nuestros clientes no los quieren. Tienen que instalar puertas abatibles en viviendas privadas, a menudo en chalets, y los clientes no quieren que entren en sus casas.»

Se publicaron artículos semejantes en los periódicos *Het Nieuwsblad* y *Het Volk*.

El Sr. Feryn niega el relato ofrecido por los periódicos.

1 — Lengua original: inglés.
2 — DO L 180, p. 22.

4. La tarde del 28 de abril de 2005, el Sr. Feryn participó en una entrevista en la televisión nacional belga, en la que declaró:

«Muchos de nuestros representantes visitan a domicilio a los clientes […]. Todo el mundo instala sistemas de alarma y es evidente que, hoy en día, hay mucho miedo. No son sólo inmigrantes los que entran a robar en las casas. No voy a decir eso, no soy racista. Son también belgas los que roban en las casas. Pero es evidente que la gente tiene miedo. Así que nos dicen en muchas ocasiones: "Inmigrantes no" […]. Debo atender a las exigencias de mis clientes. Si usted dice: "quiero ese determinado producto o lo quiero de este modo o de otro", y yo digo "yo no lo hago, enviaré a esa gente", luego usted dirá "no me hace falta la puerta". Entonces, yo mismo me pongo fuera del negocio. Debemos satisfacer las exigencias de los clientes. Ése no es mi problema. Yo no he creado ese problema en Bélgica. Quiero que la empresa funcione bien y que al final del año alcancemos nuestro volumen de negocios, y ¿cómo lo alcanzo? ¡Tengo que hacerlo como el cliente quiera!»

5. El Centrum voor Gelijkheid van Kansen en voor Racismebestrijding (Centro para la Igualdad de Oportunidades y la Lucha contra el Racismo; en lo sucesivo, «CGKR») es una entidad para la promoción de la igualdad de trato. El CGKR fue creado por la Ley de 15 de febrero de 1993. Esta Ley fue modificada por la Ley de 25 de febrero de 2003 (en lo sucesivo, «Ley contra la discriminación»). Esta última Ley adaptó el Derecho belga a la Directiva 2000/43.

6. El 31 de marzo de 2006, tras una serie de contactos con Feryn, el CGKR presentó una demanda contra Feryn ante el Presidente del Arbeidsrechtbank Brussels, en la que solicitaba, entre otras pretensiones, que ese tribunal declarase que Feryn había infringido la Ley contra la discriminación y que ordenara a esa empresa poner fin a su política de contratación discriminatoria. Sin embargo, el Presidente del Arbeidsrechtbank consideró que las declaraciones públicas en cuestión no constituían actos de discriminación, sino más bien un mero indicio de una discriminación potencial, en cuanto indicaban que las personas de determinado origen étnico no serían contratadas por Feryn, en caso de que solicitaran el empleo. Estimó que el CGKR no había alegado ni demostrado que Feryn hubiera denegado en algún caso una solicitud de empleo por razón del origen étnico del solicitante. Con esos fundamentos, las pretensiones de CGKR fueron desestimadas mediante resolución de 26 de junio de 2006. El CGKR interpuso recurso contra esa resolución ante el Arbeidshof te Brussel, que planteó la presente petición de decisión prejudicial ante el Tribunal de Justicia.

7. El Arbeidshof te Brussel formula varias cuestiones muy precisas relativas a la Directiva y a las circunstancias específicas controvertidas en el litigio principal.[3] Esas cuestiones se refieren, en esencia, al concepto de discriminación directa (cuestiones primera y segunda), a la carga de la prueba (cuestiones tercera, cuarta y quinta) y a la concesión de los medios de protección adecuados (sexta cuestión). Examinaré esas cuestiones teniendo presente que, con arreglo al artículo 234 CE, el Tribunal de Justicia no está facultado para aplicar las reglas del Derecho comunitario a un asunto determinado, sino

3 — DO 2007, C 82, p. 21.

que sólo puede proporcionar a un tribunal nacional la información sobre la interpretación del Derecho comunitario que pueda ser útil para que ese último aprecie los efectos de una disposición de Derecho nacional.

II. Apreciación

El concepto de discriminación directa

8. El objeto de la Directiva es «establecer un marco para luchar contra la discriminación por motivos de origen racial o étnico, con el fin de que se aplique en los Estados miembros el principio de igualdad de trato». [4] La Directiva se aplica tanto en el sector público como en el privado, entre otros aspectos, a «las condiciones de acceso al empleo […] incluidos los criterios de selección y las condiciones de contratación […], independientemente de la rama de actividad y en todos los niveles de la clasificación profesional […]». [5] Conforme al artículo 2, apartado 1, de la Directiva «se entenderá por "principio de igualdad de trato" la ausencia de toda discriminación, tanto directa como indirecta, basada en el origen racial o étnico». El artículo 2, apartado 2, letra a), dispone que «existirá discriminación directa cuando, por motivos de origen racial o étnico, una persona sea tratada de manera menos favorable de lo que sea, haya sido o vaya a ser tratada otra en situación comparable».

9. La primera cuestión que debe decidir el Tribunal de Justicia es, en sustancia, la siguiente: a efectos de la Directiva, ¿constituye una discriminación directa el hecho de que un empleador declare en público, en el contexto de un proceso de contratación, que las solicitudes de personas de determinado origen étnico no serán admitidas?

10. El tribunal nacional que conoció del asunto en primera instancia aplicó el criterio según el cual, mientras un empleador no haya puesto en práctica sus propias manifestaciones discriminatorias, la discriminación es sólo hipotética y no entra en el ámbito de la Directiva. El Reino Unido e Irlanda han presentado observaciones en el mismo sentido. Alegan que, a falta de un demandante identificable que haya llegado a ser víctima de discriminación, la Directiva no se aplica. Como resultado, en esas circunstancias, las entidades como el CGKR no pueden ejercer acciones ante los tribunales nacionales alegando una discriminación directa en el sentido de la Directiva.

11. El CGKR defiende el criterio contrario y alega que la prohibición de discriminación directa comprende el proceso de

4 — Artículo 1 de la Directiva.

5 — Artículo 3, apartado 1, letra a), de la Directiva.

contratación así como la decisión final de contratación. Según el CGKR, el ámbito de aplicación material de la Directiva tiene que determinarse con independencia de la cuestión de quién está legitimado para ejercer una acción judicial. Con otras palabras, el problema de la legitimación del CGKR carece de incidencia en la cuestión de si se ha producido una discriminación directa. La Comisión y el Gobierno belga comparten el criterio del CGKR.

12. Parece haber cierta confusión sobre la relación entre el concepto de discriminación directa y la cuestión de si una entidad de interés público está legitimada para solicitar la tutela judicial cuando se ha vulnerado el principio de igualdad de trato. Como el Reino Unido e Irlanda han destacado, la Directiva no pretendía hacer posible, conforme a la legislación de los Estados miembros, que las entidades de interés público ejercieran una acción cuya naturaleza sea la de una *actio popularis*. Ambos Estados miembros hacen referencia en ese sentido al artículo 7 de la Directiva. Esta disposición exige que los Estados miembros garanticen la existencia de procedimientos judiciales de los que puedan valerse «todas las personas que se consideren perjudicadas por la no aplicación, *en lo que a ellas se refiere,* del principio de igualdad de trato», [6] y los entes de interés público que actúen «*en nombre del demandante o en su apoyo*». [7]

13. Sin embargo, de esa disposición no resulta que se impida a los Estados miembros crear posibilidades adicionales para obtener el cumplimiento o la tutela judicial. Al contrario, la Directiva prevé expresamente que «los Estados miembros podrán adoptar o mantener disposiciones más favorables para la protección del principio de igualdad de trato que las previstas en la presente Directiva» [8] y que «la aplicación de la presente Directiva no constituirá en ningún caso motivo para reducir el nivel de protección contra la discriminación ya garantizado por los Estados miembros en los ámbitos cubiertos por la misma». [9] Por tanto, en principio, corresponde al Derecho nacional determinar si una entidad, como el CGKR, cuyo objeto sea la promoción de la igualdad de trato puede o no ejercer una acción judicial cuando no actúa en nombre de un determinado demandante. La Directiva faculta a los Estados miembros para elegir diferentes medios de aplicación, siempre que existan procedimientos judiciales o administrativos apropiados ejercitables por las personas que aleguen haber sufrido discriminación, así como por las entidades de interés público que representen a los demandantes perjudicados. Al respecto, estoy de acuerdo con el Reino Unido e Irlanda en que la Directiva no *obliga* a los Estados miembros a asegurar que se reconozca la legitimación de las entidades de interés público para ejercer acciones judiciales a falta de un demandante que alegue haber sufrido discriminación.

14. Sin embargo, ello no significa que el ámbito de la Directiva se limite a los casos en los que haya demandantes perjudicados identificables. Las formas de discriminación abarcadas por la Directiva deben deducirse, ante todo, de su texto y su finalidad, no de las acciones judiciales que los Estados miembros están obligados, como mínimo, a garantizar.

6 — Artículo 7, apartado 1, de la Directiva (la cursiva es mía).
7 — Artículo 7, apartado 2, de la Directiva (la cursiva es mía).
8 — Artículo 6, apartado 1, de la Directiva.
9 — Artículo 6, apartado 2, de la Directiva.

El ámbito de la conducta discriminatoria prohibida por la Directiva es una cosa; el alcance de los mecanismos de aplicación y de las acciones que la Directiva exige específicamente es otra totalmente distinta. En realidad, la Directiva tiene que interpretarse en el marco de una política más amplia de «promover las condiciones para un mercado de trabajo que propicie la integración social» [10] y de «garantizar el desarrollo de sociedades democráticas y tolerantes en las que toda persona pueda participar, con independencia de su origen racial o étnico». [11] Además, como he mantenido en mis recientes conclusiones en el asunto Coleman, cuando se adopta una Directiva sobre la base del artículo 13 CE, ésta debe ser interpretada a la luz de los valores de mayor alcance que sustentan esa disposición. [12] Ciertamente, la Directiva establece las medidas que deben respetarse como mínimo, pero ello no justifica interpretar su alcance en un sentido más limitado que el que autorizaría la interpretación a la luz de dichos valores. Un nivel de protección como mínimo no es lo mismo que un nivel *mínimo* de protección. Las normas comunitarias de protección contra la discriminación atribuyen un margen de actuación a los Estados miembros para que puedan garantizar una protección aún mayor, pero de ello no puede deducirse que el nivel de protección concedido por las normas comunitarias sea el menor concebible. [13]

15. Por lo expuesto, considero que una interpretación que limitara el alcance de la Directiva a los casos de demandantes identificables que hayan solicitado un determinado empleo crea el riesgo de debilitar la eficacia del principio de igualdad de trato en el sector del empleo. En todo proceso de contratación la «selección» máxima se produce entre quienes concurren y los que no lo hacen. No puede esperarse razonablemente que alguien solicite un puesto de trabajo si sabe de antemano que, a causa de su origen étnico o racial, carece de posibilidad de ser contratado. Por tanto, una declaración pública de un empleador de que las personas de determinado origen racial o étnico no necesitan solicitar un empleo tiene un efecto que no es ni mucho menos hipotético. No considerar esto como un acto de discriminación sería tanto como ignorar la realidad social de que tales declaraciones están destinadas a ejercer un efecto humillante y desmoralizador en las personas de tal origen que quieren participar en el mercado de trabajo, y en particular en las que habrían estado interesadas en trabajar para el empleador en cuestión.

16. Es más, en casos como esos puede ser muy difícil identificar a víctimas individualizadas, ya que puede que las personas afectadas ni siquiera soliciten en primer lugar un puesto de trabajo con ese empleador. En la vista, el Reino Unido e Irlanda reconocieron que el concepto de víctima debe comprender a las personas que estuvieran interesadas en solicitar el empleo y que estén cualificadas para el puesto. Ahora bien, ello apenas resuelve el problema, dadas las dificultades para identificar individualmente a tales personas y el escaso incentivo que éstas tienen en presentarse. El empleador, al manifestar públicamente su intención de no contratar a personas de determinado

10 — Octavo considerando de la exposición de motivos de la Directiva.

11 — Decimosegundo considerando de la exposición de motivos de la Directiva.

12 — Véanse mis conclusiones en el asunto Coleman, C-303/06, pendiente ante el Tribunal de Justicia, puntos 7 y ss. Ese asunto se refiere a 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 (DO L 303, p. 16).

13 — *Ibidem,* en el punto 24.

origen racial o étnico, excluye *de facto* a tales personas del proceso de candidatura y del propio empleo. Tal empleador no habla meramente de discriminar, *está* discriminando. No sólo profiere palabras, está realizando un «speech act» (acto hablado). [14] Por tanto, el aviso de que las personas de determinado origen racial o étnico no son bien recibidas como solicitantes de un empleo es en sí mismo una forma de discriminación.

17. Se produciría un resultado insatisfactorio si una discriminación de esa clase tuviera que excluirse por completo del alcance de la Directiva por alguna razón, ya que, como consecuencia, los Estados miembros estarían facultados conforme a la Directiva para permitir que los empleadores diferenciaran muy efectivamente entre candidatos por razón de origen racial o étnico, anunciando meramente el carácter discriminatorio de su política de contratación, tan abiertamente como fuera posible de antemano. De tal forma, la estrategia más patente de discriminación en el empleo podría también resultar la más «provechosa». Ello perjudicaría claramente —en lugar de promover— las condiciones para un mercado de trabajo que propicie la integración social. En suma, se frustraría el objetivo mismo de la Directiva si se considerara que las declaraciones públicas hechas por un empleador en el contexto de un proceso de contratación, en el sentido de que las solicitudes de personas de determinado origen racial o étnico serán rechazadas, están excluidas del concepto de discriminación directa.

18. La alegación del Sr. Feryn de que los clientes están mal dispuestos hacia empleados de determinado origen racial o étnico es totalmente irrelevante para la cuestión de si la Directiva es aplicable. Aunque fuera cierta tal afirmación, sólo ilustraría la idea de que «los mercados no sanarán la discriminación» [15] y de que la intervención normativa es esencial. Además, la adopción de medidas de regulación a nivel comunitario ayuda a resolver un problema de actuación colectiva de los empleadores, al impedir la distorsión de la competencia que —precisamente a causa de ese fracaso del mercado— podría surgir si existieran a nivel nacional diferentes niveles de protección contra la discriminación.

19. Propongo, en consecuencia, al Tribunal de Justicia que responda como sigue a las cuestiones primera y segunda del tribunal nacional: una declaración pública hecha por un empleador en el contexto de un proceso de contratación en el sentido de que las solicitudes de personas de determinado origen étnico serán rechazadas constituye discriminación directa a efectos del artículo 2, apartado 2, letra a), de la Directiva.

14 — John Searle, *Speech Acts,* Cambridge University Press 1969; John Langshaw Austin, *How to Do Things With Words,* Cambridge (Mass.) 1962.

15 — Sunstein, C., «Why markets don't stop discrimination», en: *Free markets and social justice*, Oxford University Press, Oxford, 1997, p. 165.

La carga de la prueba

20. El tribunal remitente también pide orientación acerca de la carga de la prueba. Esas cuestiones son relevantes respecto a la alegación del CGKR ante el tribunal nacional de que Feryn sigue aplicando prácticas de contratación discriminatorias.

21. La disposición pertinente es el artículo 8 de la Directiva. De esa disposición resulta que, cuando se aleguen hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta, corresponderá a la parte demandada demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato. Así pues, cuando existe una presunción de discriminación, incumbe al empleador probar que no se ha vulnerado el principio.

22. Esa inversión de la carga de la prueba se ajusta a la legislación comunitaria y a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en materia de discriminación por razón de sexo. Como el Tribunal de Justicia ha declarado: «en una situación de discriminación aparente corresponde al empresario demostrar que existen razones objetivas que expliquen la diferencia de retribución comprobada [entre trabajadores y trabajadoras]. En efecto, si la presentación de datos que permiten poner de manifiesto una discriminación aparente no tuviera por efecto imponer al empresario la carga de probar que, en realidad, la diferencia de retribución no es discriminatoria, los trabajadores se verían privados de la posibilidad de invocar el respeto del principio de igualdad de retribución ante el órgano jurisdiccional nacional». [16] En este aspecto, lo que es cierto en relación con los casos de discriminación basada en el sexo lo es en los casos de discriminación basada en el origen étnico. De hecho, el artículo 8 de la Directiva repite palabra por palabra el texto del artículo 4 de 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. [17]

23. Incumbe al tribunal nacional aplicar esas reglas de carga de la prueba a las circunstancias específicas del asunto del que conoce. No obstante, como la Comisión señala acertadamente, cuando se demuestre que un empleador ha realizado declaraciones públicas sobre su propia política de contratación como las que son objeto de controversia en el litigio principal, y cuando además la práctica de contratación efectiva seguida por el empleador carece de transparencia y no han sido contratadas personas del origen étnico del que se trata, existirá una presunción de discriminación en el sentido del artículo 8 de la Directiva. Al empleador incumbe desvirtuar esa presunción.

24. En lo que atañe a la cuestión de cómo debe valorar el tribunal nacional la prueba en contra de la presunción que aporte el empleador, debe considerarse que el tribunal nacional tiene que aplicar las normas procesales nacionales relevantes, siempre que, por una parte, dichas normas no sean menos

16 — Sentencia de 30 de marzo de 2000, JämO (C-236/98, Rec. p. I-2189), apartado 53. Véase también la sentencia de 10 de marzo de 2005, Nikoloudi (C-196/02, Rec. p. I-1789), apartado 74.

17 — DO 1998, L 14, p. 6, modificada por la Directiva 98/52/CE del Consejo, de 13 de julio de 1998 (DO L 205, p. 66). Véase también el artículo 10, apartado 1, de la Directiva 2000/78.

favorables que las referentes a recursos semejantes de naturaleza interna (principio de equivalencia) ni, por otra parte, hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario (principio de efectividad). [18]

25. Por consiguiente, propongo al Tribunal de Justicia que responda a las cuestiones tercera, cuarta y quinta del tribunal nacional como sigue: cuando existe una presunción de discriminación basada en el origen racial o étnico, incumbe al demandado probar que no se ha vulnerado el principio de igualdad de trato.

Formas de tutela judicial apropiadas

26. Por último, el tribunal nacional pregunta sobre las formas de tutela judicial apropiadas en los casos en los que se ha demostrado una discriminación basada en el origen racial o étnico. Más en concreto, el tribunal nacional pregunta si una sentencia declarativa de que se ha cometido una discriminación constituiría una forma de tutela apropiada, o si, en circunstancias como las del presente asunto, el tribunal nacional debería ordenar al empleador que cese su política de contratación discriminatoria.

27. En materia de sanciones, el artículo 15 de la Directiva dispone que: «los Estados miembros establecerán el régimen de sanciones aplicables en caso de incumplimiento de las disposiciones nacionales adoptadas en aplicación de la presente Directiva y adoptarán todas las medidas necesarias para garantizar su cumplimiento. Dichas sanciones, que podrán incluir la indemnización a la víctima, serán efectivas, proporcionadas y disuasorias […]». Además, como el Tribunal de Justicia declaró en la sentencia Von Colson y Kamann, los órganos jurisdiccionales nacionales deben adoptar todas las medidas apropiadas para asegurar el cumplimiento de la obligación de los Estados miembros de alcanzar el resultado previsto por la Directiva. [19]

28. Corresponde al tribunal remitente determinar, conforme a las normas relevantes del Derecho nacional, qué forma de tutela judicial sería apropiada dadas las circunstancias del presente asunto. No obstante, en general, las sanciones puramente simbólicas no son suficientemente disuasorias para hacer efectiva la prohibición de discriminación. [20] Por tanto, parece que una orden del tribunal prohibitiva de tal conducta constituiría una forma de protección más adecuada.

29. En suma, si el tribunal nacional aprecia que se ha vulnerado el principio de igualdad de trato, tiene que otorgar formas de protección que sean efectivas, proporcionadas y disuasorias.

18 — Véanse, en el mismo sentido, las sentencias de 16 de diciembre de 1976, Rewe (33/76, Rec. p. 1989); de 14 de diciembre de 1995, Van Schijndel y van Veen (C-430/93 y C-431/93, Rec. p. I-4705), apartado 17, y de 7 de junio de 2007, Van der Weerd y otros (C-222/05 a C-225/05, Rec. p. I-4233), apartado 28.

19 — Sentencia de 10 de abril de 1984 (14/83, Rec. p. 1891), apartado 26. Véase también la sentencia de la misma fecha Harz (79/83, Rec. p. 1921), apartado 26.

20 — Véase por analogía la sentencia Von Colson y Kamann, antes citada, apartados 23 y 24.

III. Conclusión

30. En virtud de lo expuesto, opino que debe responderse a las cuestiones planteadas por el Arbeidshof te Brussel como sigue:

1) Una declaración pública hecha por un empleador en el contexto de un proceso de contratación en el sentido de que las solicitudes de personas de determinado origen étnico serán rechazadas constituye discriminación directa a efectos del artículo 2, apartado 2, letra a), de la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico.

2) Cuando existe una presunción de discriminación basada en el origen racial o étnico, incumbe al demandado probar que no se ha vulnerado el principio de igualdad de trato.

3) Cuando un tribunal nacional aprecia que se ha vulnerado el principio de igualdad de trato, tiene que otorgar formas de protección que sean efectivas, proporcionadas y disuasorias.