

ARTICULO

14

UNA PERSPECTIVA DE GÉNERO

Boletín de Información
y Análisis Jurídico

NÚM. 38 • DICIEMBRE DE 2011

DOCTRINA

- El nuevo proceso laboral y la perspectiva de género.

LEGISLACIÓN

- La orden europea de protección.
- Titularidad compartida de las explotaciones agrarias.
- Censo de Entidades Colaboradoras con el Instituto Andaluz de la Mujer para la Promoción de la Igualdad de Género en Andalucía.

JURISPRUDENCIA

- Validación de la orden de abjamiento española.
- Discriminación indirecta en el sistema de promoción profesional por razón de género.



Instituto Andaluz de la Mujer

CONVULSION PARA LA IGUALDAD Y BIENESTAR SOCIAL

ARTÍCULO 14

Junta de Andalucía Instituto Andaluz de la Mujer

Dirección:

Soledad Pérez Rodríguez

Coordinación:

Pilar Gutiérrez

Contenidos:

Área de Derecho Constitucional
de la Universidad de Málaga

Dirección Técnica:

M.^a Luisa Balaguer

Colaboran:

Antonio Javier Trujillo Pérez

Rafael Naranjo de la Cruz

M.^a del Mar Navas Sánchez

M.^a Dolores Cabello Fernández

Se permite la reproducción parcial o total de sus textos siempre que se cite su procedencia. Los artículos doctrinales y comentarios son colaboraciones cedidas a Boletín Jurídico "Artículo 14", que no se identifica necesariamente con las opiniones expresadas en los mismos.

Edita:

Instituto Andaluz de la Mujer

C/ Doña María Coronel, 6

41071 Sevilla.

Tel.: 954 54 49 10

Fax: 954 54 49 11

Puede consultarse "Artículo 14" en:

<http://www.juntadeandalucia.es/>

[/institutodelamujer](http://institutodelamujer)

Diseño y Maquetación:

Fotomecánica Magenta

Imprime:

Tecnographic

Dep. Legal:

SE-2460-01

ISSN:

1696-6988

Sumario:

PRESENTACIÓN

Soledad Pérez Rodríguez. Directora del Instituto Andaluz de la Mujer 3

DOCTRINA

El nuevo proceso laboral y la perspectiva de género. María Luisa Balaguer Callejón Consejera del Consejo Consultivo de Andalucía Catedrática de Derecho Constitucional, Universidad de Málaga 4

LEGISLACIÓN

Directiva 2011/99/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, sobre la orden europea de protección 13

La orden europea de protección y la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Cuarta), de 15 de septiembre de 2011, sobre cuestiones prejudiciales en relación con la protección de las víctimas de violencia. María Luisa Balaguer Callejón 19

Ley 35/2011, de 4 de octubre, sobre titularidad compartida de las explotaciones agrarias. María Dolores Cabello Fernández Profesora Colaboradora de Derecho Constitucional de la Universidad de Málaga 21

Decreto 346/2011, de 22 de noviembre, por el que se crea y regula el Censo de Entidades Colaboradoras con el Instituto Andaluz de la Mujer para la Promoción de la Igualdad de Género en Andalucía 33

TRANSVERSALIDAD DE GÉNERO EN LA LEGISLACIÓN

..... 38

JURISPRUDENCIA

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Cuarta), de 15 de septiembre de 2011, sobre cuestiones prejudiciales en relación con la protección de las víctimas de violencia. 42

Sentencia núm. 5.798/2011, de 18 de julio, de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, discriminación indirecta en el sistema de promoción profesional por razón de género. Rosa Salvador Concepción. Abogada y Doctora en Derecho. 49

PRESENTACIÓN

Dedicamos el presente número de Boletín Jurídico “Artículo 14” a difundir y analizar la Ley 35/2011, de 4 de octubre, sobre titularidad compartida de las explotaciones agrarias. La finalidad de la Ley es promover y favorecer la igualdad real y efectiva entre mujeres y hombres en el medio rural, a través del reconocimiento jurídico y económico derivado de la participación de las mujeres en la actividad agraria.

El sector agrícola en Andalucía es un sector que se ha caracterizado tradicionalmente por una fuerte masculinización. Los estudios señalan a los hombres como los titulares principales de las explotaciones agrícolas, y relegan a un papel subordinado la participación femenina en este sector, siendo además catalogado su estatus laboral y social como de “ayuda familiar”. La titularidad compartida va a constituir un factor de cambio de las estructuras agrarias, propiciando que las mujeres del mundo rural gocen de una igualdad de derechos efectiva respecto de los hombres, acabando con su situación de invisibilidad, y sin lugar a dudas, contribuirá a abrir nuevas perspectivas en el ámbito personal, social y cultural.

Estamos ante un paso importante para reforzar el marco legal que garantice la protección de los derechos de las mujeres y del reconocimiento pleno de su trabajo a todos los niveles, y que Andalucía, en el ámbito de sus competencias, recoge en el I Plan Estratégico para la Igualdad de Mujeres y Hombres 2010-2013, el compromiso de abordar la situación de las mujeres que viven en el medio rural, entre sus acciones se encuentra el “difundir el conocimiento de los derechos jurídicos como la cotitularidad compartida de las explotaciones agrarias en la población rural para fomentar la participación de las mujeres en los diversos espacios”.

También quiero destacar el papel de las asociaciones de mujeres en Andalucía, que han contribuido activamente a los desarrollos y avances en materia de igualdad de género, sus reivindicaciones y demandas para conseguir la igualdad real constituyen un referente de gran valor para seguir avanzando en la construcción de una sociedad más justa y equilibrada, por ello, es necesario su empoderamiento, así como, reconocerles la autoridad y el esfuerzo que vienen realizando en la superación de las barreras y obstáculos que dificultan la plena ciudadanía de las mujeres.

La Comunidad Autónoma de Andalucía asume entre sus competencias exclusivas la promoción del asociacionismo de mujeres, de acuerdo con el artículo 73, 1, c), del Estatuto de Autonomía, y en su desarrollo, la Ley 12/2007, para la promoción de la igualdad de género y el I Plan Estratégico para la Igualdad de Mujeres y Hombres en Andalucía, incluyen acciones para impulsar el tejido asociativo de mujeres y para facilitar su participación en la sociedad, tales como, *el reconocimiento de las entidades que trabajan por la igualdad de género*.

En este sentido, quiero destacar la reciente aprobación del Decreto 346/2011, de 22 de noviembre, por el que se crea y regula el Censo de Entidades Colaboradoras con el Instituto Andaluz de la Mujer para la Promoción de la Igualdad de Género en Andalucía, en el que se podrán inscribir aquellas entidades que entre otros requisitos, contemplen entre sus fines la promoción de la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres y la participación en la vida política, económica, cultural y social de las mujeres. Asimismo, podrán inscribirse los órganos para la promoción de la igualdad dependientes de las Administraciones Públicas o de las Universidades de Andalucía. Estos desarrollos normativos permitirán aunar esfuerzos y propiciar la creación de redes de asociacionismo de mujeres, con la finalidad común de potenciar las estrategias para impulsar la igualdad de género.

*Soledad Pérez Rodríguez
Directora del Instituto Andaluz de la Mujer*

DOCTRINA

**EL NUEVO PROCESO LABORAL
Y LA PERSPECTIVA DE GÉNERO**

MARÍA LUISA BALAGUER CALLEJÓN

Consejera del Consejo Consultivo de Andalucía
Catedrática de Derecho Constitucional, Universidad de Málaga

SUMARIO: 1. La perspectiva de género en el ámbito estatal. 2. Los ordenamientos autonómicos. 3. Otras normas reguladoras de género. 4. La Ley 36/2011, de 10 de octubre, de la Jurisdicción social. 5. Las insuficiencias del proceso laboral desde la perspectiva de género. 6. Conclusiones. Bibliografía

1. La perspectiva de género en el ámbito estatal

Nuestro ordenamiento jurídico estatal cuenta actualmente con una legislación considerable en materia de género. La Ley 30/2003, de 13 de octubre, sobre medidas para incorporar la valoración del impacto de género en las disposiciones normativas que elabore el Gobierno, fue la que reguló inicialmente en el ámbito estatal la exigencia de un informe de impacto de género legislativo, cuya finalidad es comprobar si la ley va a contribuir al desarrollo de la igualdad entre mujeres y hombres¹.

La primera ley estatal que introduce claramente la perspectiva de género es la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de erradicación de la violencia de género. En ella se pone de manifiesto, no solamente la evaluación del impacto de género, sino que esta ley es, por definición, una ley de género. Las vicisitudes por las que atraviesa esta ley, desde su denominación, "de género", originó pronunciamientos de las más diversas instancias del Estado, algunos gratuitos, en la medida en que ni siquiera habían sido solicitados, como el caso de la Real Academia de la Lengua, recomendando al Gobierno el cambio de denominación de la ley, hasta otros también facultativos, que avistaron razones profundas de inconstitucionalidad, felizmente desmentidas por el Tribunal Constitucional (SSTC 59/2008 y posteriores).

La segunda ley importante que se genera de manera transversal es la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad entre mujeres y hombres. En este caso, la ley contiene importantes elementos conflictivos de constitucionalidad, destacadamente el reconocimiento porcentual de la igualdad. En cualquier caso, la regulación del impacto de género debe entenderse ya extendida al conjunto del Estado, por la aplicación del art. 19 de la LO 3/2007, que es precepto básico según la Disposición Final Primera, que dispone que "los preceptos contenidos en el Título Preliminar, el Título I, el Capítulo I del Título II, los arts. 28 al 31 y la Disposición Adicional Primera de esta Ley, constituyen regulación de las condiciones básicas que garantizan la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes constitucionales, de acuerdo con el art. 149.1.1ª de la Constitución". El art. 19 se encuentra en el Capítulo I del Título II y dice que "Los proyectos de disposiciones de carácter general y los planes de especial relevancia económica, social, cultural y artística que se sometan a aprobación del Consejo de Ministros deberán de incorporar un informe sobre su impacto por razón de género". Ciertamente que se refiere al Consejo de Ministros, pero una interpretación finalista abunda en la consideración de que ese informe debe extenderse a las normas dictadas en cualquier Comunidad Autónoma que no haya regulado expresamente el impacto de género.

En todo caso, no tiene mucho que ver esa exigencia legal con la efectividad que puede prestar en un futuro inmediato la evaluación del impacto de género. Atrapada por un conjunto de operadores jurídicos que no saben muy

¹ La doctrina del Consejo de Estado sobre el impacto de género se contiene en los Dictámenes 1703/2005, y 2074/2005 donde se valoraba la exigua redacción de los Art. 22.2 y 24.1.b) de la ley 30/2003, del Gobierno. En ellos se intenta delimitar el alcance de ese informe, en sentido negativo, en cuánto que no puede ser un análisis del texto sobre las diferencias normativas de trato en función del género, que "estarían en su caso vedadas constitucionalmente salvo que se trate de medidas de acción positiva", y en sentido positivo, como analizar "si una medida formalmente neutra puede tener incidencia desigual entre hombres y mujeres".

DOCTRINA

bien lo que significa el impacto de género (a diferencia de otro tipo de impactos, como el impacto medioambiental, que puede mediar en términos científicos), se ignora, en principio, qué es lo que contribuye en el contenido de una ley, aparentemente neutral, a desarrollar o retrasar la igualdad de género. El Consejo de Estado ha llamado ya la atención acerca del cumplimiento exclusivamente formal de estos informes sobre impacto, que llegan las más de las veces a reiterarse en frases como la de que “se procurará la igualdad entre las mujeres y hombres”, o la de que “las comisiones que se formen estarán integradas por una representación equilibrada entre mujeres y hombres”, lo que ya es contenido normativo de la ley y, por lo tanto, inútil reiteración².

El conjunto normativo que se ha generado en el Estado en relación con las exigencias de igualdad de género puede considerarse bastante adecuado en lo que se refiere a las exigencias jurídicas de las mujeres en relación con sus necesidades de igualdad de género. Otra cosa es la naturaleza jurídica y el grado de coercibilidad de algunas de estas normas y las consecuencias de su incumplimiento³. Muchas de estas normas son programáticas y están expresadas en términos de escasa coercibilidad, en la medida en que constituyen solamente mandatos dirigidos a los poderes públicos, en términos prospectivos o de desarrollo de políticas preventivas, educacionales o de fomento, lo que implica ausencia de sanciones en casos de incumplimiento.

Por otra parte, debe señalarse la ausencia normativa todavía, aunque se trate en algunos casos de situaciones muy avanzadas, de algunas reformas legislativas que van a tener una importante incidencia en el desarrollo de la igualdad de género. En ese sentido, se pueden indicar la necesaria Ley de Igualdad de Trato, que recepcione las Directivas 2000, 2004 y 2006 referidas a la igualdad de trato, que deberá tener consecuencias directas en materia laboral para las mujeres; la reforma electoral en materia de ausencia de la persona representante por larga enfermedad, maternidad o conciliación de la vida familiar, y la regulación de la interrupción voluntaria del embarazo que despenalice finalmente el aborto.

2. Los ordenamientos autonómicos

La revisión estatutaria que ha tenido lugar en los últimos años ha sido especialmente sensible al género, sobre todo en algunas Comunidades Autónomas en las que ya existían leyes específicas de igualdad de las mujeres. La circunstancia de que los nuevos Estatutos de Autonomía, en general, aunque con diferente intensidad, hayan regulado derechos estatutarios⁴, ha sido definitiva para la regulación del género⁵. Aunque en todos ellos se hace referencia a los derechos de las mujeres, en algunos se regula con especial intensidad, como son los casos de Andalucía⁶ o Cataluña⁷, todos ellos contienen referencias importantes al género, si bien con bastante menor amplitud⁸.

² Estas normas específicas de género se completan todavía con alguna normativa que no es específica de género, pero que es decisiva para la incorporación de las mujeres al mercado de trabajo, como la ley 62/2003, de 30 de diciembre de medidas fiscales, administrativas y del orden social, por la que se establecen medidas para la aplicación real y efectiva del principio de igualdad de trato y no discriminación, en particular por el origen racial o étnico, religión y convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual. Los campos de actuación de esta ley se extienden a la educación, la sanidad, las prestaciones y los servicios sociales, la vivienda, y en general, la oferta y el acceso a cualesquiera bienes y servicios. También la Ley 39/2006, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia.

³ Sobre la posibilidad de regulación de derechos en los EE.AA, se ha sostenido una importante discusión doctrinal, en parte solventada en las SSTC 247 y 249/2007 por las que se fija la doctrina del Tribunal en relación con el alcance normativo de estos derechos. En cualquier caso, y con independencia de que tanto el Tribunal como un sector doctrinal importante, han venido considerando que no hay obstáculo a esta regulación, la garantía de los derechos estatutarios se proyecta fundamentalmente en la vinculación a los poderes públicos, con importante merma de sus posibilidades jurisdiccionales. F. Balaguer, ha señalado la centralidad del Estado en la organización multinivel de los derechos fundamentales, tanto en su referencia europea como estatal y autonómica. “Constitucionalismo multinivel y derechos fundamentales en la Unión Europea. En “Estudios en homenaje al profesor G. Peces Barba”, edit. Dykinson. Madrid. 2008. pg. 135 y ss.

⁴ La posibilidad de que los Estatutos de Autonomía puedan regular derechos deja resuelta la regulación de las cuestiones de género y reconocer derechos a las mujeres en relación con la violencia de género, la igualdad de oportunidades o la representación equilibrada. M. L. Balaguer, “Un análisis comparativo de la regulación estatutaria de los derechos en las diferentes comunidades autónomas”, *Revista General de Derecho Constitucional*, num. 2, Madrid, 2007.

⁵ El nuevo Estatuto de Autonomía para Andalucía, aprobado por LO 2/2007, de 19 de marzo, contiene un número importante de preceptos en relación con el género. El art. 10 lo presenta como un objetivo básico de la Comunidad Autónoma, (igualdad efectiva del hombre y de la mujer, democracia paritaria, conciliación de la vida familiar y laboral), el art. 14 prohíbe la discriminación por razón de sexo, el art. 15 garantiza la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en todos los ámbitos, el art. 16 reconoce el derecho de las mujeres a la protección contra la violencia de género, el art. 21 exige la incorporación de los valores de igualdad en los planes educativos, el art. 35 garantiza el derecho de orientación sexual, el art. 37 establece como principios rectores el de la lucha contra el sexismo, la equiparación laboral, y la conciliación laboral y familiar, el art. 73, se atribuye las competencias en las políticas de género, el art. 105, la igualdad de género en la elaboración de las listas electorales, el art. 107 el equilibrio de género en los nombramientos que correspondan al Parlamento de Andalucía, el art. 114 eleva a rango estatutario el impacto de género en las leyes y disposiciones reglamentarias de la Comunidad Autónoma, el art. 135 el equilibrio de género en las designaciones del Consejo de Gobierno, el art. 167 la igualdad de oportunidades en el empleo, el art. 168 las políticas que favorezcan la conciliación laboral y familiar, el art. 174 la igualdad de oportunidades en la contratación pública, y el art. 208, el cumplimiento de la igualdad de género en los medios de comunicación.

⁶ El segundo Estatuto en orden de importancia de regulación de género es el de Cataluña. La LO 6/2006, de 19 de julio de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña contiene en el Preámbulo una referencia a la importancia de la igualdad de derechos entre mujeres y hombres, el art. 4 compromete a los poderes públicos con la equidad de género, el art. 15 declara el derecho a vivir libres de malos tratos, el art. 9 contiene un catálogo de derechos de las mujeres, el art. 40 la promoción de la conciliación de la vida laboral y familiar, el art. 41 la exigencia de perspectiva de género en las actuaciones de los poderes públicos, el art. 45 la igualdad en el trabajo, el art. 56 la paridad electoral, y el art. 153 las políticas de género.

DOCTRINA

3. Otras normas reguladoras de género

Todavía hay un importante volumen legislativo que refiere el género en su regulación, como exigencia de la necesidad de abordar algunas materias desde la obligada perspectiva de adecuación del ordenamiento a la exigencia de igualdad entre mujeres y hombres. Fundamentalmente en los medios de comunicación, que se han considerado esenciales en la determinación de una nueva imagen de la mujer compatible con su acceso al mundo de la producción de bienes y servicios, pero que era considerada en los medios reducida o a su imagen de ama de casa o a la de reproducción del estatus sociofamiliar.

Aquí es fundamental la regulación, exhaustiva, aunque no necesariamente eficaz, de la Ley Orgánica 3/2007, en lo que se refiere a la igualdad y medios de comunicación, que dedica un Título entero, el III. Lo titula "Respecto de la RTVE, de la Agencia Efe, de los medios de titularidad privada, y de la autoridad audiovisual". Desde el art. 36 en adelante crea obligaciones para los poderes públicos y los medios privados en relación con la exigencia de contribuir a ese cambio de imagen de la mujer: en primer lugar, al medio televisivo público, al que exige que se transmita una imagen igualitaria de la mujer⁹, pero también a la Agencia Efe, que obliga a la utilización no sexista del lenguaje y al fomento de la igualdad¹⁰. En cuanto a los medios de titularidad privada, el mandato es menos exigente, pero insta a la autorregulación sobre todo en materia de publicidad¹¹. Faculta también a la autoridad audiovisual en el art. 40 cuando establece que "las Autoridades a las que corresponda velar porque los medios audiovisuales cumplan sus obligaciones adoptarán las medidas que procedan, de acuerdo con su regulación, para asegurar un tratamiento de las mujeres conforme con los principios y valores constitu-

⁷ En relación con los derechos reconocidos en el Estatuto de Autonomía para Andalucía, G. Cámara en "El nuevo Estatuto de Andalucía". (coord.)... F. Balaguer, Tecnos. Madrid. 2007. Sobre la concreta regulación de los derechos de la mujer en el texto estatutario, M. L. Balaguer, "La transversalidad de género y el Estatuto de Autonomía para Andalucía", en "El Estatuto de Autonomía de Andalucía de 2007". Centro de Estudios Andaluces. Consejería de la Presidencia. Sevilla. 2007.

⁸ El art. 36 dice que "los medios de comunicación social de titularidad pública velarán por la transmisión de una imagen igualitaria, plural y no estereotipada de mujeres y hombres en la sociedad, y promoverán el conocimiento y la difusión del principio de igualdad entre mujeres y hombres". Y el art. 37, entre los objetivos de programación de la Corporación RTVE, "reflejar adecuadamente la presencia de las mujeres en los diversos ámbitos de la vida social, utilizar el lenguaje de forma no sexista, adoptar mediante la autorregulación, códigos de conducta tendentes a transmitir el contenido del principio de igualdad, colaborar con las campañas institucionales dirigidas a fomentar la igualdad entre mujeres y hombres y a erradicar la violencia de género. Asimismo, promoverá la incorporación de las mujeres a puestos de responsabilidad directiva y profesional. Asimismo fomentará la relación con las asociaciones y grupos de mujeres para identificar sus necesidades e intereses en el ámbito de la comunicación."

⁹ El art. 38 en el pf. 1, "en el ejercicio de sus actividades, la Agencia EFE velará por el principio de igualdad entre mujeres y hombres y, en especial, por la utilización no sexista del lenguaje, y perseguirá en su actuación los siguientes objetivos: a) Reflejar adecuadamente la presencia de la mujer en los diversos ámbitos de la vida social. b) Utilizar el lenguaje en forma no sexista, c) Adoptar, mediante la autorregulación, códigos de conducta tendentes a transmitir el contenido del principio de igualdad, d) colaborar con las campañas institucionales dirigidas a fomentar la igualdad entre mujeres y hombres, y a erradicar la violencia de género. En su pf. 2, la Agencia EFE promoverá la incorporación de las mujeres a puestos de responsabilidad directiva y profesional. Asimismo, fomentará la relación con asociaciones y grupos de mujeres para identificar sus necesidades e intereses en el ámbito de la comunicación.

¹⁰ El art. 39 pf. 1 todos los medios de comunicación respetarán la igualdad entre mujeres y hombres, evitando cualquier forma de discriminación. Y el 2, las Administraciones públicas promoverán la adopción por parte de los medios de comunicación de acuerdos de autorregulación que contribuyan al cumplimiento de la legislación en materia de igualdad entre mujeres y hombres, incluyendo las actividades de venta y publicidad que en aquellos se desarrollen.

¹¹ Así el art. 44 los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral. Pf. 1 "los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, se reconocerán a los trabajadores y las trabajadoras en forma que fomenten la asunción equilibrada de las responsabilidades familiares, evitando toda discriminación basada en su ejercicio. Pf. 2 el permiso y la prestación por maternidad se concederán en los términos previstos en la normativa laboral y de Seguridad Social. pf. 3 para contribuir a un reparto más equilibrado de las responsabilidades familiares, se reconoce a los padres el derecho a un permiso previsto en la normativa laboral y de Seguridad Social. Pf. 3 para contribuir a un reparto más equilibrado de las responsabilidades familiares, se reconoce a los padres el derecho a un permiso y una prestación por paternidad, en los términos previstos en la normativa laboral y de Seguridad Social.

El cap. III regula los planes de igualdad y otras medidas de promoción de la igualdad.

Art. 45, elaboración y aplicación de los planes de igualdad. Pf. 1 las empresas están obligadas a respetar la igualdad de trato y de oportunidades en el ámbito laboral y, con esta finalidad, deberán adoptar medidas dirigidas a evitar cualquier tipo de discriminación laboral entre mujeres y hombres, medidas que deberá negociar, y en su caso acordar, con los representantes legales de los trabajadores en la forma que se determine en la legislación laboral. Pf. 2 en el caso de las empresas de más de doscientos cincuenta trabajadores, las medidas de igualdad a que se refiere el apartado anterior deberán dirigirse a la elaboración y aplicación de un plan de igualdad, con el alcance y contenido establecidos en este capítulo que deberá ser asimismo objeto de negociación en la forma que se determine en la legislación laboral. Pf. 3 sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, las empresas deberán elaborar y aplicar un plan de igualdad cuando axial se establezca en el convenio colectivo que sea aplicable, en los términos previstos en el mismo. Pf. 4 Las empresas también elaboraran y aplicaran un plan de igualdad, previa negociación y consulta, en su caso, con la representación legal de los trabajadores y trabajadoras, cuando la autoridad laboral hubiera acordado en un procedimiento sancionador la sustitución de las sanciones accesorias por la elaboración y aplicación de dicho plan, en los términos que se fijen en el indicado acuerdo. Pf. 5 la elaboración e implementación de planes de igualdad será voluntaria para las demás empresas, previa consulta a la representación legal de los trabajadores y las trabajadoras. El art. 46 define el concepto y aborda el contenido de los planes de igualdad de las empresas: 1. los planes de igualdad de las empresas son un conjunto ordenado de medidas, adoptadas después de realizar un diagnóstico de la situación, tendentes a alcanzar en la empresa la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres y a eliminar la discriminación por razón de sexo. Los planes de igualdad fijaran los concretos objetivos de igualdad a alcanzar, las estrategias y prácticas a adoptar para su consecución, así como el establecimiento de sistemas eficaces de seguimiento y evaluación de los objetivos fijados. 2 para la consecución de los objetivos fijados, los planes de igualdad podrán contemplar entre otras, las materias de acceso al empleo, clasificación profesional, promoción y formación, retribuciones, ordenación del tiempo de trabajo para favorecer, en términos de igualdad entre mujeres y hombres, la conciliación laboral, personal y familiar, y prevención del acoso sexual y del acoso por razón de sexo. 3. los planes de igualdad incluirán la totalidad de una empresa, sin perjuicio del establecimiento de acciones especiales adecuadas respecto a determinados puestos de trabajo. El art. 47 garantiza la transparencia en la implantación del plan de igualdad. Se garantiza el acceso de la representación legal de los trabajadores y trabajadoras o en su defecto de los propios trabajadores y trabajadoras, a la información sobre el contenido de los planes de igualdad y las consecuencias de sus objetivos. Lo previsto en el párrafo anterior se entenderá sin perjuicio de la evolución de los acuerdos sobre planes de igualdad por parte de las comisiones paritarias de los convenios colectivos a las que estos atribuyan estas competencias. Y finalmente es importante también atender al concepto de representación equilibrada, que se define en la disposición adicional primera como exigencia de una relación porcentual entre el 60 y el 40 por ciento.

ARTÍCULO 14

DOCTRINA

cionales". En cuanto a la publicidad, en el art. 41 se prohíbe "la publicidad que comporte una conducta discriminatoria. De acuerdo con esta Ley se considerará publicidad ilícita, de conformidad con lo previsto en la legislación general de la publicidad y de publicidad y comunicación institucional".

Un importante capítulo de regulación de la igualdad en el mercado de trabajo, se contiene en la misma Ley Orgánica 3/2007, que recogiendo alguna normativa anterior, como la Ley 39/1999, de 25 de noviembre, plantea algunas alternativas importantes para la concertación entre los agentes sociales en la distribución de los tiempos de trabajo¹².

4. La Ley 36/2011, de 10 de octubre, de la Jurisdicción Social

Hasta el día 10 de diciembre de 2011, la legislación procesal laboral en materia de género la constituye el Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral. A partir de esa fecha, entrará en vigor, después de una *vacatio legis* de tres meses, una nueva ley que regula el procedimiento laboral.

La nueva ley procesal contiene un acabado capítulo, que sustituye a la normativa en vigor en lo que se refiere a los procedimientos de defensa de la mujer, en relación con la maternidad o la discriminación. En el art. 2, extiende su ámbito de jurisdicción a la defensa de los derechos de prohibición de la discriminación, que hasta ahora se habían tratado por analogía con los derechos de representación sindical. El art. 17 confiere legitimación a los sindicatos para que puedan actuar en defensa de los intereses de las mujeres en aquellos casos que afecten a la igualdad de trato entre mujeres y hombres. El art. 43 habilita el mes de agosto para la tramitación derivada del ejercicio de las acciones derivadas de la tutela de los derechos fundamentales y de la Ley Orgánica 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Asimismo, los arts. 64 y 70 exceptúan de la obligación de la conciliación laboral y de reclamación administrativa previa las reclamaciones que deriven de la aplicación de esta Ley Orgánica, así como los derechos derivados de la conciliación de la vida personal, familiar y laboral.

En materia de prueba para los supuestos de discriminación o acoso se prevé, de manera parecida al art. 96 de la anterior ley del procedimiento laboral, un dictamen "de los organismos públicos competentes". La regulación de esta exigencia es importante, en la medida en que algunas de estas situaciones no se pueden clarificar desde la carga de la prueba usual, pero la escasa regulación tampoco soluciona el problema, porque la palabra "dictamen" resulta insuficiente en cuanto a las circunstancias concretas que se pretenden dilucidar.

La inversión de la carga de la prueba en determinados procesos también es importante y se recoge aquí, después de una intensa labor jurisprudencial y de derecho positivo comunitario. Nuestra jurisprudencia también ha recogido esa modalidad de carga de la prueba, primero por parte del Tribunal Constitucional y, después, por la jurisdicción ordinaria. Se ha denominado a veces esta inversión de la carga de la prueba, como una institución que lleva a la prueba diabólica, porque exige que se tengan que probar hechos negativos, en concreto que se tenga de probar que no se ha hecho algo: al afirmar que ha existido acoso, o discriminación, e invertir la carga de la prueba, es al demandado al que corresponde la prueba de no haber discriminado ni acosado, pero probar un hecho negativo no es fácil. De ahí la matización que recoge ahora el nuevo art. 96, de que una vez que se prueben por la parte actora los indicios, corresponde al demandado "la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad".

El art. 108 califica de nulo el despido que se haya producido como consecuencia de la suspensión de un contrato de trabajo por maternidad, o cualquier circunstancia relacionada con ella, como embarazo, lactancia o parto. Los efectos del despido nulo son la readmisión obligatoria y el abono de los salarios de tramitación, como si el despido no hubiera existido. Igualmente, será nulo el despido por causas objetivas si esconde alguno de los motivos anteriores relacionados con la maternidad.

En los arts. 139 y siguientes se regula de manera exhaustiva el procedimiento acerca de los cambios en las condiciones de trabajo como consecuencia de la conciliación de la vida laboral: ante la negativa del empresario para aceptar la propuesta del trabajador o trabajadora, se puede demandar en un plazo de veinte días. Esta redac-

¹² Publicada en DOUE L, 338, 21.12.2011. se reproduce parcialmente: el texto completo puede consultarse en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2011:338:0002:0018:ES:PDF>.

ARTÍCULO 14

DOCTRINA

ción sí es enteramente nueva en lo que se refiere al procedimiento: en primer lugar, se deben llevar a juicio tanto las propuestas de la empresa como las del trabajador o trabajadora, para que sean examinadas por el juez y, si existen órganos paritarios en la empresa o de seguimiento de planes de igualdad, se podrá aportar la información de que se disponga. En segundo lugar, se podrá solicitar el resarcimiento de los perjuicios ocasionados por la supuesta negativa de la empresa. Este proceso se aplicará a los supuestos de violencia de género, en los que se ejerciten derechos derivados de esa ley.

En los procedimientos de oficio se han previsto también importantes modificaciones a la anterior ley procesal laboral. Así, se crea un procedimiento de oficio para aquellas situaciones de discriminación, que hasta ahora se sustanciaba con el procedimiento de infracción normativa general: ahora se regula con mayor detalle ese proceso, que prevé además la posibilidad de que se indemnice por los perjuicios ocasionados.

Hay una ampliación de la legitimación activa para la actuación en algunos procesos. Así, en los que se refieren al acoso sexual, cuando medie la tramitación de un expediente administrativo, se podrá personar la persona afectada, pero se respetará su libre decisión en aquellos casos en que decida no hacerlo. Y en el caso en el que se requiera el testimonio de la víctima, el órgano jurisdiccional velará por las condiciones de su práctica, en términos compatibles con su situación personal y con las restricciones de publicidad e intervención de las partes y de sus representantes que sean necesarias.

Otra legitimación activa prevista es la del Instituto de la Mujer u organismo de igualdad equivalente, para los casos de impugnación de convenios colectivos en los que se contengan cláusulas que pudieran contener discriminaciones directas o indirectas.

En relación con el acoso se han producido también algunas modificaciones importantes, en orden a determinar responsabilidades que exceden de la propia organización empresarial. Se prevé, así, que las personas interesadas, puedan dirigir su acción procesal, no solamente contra el empresario, sino también contra “cualquier otro sujeto que resulte responsable, con independencia del vínculo que le una al empresario” (Art. 177.4). Esta legitimación activa corresponde solamente a la víctima en los supuestos de acoso sexual, no pudiendo las organizaciones sindicales atribuirse esa legitimación. Esta nueva situación amplía considerablemente la posibilidad de defensa de las mujeres en relación con compañeros de trabajo y superiores y, a la vez, permite que para la composición de la relación jurídico-procesal no necesariamente haya que demandar a las personas que hayan producido el daño, bastando con la demanda contra el empresario, y además, a elección de la víctima. Dice el párrafo 4º *in fine*: “Corresponderá a la víctima, que será la única legitimada en esta modalidad procesal, elegir la clase de tutela que pretende dentro de las previstas en la ley, sin que deba ser demandado necesariamente con el empresario el posible causante directo de la lesión, salvo cuando la víctima pretenda la condena de este último o pudiera resultar directamente afectado por la resolución que se dictara; y si se requiriese su testimonio el órgano jurisdiccional velará por las condiciones de su práctica en términos compatibles con su situación personal y con las restricciones de publicidad e intervención de las partes y de sus representantes que sean necesarias”.

También se clarifican los criterios de la solicitud de indemnización por daños, que en la anterior ley de procedimiento laboral no venían regulados, y ahora se concretan en alguna medida. El art. 179 en su párrafo 3 indica que la demanda, además de los requisitos generales establecidos en esta ley, deberá expresar con claridad los hechos constitutivos de la vulneración, el derecho o la libertad infringidos y la cuantía de la indemnización pretendida, en su caso, con la adecuada especificación de los diversos daños y perjuicios, a los efectos de lo dispuesto en los arts. 182 y 183 y que, salvo en el caso de los daños morales unidos a la vulneración del derecho fundamental cuando resulte difícil su estimación detallada, deberá establecer las circunstancias relevantes para la determinación de la indemnización solicitada, incluyendo la gravedad, duración y consecuencias del daño, o las bases de cálculo de los perjuicios estimados para el trabajador.

Las medidas cautelares constituyen otra novedad importante. El párrafo 4º del art. 18, prevé que cuando la demanda se refiera a la protección frente al acoso, así como en los procesos seguidos a instancia de la trabajadora víctima de la violencia de género para el ejercicio de los derechos que le sean reconocidos en tal situación, podrán solicitarse, además, la suspensión de la relación o la exoneración de la prestación de servicios, el traslado de puesto o de centro de trabajo, la reordenación o reducción del tiempo de trabajo y de cuantas otras tiendan a preservar la efectividad de la sentencia que pudiera dictarse, incluidas en su caso, aquellas que pudieran

ARTÍCULO 14

DOCTRINA

afectar al presunto acosador o vulnerador de los derechos y libertades objeto de la tutela pretendida, en cuyo supuesto deberá ser oído este.

5. Las insuficiencias del proceso laboral desde la perspectiva de género.

Aunque estas normas de la nueva ley reguladora del procedimiento laboral, constituyen, sin duda, una aportación importante al avance jurídico de la igualdad de género, siguen el modelo de ordenamiento que considera a la mujer en una función secundaria respecto de la producción de los bienes y servicios y, además, mantienen el nivel de dificultad de realización de los derechos laborales de las mujeres en unos parámetros que seguramente no permitirán significativos avances.

En primer lugar, porque sigue enclavada en una concepción del universo laboral desde la posición central del universal masculino. Esto se muestra desde el inicio de la ley en una ausencia del lenguaje de género muy significativa: las referencias se hacen en general al “trabajador”, y solamente en aquellas situaciones específicas de la mujer, como las relacionadas con la maternidad y el acoso sexual, se indica el nombre de “trabajadora”, de tal manera que en la generalidad de las veces, las mujeres quedan innostradas como trabajadoras, y acogidas a ese genérico masculino que supuestamente las engloba. En segundo lugar, porque el modelo productivo sobre el que se asienta este conjunto normativo, sigue siendo el modelo productivo del hombre, en la medida en que las referencias al sistema organizativo del trabajo, horarios, y demás condiciones laborales, se hacen sin perspectiva de género, que es exactamente la situación que permite el modelo sustantivo en el que se asienta: subrepresentación profesional de las mujeres en profesiones de alta cualificación, presunción del cuidado de los hijos e hijas en la mayoría de las ocasiones, reducciones de jornadas para el cuidado de las personas dependientes a cargo de las mujeres, aún cuando se trate de familiares de su marido o pareja, y consideración de la división productiva en el hombre y reproductiva en la mujer.

Visto esto, la posibilidad de que las normas procesales puedan contribuir con determinación al avance en la igualdad de género, exigirían una tutela reforzada por parte de las instituciones y organismos públicos, en orden a facilitar la fase probatoria del proceso, y unas exigencias especiales a los organismos encargados de la igualdad en el seno de las empresas, con compromisos por parte las organizaciones sindicales respecto del control puntual que sobre las situaciones que provocan la discriminación por género tengan lugar.

No se prevé en estas normas procesales, ni una cosa ni la otra. Para analizar estos avances, hay que partir del hecho, ciertamente positivo, de que por primera vez en la historia del derecho procesal laboral, se positivase en las normas la referencia específica a la situación laboral de las mujeres. En ese sentido, debe alabarse, que se dedique un número importante de normas a la maternidad y a la discriminación, que antes de esta ley se solventaban en el capítulo dedicado a los derechos sindicales y fundamentales, por la violación directa del art. 14 CE.

También se debe valorar positivamente la posibilidad de que las organizaciones sindicales puedan asumir la representación de las mujeres en aquellos procesos en que se discuta la igualdad de trato entre mujeres y hombres. Hasta ahora, la anterior regulación procesal permitía a estas organizaciones actuar por cuenta de sus “afiliados”, por lo que en buena lógica, podrían haber comparecido en nombre de aquellas mujeres afiliadas a sus respectivas organizaciones que hubieran demandado en reclamaciones por derechos derivados de su situación laboral. Sin embargo, no han sido frecuentes este tipo de acciones, que las organizaciones sindicales han derivado con frecuencia a supuestos de discriminación sindical, miembros de comités de empresa, o secciones sindicales. Incluso, la historia del feminismo en el ámbito de las organizaciones sindicales solamente ha tenido la presencia aislada de mujeres comprometidas a título personal, pero en numerosas ocasiones, de los conflictos generados por discriminación sexual en el trabajo, han estado ausentes en muchos casos estas organizaciones. Ahora que se abre esta vía de legitimación activa directa, sin necesidad de afiliación previa de la mujer al sindicato, es de esperar que se puedan interponer acciones por parte estos, tendentes a facilitar la situación de las mujeres en sus puestos de trabajo, sin necesidad de que sean directamente ellas quienes se enfrenten a las empresas, en una situación de presumible debilidad.

Más importancia reviste aún, y se trata probablemente de la cuestión más importante, el tema de la prueba de discriminación o de acoso en el trabajo. Y en este sentido, se positivase también la inversión de la carga de la prueba, que viene del derecho europeo, fue recepcionada por parte del Tribunal Constitucional, y se reguló ya en la

ARTÍCULO 14

DOCTRINA

Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres. La inversión de la carga de la prueba surge para dar facilidad probatoria a los derechos sindicales en el seno de la empresa y, por extensión, a todos los derechos fundamentales, también en este caso a los que se deriven de los derechos de las mujeres, y pretende facilitar la actividad probatoria, ante la dificultad que a veces presentan en la prueba, las conductas más disimuladas de la empresa para dificultar la acción sindical, o el ejercicio de ciertos derechos en el seno de las empresas. Ante esta dificultad, es necesario exigir a quien está en una posición procesal fuerte, que acredite su falta de intención de lesionar ciertos derechos considerados fundamentales.

Sin embargo, y aunque se haya avanzado en este sentido para facilitar la actividad probatoria, en la práctica no va a resultar fácil resolver las situaciones que la discriminación y, sobre todo, el acoso sexual en el trabajo, suelen presentar a la hora de concretar situaciones y hechos que, por su propia naturaleza, son difícilmente demostrables. Ello sucederá por todas estas razones: en primer lugar, porque los hechos discriminatorios suelen simularse por las empresas bajo actitudes indirectas, que no presentan directamente la discriminación, y lo hacen con conductas y razonamientos de cobertura: la necesidad de despedir por razones de crisis, o de amortización de puestos de trabajo, o de faltas de asistencia que luego no resultan acreditadas en el juicio, pero que generan despidos improcedentes, con una indemnización, pero con la pérdida del puesto de trabajo, en tanto que los despidos nulos solamente admiten la readmisión en el mismo puesto y condiciones de trabajo con abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta que la readmisión tenga lugar. En segundo lugar, porque no está tampoco definida lo que pueda ser una conducta discriminatoria, o de acoso, desde un punto de vista doctrinal, ni legal, de manera clara y contundente, de manera que algunas conductas que son discriminatorias se pueden defender con perfiles de un puesto de trabajo y otro, o con una pretensión “diferenciadora”, pero no discriminatoria, como es el caso de las ropas de trabajo de las mujeres, diferenciadas de las de los hombres, por una pretendida “adecuación” a funciones que exceden claramente de las profesiones, pero que se intentan amparar en la necesidad de proporcionar una imagen amable por parte de la empresa. Aunque la jurisprudencia ha rechazado claramente este tipo de argumentaciones, no es menos cierto que se han defendido con vehemencia y, lo que es peor, se han estimado en los juzgados de instancia e incluso a veces en los propios tribunales superiores de justicia, debiendo ser el Tribunal Constitucional quien primero estimó un recurso de amparo relacionado con las prendas de vestir de las azafatas del AVE, y en segundo lugar el Tribunal Supremo, en relación con las de la Clínica Pascual. En tercer lugar, porque aún cuando las sentencias sobre este tema discriminatorio sean estimatorias de la pretensión ejercitada, su ejecución presenta muchas veces importantes dificultades, sobre todo en algunas de estas situaciones. De todas ellas, la más difícil de ejecutar es probablemente la de acoso sexual: las personas que sufren acoso sexual en el trabajo, por lo general, pasan por un tiempo de incertidumbre, tienen cierta desinformación, y sólo después de un período de toma de conciencia de lo que les ocurre, pueden dar el paso a exteriorizar su situación. A menudo necesitan asistencia psicológica, y su vida durante algún tiempo, se convierte en un peregrinaje por asesorías, consultas médicas y solicitud de informes, sin que, salvo en casos de baja laboral, puedan dejar de acudir diariamente al centro de trabajo, y seguir sometidas a la conducta del agresor. Todo ello, como veremos más adelante, sin perjuicio de la aplicación novedosa del art. 180.4 de esta misma ley.

El párrafo 3º del art. 95 permite, en estos y otros casos, que el órgano jurisdiccional pueda recabar informes de los organismos públicos competentes en la materia: es un pequeño avance respecto del anterior art. 96, que se refería exclusivamente al Instituto de la Mujer, pero esta escasa regulación tampoco es satisfactoria. De un lado, porque reduce la posibilidad de solicitar informes de organismos públicos, cuando la Ley Orgánica 3/2007 ha regulado las comisiones de igualdad en las empresas, uno de cuyos cometidos deberá ser necesariamente el conocimiento, prevención y solución a los problemas derivados de la igualdad de trato. De otro lado, porque no se regula un contenido mínimo de estos informes, de modo que no hay criterio de por dónde puede ir su contenido: si se trata de una toma de contacto con los comités de empresa o las propias comisiones de igualdad, si deben informar de las circunstancias concretas de la persona afectada -puesto de trabajo, condiciones de su ejercicio, relaciones profesionales entre la víctima y el acosador-, o se trata de todo esto en su conjunto. Hubiera sido deseable que por parte de la ley se especificara un poco más qué tipo de contenido debería tener ese informe.

Igualmente en lo que se refiere a la potestad del órgano jurisdiccional para recabar o no el informe, parece que no debería existir esa discrecionalidad. Cuando se dice que se “podrá recabar” el dictamen, se permite que sea el propio órgano el que decida esa posibilidad, de manera que sólo en este caso puede llevarse a cabo una prueba que puede ser esencial en este tipo de procedimientos. Hubiera sido deseable que el informe fuera de obligada aportación, o cuando menos que las partes pudieran solicitarlo al juez y, en tal caso, fuera también impe-

ARTÍCULO 14

DOCTRINA

rativo acordarlo a instancia de parte: regulado en estas condiciones, puede resultar de escasa aplicación o, en todo caso, dependiente de la voluntad del órgano jurisdiccional.

En relación con el art. 108, que califica como nulo todo despido con ocasión de una violación de derechos fundamentales o libertades públicas, también hay una insuficiencia de regulación en las consecuencias que este despido tiene en algunas situaciones como el acoso sexual o los despido discriminatorios. En aquellas situaciones en las que se produce un hecho, como el acoso sexual, en el que se ha sufrido de manera continuada una serie de actos o ataques a la integridad de la persona, la vuelta al trabajo, en los supuestos de readmisión, presenta todo tipo de dificultades: la reanudación de la convivencia laboral es difícil, máxime si el puesto de trabajo de la demandante tiene algún punto de conexión con la persona que ha acosado. Sin embargo, nada se dice en la ley acerca de las posibilidades de extender los efectos de la sentencia a algunas consecuencias derivadas de la situación concreta en la que se desenvuelve esta situación.

Peor situación todavía puede darse en los casos en que la empresa no acceda a la readmisión, y haya de producirse un auto insistiendo en el cumplimiento de la sentencia: solamente es posible apelar al desacato, con lo que la solución del problema entre en una vía de solución muy dilatada en el tiempo, con las inevitables consecuencias derivadas de esa tardanza en el orden salarial.

Respecto de las modificaciones procesales recogidas en los arts. 139 y siguientes de esta ley, hay una evidente mejora respecto de la legislación procesal anterior. Se trata del procedimiento para el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida personal familiar y laboral. El art. 139 permite que el trabajador acumule a su demanda, contra la negativa de la empresa a la propuesta de horario por él realizada, una acción de daños y perjuicios derivados de esa negativa. El empresario puede enervar la posibilidad de indemnización, "si hubiere dado cumplimiento al menos provisional, a la medida propuesta por el trabajador". Aquí si hay una previsión importante en orden a la prueba, que puede facilitar de una parte la posibilidad de acuerdo posterior y, de la otra, dar cabida a soluciones integradoras que eviten una sentencia o, que en caso de que sea necesaria, el juez tenga en su poder todos los elementos probatorios. El empresario y el trabajador deberán llevar sus respectivas propuestas y alternativas de concreción a los actos de conciliación previa al juicio y al propio acto del juicio, que podrán acompañar de informe de los órganos paritarios o de seguimiento de los planes de igualdad de la empresa para su consideración en la sentencia. Estos documentos van a facilitar la función judicial, seguramente por esta misma razón van a posibilitar el acuerdo entre las partes y, a la vez, dan homogeneidad a las condiciones de trabajo en la empresa, al alinearse con los planes de igualdad, en la medida en que van a ser tenidos en cuenta. Aunque nada se dice de la naturaleza probatoria de los documentos, esta es evidente porque se pide su aportación al proceso con la finalidad de facilitar la toma de decisiones del órgano jurisdiccional.

Otro aspecto novedoso de la reforma procesal laboral lo constituye la regulación de las medidas cautelares. El art. 180 permite al actor la solicitud de medidas provisionales por parte del juez para asegurar la efectividad de la tutela judicial. Esas medidas exigen una serie de requisitos para su reconocimiento: en primer lugar, que sean previsibles perjuicios que hagan inoperante la efectividad de la sentencia en su día y, en segundo lugar, que no ocasionen una perturbación grave y desproporcionada a otros derechos y libertades o intereses superiores constitucionalmente protegidos. En definitiva, lo que se pretende aplicar aquí es el principio de proporcionalidad, que debe regir toda actuación judicial.

Más importante es la posibilidad reconocida en el art. 180.4 respecto de las medidas cautelares recogidas en aquellos supuestos en los que se demande por acoso, o en relación con la violencia de género, en los que es posible un elenco de medidas que garanticen la efectividad de los derechos. Aquí se pueden adoptar todas estas medidas: suspensión de la relación laboral o exoneración de la prestación de servicios, traslado de puesto o de centro de trabajo, reordenación o reducción del tiempo de trabajo, o cualesquiera otras que pudieran resultar efectivas. Incluso se prevén medidas para el supuesto agresor, que deberá ser oído antes de que se adopten, en el supuesto de que le afecten.

6. Conclusiones

La nueva regulación del procedimiento laboral contiene importantes novedades en materia de género. La mayor parte de ellas se refieren a aspectos que, ante la insuficiencia normativa, habían venido siendo construi-

ARTÍCULO 14

DOCTRINA

dos por la jurisprudencia, generalmente por parte del Tribunal Constitucional y, en numerosas ocasiones, recepcionando la doctrina del TJCE. En otros aspectos, la ley adopta formas nuevas de regulación, para hacer valer derechos que han sido reconocidos de manera sustantiva recientemente en nuestro ordenamiento, y que obedecen, a su vez, a Directivas comunitarias. En el primer caso, las normas que venían siendo de creación jurisprudencial, se refieren sobre todo al reparto de la carga de la prueba, que -en función de la tutela judicial efectiva- el Tribunal Constitucional considera como la inversión de la carga de la prueba en materia de derechos fundamentales, y ahora se desarrolla ampliamente en esta ley.

En cuanto a la nueva regulación de aquellos aspectos que se refieren a nuevos derechos laborales reconocidos, se trata sobre todo de las exigencias de la conciliación de la vida familiar, personal y laboral, que en función del derecho de maternidad o de paternidad, necesitan cauces procesales adecuados. Los principios de celeridad e inmediatez que rigen el proceso laboral, adquieren aquí especial significación, porque el paso del tiempo puede hacer completamente estéril el proceso.

Sin embargo, y pese a que se han intentado afrontar y solventar las dificultades inherentes a todos estos problemas, no se ha conseguido una regulación satisfactoria. En la práctica seguramente se podrá comprobar la dificultad de algunos de estos aspectos: la prueba sigue resultando difícil de conseguir en algunos supuestos, sobre todo en el acoso sexual, y la ejecución de algunas resoluciones judiciales en la realidad va a hacer inoperante el derecho si se produce una obstrucción procesal por parte de algunas empresas que se muestren renuentes a llevar a cabo los fallos judiciales.

Por lo que se refiere a la prueba de acoso, es muy difícil de obtener en aquellos casos en los que el acoso se produce en un ambiente de jerarquización en el puesto de trabajo, o directamente por el empresario. Son situaciones de dominio que presionan el ambiente laboral y en ellas no suele haber testigos presenciales, obligando la mayoría de las veces a la pruebas de indicios. Posiblemente hubiera sido deseable que se atribuyera a una prueba pericial psicológica o médica alguna importancia destacable en el propio texto de la ley: al no estar expresamente configurada, quedará como una prueba de libre apreciación del tribunal, y eso debilita en cierto modo la posición de la persona acosada. Los informes que pueden solicitarse a instituciones de igualdad tampoco están exhaustivamente regulados, pudiendo bastar para cubrir estas exigencias, meras consideraciones basadas en declaraciones de personas próximas a la trabajadora o al empresario: como tampoco en estas instituciones hay una regulación siquiera reglamentaria para este tipo de informes, bien podría ocurrir como en las evaluaciones de impacto de género de las normas jurídicas, que se satisfacen por lo general cubriendo el expediente en el sentido más literal de la expresión.

En cuanto a las licencias por maternidad y paternidad, a pesar de la exigüidad de los plazos, en la práctica no será así por la propia incapacidad de la justicia para cumplir medianamente los plazos. Las disponibilidades materiales de los juzgados de lo social, como las del resto de las jurisdicciones, hacen imposible el cumplimiento reglado de los plazos procesales, de manera que los señalamientos se producirán con mucha mayor tardanza de la legalmente prevista.

En conclusión, esta ley produce un importante avance teórico, pero su materialización en el sistema judicial actual sin duda relativizará en muy buena medida su efectividad.

BIBLIOGRAFÍA

- Balaguer, F., "Constitutionalismo multinivel y derechos fundamentales en la Unión Europea. En "Estudios en homenaje al profesor G. Peces Barba", edit. Dykinson. Madrid. 2008.
- Balaguer, M^a. L. "Mujer y Constitución. La construcción jurídica del género". Edit. Cátedra. Madrid. 2005.
- Balaguer, M^a. L., "Un análisis comparativo de la regulación estatutaria de los derechos en las diferentes comunidades autónomas", *Revista General de Derecho Constitucional*, num. 2, Madrid, 2007.
- Balaguer, M^a. L. "La transversalidad de género y el Estatuto de Autonomía para Andalucía", en "El Estatuto de Autonomía de Andalucía de 2007". Centro de Estudios Andaluces. Consejería de la Presidencia. Sevilla. 2007.
- Bustelo, M. y Lombardo, E., "Políticas de igualdad en España y en Europa". Edit. Cátedra. Madrid. 2007.
- Cámara, G., "El nuevo Estatuto de Andalucía", F. Balaguer (coord.), Tecnos. Madrid. 2007.
- Sáez Lara, C., "Mujeres y mercado de trabajo". CES. Madrid. 1994.

LEGISLACIÓN

DIRECTIVA 2011/99/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, DE 13 DE DICIEMBRE DE 2011, SOBRE LA ORDEN EUROPEA DE PROTECCIÓN¹³

Considerando (4) En la Resolución del Parlamento Europeo, de 26 de noviembre de 2009, sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, se insta a los Estados miembros a que mejoren sus legislaciones y políticas nacionales destinadas a combatir todas las formas de violencia contra la mujer y emprendan acciones destinadas a combatir las causas de la violencia contra las mujeres, en particular mediante acciones de prevención, y se pide a la Unión que garantice el derecho de asistencia y ayuda a todas las víctimas de la violencia. En la Resolución del Parlamento Europeo, de 10 de febrero de 2010, sobre la igualdad entre mujeres y hombres en la Unión Europea 2009, se refrendó la propuesta de establecer una orden de protección europea de las víctimas.

Considerando (9) La presente Directiva se aplica a las medidas de protección destinadas de manera específica a proteger a una persona contra actos delictivos de otra persona que puedan poner en peligro de cualquier modo su vida o su integridad física, psicológica o sexual —por ejemplo, impidiendo cualquier forma de acoso— o su dignidad o libertad personal —por ejemplo, impidiendo el secuestro, el acecho y cualquier otra forma de coerción indirecta—, así como a evitar nuevos actos delictivos o reducir las consecuencias de los cometidos anteriormente. Estos derechos personales de la persona protegida corresponden a valores fundamentales reconocidos y defendidos en todos los Estados miembros. Sin embargo, los Estados miembros no están obligados a dictar una orden europea de protección atendiendo a una medida de carácter penal que no esté destinada específicamente a proteger a una persona sino principalmente a otros fines, por ejemplo, la rehabilitación social del delincuente. Es importante subrayar que la presente Directiva se aplica a las medidas de protección destinadas a amparar a cualquier víctima y no solo a las víctimas de la violencia de género, teniendo en cuenta las características propias de cada uno de los tipos de delitos de que se trate.

Considerando (38) En la aplicación de la presente Directiva, se insta a los Estados miembros a tener en cuenta los derechos y los principios consagrados en la Convención de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 1979.

Artículo 1 Objetivo

La presente Directiva establece normas que permiten que una autoridad judicial o equivalente de un Estado miembro en el que se haya adoptado una medida de protección destinada a proteger a una persona contra actos delictivos de otra que puedan poner en peligro su vida, su integridad física o psicológica y su dignidad, su libertad individual o su integridad sexual, dicte una orden europea de protección que faculte a una autoridad competente de otro Estado miembro para mantener la protección de la persona en el territorio de ese otro Estado miembro, a raíz de una infracción penal o una presunta infracción penal con arreglo al Derecho nacional del Estado de emisión.

Artículo 2 Definiciones

A efectos de la presente Directiva, se entenderá por:

- 1) «orden europea de protección», una resolución adoptada por una autoridad judicial o autoridad equivalente de un Estado miembro en relación con una medida de protección, en virtud de la cual una autoridad judicial o equivalente de otro Estado miembro adopta la medida o medidas oportunas con arreglo a su propio Derecho nacional a fin de mantener la protección de la persona protegida;
- 2) «medida de protección», una resolución en materia penal, adoptada en el Estado de emisión con arreglo a su legislación y procedimientos nacionales, por la cual se impone a una persona causante de peligro una o más de las prohibiciones o restricciones previstas en el artículo 5, a fin de proteger a la persona protegida de actos delictivos que puedan poner en peligro su vida, su integridad física o psicológica, su dignidad, su libertad individual o su integridad sexual;
- 3) «persona protegida», la persona física objeto de la protección derivada de una medida de protección adoptada por el Estado de emisión;
- 4) «persona causante del peligro», la persona física a la que se haya impuesto una o más de las prohibiciones o restricciones contempladas en el artículo 5;
- 5) «Estado de emisión», el Estado miembro en el que se haya adoptado una medida de protección que constituya la base para la emisión de una orden europea de protección;
- 6) «Estado de ejecución», el Estado miembro al que se haya transmitido una orden europea de protección con vistas a su reconocimiento;

¹³ DOUE L, 101, 15.04.2011. La parte expositiva y los Considerandos de la Directiva pueden consultarse en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2011:101:0001:0011:ES:PDF>.

ARTÍCULO 14

LEGISLACIÓN

7) «Estado de supervisión», el Estado miembro al que se haya transmitido una sentencia según la definición del artículo 2 de la Decisión marco 2008/947/JAI, o una resolución sobre medidas de vigilancia según la definición del artículo 4 de la Decisión marco 2009/829/JAI.

Artículo 3 Designación de las autoridades competentes

1. Cada Estado miembro comunicará a la Comisión la autoridad o autoridades judiciales, o autoridades equivalentes, que son competentes, con arreglo a su Derecho nacional, para dictar una orden europea de protección y para reconocerla, de conformidad con la presente Directiva, cuando dicho Estado miembro sea el Estado de emisión o el Estado de ejecución.

2. La Comisión pondrá la información recibida a disposición de todos los Estados miembros. Los Estados miembros informarán a la Comisión de cualquier modificación posterior de la información a que se refiere el apartado 1.

Artículo 4 Intervención de una autoridad central

1. Cada Estado miembro podrá designar una autoridad central o, si así lo prevé su ordenamiento jurídico, más de una, para asistir a sus autoridades competentes.

2. Un Estado miembro podrá decidir, de ser necesario debido a la organización de su ordenamiento jurídico interno, confiar a su autoridad o autoridades centrales la transmisión y recepción administrativas de las órdenes europeas de protección y de toda correspondencia oficial relacionada con ellas. Por consiguiente, toda comunicación, consulta, intercambio de información, indagaciones y notificaciones entre autoridades competentes podrá realizarse, si procede, con la ayuda de la autoridad o autoridades centrales designadas del Estado miembro interesado.

3. El Estado miembro que desee hacer uso de las posibilidades contempladas en el presente artículo comunicará a la Comisión la información relativa a la autoridad o autoridades centrales designadas. Estas indicaciones serán vinculantes para todas las autoridades del Estado de emisión.

Artículo 5 Necesidad de existencia previa de una medida de protección con arreglo al ordenamiento nacional

Solo se podrá dictar una orden europea de protección cuando previamente se haya adoptado en el Estado de emisión una medida de protección que imponga a la persona causante del peligro una o varias de las siguientes prohibiciones o restricciones:

- a) prohibición de entrar en determinadas localidades, lugares o zonas definidas en las que la persona protegida reside o que frecuenta;
- b) prohibición o reglamentación de cualquier tipo de contacto con la persona protegida, incluidos los con-

tactos telefónicos, por correo electrónico o postal, por fax o por cualquier otro medio, o

c) prohibición o reglamentación del acercamiento a la persona protegida a una distancia menor de la indicada en la medida.

Artículo 6 Emisión de una orden europea de protección

1. Se podrá dictar una orden europea de protección cuando la persona protegida decida residir o resida ya en otro Estado miembro, o cuando decida permanecer o permanezca ya en otro Estado miembro. Cuando decida dictar una orden europea de protección, la autoridad competente del Estado de emisión tendrá en cuenta, entre otros criterios, la duración del período o períodos en que la persona protegida tiene intención de permanecer en el Estado de ejecución, así como la importancia de la necesidad de protección.

2. Una autoridad judicial o equivalente del Estado de emisión solo podrá dictar una orden europea de protección a instancia de la persona protegida y previa comprobación de que la medida de protección cumple los requisitos previstos en el artículo 5.

3. La persona protegida podrá presentar su solicitud de emisión de una orden europea de protección bien a la autoridad competente del Estado de emisión, bien a la autoridad competente del Estado de ejecución. En caso de que la solicitud se presente en el Estado de ejecución, la autoridad competente de este la transmitirá lo antes posible a la autoridad competente del Estado de emisión.

4. Antes de emitir la orden europea de protección, se dará a la persona causante del peligro el derecho a ser oída y a impugnar la medida de protección, en caso de que no hubiera tenido esos derechos en el curso del procedimiento que haya conducido a la adopción de la medida de protección.

5. Cuando una autoridad competente adopte una medida de protección que contenga una o más de las prohibiciones o restricciones previstas en el artículo 5, informará a la persona protegida por cualquier medio adecuado, conforme a los procedimientos previstos en su Derecho nacional, de la posibilidad de solicitar que se dicte una orden europea de protección en caso de que decida trasladarse a otro Estado miembro, así como de las condiciones básicas para presentar dicha solicitud. La autoridad aconsejará a la persona protegida que presente su solicitud antes de salir del territorio del Estado de emisión.

6. En caso de que la persona protegida tenga un tutor o un representante, podrá ser dicho tutor o representante quien presente la solicitud a que se refieren los apartados 2 y 3 en nombre de la persona protegida.

7. Si se denegare la solicitud de emisión de una orden

LEGISLACIÓN

europea de protección, la autoridad competente del Estado de emisión informará a la persona protegida de todas las posibles vías de recurso que sean de aplicación en el Derecho nacional para oponerse a dicha decisión.

Artículo 7 Forma y contenido de la orden europea de protección

La orden europea de protección se emitirá con arreglo al modelo que figura en el anexo I de la presente Directiva. Deberá contener, en particular, la siguiente información:

- a) identidad y nacionalidad de la persona protegida, y las de su tutor o representante en caso de que la persona protegida sea menor o legalmente incapaz;
- b) fecha a partir de la cual la persona protegida se propone residir o permanecer en el Estado de ejecución, así como el período o los períodos de permanencia, si se conocen;
- c) nombre, dirección, números de teléfono y fax, y dirección de correo electrónico de la autoridad competente del Estado de emisión;
- d) referencia (por ejemplo, por medio de un número y de una fecha) del acto jurídico que contiene la medida de protección en la que se funda la orden europea de protección;
- e) resumen de los hechos y circunstancias que dieron lugar a la imposición de la medida de protección en el Estado de emisión;
- f) prohibiciones o restricciones impuestas a la persona causante del peligro en virtud de la medida de protección en la que se funda la orden europea de protección, duración de las mismas, indicación de la pena o sanción aplicable, si ha lugar, en caso de incumplimiento de la correspondiente prohibición u obligación;
- g) en su caso, utilización de un dispositivo técnico que se haya suministrado a la persona protegida o a la persona causante del peligro como medio para hacer cumplir la medida de protección;
- h) identidad, nacionalidad y datos de contacto de la persona causante del peligro;
- i) cuando la autoridad competente del Estado de emisión disponga de esta información sin necesidad de proceder a nuevas investigaciones, indicación de si se ha concedido a la persona protegida o a la persona causante del peligro asistencia jurídica gratuita en el Estado de emisión;
- j) si ha lugar, la descripción de otras circunstancias que podrían influir en la valoración del peligro al que está expuesta la persona protegida;
- k) indicación expresa, en su caso, de que ya se ha transmitido al Estado de supervisión — si este es distinto del Estado de ejecución de la orden europea de protección — una sentencia, según la definición del

artículo 2 de la Decisión marco 2008/947/JAI, o una resolución sobre medidas de vigilancia, según la definición del artículo 4 de la Decisión marco 2009/829/JAI, e indicación de la autoridad competente de ese Estado para la ejecución de dicha sentencia o resolución.

Artículo 8 Procedimiento de transmisión

1. La autoridad competente del Estado de emisión transmitirá la orden europea de protección a la autoridad competente del Estado de ejecución por cualquier medio que deje constancia escrita y en condiciones que permitan a la autoridad competente del Estado de ejecución determinar su autenticidad. Toda comunicación oficial se efectuará también de forma directa entre dichas autoridades competentes.

2. En caso de que la autoridad competente del Estado de ejecución o del de emisión desconozca cuál es la autoridad competente del otro Estado, llevará a cabo todas las indagaciones necesarias, recurriendo entre otros medios a los puntos de contacto de la Red Judicial Europea a que se refiere la Decisión 2008/976/JAI del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, sobre la Red Judicial Europea, al miembro nacional de Eurojust o al sistema nacional de coordinación de Eurojust de su Estado, a fin de obtener la información necesaria.

3. Cuando la autoridad del Estado de ejecución reciba una orden europea de protección y no sea competente para reconocerla, la transmitirá de oficio a la autoridad competente e informará de ello, sin demora, a la autoridad competente del Estado de emisión por cualquier medio que deje constancia escrita.

Artículo 9 Medidas del Estado de ejecución

1. Cuando la autoridad competente del Estado de ejecución reciba una orden europea de protección transmitida con arreglo a lo dispuesto en el artículo 8, reconocerá, sin demora indebida, la orden y adoptará una resolución en la que dicte cualquiera de las medidas previstas en su Derecho nacional para un caso análogo a fin de garantizar la protección de la persona protegida, salvo que decida invocar alguno de los motivos de denegación del reconocimiento contemplados en el artículo 10. El Estado de ejecución podrá aplicar medidas penales, administrativas o civiles, en función de lo que disponga el Derecho nacional.

2. La medida de protección que adopte la autoridad competente del Estado de ejecución de conformidad con el apartado 1, así como cualquier otra medida que se adopte en virtud de una resolución posterior, conforme a lo dispuesto en el artículo 11, corresponderá en la mayor medida posible a la medida de protección ordenada por el Estado de emisión.

3. La autoridad competente del Estado de ejecución informará a la persona causante del peligro, a la auto-

LEGISLACIÓN

ridad competente del Estado de emisión y a la persona protegida de las medidas que haya adoptado conforme al apartado 1, y de las posibles consecuencias jurídicas de la infracción de tales medidas, con arreglo a lo dispuesto en el Derecho nacional y en el artículo 11, apartado 2. No se darán a conocer a la persona causante del peligro la dirección ni otros datos de contacto de la persona protegida, a menos que ello sea necesario para la ejecución de la medida adoptada conforme al apartado 1.

4. En caso de que la autoridad competente del Estado de ejecución estime que la información transmitida con la orden europea de protección con arreglo al artículo 7 es incompleta, informará de ello sin demora a la autoridad competente del Estado de emisión por cualquier medio que deje constancia escrita, fijando un plazo razonable para que la autoridad de emisión aporte la información que falta.

Artículo 10 Motivos de no reconocimiento de una orden europea de protección

1. La autoridad competente del Estado de ejecución podrá denegar el reconocimiento de una orden europea de protección en las siguientes circunstancias:

- a) cuando la orden europea de protección esté incompleta o no se haya completado en el plazo fijado por la autoridad competente del Estado de ejecución;
- b) cuando no se hayan cumplido los requisitos previstos en el artículo 5;
- c) cuando la medida de protección se refiera a un hecho que no constituye infracción penal en el Derecho del Estado de ejecución;
- d) cuando la protección derive de la ejecución de una pena o medida que, conforme al Derecho del Estado de ejecución, haya sido objeto de amnistía y corresponda a un hecho o conducta sobre el que tenga competencia con arreglo a dicho Derecho;
- e) cuando la persona causante del peligro goce de inmunidad conforme al Derecho del Estado de ejecución, y ello imposibilite la adopción de medidas fundadas en una orden europea de protección;
- f) cuando, conforme al Derecho del Estado de ejecución, exista prescripción de la actuación penal contra la persona causante del peligro respecto del hecho o conducta que haya dado lugar a la adopción de la medida de protección, si tal hecho o conducta es de su competencia de conformidad con su Derecho nacional;
- g) cuando el reconocimiento de la orden europea de protección vulnere el principio *non bis in idem*;
- h) cuando, conforme al Derecho del Estado de ejecución, la persona causante del peligro no pueda considerarse penalmente responsable del hecho o conducta que haya dado lugar a la adopción de la medida de protección, por razón de su edad;

i) cuando la medida de protección se refiera a una infracción penal que, según el Derecho del Estado de ejecución, se considere cometida totalmente, en su mayor parte o fundamentalmente dentro del territorio de su jurisdicción.

2. Cuando la autoridad competente del Estado de ejecución deniegue el reconocimiento de una orden europea de protección aplicando uno de los motivos mencionados anteriormente:

- a) informará sin dilación al Estado de emisión y a la persona protegida de la denegación y de los motivos de la misma;
- b) informará, cuando proceda, a la persona protegida de la posibilidad de solicitar la adopción de una medida de protección de conformidad con su Derecho nacional;
- c) informará a la persona protegida de todas las posibles vías de recurso que sean de aplicación en el Derecho nacional para oponerse a dicha decisión.

Artículo 11 Derecho aplicable y competencia del Estado de ejecución

1. El Estado de ejecución será competente para la adopción y la ejecución de medidas en ese Estado consiguientes al reconocimiento de una orden europea de protección. Se aplicará el Derecho del Estado de ejecución a la adopción y ejecución de la resolución a que se refiere el artículo 9, apartado 1, con inclusión de las normas relativas a vías de recurso judicial contra las resoluciones adoptadas en el Estado de ejecución en relación con la orden europea de protección.

2. En caso de que se incumpla alguna de las medidas adoptadas por el Estado de ejecución como consecuencia del reconocimiento de una orden europea de protección, la autoridad competente del Estado de ejecución será competente, de acuerdo con el apartado 1, para:

- a) imponer sanciones penales y adoptar cualquier otra medida como consecuencia del incumplimiento de esa medida, cuando tal incumplimiento constituya una infracción penal con arreglo al Derecho del Estado de ejecución;
- b) adoptar cualesquiera otras resoluciones relacionadas con el incumplimiento;
- c) adoptar las oportunas medidas provisionales urgentes para poner fin al incumplimiento, a la espera, en su caso, de una ulterior resolución del Estado de emisión.

3. Cuando el Derecho nacional del Estado de ejecución no recoja medidas aplicables a casos análogos, la autoridad competente del Estado de ejecución notificará a la autoridad competente del Estado de emisión todo incumplimiento de la medida de protección descrita en la orden europea de protección que llegue a su conocimiento.

ARTÍCULO 14

LEGISLACIÓN

Artículo 12 Notificación en caso de incumplimiento
La autoridad competente del Estado de ejecución notificará a la autoridad competente del Estado de emisión o del Estado de supervisión cualquier incumplimiento de la medida o medidas adoptadas en virtud de la orden europea de protección. La notificación se conformará al modelo normalizado que figura en el anexo II.

Artículo 13 Competencia del Estado de emisión

1. La autoridad competente del Estado de emisión tendrá competencia exclusiva para adoptar resoluciones relativas a:

a) la prórroga, revisión, modificación, revocación y anulación de la medida de protección y, por consiguiente, de la orden europea de protección;
b) la imposición de una medida privativa de libertad como consecuencia de la revocación de la medida de protección, siempre que la medida de protección se haya aplicado con motivo de una sentencia, según la definición del artículo 2 de la Decisión marco 2008/947/JAI, o de una resolución sobre medidas de vigilancia, según la definición del artículo 4 de la Decisión marco 2009/829/JAI.

2. Se aplicará el Derecho del Estado de emisión a las resoluciones que se dicten de acuerdo con el apartado 1.

3. Cuando se haya transmitido ya a otro Estado miembro — o se transmita tras la emisión de la orden europea de protección — una sentencia, según la definición del artículo 2 de la Decisión marco 2008/947/JAI, o una resolución sobre medidas de vigilancia, según la definición del artículo 4 de la Decisión marco 2009/829/JAI, las resoluciones ulteriores previstas en dichas decisiones marco se adoptarán de conformidad con las disposiciones pertinentes de dichas decisiones marco.

4. Cuando la medida de protección esté contenida en una sentencia, según la definición del artículo 2 de la Decisión marco 2008/947/JAI, que ya se haya transmitido o se vaya a transmitir tras la emisión de la orden europea de protección a otro Estado miembro, y la autoridad competente del Estado de supervisión haya tomado ulteriormente decisiones que afecten a las obligaciones o instrucciones contenidas en la medida de protección de conformidad con el artículo 14 de dicha Decisión marco, la autoridad competente del Estado de emisión procederá sin demora a prorrogar, revisar, modificar, revocar o anular en consecuencia la orden europea de protección.

5. La autoridad competente del Estado de emisión informará sin demora a la autoridad competente del Estado de ejecución de cualquier resolución adoptada de conformidad con los apartados 1 o 4.

6. En caso de que la autoridad competente del Estado de emisión haya revocado o anulado la orden europea de protección conforme a lo dispuesto en el apartado 1, letra a), o en el apartado 4, la autoridad competente del

Estado de ejecución pondrá fin a las medidas adoptadas en virtud del artículo 9, apartado 1, tan pronto como haya recibido la correspondiente notificación de la autoridad competente del Estado de emisión.

7. Cuando la autoridad competente del Estado de emisión modifique la orden europea de protección de conformidad con el apartado 1, letra a), o con el apartado 4, la autoridad competente del Estado de ejecución, según proceda:

a) modificará las medidas adoptadas atendiendo a la orden europea de protección, ateniéndose a lo dispuesto en el artículo 9, o

b) se negará a hacer cumplir la prohibición u obligación modificadas, en caso de que no correspondan a los tipos de prohibiciones o restricciones previstos en el artículo 5, o en caso de que la información transmitida con la orden europea de protección con arreglo al artículo 7 sea incompleta y no se haya completado dentro del plazo fijado por la autoridad competente del Estado de ejecución con arreglo a lo dispuesto en el artículo 9, apartado 4.

Artículo 14 Motivos para la suspensión de las medidas adoptadas en virtud de una orden europea de protección

1. La autoridad competente del Estado de ejecución podrá poner fin a las medidas adoptadas en ejecución de una orden europea de protección:

a) cuando existan indicios claros de que la persona protegida no reside ni permanece en el territorio del Estado de ejecución, o de que ha abandonado definitivamente dicho territorio;

b) cuando haya expirado, con arreglo a su Derecho nacional, el plazo máximo de vigencia de las medidas adoptadas en ejecución de la orden europea de protección;

c) en el caso previsto en el artículo 13, apartado 7, letra b), o

d) cuando, tras el reconocimiento de la orden europea de protección, se haya transmitido al Estado de ejecución una sentencia, según la definición del artículo 2 de la Decisión marco 2008/947/JAI, o una resolución sobre medidas de vigilancia, según la definición del artículo 4 de la Decisión marco 2009/829/JAI.

2. La autoridad competente del Estado de ejecución informará inmediatamente de tal resolución a la autoridad competente del Estado de emisión y, cuando sea posible, a la persona protegida.

3. Antes de poner fin a las medidas con arreglo a lo dispuesto en el apartado 1, letra b), la autoridad competente del Estado de ejecución podrá invitar a la autoridad competente del Estado de emisión a que facilite información en cuanto a la necesidad de mantener la protección otorgada por la orden europea de protección en las circunstancias del caso concreto de

ARTÍCULO 14

LEGISLACIÓN

que se trate. La autoridad competente del Estado de emisión responderá sin demora a tal invitación.

Artículo 15

Prioridad del reconocimiento de una orden europea de protección

Una orden europea de protección se reconocerá con la misma prioridad que sería aplicable en un caso nacional similar, teniendo en cuenta las circunstancias particulares del caso, incluida su urgencia, la fecha prevista de llegada de la persona protegida al territorio del Estado de ejecución y, en la medida de lo posible, la gravedad del riesgo que corre la persona protegida.

Artículo 16 Consultas entre autoridades competentes
Cuando proceda, las autoridades competentes del Estado de emisión y del de ejecución podrán consultarse para facilitar la aplicación armoniosa y eficaz de la presente Directiva.

Artículo 17 Lenguas

1. La orden europea de protección deberá ser traducida por la autoridad competente del Estado de emisión a la lengua oficial o a una de las lenguas oficiales del Estado de ejecución.

2. El modelo normalizado a que se refiere el artículo 12 será traducido por la autoridad competente del Estado de ejecución a la lengua oficial o a una de las lenguas oficiales del Estado de emisión.

3. Cualquier Estado miembro podrá, cuando se adopte la presente Directiva o en fecha posterior, hacer constar mediante declaración depositada ante la Comisión que aceptará una traducción a una o varias de las demás lenguas oficiales de la Unión.

Artículo 18 Gastos

Los gastos que resulten de la aplicación de la presente Directiva correrán a cargo del Estado de ejecución, de conformidad con su Derecho nacional, con excepción de los ocasionados exclusivamente en el territorio del Estado de emisión.

Artículo 19 Relación con otros acuerdos y convenios

1. Los Estados miembros podrán seguir aplicando los acuerdos o convenios bilaterales o multilaterales vigentes en la fecha de entrada en vigor de la presente Directiva, en la medida en que permitan ir más allá de los objetivos de esta y contribuyan a simplificar o a facilitar los procedimientos de adopción de medidas de protección.

2. Los Estados miembros podrán celebrar acuerdos o convenios bilaterales o multilaterales después de la entrada en vigor de la presente Directiva, en la medida en que permitan ir más allá de los objetivos de esta y contribuyan a simplificar o facilitar los procedimientos de adopción de medidas de protección.

3. Los Estados miembros notificarán a la Comisión, a más tardar el 11 de abril de 2012, los convenios y acuerdos vigentes mencionados en el apartado 1 que

deseen seguir aplicando. Los Estados miembros notificarán asimismo a la Comisión todos los nuevos acuerdos o convenios a que se refiere el apartado 2, en los tres meses siguientes a su firma.

Artículo 20 Relación con otros instrumentos

1. La presente Directiva no afectará a la aplicación del Reglamento (CE) n o 44/2001, ni del Reglamento (CE) n o 2201/2003, ni tampoco del Convenio de La Haya de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, ni del Convenio de La Haya de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores.

2. La presente Directiva no afectará a la aplicación de la Decisión marco 2008/947/JAI ni de la Decisión marco 2009/829/JAI.

Artículo 21 Incorporación al Derecho interno

1. Los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en la presente Directiva a más tardar el 11 de enero de 2015. Informarán inmediatamente de ello a la Comisión.

Cuando los Estados miembros adopten dichas disposiciones, estas incluirán una referencia a la presente Directiva o irán acompañadas de dicha referencia en su publicación oficial. Los Estados miembros establecerán la forma de la mencionada referencia.

2. Los Estados miembros comunicarán a la Comisión el texto de las principales disposiciones de Derecho interno que adopten en el ámbito regulado por la presente Directiva.

Artículo 22 Recogida de datos

Con el fin de facilitar la evaluación de la aplicación de la presente Directiva, los Estados miembros comunicarán a la Comisión datos pertinentes sobre la aplicación de los procedimientos nacionales relativos a la orden europea de protección, como mínimo en lo que respecta al número de órdenes europeas de protección solicitadas, dictadas o reconocidas.

Artículo 23 Revisión

A más tardar el 11 de enero de 2016, la Comisión presentará al Parlamento Europeo y al Consejo un informe sobre la aplicación de la presente Directiva. Dicho informe irá acompañado, en caso necesario, de propuestas legislativas.

Artículo 24 Entrada en vigor

La presente Directiva entrará en vigor a los veinte días de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea.

Artículo 25 Destinatarios

Los destinatarios de la presente Directiva son los Estados miembros, de conformidad con los Tratados. Hecho en Estrasburgo, el 13 de diciembre de 2011.

LEGISLACIÓN

LA ORDEN EUROPEA DE PROTECCIÓN Y LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA (SALA CUARTA), DE 15 DE SEPTIEMBRE DE 2011, SOBRE CUESTIONES PREJUDICIALES EN RELACIÓN CON LA PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIA

El 14 de diciembre de 2010 se produce en el Parlamento Europeo la Resolución sobre la Orden de Protección y se aprueba la primera lectura con vistas a la adopción de una Directiva del Parlamento y del Consejo. El Fundamento legislativo para regular la materia se encuentra en el art. 82.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, que prevé la cooperación de los Estados en materia penal, basado en el principio de reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales.

Parte de una primera Resolución del Parlamento Europeo de 26 de noviembre de 2009 sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, en la que se pide a los Estados que mejoren su legislación y políticas nacionales destinadas a combatir todas las formas de violencia contra la mujer y que emprendan acciones destinadas a combatir las causas de violencia contra las mujeres, en particular mediante acciones de prevención, y a la Unión que garantice el derecho a la ayuda y a la asistencia para todas las víctimas de violencia. Una segunda Resolución de 10 de febrero de 2010 sobre la igualdad entre mujeres y hombres en la Unión Europea, se apoya la propuesta de establecer la orden de protección europea de las víctimas. Se considera que en una Europa sin fronteras, es necesario garantizar la protección de las personas en su movilidad geográfica, de manera que si una persona que necesita protección, se instala en un Estado de la Unión diferente del que le ofrece protección, pueda hacerlo sin correr peligro su seguridad.

La Orden de Protección surge con una mayor amplitud de la que se contiene en nuestro ordenamiento estatal. De una parte, no se concibe solamente en relación a la jurisdicción penal, sino que recoge la tradición de algunos Estados, y permite la adopción de medidas administrativas. Por otra parte, no se reduce a la violencia de género, sino a toda forma de violencia, como secuestro, acoso y, en general, de peligro para la vida o la integridad física o moral de las personas.

El Consejo de la Unión Europea, en fecha de 19 de abril de 2010, tomó cuenta de la iniciativa de algunos Estados de adoptar una Directiva sobre la Orden Europea de Protección. El Proyecto de Directiva en su

art. 1 define el objetivo de la Orden de Protección, como el de permitir que se pueda dictar una medida de protección destinada a proteger a una persona contra actos delictivos que puedan poner en peligro su vida, su integridad física o psicológica, tras la comisión de un acto que pueda ser objeto de un procedimiento ante un tribunal competente en materia penal. El art. 2 define la orden de protección como la resolución adoptada por una autoridad judicial o equivalente de un Estado miembro, en relación con una medida de protección en virtud de la cual una autoridad judicial o equivalente de un Estado miembro adopta las medidas oportunas con arreglo a su propia legislación nacional a fin de mantener la protección de la persona protegida. La medida de protección se define como la resolución adoptada con arreglo a su legislación y procedimientos nacionales, por la cual se impone a una persona causante de peligro, el beneficio de una persona protegida, una o más de las obligaciones o prohibiciones previstas en el art. 4 con el fin de proteger a esa última persona de actos delictivos que puedan poner en peligro su vida, su integridad física o psicológica, su libertad individual o su integridad sexual. Los requisitos para dictar esa orden o medida son los de residencia en ese Estado, la importancia del asunto que requiera la medida, el tiempo de permanencia de las personas afectadas, y que se solicite por la persona interesada. Se dará audiencia a la persona causante del peligro y posibilidad de recurso. Igualmente, deberá motivarse la denegación de la solicitud. Se perfilan como causas de denegación, el incumplimiento de ciertos requisitos, o el hecho de que en la legislación del Estado de ejecución no se tipifiquen los hechos objeto de la protección como infracciones penales.

En el trámite de enmiendas en el Parlamento Europeo, han sido muy numerosas las que se han efectuado, sobre todo buscando un perfil de la Directiva más acorde con la especificidad de la violencia de género. Se propone un objeto más amplio y se retoman los objetivos de la Resolución del Parlamento Europeo de 26 de noviembre de 2009 sobre la eliminación de la violencia contra la mujer (petición a los Estados miembros de mejorar sus legislaciones y políticas nacionales destinadas a combatir todas las formas de violencia contra la mujer y a emprender acciones des-

LEGISLACIÓN

tinadas a combatir las causas de la violencia contra las mujeres, así como a la Unión que garantice el derecho a la ayuda y la asistencia para todas las víctimas de la violencia). Otras enmiendas hacen referencia a la gratuidad de la medida, formación de las personas profesionales del derecho, competencias del Estado de emisión de la orden y del Estado de supervisión, urgencia en la adopción de las medidas, y posibilidad de acuerdos bilaterales o multilaterales entre los Estados.

El proceso de creación de la Directiva coincide en el tiempo con la Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de Septiembre de 2011, que resuelve acerca de unas peticiones de decisión prejudicial planteadas por la Audiencia Provincial de Tarragona, respecto de la aplicación de la Decisión Marco 2001/220/JAI, de 15 de marzo, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal.

Estas peticiones de decisión prejudicial tienen por objeto la interpretación de los arts. 2,8 y 10 de esta Decisión Marco, que regulan medidas en relación con la protección de las víctimas de violencia: en concreto, en los procesos penales seguidos contra dos ciudadanos de Estados europeos, acusados de haber infringido las medidas de alejamiento sobre sus parejas, como pena accesoria a una condena por violencia de género.

La Decisión Marco se adoptó en 2001 en desarrollo del art. 31.1 c) TUE, que prevé una acción europea común en materia de cooperación judicial, que haga compatibles las normas penales de los Estados en la medida de lo posible. En relación con esa exigencia, se adoptó esta Decisión que, en su art. 2, ordena a los Estados la protección de las víctimas en sus respectivos procesos penales; el art. 8 exige la garantía de los derechos de intimidad y seguridad y el nivel de adecuada protección a las víctimas y, finalmente, en el art. 10, las medidas para prever las infracciones en esas medidas de seguridad.

En la legislación nacional del momento de ocurrir los hechos, la pena accesoria de alejamiento en los casos de violencia de género, estaba contenida en el art. 48.2 CP, y el art. 57 CP regulaba también la posibilidad de aplicarla con objeto de este tipo de delitos. Las modificaciones legales con motivo de la promulgación de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, en el Código Penal, en la Ley Orgánica del Poder Judicial y en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, regulan la creación de juzgados específicos de Violencia de

Género y las consecuencias penales del quebrantamiento de la condena de la pena de alejamiento.

En los casos de referencia, los condenados quebrantaron las penas impuestas, reanudaron la convivencia con sus respectivas víctimas, con el consentimiento libre y voluntario de estas. Fueron condenados por quebrantamiento de condena, y la sentencia fue recurrida en apelación, con la fundamentación de que la reanudación libre de la convivencia, con el consentimiento de las víctimas, no constituye delito de quebrantamiento de la pena de alejamiento.

Las cuestiones prejudiciales presentadas por el tribunal de origen son cinco. La primera pregunta si la víctima tiene derecho a opinar acerca de la medida de alejamiento impuesta a su agresor. La segunda se refiere a si el tribunal está obligado a tener en cuenta la opinión de la víctima. La tercera plantea hasta qué punto esa voluntad de la víctima condiciona al juez para tomar su decisión. La cuarta consiste en que si la normativa europea acerca de la protección a las víctimas se debe interpretar en el sentido de que la pena de alejamiento se imponga en todo caso, o se permite una graduación y ponderación en función de las circunstancias concurrentes en cada caso. Finalmente, la quinta pregunta acerca de si queda excluida, también en todo caso, la mediación en los delitos cometidos en el ámbito familiar o se pueden ponderar los intereses concurrentes.

El Tribunal de Justicia, una vez admitida su competencia, sintetiza en dos las respuestas a las cinco cuestiones planteadas. De una parte, las cuatro primeras que se resumen en la relevancia de la voluntad de la víctima en orden a evitar la imposición de una pena accesoria de alejamiento, o su quebrantamiento, y la quinta acerca de la posibilidad de excluir de la mediación aquellas situaciones de violencia.

En ambos casos, no hay contradicción entre la normativa comunitaria y la nacional en el caso del ordenamiento jurídico del Estado Español. En primer lugar, y con independencia de que deba ser oída la víctima en el proceso penal de violencia de género, su estatus jurídico no puede equipararse al de una parte, ni su voluntad expresada al tribunal, condiciona a éste para adoptar o no una medida de alejamiento: la razón está en que los intereses que se dilucidan en un proceso de estas características exceden de los de la víctima, son intereses más generales de la sociedad, que compromete recursos e instituciones en la lucha contra la violencia de género. Además, porque se trata de penas con una duración determinada, por lo

LEGISLACIÓN

que la reanudación de la convivencia, caso de existir esa voluntad, puede efectuarse al cumplimiento de la pena. No hay, por tanto, violación de la Decisión Marco si una legislación, aún en contra de la voluntad de la víctima, impone penas accesorias de alejamiento en situaciones de violencia de género. Igualmente, no es

contradictoria con el derecho de la Unión Europea la regulación estatal que excluye de la mediación los casos de violencia de género. (MARÍA LUISA BALAGUER CALLEJÓN, Consejera del Consejo Consultivo de Andalucía, Catedrática de Derecho Constitucional).

LEY 35/2011, DE 4 DE OCTUBRE, SOBRE TITULARIDAD COMPARTIDA DE LAS EXPLOTACIONES AGRARIAS¹⁴

PREÁMBULO

I

La sociedad española ha experimentado una profunda transformación en los últimos treinta años en el reconocimiento pleno de la igualdad de derechos y libertades entre mujeres y hombres.

A pesar de esto, la equiparación de sexos en las zonas rurales evoluciona de forma más lenta, lo cual constituye una característica común de todos los países de nuestro entorno. Prueba de ello, es la presencia mayoritaria de hombres en el mundo rural como consecuencia de la migración de las mujeres jóvenes del campo a las ciudades. Las largas jornadas de trabajo, las responsabilidades domésticas no compartidas en la mayor parte de los casos y la falta de reconocimiento económico, profesional y social del trabajo de las mujeres, son los principales motivos de este fenómeno.

En el ámbito de la explotación familiar del medio rural, son muchas las mujeres que comparten con los hombres las tareas agrarias, asumiendo buena parte de las mismas y aportando tanto bienes como trabajo. Sin embargo, en la mayoría de los casos, figura sólo el hombre como titular de la explotación agraria, lo que dificulta que se valore adecuadamente la participación de la mujer en los derechos y obligaciones derivados de la gestión de dicha explotación, en condiciones de igualdad. En España, más del 70 por ciento de los titulares de explotación agraria son hombres.

En España no hay limitaciones legales al acceso a la propiedad agrícola por parte de las mujeres (aunque la realidad muestra que cuando ellas son las titulares, suele tratarse de explotaciones de dimensiones económicas reducidas y baja rentabilidad), pero sí dificultades prácticas para el acceso al crédito o a otros bienes y derechos inmateriales por estar vinculados no a la propiedad de la tierra, sino a su rendimiento, es decir, a la titularidad de la explotación. Además, los estereotipos tradicionales siguen vigentes en el medio rural. El trabajo de las mujeres sigue entendiéndose más

bien como una «ayuda familiar» que complementa a la renta principal y no como una aportación económica efectiva.

El papel de la mujer en el ámbito rural tiene presente y futuro. El desarrollo del medio rural es fundamental para la vertebración de España y así lo ha entendido la Unión Europea mediante la Directiva 41/2010, de 7 de julio. Las mujeres rurales, hoy todavía a pesar de los avances en igualdad, siguen siendo vulnerables e invisibles; y sin embargo ellas son la base del mantenimiento, conservación y desarrollo de las áreas rurales en términos económicos, sociales, y culturales.

II

A pesar del avance que supuso para el régimen jurídico de organización de la tierra en el mundo rural la regulación de las explotaciones agrarias conforme a la Ley 19/1995, de 4 de julio, de modernización de explotaciones agrarias, la práctica demuestra que hay ciertos aspectos que deben corregirse por el efecto negativo que producen en la situación de las mujeres que viven y participan en dichas explotaciones. Aunque existen desde hace tiempo figuras societarias suficientes, en el ordenamiento jurídico civil y mercantil, para que las mujeres ostenten los mismos derechos que los hombres, haciéndolos valer en el mercado y en el tráfico jurídico y económico, sin embargo, la realidad social demuestra que las mujeres que trabajan en las explotaciones agrarias no han recurrido a tales figuras societarias. El Estado pretende, con esta iniciativa legal, adaptar el marco jurídico a la realidad social.

La titularidad compartida está llamada a constituir un factor de cambio de las estructuras agrarias de modo que las mujeres del mundo rural gocen de una igualdad de derechos efectiva respecto de los hombres. Ello permitirá la supresión de barreras formales y sustantivas, así como la potenciación de ciertos valores en las mujeres del mundo rural, tales como la confianza, la igualdad y la no discriminación, la visibilidad y, por tanto el desarrollo sostenible.

¹⁴ Publicada en BOE núm. 240, de 5 de octubre de 2011.

LEGISLACIÓN

El legislador español pretende así instaurar un marco legal para las personas del medio rural, garante de la igualdad de derechos entre mujeres y hombres en el mundo rural, de la protección social y de Seguridad Social correspondiente, de la educación y formación, y del reconocimiento pleno de su trabajo a todos los niveles.

III

Dos normas con rango de Ley constituyen el primer reconocimiento jurídico de lo que ya es conocido como la titularidad compartida de explotaciones agrarias. Por una parte, el artículo 30 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, instando a desarrollar dicha figura jurídica, para que se reconociesen plenamente los derechos de las mujeres en el sector agrario, la correspondiente protección de la Seguridad Social, y el reconocimiento de su trabajo. Por otra parte, la disposición adicional cuarta de la Ley 45/2007, de 13 de diciembre, para el desarrollo sostenible del medio rural, recogió un mandato dirigido al Gobierno para promover y desarrollar el régimen de titularidad compartida de bienes, derechos y obligaciones en el sector agrario y la correspondiente protección de la Seguridad Social.

Como primer desarrollo de dichas normas el Real Decreto 297/2009, de 6 de marzo, sobre titularidad compartida en las explotaciones agrarias creó, a efectos administrativos y como medida de fomento, la titularidad compartida como una nueva figura preferencial adicional a las reguladas en la Ley 19/1995, de 4 de julio, de modernización de las explotaciones agrarias.

Además en Europa también se ha trabajado en este sentido, como lo demuestra la Directiva 2010/41/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de julio, sobre aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma.

IV

Partiendo de estos antecedentes, la presente Ley regula la titularidad compartida de las explotaciones agrarias. La Ley ofrece una nueva figura jurídica de carácter voluntario, que persigue promover esta modalidad de explotación agraria como un vehículo para alcanzar la verdadera equiparación de las mujeres y los hombres en la explotación agraria, dando cumplimiento efectivo al principio de igualdad y no discriminación proclamado en la Constitución. Su objetivo es ir más allá de una regulación de efectos administrativos, puesto que se trata de promover una acción positiva que logre dar visibilidad a las mujeres y que éstas puedan ejercer y disfrutar de todos los derechos derivados de su trabajo en las explotaciones agrícolas

en términos de igualdad con respecto a los hombres, favoreciendo la asunción de decisiones gerenciales y de los riesgos y responsabilidades derivados de aquéllas. La figura que se crea queda perfilada en el artículo 2 como unidad económica, sin personalidad jurídica, y susceptible de imposición a efectos fiscales, que constituye un matrimonio o pareja de hecho, para la gestión conjunta de la explotación agraria, diferenciando entre la titularidad de la explotación y la titularidad dominical de los bienes y sus derechos, cuyo régimen jurídico civil no se ve afectado en ningún caso. Esta Ley otorga a estas explotaciones agrarias de titularidad compartida la condición de prioritarias, conforme a la Ley 19/1995, de 4 de julio, de modernización de explotaciones agrarias, de forma que gozarán de la ventaja de tener un orden preferente a la obtención de beneficios, ayudas y demás medidas de fomento impulsadas por las Administraciones Públicas, siempre y cuando uno de ellos sea agricultor profesional y la renta unitaria de trabajo que se obtenga de la explotación no supere en un 50 por 100 el máximo de lo establecido en la legislación correspondiente para las explotaciones prioritarias.

La Ley regula, además, otro mecanismo para el reconocimiento de los derechos económicos de las mujeres que realicen tareas en la explotación. Así, quien habiendo participado de manera efectiva y regular no reciba pago o contraprestación alguna por el trabajo realizado y no haya constituido con su cónyuge o pareja de hecho una titularidad compartida tendrá derecho a una compensación económica en los supuestos tanto de transmisión de la explotación como de extinción del matrimonio o pareja de hecho. Además de lo expuesto, existe la posibilidad, según se recoge en la disposición adicional primera, del acceso a la administración conjunta de la explotación agraria, pero sin crear la figura jurídica de la titularidad compartida, mediante la constitución de una sociedad de responsabilidad limitada de las previstas en el artículo 5.2 del Real Decreto-Ley 13/2010, de 3 de diciembre, de actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomentar la inversión y la creación de empleo, cuyos estatutos se ajustarán a los Estatutos-tipo que apruebe el Ministro de Justicia. Cabe señalar que el régimen de titularidad compartida que se establece en la presente Ley no es de aplicación a las sociedades de responsabilidad limitada a las que hace referencia esta disposición adicional primera.

En consecuencia, la finalidad de la Ley es promover y favorecer la igualdad real y efectiva entre mujeres y hombres en el medio rural, a través del reconocimiento jurídico y económico derivado de su participación en la actividad agraria.

ARTÍCULO 14

LEGISLACIÓN

V

Por último, hay que destacar que la Ley introduce una regulación que, informada por el principio de igualdad básica entre todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales, según el tenor del artículo 149.1.1.^a de la Constitución, tiene, además, un fundamento constitucional particular y preciso para los preceptos que la integran. De este modo, la disposición final cuarta precisa que la competencia del Estado para dictar la norma se encuentra, junto con el título que deriva del principio de igualdad evocado, en los títulos que le habilitan para producir legislación básica en materia de bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica, en materia de legislación civil, sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se derivan del derecho civil foral o especial, en materia de legislación mercantil, y en las materias de Hacienda general y Deuda pública y de legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social.

VI

La Ley se estructura en cuatro capítulos, seis disposiciones adicionales, una disposición transitoria y cinco disposiciones finales.

El capítulo I establece las disposiciones generales: objeto y finalidad, naturaleza de la explotación agraria de titularidad compartida, definiciones y requisitos de las personas titulares de la explotación agraria de titularidad compartida.

El capítulo II establece el régimen jurídico de la titularidad compartida en cuanto se refiere a la administración, representación y responsabilidad de la explotación agraria de titularidad compartida, al reparto de rendimientos, a la inscripción en el Registro de la correspondiente Comunidad Autónoma, con valor constitutivo, y en el Registro estatal existente en el Ministerio de Medio Ambiente, y Medio Rural y Marino. Finalmente, regula este capítulo el régimen de extinción de la titularidad compartida.

El capítulo III establece el régimen fiscal y las medidas en materia de Seguridad Social aplicables a este tipo de explotaciones agrarias. De igual modo regula las medidas relativas al régimen de las ayudas agrarias y de las ayudas públicas y subvenciones destinadas a la incentivación de la constitución de las titularidades compartidas de las explotaciones agrarias.

El capítulo IV se ocupa de la protección económica del cónyuge o pareja de hecho frente al titular, por razón de su colaboración en la explotación agraria, reconociendo por su actividad efectiva y regular en la explotación, cuando no reciba pago o contraprestación alguna por el trabajo realizado, ni se haya acogido al régimen de titularidad compartida prevista en

la presente Ley, el derecho a reclamar una compensación económica.

La disposición adicional primera establece la futura aprobación de un modelo simplificado de estatutos por el Ministerio de Justicia al cual se podrán acoger aquellas personas físicas que pudiendo constituirse en titularidad compartida de explotación agraria de acuerdo con la presente Ley no la constituyan y decidan formalizar una sociedad de responsabilidad limitada.

La disposición adicional segunda establece la modificación de los registros públicos ministeriales a fin de que sus bases de datos identifiquen a ambas personas titulares de la explotación agraria de titularidad compartida.

La disposición transitoria única establece la obligación de revisar, para su adaptación a la presente Ley, las inscripciones existentes en el Registro de Titularidad compartida en el plazo de seis meses a partir de la aprobación de la nueva norma reglamentaria reguladora de dicho Registro, permaneciendo hasta entonces vigentes el Real Decreto 297/2009, de 6 de marzo, sobre titularidad compartida en las explotaciones agrarias y la Orden ARM/2763/2009, de 5 de octubre, por la que se regula dicho Registro.

La disposición final primera autoriza al Gobierno y a los Ministros de Medio Ambiente, y Medio Rural y Marino, de Economía y Hacienda, de Justicia, de Sanidad, Política Social e Igualdad y de Trabajo e Inmigración a adoptar, en su ámbito, las disposiciones de carácter general necesarias para la ejecución y desarrollo de lo previsto en la Ley.

La disposición final segunda introduce determinadas modificaciones en la Ley 19/1995, de 4 de julio, de modernización de las explotaciones agrarias, al objeto de acomodarla a la nueva figura de la titularidad compartida.

La disposición final tercera, modifica la Ley 18/2007, de 4 de julio, por la que se procede a la integración de los trabajadores por cuenta propia del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos.

Por último la disposición final cuarta se refiere a la determinación de los títulos competenciales para la promulgación de la presente Ley.

CAPÍTULO I

Disposiciones generales

Artículo 1. *Objeto y finalidad.*

1. El objeto de esta Ley es la regulación de la titularidad compartida de las explotaciones agrarias con el fin de promover y favorecer la igualdad real y efectiva de las mujeres en el medio rural, a través del reco-

LEGISLACIÓN

nocimiento jurídico y económico de su participación en la actividad agraria.

2. En caso de no constitución de titularidad compartida, su objeto es la regulación de los derechos económicos generados a favor del cónyuge o persona vinculada por análoga relación de afectividad, frente al titular de la explotación agraria, como contraprestación por su actividad agraria, efectiva y regular en la explotación, en la manera y con los efectos previstos en el capítulo IV de esta Ley.

Artículo 2. *Naturaleza.*

1. La explotación agraria de titularidad compartida es la unidad económica, sin personalidad jurídica y susceptible de imposición a efectos fiscales, que se constituye por un matrimonio o pareja unida por análoga relación de afectividad, para la gestión conjunta de la explotación agraria.

2. La constitución de la titularidad compartida de una explotación agraria no alterará el régimen jurídico de los bienes y derechos que la conformen ni el régimen jurídico matrimonial o pactos patrimoniales de las parejas de hecho ni el régimen sucesorio, sin perjuicio de lo establecido en el capítulo IV de esta Ley.

Artículo 3. *Requisitos de las personas titulares.*

Las personas titulares de la explotación agraria en régimen de titularidad compartida deberán:

- Estar dadas de alta en la Seguridad Social.
- Ejercer la actividad agraria y trabajar en la misma de modo directo y personal tal y como está definido en la Ley 19/1995, de 4 de julio.
- Residir en el ámbito territorial rural en que radique la explotación.

CAPÍTULO II

Régimen de la titularidad compartida

Artículo 4. *Administración, representación y responsabilidad de la explotación agraria de titularidad compartida.*

1. La administración corresponderá a ambas personas titulares conjuntamente.

2. La representación de la explotación de titularidad compartida, será solidaria, con excepción de los actos que supongan, disposición, enajenación o gravamen de la misma, en los que dicha representación será mancomunada.

3. La responsabilidad será directa, personal, solidaria e ilimitada de las dos personas titulares.

Artículo 5. *Reparto de rendimientos.*

1. Los rendimientos generados por la explotación se repartirán al 50 por ciento entre ambas personas titulares de la explotación agraria de titularidad compartida.

2. Una vez repartidos, estos rendimientos se registrarán por lo dispuesto en el régimen económico matrimonial de ambos cónyuges o los pactos patrimoniales que, en su caso, hayan suscrito las parejas de hecho.

Artículo 6. *Registro de titularidad compartida.*

1. Para que la titularidad compartida de las explotaciones agrarias produzca todos sus efectos jurídicos será precisa su inscripción previa en el Registro constituido al efecto por la correspondiente Comunidad Autónoma.

2. La inscripción en el Registro a que se refiere el apartado anterior tendrá carácter constitutivo y se realizará mediante la presentación de una declaración conjunta en la que hagan constar lo siguiente:

- a) Datos de identificación personal.
- b) Datos de identificación de la explotación.
- c) Datos de los bienes y derechos que conforman la explotación agraria de titularidad compartida. En particular, en el caso de bienes inmuebles y de derechos reales sobre los mismos, se deberá especificar la referencia catastral y cualesquiera otros datos que pudieran resultar de la normativa vigente.
- d) Número de Identificación Fiscal asignado por la Administración tributaria competente conforme al artículo 9 de esta Ley.
- e) Datos identificativos de la cuenta bancaria asociada a la titularidad compartida.
- f) Datos identificativos del representante, en su caso, de la titularidad compartida.
- g) Certificado de matrimonio o certificado de inscripción de pareja de hecho, o aseveración de vinculación de análoga relación de afectividad incluida en la declaración conjunta.

La declaración conjunta podrá asimismo presentarse a través del sistema de firma electrónica, de acuerdo con lo establecido en la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos.

3. En el plazo de tres meses se efectuarán, por el Registro correspondiente, las comprobaciones que fueren pertinentes y efectuada la inscripción dentro de dicho plazo, sus efectos se retrotraerán al momento de la presentación realizada por las partes a que se refiere el apartado 2. Transcurrido dicho plazo sin contestación denegatoria por parte del Registro se entenderá efectuada la inscripción por silencio administrativo.

4. El registro correspondiente de gestión autonómica expedirá un certificado en el que consten, como mínimo, los datos a que se refiere el apartado 2.

Artículo 7. *Coordinación registral.*

1. En el Ministerio de Medio Ambiente, y Medio Rural y Marino existirá un Registro en el que se reflejarán las declaraciones de titularidad compartida, y sus variaciones, recibidas del órgano competente de las distintas comunidades autónomas.

2. Dicho Registro deberá contener, al menos, la identificación de las personas titulares de la explotación agraria de titularidad compartida y, en su caso, del

ARTÍCULO 14

LEGISLACIÓN

representante designado por éstas, así como la identificación de la explotación y su número de identificación fiscal.

3. Las comunidades autónomas comunicarán trimestralmente al Ministerio de Medio Ambiente, y Medio Rural y Marino los datos facilitados por las personas titulares de la explotación agraria de titularidad compartida, así como sus variaciones, a los efectos de su constancia en el registro.

4. El contenido del citado registro se determinará reglamentariamente.

Artículo 8. *Extinción.*

1. La titularidad compartida de las explotaciones agrarias se extinguirá:

- a) Por nulidad, separación o disolución del matrimonio.
- b) Por ruptura de la pareja de hecho, o por la muerte o la declaración de fallecimiento de uno de sus miembros.
- c) Por pérdida de la titularidad de la explotación agraria por cualquier causa legalmente establecida.
- d) Por transmisión de la titularidad de la explotación a terceros.
- e) Cuando por alguna de las dos personas titulares dejen de cumplirse los requisitos previstos en el artículo 3 de esta Ley.
- f) Por acuerdo entre las personas titulares de la explotación agraria de titularidad compartida manifestado mediante comparecencia personal o firma electrónica ante el registro de titularidad compartida regulado en el artículo 6 de esta Ley.

2. La concurrencia de alguna de las causas establecidas en las letras a) a e), ambas inclusive, del apartado anterior será comunicada por la persona interesada y en su defecto por la otra persona titular o por sus herederos, al registro de titularidad compartida regulado en el artículo 6 de esta Ley.

CAPÍTULO III

Medidas en materia fiscal, de seguridad social y de subvenciones y ayudas públicas

Artículo 9. *Régimen fiscal de la titularidad compartida.*

1. La titularidad compartida de explotaciones agrarias tendrá la consideración a efectos tributarios de entidad del artículo 35.4 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

2. Toda titularidad compartida de explotación agraria en su consideración de entidad del artículo 35.4 de la Ley General Tributaria, tendrá un número de identificación fiscal para sus relaciones de naturaleza o con trascendencia tributaria.

Este número de identificación fiscal será facilitado por la Administración General del Estado, de oficio o a instancia de la persona interesada.

El procedimiento de asignación y revocación, la com-

posición del número de identificación fiscal y la forma en que deberá utilizarse en las relaciones de naturaleza o con trascendencia tributaria será el regulado en la Ley General Tributaria y en el Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos aprobado por Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio.

3. Lo dispuesto en los apartados anteriores se entenderá sin perjuicio de los regímenes forales de los Territorios Históricos del País Vasco y de la Comunidad Foral de Navarra, conforme a lo establecido en el artículo 1.2 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

Artículo 10. *Medidas en materia de Seguridad Social.*

1. El ejercicio de una actividad agraria por parte de las personas titulares de una explotación agraria de titularidad compartida determina la inclusión en el sistema de la Seguridad Social.

2. El cónyuge de la persona titular de una explotación agraria a que se refiere la disposición adicional primera de la Ley 18/2007, de 4 de julio, por la que se procede a la integración de los trabajadores por cuenta propia del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, que se constituya en titular de la explotación agraria de titularidad compartida, tendrá derecho a los beneficios en la cotización a la Seguridad Social a que se refiere la citada disposición, siempre que se cumplan las condiciones en ella establecidas.

3. Lo previsto en el apartado anterior será aplicable al miembro de la pareja de hecho que se constituya en titular de la explotación agraria en régimen de titularidad compartida, una vez que se regule, en el ámbito de aplicación del sistema de la Seguridad Social y de los Regímenes que lo forman, el alcance del encuadramiento de las parejas de hecho de los titulares de explotaciones agrarias, de conformidad con lo previsto en la disposición adicional segunda de la citada Ley 18/2007, de 4 de julio.

Artículo 11. *Régimen de las ayudas agrarias.*

1. Las subvenciones, las ayudas directas y las ayudas de desarrollo rural, ya procedan de fuentes de financiación europeas, estatales o autonómicas, asociadas a la explotación agraria de titularidad compartida, corresponderán por mitades iguales a favor de cada uno de los cónyuges o miembros de la pareja de hecho titulares de las explotaciones agrarias de titularidad compartida, y la solicitud de las citadas ayudas se realizará a nombre de la entidad de titularidad compartida que constituye la explotación agraria de titularidad compartida, efectuándose el pago corres-

ARTÍCULO 14

LEGISLACIÓN

pondiente en la cuenta bancaria asociada a la titularidad compartida.

2. Cada una de las personas titulares de la explotación agraria de titularidad compartida tendrá la consideración de beneficiaria directa de las ayudas correspondientes al régimen de pago único de la Política Agrícola Común, quedando exenta de retención de derechos la cesión de los mismos que una de las personas titulares deba realizar a favor de la unidad económica.

Artículo 12. *Medidas de fomento y ayudas públicas.*

1. El Ministerio de Medio Ambiente, y Medio Rural y Marino, de acuerdo con sus disponibilidades presupuestarias, con los requisitos y condiciones que se establezcan reglamentariamente, y oídas las organizaciones profesionales agrarias y las organizaciones no gubernamentales de mujeres rurales, arbitrará las medidas necesarias para fomentar la constitución de explotaciones agrarias de titularidad compartida.

2. La explotación agraria de titularidad compartida tendrá la consideración de explotación agraria prioritaria a los efectos previstos en la Ley 19/1995, de 4 de julio siempre que la renta unitaria de trabajo que se obtenga de la explotación no supere en un 50 por 100 el máximo de lo establecido en la legislación correspondiente para las explotaciones prioritarias. Además, adicionalmente a los requisitos previstos en el artículo 3 de la presente Ley, uno de los dos titulares ha de tener la consideración de agricultor profesional, conforme a lo establecido en el apartado 5 del artículo 2 de Ley 19/1995, de 4 de julio.

3. Las bases reguladoras de subvenciones financiadas por la Administración General del Estado, incorporarán para beneficiar a las explotaciones agrarias de titularidad compartida un trato preferente. Dicho trato preferente consistirá, a igualdad de requisitos para las explotaciones y para cada nivel de apoyo, en el incremento de la ponderación o puntuación en los criterios objetivos de otorgamiento de subvenciones y ayudas públicas establecidas en las referidas bases reguladoras, adicionalmente a otras situaciones de preferencia y prioridad establecidas en el resto del ordenamiento jurídico.

4. Las personas titulares de explotaciones agrarias de titularidad compartida tendrán un derecho preferente en las actividades de formación y asesoramiento en materia de agricultura.

5. Todas las disposiciones, planes y programas elaborados por la Administración General del Estado en materia de agricultura, medio rural y medio ambiente deberán tomar en consideración las medidas incentivadoras y de fomento de la titularidad compartida de las explotaciones agrarias previstas en esta Ley, realizando las justificaciones precisas a tales efectos

en la correspondiente memoria.

CAPÍTULO IV

Compensación económica por razón de colaboración efectiva en la explotación agraria

Artículo 13. *Reconocimiento del derecho a la compensación económica.*

1. Las personas casadas o unidas por análoga relación de afectividad que participen de manera efectiva y regular en la actividad agraria de la explotación, que no reciban pago o contraprestación alguna por el trabajo realizado ni se hayan acogido al régimen de titularidad compartida previsto en la presente Ley, tendrán derecho a una compensación económica en los términos y con los efectos jurídicos que se señalan en el apartado y artículos siguientes. La acreditación del trabajo efectivo se podrá hacer con cualquier medio de prueba admitido en derecho. No obstante, se presumirá dicho trabajo efectivo en el caso de matrimonios cuyo régimen económico sea el de gananciales.

2. En los casos de transmisión de la explotación agraria, de nulidad o disolución del matrimonio por cualquiera de las causas previstas en el artículo 85 del Código Civil, o de la análoga relación de afectividad por separación, nulidad, o muerte, o en los supuestos de liquidación del régimen económico del matrimonio o de las relaciones patrimoniales establecidas por la pareja de hecho, las personas a las que se refiere el apartado 1 tendrán derecho a exigir una compensación económica al otro titular de la explotación agraria o a sus herederos.

Artículo 14. *Cuantía y pago de la compensación.*

1. Para el cálculo de la compensación se tendrá en cuenta el valor real de la explotación agraria, el tiempo efectivo y real de colaboración en la actividad agraria y la valoración de la actividad en el mercado, extremos que se probarán con los medios de prueba admitidos en derecho.

2. La compensación será compatible con otros derechos de carácter patrimonial a los que tenga derecho el cónyuge o miembro de la pareja de hecho.

3. La compensación se satisfará preferentemente en un solo pago, sin perjuicio de lo que las partes puedan pactar sobre la cuantía, forma, plazos y garantía para el pago de la compensación.

Artículo 15. *Plazo de reclamación.*

La acción para reclamar el pago de la compensación prescribirá a los cinco años contados desde el cumplimiento de los supuestos previstos en el artículo 13.2 de esta Ley.

Disposición adicional primera. *Constitución de sociedades de responsabilidad limitada.*

Quienes cumpliendo los requisitos previstos en el artículo 3 de la presente Ley decidan no crear una explotación agraria de titularidad compartida,

LEGISLACIÓN

podrán constituir entre sí una sociedad de responsabilidad limitada de las previstas en el artículo 5. Dos del Real Decreto-Ley 13/2010, de 3 de diciembre, de actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomentar la inversión y la creación de empleo. Estas sociedades se ajustarán a los Estatutos-tipo que se aprueben por el Ministerio de Justicia, con las bonificaciones y exenciones fiscales que legalmente se determinen.

Disposición adicional segunda. *Modificación de los registros públicos.*

Los departamentos ministeriales responsables adoptarán las medidas necesarias para que en los registros públicos que proceda se identifique a las personas titulares de las explotaciones agrarias de titularidad compartida.

Disposición adicional tercera.

En el plazo de tres meses tras la aprobación de esta ley, el Gobierno establecerá un programa plurianual que contemple una campaña de sensibilización y difusión del acceso a la titularidad compartida y de los incentivos para acogerse a esta modalidad.

Disposición adicional cuarta.

Transcurridos los primeros tres años de aplicación de la presente Ley, el Gobierno realizará una evaluación de los resultados de la aplicación de la misma, así como su impacto en aquellas Comunidades Autónomas con un Derecho Civil propio, proponiendo las modificaciones que, en su caso, estime procedentes, y la remitirá al Congreso de los Diputados.

Disposición adicional quinta. *Modificación de la Ley 3/2001, de 26 de marzo, de Pesca Marítima del Estado.*

Se añade un Título VI a la Ley 3/2001, de 26 de marzo, de Pesca Marítima del Estado, con la siguiente redacción:

«TÍTULO VI

Regularización de buques pesqueros en el Censo de la Flota Pesquera Operativa y en el Registro de Buques y Empresas Navieras

Artículo 109. *Regularización de buques.*

Se establece un procedimiento de regularización de las inscripciones en el Registro de Buques y Empresas Navieras, dependiente del Ministerio de Fomento, así como en el Censo de la Flota Pesquera Operativa, dependiente del Ministerio de Medio Ambiente, y Medio Rural y Marino, de aquellas embarcaciones de pesca en las que el material del casco, la potencia propulsora o los valores de eslora, manga, puntal o arqueo no coincidan con sus correspondientes datos registrales, que cumplan las condiciones establecidas en esta Ley.

Artículo 110. *Condiciones de regularización.*

1. Se podrán acoger a este procedimiento los armadores o propietarios que hubieran presentado en plazo

la solicitud de regularización en el marco de la Ley 9/2007, de 22 de junio, sobre regularización y actualización de inscripciones de embarcaciones pesqueras en el Registro de Buques y Empresas Navieras y en el Censo de la Flota Pesquera Operativa, y no fueron admitidas a trámite o hubieran sido desestimadas en virtud de lo establecido en el artículo 3 de la citada Ley. Este procedimiento será de aplicación a los expedientes instruidos y pendientes de aportación de bajas o resueltos cuya eficacia quedó demorada hasta el momento de la aportación de bajas.

2. Podrán acogerse también, aquellos propietarios o armadores de embarcaciones que hubiesen presentado su solicitud antes del 31 de diciembre de 2007, en la regularización citada en el párrafo primero.

3. En ningún caso la regularización o actualización del Censo o Registro perjudicará los derechos adquiridos por tercero a título oneroso y de buena fe durante la vigencia del asiento que se rectifique.

Artículo 111. *Requisitos para la aportación de bajas.*

1. En el supuesto de que las variaciones producidas respecto a los datos inscritos supongan un incremento del arqueo o la potencia propulsora de la embarcación, sus propietarios o armadores deberán aportar como baja las unidades pesqueras operativas necesarias para compensar dichos incrementos, de acuerdo con los criterios aplicables a la construcción y modernización de buques pesqueros establecidos en el Real Decreto 1549/2009 de 9 de octubre, sobre ordenación del sector pesquero y adaptación al Fondo Europeo de la Pesca, con excepción de lo previsto en el artículo 3.c) de dicho Real Decreto. Se admitirá una tolerancia en arqueo de 1,00 GT para embarcaciones menores de 10 metros de eslora total y de 0,8 GT para las restantes, y hasta 20 caballos de vapor en ambos casos.

2. Las bajas necesarias se aportarán en el plazo que se establezca por la autoridad competente para la resolución del expediente, pudiendo proceder de cualquier censo por modalidades de pesca o caladero sin limitación de puerto base y admitiéndose la aportación de una o varias bajas, que necesariamente serán desguazadas, para la regularización de varias embarcaciones.

3. Durante el periodo de aportación de bajas ninguno de los datos registrales podrá sufrir variaciones, a excepción de los cambios de titularidad por motivos de fallecimiento o incapacidad permanente del propietario.

El incumplimiento de lo establecido en el párrafo anterior supondrá la resolución desestimatoria de la regularización solicitada.

4. Los buques regularizados con la aportación de las bajas correspondientes deberán ejercer la actividad

LEGISLACIÓN

pesquera de forma continuada y permanecer de alta en el Censo de la Flota Pesquera Operativa y en el Registro de Buques y Empresas Navieras, durante al menos dos años desde la anotación de las nuevas dimensiones en la hoja de asiento, para poder ser aportados como baja en los procedimientos de construcción o modernización de buques pesqueros o para poder recibir ayudas a la paralización definitiva de las actividades pesqueras y siempre que reúnan los requisitos establecidos para ello.

5. En defecto de aportación de la baja correspondiente resultante de los procedimientos instruidos en el marco de la Ley 9/2007, de 22 de junio, y de esta Ley, se procederá a la anotación de las características reales en el Registro de Buques y Empresas Navieras y en el Censo de la Flota Pesquera Operativa. A partir de dicha anotación ninguno de los datos registrales podrá sufrir variación hasta su baja definitiva, a excepción de los cambios de titularidad por motivos de fallecimiento o incapacidad permanente del propietario, transmisión ínter vivos entre familiares de primer grado que no sean titulares de otra embarcación o modificaciones técnicas justificativas que sean certificadas por la autoridad competente del puerto base. Estas embarcaciones no podrán recibir ningún tipo de ayuda pública ni ser aportadas como baja en ningún caso durante su vida útil, al final de la cual deberán ser desguazadas sin ninguna subvención, lo que figurará anotado en los anteriores registros.

6. No obstante, si una vez realizada la anotación de las características reales a que hace referencia el apartado anterior, el armador aportara las bajas correspondientes a las diferencias existentes entre los datos reales anotados y los datos registrales anteriores, conforme a lo establecido en el artículo 53.3 del Real Decreto 1549/2009, de 9 de octubre, los efectos restrictivos establecidos en el apartado anterior quedarán anulados.

Artículo 112. *Procedimiento.*

Los Ministerios de Medio Ambiente, y Medio Rural y Marino y de Fomento, consultadas las Comunidades Autónomas afectadas, establecerán el procedimiento administrativo para la tramitación y resolución de la regularización.

Artículo 113. *Efectos de la regularización.*

Aquellos armadores o propietarios de buques, incluidos en el ámbito de aplicación del artículo 110 que no soliciten su regularización, serán dados de baja provisional en el Censo de la Flota Pesquera Operativa, no pudiendo realizar actividad pesquera alguna.»

Disposición adicional sexta.

Los poderes públicos fomentarán la titularidad compartida en cuanto a su presencia en los órganos rectores de las entidades asociativas agrarias.

Disposición transitoria única.

En el plazo de seis meses a contar desde la publicación de la nueva disposición reglamentaria que regule el Registro de titularidad compartida, deberán revisarse las inscripciones existentes para adaptarlas a los requisitos y condiciones establecidos en la presente Ley. Hasta entonces seguirán vigentes el Real Decreto 297/2009, de 6 de marzo, sobre titularidad compartida en las explotaciones agrarias y la Orden ARM/2763/2009, de 5 de octubre, por la que se regula el Registro de titularidad compartida de explotaciones agrarias.

Disposición final primera. *Desarrollo de la Ley.*

Por el Gobierno y por los Ministros de Medio Ambiente, y Medio Rural y Marino, de Justicia, de Economía y Hacienda, de Trabajo e Inmigración y de Sanidad, Política Social e Igualdad, se adoptarán, en el ámbito de sus respectivas competencias, las disposiciones de carácter general necesarias para la aplicación, ejecución y desarrollo de lo previsto en la presente Ley.

Disposición final segunda. *Modificación de la Ley 19/1995, de 4 de julio, de modernización de las explotaciones agrarias.*

1. El segundo párrafo del apartado 1 del artículo 2 queda redactado como sigue:

«Asimismo, a efectos de esta Ley y de las disposiciones correspondientes al encuadramiento en el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Propia Agrarios incluidos en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, se considerará como actividad agraria la venta directa por parte de agricultoras o agricultores de la producción propia sin transformación o la primera transformación de los mismos, cuyo producto final esté incluido en el anexo I del artículo 38 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea, dentro de los elementos que integren la explotación, en mercados municipales o en lugares que no sean establecimientos comerciales permanentes, considerándose también actividad agraria toda aquella que implique la gestión o la dirección y gerencia de la explotación.»

2. El apartado 4 del artículo 2 queda redactado como sigue:

«4. Titular de la explotación: la persona física, ya sea en régimen de titularidad única, ya sea en régimen de titularidad compartida inscrita en el registro correspondiente, o la persona jurídica, que ejerce la actividad agraria organizando los bienes y derechos integrantes de la explotación con criterios empresariales y asumiendo los riesgos y responsabilidades civil, social y fiscal que puedan derivarse de la gestión de la explotación.»

3. El apartado 5 del artículo 2 queda redactado como

LEGISLACIÓN

sigue:

«Agricultor profesional, la persona física que siendo titular de una explotación agraria, al menos el 50 % de su renta total la obtenga de actividades agrarias u otras actividades complementarias, siempre y cuando la parte de renta procedente directamente de la actividad agraria de su explotación no sea inferior al 25 % de su renta total y el volumen de empleo dedicado a actividades agrarias o complementarias sea igual o superior a la mitad de una Unidad de Trabajo Agrario.

A estos efectos se considerarán actividades complementarias la participación y presencia de la persona titular, como consecuencia de elección pública, en instituciones de carácter representativo, así como en órganos de representación de carácter sindical, cooperativo o profesional, siempre que éstos se hallen vinculados al sector agrario. También se considerarán actividades complementarias las de transformación de los productos de la explotación agraria y la venta directa de los productos transformados de su explotación, siempre y cuando no sea la primera transformación especificada en el apartado 1 del artículo 2, así como las relacionadas con la conservación del espacio natural y protección del medio ambiente, el turismo rural o agroturismo, al igual que las cinegéticas y artesanales realizadas en su explotación.»

4. La letra d) del apartado 1 del artículo 4 queda redactada como sigue:

«Estar dado de alta en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos o, en su caso, en el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Propia Agrarios incluido en dicho Régimen. Las agricultoras y los agricultores profesionales que no estén encuadrados en el régimen anterior deberán cumplir los requisitos indicativos de su profesionalidad agraria establecidos a estos efectos por las Comunidades Autónomas.» 5. El apartado 2 del artículo 4 queda redactado como sigue:

«2. Las explotaciones agrarias de titularidad compartida tendrán la consideración de explotaciones prioritarias en los términos establecidos en la Ley sobre titularidad compartida de las explotaciones agrarias.»

6. La letra b) del artículo 6 queda redactada como sigue.

«b) Sociedades civiles, laborales u otras mercantiles que, en caso de que sean anónimas, sus acciones deberán nominativas, siempre que más del 50 por 100 del capital social, de existir este, pertenezca a socios que sean agricultores profesionales. Estas sociedades tendrán por objeto principal el ejercicio de la actividad agraria en la explotación de la que sean titula-

res.»

Disposición final tercera. *Modificación de la Ley 18/2007, de 4 de julio, por la que se procede a la integración de los trabajadores por cuenta propia del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos.*

1. Se da nueva redacción al apartado 2 del artículo 2 de la Ley 18/2007, de 4 de julio, por la que se procede a la integración de los trabajadores por cuenta propia del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, que queda redactado como sigue:

«2. A los efectos previstos en el punto 1 anterior, se entiende por explotación agraria el conjunto de bienes y derechos organizados por su titular en el ejercicio de la actividad agraria, y que constituye en sí misma unidad técnico-económica, pudiendo la persona titular o titulares de la explotación serlo por su condición de propietaria, arrendataria, aparcerera, cesionaria u otro concepto análogo, de las fincas o elementos materiales de la respectiva explotación agraria.

A este respecto se entiende por actividad agraria el conjunto de trabajos que se requiere para la obtención de productos agrícolas, ganaderos y forestales.

A efectos de esta Ley se considerará como actividad agraria la venta directa por parte de la agricultora o agricultor de la producción propia sin transformación o la primera transformación de los mismos cuyo producto final esté incluido en el anexo I del artículo 38 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea, dentro de los elementos que integren la explotación, en mercados municipales o en lugares que no sean establecimientos comerciales permanentes, considerándose también la actividad agraria toda aquella que implique la gestión o la dirección y gerencia de la explotación.

Asimismo, se considerarán actividades complementarias la participación y presencia de la persona titular, como consecuencia de elección pública, en instituciones de carácter representativo, así como en órganos de representación de carácter sindical, cooperativo o profesional, siempre que éstos se hallen vinculados al sector agrario; también tendrán la consideración de actividades complementarias las actividades de transformación de los productos de su explotación y venta directa de los productos transformados, siempre y cuando no sea la primera especificada en el apartado anterior, así como las relacionadas con la conservación del espacio natural y protección del medio ambiente, el turismo rural o agroturismo, al igual que las cinegéticas y artesanales realizadas en su explotación.»

LEGISLACIÓN

2. Se da nueva redacción al primer y segundo párrafo del apartado 1 de la disposición adicional primera de la Ley 18/2007, de 4 de julio, que quedaría redactado del siguiente modo:

«En el supuesto de personas incorporadas a la actividad agraria a partir del 1 de enero de 2008 que queden incluidas en el Régimen Especial de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos a través del Sistema Especial para trabajadores por Cuenta Propia Agrarios, que tengan cincuenta o menos años de edad en el momento de dicha incorporación y sean cónyuges o descendientes del titular de la explotación agraria, siempre que éste se encuentre dado de alta en los citados regímenes y sistemas especiales, se aplicará, sobre la cotización por contingencias comunes de cobertura obligatoria, una reducción equivalente al 30 por 100 de la cuota que resulte de aplicar a la base mínima de cotización que corresponda, el tipo del 18,75 por 100.

La reducción de cuotas establecida en el párrafo anterior tendrá una duración de cinco años computados desde la fecha de efectos de la obligación de cotizar y será incompatible con la reducción y bonificación para los nuevos trabajadores incluidos en el Régimen Especial de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos en la disposición adicional trigésima quinta del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio.»

Disposición final cuarta. *Fundamento constitucional.*

1. El artículo 1 constituye regulación de las condiciones básicas que garantizan la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes constitucionales, de acuerdo con el artículo 149.1.1.^a de la Constitución.

2. Los artículos 2.2, 4, 5, 8, 13, 14 y 15 se dictan al amparo de la competencia estatal en materia de relaciones jurídico civiles relativas a las formas del matrimonio que constituyen legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las comunidades autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan, al amparo de lo dispuesto en el artículo 149.1.8.^a de la Constitución.

3. El artículo 9 constituye legislación en materia de Hacienda general y Deuda del Estado, al amparo de lo dispuesto en el artículo 149.1.14.^a de la Constitución.

4. El artículo 10 y la disposición final tercera constituyen legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social, al amparo de lo dispuesto en el artículo 149.1.17.^a de la Constitución.

5. Los artículos 2.1, 3, 6, 7, 11, 12 y la disposición final segunda constituyen legislación básica en materia de bases y coordinación de la planificación general de la

actividad económica, dictada al amparo de lo dispuesto en el artículo 149.1.13.^a de la Constitución.

6. La disposición adicional primera constituye legislación mercantil al amparo de lo dispuesto en el artículo 149.1.6.^a de la Constitución.

Disposición final quinta. *Entrada en vigor.*

La presente Ley entrará en vigor a los tres meses de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

COMENTARIO A LA LEY 35/2011, DE 4 DE OCTUBRE, SOBRE TITULARIDAD COMPARTIDA DE LAS EXPLOTACIONES AGRARIAS

1. Introducción. 2. 1.- Régimen de la titularidad compartida. 2.- Compensación económica por razón de colaboración efectiva en la explotación agraria. 3.- El modelo de sociedad de responsabilidad limitada.

1. Introducción

La Ley Orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, supone un punto de inflexión en el desarrollo legislativo de la igualdad y la no discriminación por razón de sexo. Como sabemos, esta Ley Orgánica, incorpora las Directivas comunitarias, especialmente la 2002/73/CE, de reforma de la Directiva 76/207/CEE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo; y la Directiva 2004/113/CE, sobre aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios y su suministro; Y, además, la citada ley supone el desarrollo legislativo del art. 14 de la CE y tiene su fundamento en el art. 9.2 CE, que obliga a los poderes públicos a remover los obstáculos para que la igualdad sea real y efectiva.

La Ley Orgánica 3/2007 es una ley transversal que pretende la implantación de la perspectiva de género en todos los sectores del ordenamiento y regula aspectos tanto laborales como de la vida social: en este marco, se preocupa también de las mujeres del ámbito rural, al constatar la realidad social consistente en que en las explotaciones agrarias el trabajo de las mujeres estaba invisibilizado, en la medida en que el titular de la explotación agraria era el marido o la pareja de hecho varón y, así, el trabajo desarrollado por las mujeres quedaba fuera de la realidad jurídica. Para conjurar esta situación discriminatoria la Ley Orgánica dedica el art. 30 al ámbito rural, estableciendo que: "1. A fin de hacer efectiva la igualdad entre mujeres y hombres en el sector agrario, el Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación y el

LEGISLACIÓN

Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales desarrollarán la figura jurídica de la titularidad compartida, para que se reconozcan plenamente los derechos de las mujeres en el sector agrario, la correspondiente protección de la Seguridad Social, así como el reconocimiento de su trabajo”.

Posteriormente se promulgó el Real Decreto 297/2009, de 6 de marzo, sobre titularidad compartida en las explotaciones agrarias, y la Orden ARM/2763/2009, de 5 de octubre, por la que se regula el Registro de titularidad compartida de explotaciones agrarias. Ambas normas, según la Disposición transitoria única de la Ley 35/2011, estarán en vigor hasta que se promulgue la disposición reglamentaria que desarrolle el Registro de titularidad compartida¹⁵.

La Ley 35/2011, sobre titularidad compartida de las explotaciones agrarias, parte de la constatación de que las mujeres trabajan en las explotaciones agrarias pero no constan como titulares de las mismas. Así lo expresa en su Exposición de Motivos: “En el ámbito de la explotación familiar del medio rural, son muchas las mujeres que comparten con los hombres las tareas agrarias, asumiendo buena parte de las mismas y aportando tanto bienes como trabajo. Sin embargo, en la mayoría de los casos, figura sólo el hombre como titular de la explotación agraria, lo que dificulta que se valore adecuadamente la participación de la mujer en los derechos y obligaciones derivados de la gestión de dicha explotación, en condiciones de igualdad”. Para corregir esta desigualdad propone dos modelos de visibilización del trabajo de las mujeres: un régimen de titularidad compartida de la explotación, a cuya regulación dedica los artículos 4 a 8, o la posibilidad, que prevé la disposición adicional primera, de constituir una sociedad de responsabilidad limitada entre los cónyuges o convivientes¹⁶. Además, para las personas que no se acojan al modelo de titularidad compartida, el capítulo IV de la Ley 35/2011 regula el derecho a una compensación económica, siempre que no reciban pago o contraprestación alguna por el trabajo realizado.

1.- Régimen de la titularidad compartida.

Con carácter general, la Ley 35/2011 exige unos

requisitos para ser titular de una explotación agraria: hay que estar dado de alta en la Seguridad Social, trabajar efectivamente en la explotación y residir en el medio rural de la explotación (art. 3).

En cuanto al régimen de funcionamiento de la explotación, la Ley parte de un reparto equitativo tanto de responsabilidades y funciones, como de beneficios. Así, se prevé una administración común de ambos titulares que, además, responden directa, personal, solidaria e ilimitadamente de las resultas de su gestión (art. 4). Del mismo modo, que se administra y se responde conjuntamente, también los beneficios se reparten al 50 por ciento entre ambos titulares (art. 5).

Ahora bien, para que se aplique este régimen jurídico, la Ley 35/2011 exige la inscripción en un registro constituido al efecto en la correspondiente Comunidad Autónoma (art. 6.1). El documento que se inscribe es una declaración conjunta donde se debe identificar tanto los titulares como la explotación, y los bienes que la integran y, entre otros datos económicos y fiscales, es importante que se acredite el vínculo entre los titulares, lo que se puede hacer presentando el certificado de matrimonio o de la inscripción como pareja de hecho, o, en los casos de mera convivencia, incluir en la declaración la aseveración de que existe una análoga relación de afectividad (art. 6.2).

Antes de esta Ley se promulgó el Real Decreto 297/2009, de 6 de marzo, sobre titularidad compartida en las explotaciones agrarias, que, en su artículo 5, establece que en el Ministerio de Medio Ambiente, y Medio Rural y Marino existirá un Registro, donde se reflejarán las declaraciones de titularidad compartida y sus variaciones, recibidas de la autoridad competente de las distintas Comunidades Autónomas. Los datos que deben constar son, al menos, la identificación de los cotitulares y, en su caso, del representante designado por éstos, así como la identificación de la explotación y su número de identificación fiscal, a cuyo efecto señala que las Comunidades Autónomas comunicarán mensualmente al Ministerio de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino los datos facilitados por los cotitulares, así como sus variaciones, a los efectos de su constancia en el registro. En desarrollo de esta previsión, la Orden ARM/2763/2009, de 5 de octubre, regula el Registro de titularidad compartida

¹⁵ Disposición transitoria única de la Ley 35/2011: “En el plazo de seis meses a contar desde la publicación de la nueva disposición reglamentaria que regule el Registro de titularidad compartida, deberán revisarse las inscripciones existentes para adaptarlas a los requisitos y condiciones establecidos en la presente Ley. Hasta entonces seguirán vigentes el Real Decreto 297/2009, de 6 de marzo, sobre titularidad compartida en las explotaciones agrarias y la Orden ARM/2763/2009, de 5 de octubre, por la que se regula el Registro de titularidad compartida de explotaciones agrarias”.

¹⁶ Disposición adicional primera. Constitución de sociedades de responsabilidad limitada: “Quienes cumpliendo los requisitos previstos en el artículo 3 de la presente Ley decidan no crear una explotación agraria de titularidad compartida, podrán constituir entre sí una sociedad de responsabilidad limitada de las previstas en el artículo 5. Dos del Real Decreto-Ley 13/2010, de 3 de diciembre, de actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomentar la inversión y la creación de empleo. Estas sociedades se ajustarán a los Estatutos-tipo que se aprueben por el Ministerio de Justicia, con las bonificaciones y exenciones fiscales que legalmente se determinen”.

ARTÍCULO 14

LEGISLACIÓN

de explotaciones agrarias. Ambas normas siguen vigentes según la Disposición transitoria única de la Ley 35/2011.

2.- Compensación económica por razón de colaboración efectiva en la explotación agraria

La titularidad compartida implica la participación en los beneficios pero, en los casos en los que no se establezca esa titularidad compartida, el trabajo que efectivamente se ha prestado es valorado por la Ley 35/2011, regulando una compensación económica. Es el art. 13.1 de la Ley 35/2011 el que lo prevé: “Las personas casadas o unidas por análoga relación de afectividad que participen de manera efectiva y regular en la actividad agraria de la explotación, que no reciban pago o contraprestación alguna por el trabajo realizado ni se hayan acogido al régimen de titularidad compartida previsto en la presente Ley, tendrán derecho a una compensación económica”.

La cuantía de la compensación dependerá del valor real de la explotación agraria, y se calculará en función del tiempo real y efectivo dedicado a la explotación (art. 14), estableciéndose un plazo para reclamar esta compensación de 5 años (art. 15).

3.- El modelo de sociedad de responsabilidad limitada

La Disposición adicional primera de la Ley 35/2011 prevé la constitución de sociedades de responsabilidad limitada para, “quienes cumpliendo los requisitos previstos en el artículo 3 de la presente Ley decidan no crear una explotación agraria de titularidad compartida”. En estos casos, “podrán constituir entre sí una sociedad de responsabilidad limitada de las previstas en el artículo 5. Dos¹⁷ del Real Decreto-Ley 13/2010, de 3 de diciembre, de actuaciones en el

ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomentar la inversión y la creación de empleo. Estas sociedades se ajustarán a los Estatutos-tipo que se aprueben por el Ministerio de Justicia, con las bonificaciones y exenciones fiscales que legalmente se determinen”.

El objetivo de este Real Decreto-Ley 13/2010 es “continuar y reforzar la política de impulso al crecimiento de la economía española y al incremento de su competitividad través de medidas de apoyo a la actividad empresarial, esencialmente enfocadas a las pequeñas y medianas empresas, de tal modo que, a través de una reducción de cargas impositivas y de otra índole, se favorezca la inversión productiva, la competitividad de las empresas españolas y, por ende, la creación de empleo”.

La aplicación del art. 5.dos supone una simplificación en los trámites de constitución de las sociedades mercantiles de responsabilidad limitada, que son un modelo de organización empresarial con personalidad jurídica propia lo que les permite actuar válidamente en el tráfico jurídico, pero con una responsabilidad limitada al capital de la sociedad: por lo que respecta a las explotaciones agrarias, esa sociedad se constituiría por los dos titulares cónyuges o convivientes.

Esta regulación legal pretende, como ya hemos visto, visibilizar el trabajo de las mujeres en el ámbito rural. Se considera que en Andalucía más de 13.000 mujeres podrían acogerse a esta titularidad compartida: se trata de mujeres que han estado trabajando durante años y que, al no constar ese trabajo, no podían acceder a algún tipo de prestación tanto de la Seguridad Social, como de cualquier otro tipo.

(MARÍA DOLORES CABELLO FERNÁNDEZ.
Profesora Colaboradora de Derecho Constitucional de la Universidad de Málaga).

¹⁷ Artículo 5. Medidas para agilizar y simplificar la constitución de sociedades mercantiles de capital.: “Dos. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, cuando el capital social de las sociedades de responsabilidad limitada no sea superior a 3.100 euros y sus estatutos se adapten a algunos de los aprobados por el Ministerio de Justicia, se seguirán las reglas previstas en el mismo con las siguientes especialidades:

a) El notario otorgará la escritura de constitución en el mismo día en el que, aportados todos los antecedentes necesarios para ello, reciba la certificación negativa de denominación expedida por el Registro Mercantil Central.

b) El registrador mercantil procederá a la calificación e inscripción dentro del plazo de las 7 horas hábiles siguientes a la recepción telemática de la escritura, entendiéndose por horas hábiles a estos efectos las que queden comprendidas dentro del horario de apertura fijado para los registros.

c) Se aplicarán como aranceles notariales y registrales la cantidad fija de 60 euros para el notario y 40 para el registrador”.

LEGISLACIÓN

DECRETO 346/2011, DE 22 DE NOVIEMBRE, POR EL QUE SE CREA Y REGULA EL CENSO DE ENTIDADES COLABORADORAS CON EL INSTITUTO ANDALUZ DE LA MUJER PARA LA PROMOCIÓN DE LA IGUALDAD DE GÉNERO EN ANDALUCÍA¹⁸

La Comunidad Autónoma de Andalucía asume en su Estatuto de Autonomía, un fuerte compromiso con el fortalecimiento de la sociedad civil y el fomento del asociacionismo. Y así establece en su artículo 10.1 que la Comunidad Autónoma de Andalucía facilitará la participación de todos los andaluces en la vida política, económica, cultural y social, y atribuye a la misma en su artículo 73.1.a) la competencia exclusiva en materia de políticas de género que, respetando lo establecido por el Estado en el ejercicio de la competencia que le atribuye el artículo 149.1 de la Constitución, incluye entre otras la promoción del asociacionismo de mujeres.

La Ley 12/2007, de 26 de noviembre, para la promoción de la igualdad de género en Andalucía ha dotado a nuestra Comunidad Autónoma de instrumentos de variada naturaleza que sirvan al propósito común de una sociedad igualitaria, justa, solidaria y democrática en que las mujeres y los hombres tengan realmente los mismos derechos y oportunidades.

Para este objetivo, la citada Ley contempla en el artículo 54.2 el principio de cooperación de las Administraciones Públicas con la iniciativa social y las asociaciones para la promoción de la igualdad de género, además de fomentar en su artículo 55 el movimiento asociativo de mujeres, así como potenciar todas aquellas iniciativas que persigan la creación de redes de asociaciones de mujeres con el objetivo de incorporar a las mujeres en la actividad pública y facilitar su participación social.

En la actualidad existen en Andalucía más de 1800 entidades de mujeres. Estas encauzan las reivindicaciones de derechos, intereses y aportaciones de las mujeres a la sociedad andaluza, constituyéndose en agentes de cambio y contribuyendo a la construcción de una sociedad más igualitaria.

El Instituto Andaluz de la Mujer tiene como finalidad, de acuerdo con lo previsto en el artículo 30 de su Ley de creación, la Ley 10/1988, de 29 de diciembre, del Presupuestos

de la Comunidad Autónoma de Andalucía, para el año 1989, desarrollada por el Decreto 1/1989, de 10 de enero, por el que se aprueba el Reglamento del Instituto Andaluz de la Mujer, promover las condiciones

para que sea real y efectiva la igualdad de la mujer y el hombre, fomentando la participación de ésta en la vida social, superando cualquier discriminación laboral, cultural, económica o política en cumplimiento de los principios reconocidos en la Constitución Española y el Estatuto de Autonomía para Andalucía. Asimismo, la Disposición adicional única de la Ley 12/2007, de 26 de noviembre, modifica el citado artículo atribuyendo al Instituto Andaluz de la Mujer la función de coordinación en políticas de igualdad. En el ejercicio de sus funciones, el Instituto Andaluz de la Mujer, de acuerdo con el artículo 4.h) de su Reglamento, puso en marcha

el Censo de las Asociaciones de Mujeres de la Comunidad Autónoma Andaluza, a través del programa ASOCIA.

A este respecto, es importante destacar que, por Acuerdo de 19 de enero de 2010 del Consejo de Gobierno, se aprobó el I Plan Estratégico para la Igualdad de Mujeres y Hombres en Andalucía 2010-2013 que incluye entre sus líneas de actuación, el fomento de la participación de las mujeres. Uno de los objetivos fundamentales de la citada línea de actuación es la promoción del tejido asociativo de mujeres. Forma parte de sus medidas, la identificación de las entidades que trabajen por la Igualdad de Género, a través de la creación de un censo sobre las mismas.

En consecuencia con lo expuesto, y una vez consolidado el asociacionismo de mujeres en Andalucía, se hace necesario proceder a crear y regular el Censo de entidades colaboradoras para la promoción de la igualdad de género en Andalucía, con carácter público y único, que establezca por una parte la naturaleza, funciones, estructura y contenido del Censo y por otra los derechos y deberes de las entidades que se inscriban

en el mismo, estableciendo así un marco normativo que articule y propicie la creación de redes de asociacionismo de mujeres, con el objetivo de incorporar a las mujeres en la actividad pública y facilitar su participación social, tal como establece la Ley 12/2007, de 26 de noviembre.

La presente regulación viene a crear un Censo de

¹⁸ BOJA núm. 237, de 2 de diciembre de 2011.

LEGISLACIÓN

Entidades Colaboradoras con el Instituto Andaluz de la Mujer, en la que se podrán inscribir aquellas entidades que entre otros requisitos, contemplen entre sus fines la promoción de la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres y la participación en la vida política, económica, cultural y social de las mujeres. Asimismo, podrán inscribirse los órganos para la promoción de la igualdad dependientes de las Administraciones Públicas.

En su virtud conforme a lo establecido en el artículo 27.9 de la Ley 6/2006, de 24 de octubre, del Gobierno de la comunidad Autónoma de Andalucía y por la disposición final primera de la Ley 12/2007, de 26 de noviembre, a propuesta de la Consejera para la Igualdad y Bienestar Social, y previa deliberación del Consejo de Gobierno en su reunión del día 22 de noviembre de 2011,

DISPONGO

Capítulo I Disposiciones generales

Artículo 1. Objeto y ámbito de aplicación.

1. El presente Decreto tiene por objeto crear el Censo de Entidades Colaboradoras con el Instituto Andaluz de la Mujer para la promoción de la Igualdad de Género en Andalucía, en adelante el Censo, y regular su organización y funcionamiento.

2. El presente Decreto será de aplicación a las entidades a las que se refiere el artículo 4, que desarrollen su actividad, total o parcialmente, en el territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía y tengan su domicilio social/sede en ella.

Artículo 2. Naturaleza y gestión del Censo.

1. El Censo tiene naturaleza administrativa y carácter público, gratuito y único, pudiendo acceder a sus asientos cualquier persona o entidad pública o privada, sin más limitaciones que las establecidas en la legislación sobre protección de datos de carácter personal.

2. La gestión del Censo corresponderá al Instituto Andaluz de la Mujer.

Artículo 3. Fines del Censo.

El Censo tendrá como fines constituir un instrumento de conocimiento y publicidad de las entidades inscritas, así como facilitar e impulsar la colaboración y participación de dichas entidades y a través de ellas, de las mujeres integradas en las mismas en la vida política, económica, cultural y social.

Artículo 4. Entidades inscribibles y requisitos.

Podrán inscribirse en el Censo las entidades siguientes:

a) Las asociaciones, federaciones y confederaciones

de asociaciones de mujeres.

A los efectos del presente Decreto, se entiende por asociaciones y federaciones de asociaciones de mujeres, aquellas entidades con personalidad jurídica y sin ánimo de lucro, que estén debidamente constituidas e inscritas en el Registro de Asociaciones de Andalucía y que cumplan las siguientes condiciones:

- 1.º Actuar en el territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía, ya sea con carácter regional, provincial o local, de acuerdo con lo establecido en sus Estatutos.
- 2.º Que al menos el 90% de las personas asociadas sean mujeres.
- 3.º Que la totalidad de las personas que compongan los órganos directivos de la entidad sean mujeres.
- 4.º Contar entre los fines recogidos en sus estatutos con la promoción de la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres; y con la participación de las mujeres en la vida política, económica, cultural y social.

En el supuesto de federaciones de asociaciones mujeres además será requisito indispensable para su alta en el Censo, que estén previamente inscritas en el mismo, al menos un 80% de las entidades que la componen.

También podrán inscribirse en el Censo, las confederaciones de las asociaciones de mujeres, siempre que cumplan con todos los requisitos anteriores.

b) Las asociaciones, federaciones y confederaciones de asociaciones para la promoción de la igualdad de género.

A los efectos del presente Decreto, se entenderá por asociaciones y federaciones de asociaciones para la Igualdad de Género aquellas que cumplan con los requisitos establecidos en el apartado a), excepto los establecidos en los puntos 2.º y 3.º del mismo. Estas entidades tendrán que contar entre sus fines estatutarios, con la promoción de la igualdad de género y con la participación de las mujeres en la vida política, económica, cultural y social; además, al menos el 50% de su actividad deberá ser desarrollada en estos aspectos. En cuanto al ámbito territorial de las asociaciones y federaciones de asociaciones para la igualdad de Género, éste vendrá determinado en sus estatutos, pudiendo ser de carácter regional, provincial y local.

c) Las fundaciones, siempre que reúnan los siguientes requisitos:

- 1.º Que estén debidamente inscritas en el Registro de Fundaciones de Andalucía.
- 2.º Que contemplen entre sus fines fundacionales con la promoción de la Igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres y con la participación de las mujeres en la vida política, económica, cultural y social, estando al menos el 50 por ciento de las actividades

ARTÍCULO 14

LEGISLACIÓN

que desarrollen directamente relacionadas con los mismos.

3.º Que desarrollen principalmente sus actividades en el territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía, ya sea con carácter regional, provincial o local, de acuerdo con lo recogido en sus Estatutos.

4.º Que la mayoría de las personas que forman parte del Patronato de la fundación sean mujeres.

d) Los órganos para la promoción de la igualdad dependientes de las Administraciones Públicas, o de las Universidades de Andalucía, que serán:

1.º Los órganos de participación de las mujeres dependientes de una Entidad Local Andaluza, ya se trate de Municipios, de agrupaciones de los mismos o de Provincias.

2.º Las unidades de igualdad de las Universidades andaluzas.

e) Otras entidades sin ánimo de lucro e inscritas en el Registro de Asociaciones de Andalucía, que reúnan los requisitos establecidos en la letra b), o que cuenten con un área que esté dirigida por mujeres, y actúe específicamente para la promoción de la igualdad de género y la participación de éstas en la vida política, económica, cultural o social.

Artículo 5. Datos inscribibles.

1. Serán objeto de inscripción con respecto a las entidades a que se refieren las letras a), b), c), y e) del artículo anterior:

a) La denominación y los demás datos identificativos de la entidad.

b) Los fines que persiguen y las actividades que desarrollan.

c) Los datos identificativos de la persona que ostente la representación legal de la entidad, así como de las personas titulares de la presidencia y de la secretaría.

d) El número de mujeres y hombres que integran la entidad y edad media.

e) El ámbito de implantación territorial, con indicación de las provincias en las que actúa la entidad.

f) El domicilio o lugar donde se encuentre ubicada la sede y delegaciones o establecimientos de la entidad.

g) La fecha de aprobación de los estatutos o las normas internas de organización.

h) Las modificaciones estatutarias que afecten a algunos de los actos inscritos.

i) La suspensión, disolución o baja de estas entidades.

j) Para el caso de las federaciones, el número de entidades que las componen e identificación de las mismas.

2. En relación a las entidades a las que se refiere la letra d) del artículo anterior, serán objeto de inscripción:

a) La denominación, NIF, domicilio del órgano administrativo del que dependan.

b) Sede y ámbito de actuación de la entidad a inscribir.

c) Persona titular de la representación de la entidad.

Artículo 6. Organización del Censo.

El Censo se organizará en las siguientes secciones:

a) Sección Primera. De las Asociaciones, Federaciones y Confederaciones de Asociaciones de Mujeres.

Esta sección se subdividirá en las siguientes categorías:

1.º De las Asociaciones de Mujeres.

2.º De las Federaciones de Asociaciones de Mujeres.

3.º De las Confederaciones de Asociaciones de Mujeres.

b) Sección Segunda. De las Asociaciones, Federaciones y Confederaciones de Asociaciones para la Promoción de la Igualdad de Género.

Esta sección se subdividirá en las siguientes categorías:

1.º De las Asociaciones para Promoción de la Igualdad de Género.

2.º De las Federaciones de Asociaciones para la Promoción de la Igualdad de Género.

3.º De las Confederaciones de Asociaciones para la Promoción de la Igualdad de Género.

c) Sección Tercera. De las Fundaciones.

d) Sección Cuarta. De los órganos de participación de las mujeres dependientes de una Entidad Local Andaluza.

e) Sección Quinta. De las Unidades de igualdad de las Universidades andaluzas.

f) Sección Sexta. De otras entidades sin ánimo de lucro.

Artículo 7. Efectos del alta en el Censo.

1. El alta en el Censo comportará los siguientes derechos a las entidades:

a) A ser informadas de todas las convocatorias, programas y novedades, que les puedan interesar relacionadas con la promoción de la igualdad entre mujeres y hombres, llevadas a cabo por el Instituto Andaluz de la Mujer.

b) A poder colaborar en las actuaciones llevadas a cabo por el Instituto Andaluz de la Mujer, previo acuerdo al efecto, a través de medios legalmente previstos.

c) Cualquiera otros previstos en la legislación vigente.

2. Sólo podrán formar parte de los órganos de participación de mujeres en las políticas públicas de igualdad de género de la Administración de la Junta de Andalucía las entidades inscritas en el Censo.

Artículo 8. Explotación estadística de los datos.

1. Con objeto de impulsar la necesaria colaboración entre el Censo y el Sistema Estadístico y Cartográfico de Andalucía para la elaboración de estadísticas ofi-

ARTÍCULO 14

LEGISLACIÓN

ciales, se establecerán los circuitos de información necesarios para la ejecución de las actividades estadísticas, que sobre la materia se incluyan en los planes y programas estadísticos y cartográficos de Andalucía y sus programas anuales.

2. La información del Censo que se utilice en la confección de estadísticas oficiales, quedará sometida a la preservación del secreto estadístico en los términos establecidos en los artículos 9 al 13 y 25 de la Ley 4/1989, de 12 de diciembre, de Estadística de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

3. La Unidad Estadística y Cartográfica del Instituto Andaluz de la Mujer, participará en el diseño e implantación de los ficheros del Censo que recojan información administrativa susceptible de explotación estadística.

Capítulo II Procedimientos de alta, modificación y baja del Censo

Artículo 9. Solicitudes.

1. Las entidades cumplimentarán cada solicitud de alta, modificación o baja en el Censo con arreglo a un modelo normalizado aprobado por resolución de la persona titular de la Dirección del Instituto Andaluz de la Mujer en el que, con formato de declaración responsable, se contendrá toda la información necesaria para proceder a las citadas inscripciones. En cualquier momento, el Instituto Andaluz de la Mujer podrá requerir los documentos necesarios para la comprobación de la información suministrada.

2. Las solicitudes se presentarán preferentemente a través del registro telemático único de la Junta de Andalucía, con los requisitos exigidos en el artículo 12.3 del Decreto 183/2003, de 24 de junio, por el que se regula la información y atención al ciudadano y la tramitación de procedimientos administrativos por medios electrónicos (Internet), a través del portal del ciudadano www.andaluciajunta.es dentro del apartado «Plataforma de relación con la ciudadanía andaluza», así como en la página web del Instituto Andaluz de la Mujer www.juntadeandalucia.es/institutodelamujer.

Asimismo, se podrán presentar en el Registro General del Instituto Andaluz de la Mujer y en los Registros auxiliares de los Centros de la Mujer Provinciales, sin perjuicio de lo establecido en los artículos 38.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común y 84 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía.

Artículo 10. Subsanación.

Si la solicitud de alta, modificación o baja en el Censo no reuniera los requisitos exigibles el Instituto Andalu-

z de la Mujer requerirá a la entidad interesada para que, en el plazo de diez días hábiles, de conformidad con el artículo 71 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, subsane la falta o acompañe los documentos preceptivos, con indicación de que si así no lo hiciera se le tendrá por desistida de su petición, previa resolución que deberá ser dictada en los términos previstos en el artículo 42.1 de la citada Ley.

Artículo 11. Instrucción y resolución de alta.

1. Corresponde a la persona titular de la Dirección del Instituto Andaluz de la Mujer la competencia para la instrucción del procedimiento.

2. Asimismo, corresponde a la persona titular de la Dirección del Instituto Andaluz de la Mujer dictar la correspondiente resolución de alta de las entidades en el Censo. En la misma se expresará el número de alta de la entidad, que se asignará de forma correlativa para cada una de las secciones y categorías.

3. El plazo máximo para dictar las correspondientes resoluciones y notificarlas a las entidades interesadas será de tres meses contados desde la fecha en que la solicitud haya tenido entrada en el Registro General del Instituto Andaluz de la Mujer. Si transcurrido el plazo para resolver no se hubiera notificado resolución expresa, la entidad interesada podrá entender estimada su solicitud por silencio administrativo.

Artículo 12. Causas de baja en el Censo.

Las entidades censadas causarán baja en el Censo, previa resolución de la persona titular de la Dirección del Instituto Andaluz de la Mujer, cuando concurren alguna de las siguientes causas:

- a) Renuncia expresa de la entidad, acreditada mediante certificado de la persona titular de la Secretaría, con el visto bueno de quien ostente la titularidad de la Presidencia, donde se acredite el acuerdo del órgano de gobierno favorable a la baja en el Censo.
- b) Disolución de la entidad, acordada por la misma y acreditada mediante certificado emitido de acuerdo con lo dispuesto en la letra anterior, donde se acredite el acuerdo del órgano de gobierno en éste sentido; o bien mediante sentencia firme.
- c) Incumplimiento de alguna de las obligaciones establecidas en este Decreto.
- d) Falseamiento de los datos aportados para su alta.
- e) Pérdida de alguno de los requisitos exigidos.

Artículo 13. Procedimiento de baja.

1. El procedimiento para la baja se iniciará a solicitud de la entidad interesada en el supuesto de renuncia expresa o disolución de la entidad acordada por la misma.

2. El procedimiento se iniciará de oficio en los restantes supuestos. Una vez iniciado el procedimiento de oficio se dará a la entidad un plazo de 15 días hábiles

ARTÍCULO 14

LEGISLACIÓN

para el trámite de audiencia.

3. La resolución de baja, que será motivada, deberá dictarse por la persona titular de la Dirección del Instituto Andaluz de la Mujer y notificarse en el plazo máximo de tres meses, contados desde la fecha en que la solicitud tuvo entrada en el Registro General del Instituto Andaluz de la Mujer o desde la fecha del acuerdo de incoación del procedimiento iniciado de oficio. Si transcurrido el plazo para resolver no se hubiera dictado y notificado resolución expresa, la entidad interesada podrá entender estimada su solicitud de baja por silencio administrativo. En el supuesto de iniciación de oficio por resolución de la persona titular de la Dirección del Instituto Andaluz de la Mujer, transcurrido el plazo de tres meses sin haber sido notificada la resolución del procedimiento será de aplicación lo previsto en el artículo 44.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

4. Las entidades que hayan sido dadas de baja en el Censo, ya sea por un procedimiento iniciado de oficio o a instancia de parte, no podrán volver a solicitar su alta hasta que haya transcurrido un año desde la fecha de notificación de la correspondiente resolución de baja.

Artículo 14. Modificación y revisión del Censo.

1. El Instituto Andaluz de la Mujer, a través de resolución de la persona titular de la Dirección, podrá modificar a solicitud de la entidad interesada o de oficio, en este último caso previa audiencia de las entidades afectadas por plazo de quince días hábiles, aquellos datos inscritos en el Censo que hayan sufrido modificación.

2. La resolución de modificación, deberá dictarse por la titular de la Dirección del Instituto Andaluz de la Mujer y notificarse en el plazo máximo de tres meses, contados desde la fecha en que la solicitud tuvo entrada en el Registro General del Instituto Andaluz de la Mujer o desde la fecha del acuerdo de incoación del procedimiento iniciado de oficio. Si transcurrido el plazo para resolver no se hubiera dictado y notificado resolución expresa, la entidad interesada podrá entender estimada su solicitud de modificación por silencio administrativo. En el supuesto de iniciación de oficio por resolución de la persona titular de la Dirección del Instituto Andaluz de la Mujer, transcurrido el plazo de tres meses sin haber sido notificada la resolución del procedimiento será de aplicación lo previsto en el artículo 44.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

3. Al objeto de garantizar la actualización del Censo, el Instituto Andaluz de la Mujer procederá a la revisión de los datos contenidos en el mismo, requiriendo a las entidades censadas para que confirmen que los datos inscritos no han sufrido alteración, o por el con-

trario manifiesten aquellos otros que deban ser objeto de modificación. Dicho requerimiento se efectuará, al menos, con una periodicidad anual. La modificación de los datos obtenidos a raíz del requerimiento se hará conforme al procedimiento mencionado en los apartados anteriores.

Artículo 15. Recursos

Las resoluciones dictadas por la persona titular de la Dirección del Instituto Andaluz de la Mujer en los procedimientos agotarán la vía administrativa, pudiendo interponerse contra las mismas recurso contencioso-administrativo en la forma y plazo previstos por la Ley reguladora de dicha jurisdicción o, potestativamente, recurso de reposición, conforme a lo dispuesto en los artículos 116 y 117 de la citada Ley 30/1992, de 26 de noviembre y 115.2 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre.

Capítulo III Deber de colaboración y publicidad del Censo

Artículo 16. Deber de colaboración.

1. Las entidades censadas deberán colaborar en la actualización de los datos inscritos en el Censo, a cuyos efectos vendrán obligadas a facilitar cuanta información sea necesaria para su revisión.

2. En particular, vendrán obligadas a:

- a) Comunicar al Instituto Andaluz de la Mujer cualquier modificación de los datos inscritos en el Censo, en el plazo de un mes desde que se produzca.
- b) Comunicar, en el mismo plazo, al Instituto Andaluz de la Mujer la disolución de la entidad.
- c) Responder a los requerimientos de información y documentación relativos a los datos contenidos en el Censo y formulados por el Instituto Andaluz de la Mujer.

Artículo 17. Publicidad y acceso a datos.

1. El Instituto Andaluz de la Mujer procederá a dar publicidad de las entidades inscritas en el Censo a través de su página web, o bien mediante las publicaciones que en su caso pudieran realizarse, para lograr la mayor difusión entre los colectivos interesados, sin perjuicio del carácter público de dicho Censo y del régimen de acceso al mismo proclamado en el artículo 2.

2. El acceso a los datos contenidos en el Censo se hará en la forma y condiciones establecidas en el artículo 37 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, con los límites fijados por la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal y su normativa de desarrollo.

Disposición adicional primera. Informatización del Censo.

1. El Instituto Andaluz de la Mujer determinará las

ARTÍCULO 14

LEGISLACIÓN · TRANSVERSALIDAD DE GÉNERO

características técnicas del sistema informático que ha de servir de soporte al Censo, así como la organización y estructuras básicas y régimen de funcionamiento de ficheros que considere más adecuados para el cumplimiento de los fines que lo justifican, así como para la determinación del régimen de funcionamiento interno.

2. La creación, modificación o supresión de los ficheros a los que se refiere el apartado anterior se realizará cumpliendo con los requisitos y condiciones establecidos por la normativa de protección de datos de carácter personal.

Disposición adicional segunda. Entidades subvencionadas por el Instituto Andaluz de la Mujer.

Se inscribirán de oficio aquellas entidades que hayan resultado beneficiarias de las subvenciones del Instituto Andaluz de la Mujer, dirigidas a entidades sin ánimo de lucro para la atención a mujeres en situación de riesgo de exclusión social, en las resoluciones de las tres últimas convocatorias previas a la entrada en vigor del presente Decreto. La citada alta se realizará previa resolución de la persona titular de la Dirección del Instituto Andaluz de la Mujer en el plazo de tres meses a contar desde la entrada en vigor del presente Decreto.

Disposición transitoria única. Entidades inscritas en el programa Asocia.

Las entidades integradas en el Programa Asocia del Instituto Andaluz de la Mujer serán integradas de oficio y con carácter provisional en el Censo de Entidades Colaboradoras, en la sección primera del Censo, previa resolución de la persona titular de la Dirección del Instituto Andaluz de la Mujer. En el plazo de tres meses desde que se les notifique la citada alta dichas entidades deberán justificar que reúnen los requisitos establecidos en el presente Decreto. Transcurrido dicho plazo sin haber procedido a la citada justificación, se producirá la cancelación de oficio del alta provisional, previa resolución de la persona titular de la Dirección del Instituto Andaluz de la Mujer.

Disposición final primera. Desarrollo y ejecución. Se faculta a la Consejera para la Igualdad y Bienestar Social para dictar cuantas disposiciones sean necesarias para el desarrollo y ejecución de la presente Decreto.

Disposición final segunda. Entrada en vigor.

El presente Decreto entrará en vigor a los seis meses de su publicación en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía.

TRANSVERSALIDAD EN LA LEGISLACIÓN¹⁹**Unión Europea**

- Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida (refundición)²⁰. Considerandos 19º y 30º; Artículos 4.3 c), 9.2, 10.1, 20.3, 30.2.

- Directiva 2011/99/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, sobre la orden europea de protección²¹.

- Directiva 2011/98/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, por la que se establece un procedimiento único de solicitud de un permiso único que autoriza a los nacionales de terce-

ros países a residir y trabajar en el territorio de un Estado miembro y por la que se establece un conjunto común de derechos para los trabajadores de terceros países que residen legalmente en un Estado miembro²². Considerando (29).

- Resolución del Consejo sobre un plan europeo renovado de aprendizaje de adultos²³. Tres referencias.

- Decisión del Comité Mixto del EEE nº 84/2011, de 1 de julio de 2011, por la que se modifica el anexo XVIII (Salud y seguridad en el trabajo, derecho laboral e igualdad de trato para hombres y mujeres) del Acuerdo EEE²⁴.

Estatal general

- Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública²⁵. Artículos 3 a), 6.

- Ley 34/2011, de 4 de octubre, reguladora del Museo Nacional Centro de Arte Reina Sofía²⁶. Artículo 7.3,

¹⁹ Elaborado por Antonio Javier Trujillo Pérez, Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Málaga.

²⁰ DOUE L, 337, 20.12.2011.

²¹ DOUE L, 338, 21.12.2011.

²² DOUE L, 343, 23.12.2011.

²³ DOUE C, 372, 20.12.2011.

²⁴ DOUE L, 262, 6.10.2011.

²⁵ BOE núm. 240, de 5 de octubre de 2011.

²⁶ BOE núm. 240, de 5 de octubre de 2011.

ARTÍCULO 14

LEGISLACIÓN · TRANSVERSALIDAD DE GÉNERO

Disposición final segunda (nueva redacción artículo 7.2 de la Ley 46/2003 reguladora del Museo Nacional del Prado).

- Ley 35/2011, de 4 de octubre, sobre titularidad compartida de las explotaciones agrarias²⁷. Preámbulo: apartados I a IV; Artículos 1.1 y 12.1.

- Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social²⁸. Artículos 2 f), 17.2 párrafo 3º; 43.4; 64.1; 70.1 y 3; 95.3; 96.1; 108.2; 122.2 c), d) y e); 139; 148 c); 151.5; 165.1 a); 177; 180.4; 183.1; 184; 286.2; 297; Disposición final primera (nueva redacción a la Disposición adicional decimoséptima del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores).

- Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público²⁹. Artículo 118.1 del Texto Refundido.

- Real Decreto-ley 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público³⁰. Disposición adicional tercera, apartado Uno, 9ª.

- Real Decreto 1336/2011, de 3 de octubre, por el que se regula el contrato territorial como instrumento para promover el desarrollo sostenible del medio rural³¹. Artículos 3.3 c) y 7.2 c).

- Real Decreto 1491/2011, de 24 de octubre, por el que se aprueban las normas de adaptación del Plan General de Contabilidad a las entidades sin fines lucrativos y el modelo de plan de actuación de las entidades sin fines lucrativos³². Anexo I: Contenido de la memoria normal, número 15, punto 3; Contenido de la memoria abreviada, número 13, punto 2; Contenido de la memoria simplificada, número 13, punto 3.

- Real Decreto 1495/2011, de 24 de octubre, por el que se desarrolla la Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector público, para el ámbito del sector público estatal³³. Parte expositiva párrafo 19º.

- Real Decreto 1542/2011, de 31 de octubre, por el que se aprueba la Estrategia Española de Empleo 2012-2014³⁴. Parte expositiva, párrafo 4º; Anexo (mujer, 80 referencias; género, 15, y sexo, 9).

- Real Decreto 1611/2011, de 14 de noviembre, por el que se modifica el Real Decreto 95/2009, de 6 de febrero, por el que se regula el Sistema de registros administrativos de apoyo a la Administración de Justicia³⁵. Artículo único, apartado Tres (art 10.3 del Real Decreto 95/2009); Disposición adicional única.

- Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar³⁶. Párrafos 4º y 17º de la Parte expositiva; Artículo 4.2; Disposición adicional segunda, apartado 1.

- Real Decreto 1707/2011, de 18 de noviembre, por el que se regulan las prácticas académicas externas de los estudiantes universitarios³⁷. Disposición adicional segunda.

- Real Decreto 1709/2011, de 18 de noviembre, por el que se crea y regula el Foro de Cultura Inclusiva³⁸. Artículo 4.

- Real Decreto 1710/2011, de 18 de noviembre, por el que se modifica el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo³⁹. Artículo único, apartado Dos (artículo 9.4 del Real Decreto 240/2007).

- Real Decreto 1716/2011, de 18 de noviembre, por el que se establecen los requisitos básicos de autorización y funcionamiento de los biobancos con fines de investigación biomédica y del tratamiento de las muestras biológicas de origen humano, y se regula el funcionamiento y organización del Registro Nacional de Biobancos para investigación biomédica⁴⁰. Anexo: 2 a) puntos 4º, 5º, 6º, 7º, 8º; 2 c) punto 3º.

- Real Decreto 1736/2011, de 18 de noviembre, por el que se destina a los Magistrados que se relacionan, como consecuencia del concurso resuelto por Acuerdo de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial⁴¹. Apartado 79.

- Real Decreto 1823/2011, de 21 de diciembre, por el que se reestructuran los departamentos ministeriales⁴². Artículos 1, 14, Disposición final primera.

- Real Decreto 1886/2011, de 30 de diciembre, por el

²⁷ BOE núm. 240, de 5 de octubre de 2011.

²⁸ BOE núm. 245, de 11 de octubre de 2011.

²⁹ BOE núm. 276, de 16 de noviembre de 2011.

³⁰ BOE núm. 315, de 31 de diciembre de 2011.

³¹ BOE núm. 239, de 4 de octubre de 2011.

³² BOE núm. 283, de 24 de noviembre de 2011.

³³ BOE núm. 269, de 8 de noviembre de 2011.

³⁴ BOE núm. 279, de 19 de noviembre de 2011.

³⁵ BOE núm. 290, de 2 de diciembre de 2011.

³⁶ BOE núm. 277, de 17 de noviembre de 2011.

³⁷ BOE núm. 297, de 10 de diciembre de 2011.

³⁸ BOE núm. 287, de 29 de noviembre de 2011.

³⁹ BOE núm. 285, de 26 de noviembre de 2011.

⁴⁰ BOE núm. 290, de 2 de diciembre de 2011.

⁴¹ BOE núm. 298, de 12 de diciembre de 2011.

⁴² BOE núm. 307, de 22 de diciembre de 2011.

ARTÍCULO 14

LEGISLACIÓN · TRANSVERSALIDAD DE GÉNERO

que se establecen las Comisiones Delegadas del Gobierno⁴³. Artículos 1.1 e), 6, Disposición adicional segunda párrafo 3°.

- Real Decreto 1887/2011, de 30 de diciembre, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales⁴⁴. Artículo 13.

- Real Decreto 1888/2011, de 30 de diciembre, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2012⁴⁵. Artículo 1 párrafo 1°.

Andalucía

- Ley 5/2011, de 6 de octubre, del olivar de Andalucía⁴⁶. Artículos 13.1 y 18.

- Ley 6/2011, de 2 de noviembre, por la que se modifica la Ley 15/1999, de 16 de diciembre, de Cajas de Ahorros de Andalucía⁴⁷. Parte expositiva párrafo 29°, Artículo único apartado Veinte (artículo 42.4 de la Ley 15/1999, de Cajas de Ahorros de Andalucía), Disposición transitoria décima.

- Ley 7/2011, de 3 de noviembre, de Documentos, Archivos y Patrimonio Documental de Andalucía⁴⁸. Artículo 64.2.

- Ley 11/2011, de 5 de diciembre, por la que se regula el uso de la lengua de signos española y los medios de apoyo a la comunicación oral de las personas sordas, con discapacidad auditiva y con sordoceguera en Andalucía⁴⁹. Artículo 7 h), Disposición adicional primera.

- Ley 12/2011, de 16 de diciembre, de modificación de la Ley Andaluza de Universidades⁵⁰. Exposición de Motivos I, párrafo 4°; Artículo único: apartados Dos (modificación art 3 d), Dieciocho (modificación art 52.2), Cuarenta (modificación art 92.4).

- Ley 13/2011, de 23 de diciembre, del Turismo de Andalucía⁵¹. Artículos 31, 36.1, 37.5, 56.4, 72.2

- Ley 14/2011, de 23 de diciembre, de Sociedades Cooperativas Andaluzas⁵². Exposición de Motivos: I párrafo 5°, VI párrafo 4°, XV; Artículos 4 I), 71.4 c), 94.2, 113.7, 115.4

- Ley 15/2011, de 23 de diciembre, Andaluza de Promoción del Trabajo Autónomo⁵³. Exposición de Moti-

vos: II párrafo 1°; Artículos 3.1, 3.3 c), 6.2, 7.2, 10.2

- Ley 16/2011, de 23 de diciembre, de Salud Pública de Andalucía⁵⁴. Exposición de Motivos: II párrafos 3° y 4°; Artículos 5.2 d), 12 e), 14, 19.2, 27.4, 33.2 a), 41.2 c), 60.2 a), 60.4, 62.2 b), 63.2, 68.2, 70.2,

- Ley 18/2011, de 23 de diciembre, del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2012⁵⁵. Artículo 26.1 a).

- Decreto 283/2011, de 4 de octubre, por el que se modifica el Decreto 55/2001, de 26 de febrero, por el que se regula el Foro Andaluz de la Inmigración⁵⁶. Parte expositiva párrafos 1° y 5°; Artículo Único apartados Dos (letra j) del artículo 2 del Decreto 55/2001), Tres (artículo 4 del Decreto 55/2001), Seis (artículo 7.b) punto 7° del Decreto 55/2001).

- Decreto 284/2011, de 4 de octubre, por el que se modifica el Decreto 202/2005, de 27 de septiembre, por el que se crean y regulan los Foros Provinciales de la Inmigración⁵⁷. Parte expositiva párrafos 1° y 5°; Artículo Único apartados Dos (letra j del artículo 2 del Decreto 202/2005), Tres (artículo 4 del Decreto 202/2005), Cinco (artículo 7.b punto 1° del Decreto 202/2005).

- Decreto 304/2011, de 11 de octubre, por el que se regula la estructura organizativa de prevención de riesgos laborales para el personal al servicio de la Administración de la Junta de Andalucía⁵⁸. Parte expositiva párrafos 6° y 10°; Artículos 3, 4.6, 4.7, 6.3 letra m).

- Decreto 322/2011, de 18 de octubre, por el que se crea y regula el Registro Administrativo Especial de Mediadores de Seguros, Corredores de Reaseguros y de sus altos cargos de la Comunidad Autónoma de Andalucía, así como las obligaciones contables y el deber de información de las personas y entidades mediadoras de seguros y corredoras de reaseguros inscritas⁵⁹. Artículos 10.1 b), 10.3.

- Decreto 331/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea y regula el Consejo de Ayuda a las Víctimas del Terrorismo en Andalucía⁶⁰. Parte expositiva párrafo 4°, Artículo 2.2.

⁴³ BOE núm. 315, de 31 de diciembre de 2011.

⁴⁴ BOE núm. 315, de 31 de diciembre de 2011.

⁴⁵ BOE núm. 315, de 31 de diciembre de 2011.

⁴⁶ BOJA núm. 205, de 19 de octubre de 2011.

⁴⁷ BOJA núm. 219, de 8 de noviembre de 2011. En BOJA núm. 249, de 22 de diciembre de 2011, se publica una corrección de errores que afecta a la Disposición transitoria mencionada en el texto.

⁴⁸ BOJA núm. 222, de 11 de noviembre de 2011.

⁴⁹ BOJA núm. 244, de 15 de diciembre de 2011.

⁵⁰ BOJA núm. 251, de 27 de diciembre de 2011.

⁵¹ BOJA núm. 255, de 31 de diciembre de 2011.

⁵² BOJA núm. 255, de 31 de diciembre de 2011.

⁵³ BOJA núm. 255, de 31 de diciembre de 2011.

⁵⁴ BOJA núm. 255, de 31 de diciembre de 2011.

⁵⁵ BOJA núm. 255, de 31 de diciembre de 2011.

⁵⁶ BOJA núm. 209, de 25 de octubre de 2011.

⁵⁷ BOJA núm. 209, de 25 de octubre de 2011.

⁵⁸ BOJA núm. 209, de 25 de octubre de 2011.

⁵⁹ BOJA núm. 214, de 2 de noviembre de 2011.

⁶⁰ BOJA núm. 223, de 14 de noviembre de 2011.

ARTÍCULO 14

LEGISLACIÓN · TRANSVERSALIDAD DE GÉNERO

- Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía⁶¹. Parte expositiva párrafo 11º; Artículo 2.6.
- Decreto 345/2011, de 22 de noviembre, por el que se regula la organización y el funcionamiento del Registro General de Agentes Estadísticos de Andalucía⁶². Parte expositiva párrafo 5º; Artículo 7.1.
- Decreto 346/2011, de 22 de noviembre, por el que se crea y regula el Censo de Entidades Colaboradoras con el Instituto Andaluz de la Mujer para la Promoción de la Igualdad de Género en Andalucía⁶³.
- Decreto 347/2011, de 22 de noviembre, por el que se regula la estructura y funcionamiento de la Red de Información Ambiental de Andalucía y el acceso a la información ambiental⁶⁴. Artículos 3.1 e) punto 2º, 10.1, 26.1 a).
- Decreto 352/2011, de 29 de noviembre, por el que se regula la artesanía alimentaria en Andalucía⁶⁵. Artículos 13.3 b), 19.2.
- Decreto 358/2011, de 8 de noviembre, por el que se aprueba el Plan de Ordenación del Territorio de La Janda (Cádiz) y se crea su Comisión de Seguimiento⁶⁶. Artículo 2.3.
- Decreto 359/2011, de 7 de diciembre, por el que se regulan las modalidades semipresencial y a distancia de las enseñanzas de Formación Profesional Inicial,

de Educación Permanente de Personas Adultas, especializadas de idiomas y deportivas, se crea el Instituto de Enseñanzas a Distancia de Andalucía y se establece su estructura orgánica y funcional⁶⁷. Artículos 13.2 c), 25.3, 44.3, 58.2, 72.3, 76.2.

- Decreto 360/2011, de 7 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico de las Escuelas de Arte⁶⁸. Disposición final segunda del Decreto; Artículos 2 c), 23.3 c), 29.2 a), 31.2 d), 43.4 y 5, 44 h), 64.3 c), 71.2, 84.3 del Reglamento Orgánico.
- Decreto 361/2011, de 7 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico de los Conservatorios Elementales y de los Conservatorios Profesionales de Música⁶⁹. Disposición final segunda del Decreto; Artículos 2 c), 23.3 c), 29.2 a), 31.2 d), 43.5 y 6, 44 h), 64.3, 71.2, 84.3 del Reglamento Orgánico.
- Decreto 362/2011, de 7 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico de los Conservatorios Profesionales de Danza⁷⁰. Disposición final segunda del Decreto; Artículos 2 c), 23.3 c), 29.2 a), 31.2 d), 42.3 y 3, 44 h), 64.3, 71.2, 84.3 del Reglamento Orgánico.
- Decreto 374/2011, de 27 de diciembre, por el que se modifica el Decreto 451/1994, de 15 de noviembre, por el que se crea el Consejo Andaluz de Formación Profesional⁷¹. Artículo único, apartado Cinco (nuevo párrafo d) en el artículo 6.1 del Decreto 451/1994).

⁶¹ BOJA núm. 222, de 11 de noviembre de 2011.

⁶² BOJA núm. 237, de 2 de diciembre de 2011.

⁶³ BOJA núm. 237, de 2 de diciembre de 2011.

⁶⁴ BOJA núm. 237, de 2 de diciembre de 2011.

⁶⁵ BOJA núm. 241, de 12 de diciembre de 2011.

⁶⁶ BOJA núm. 248, de 21 de diciembre de 2011.

⁶⁷ BOJA núm. 251, de 27 de diciembre de 2011.

⁶⁸ BOJA núm. 251, de 27 de diciembre de 2011.

⁶⁹ BOJA núm. 251, de 27 de diciembre de 2011.

⁷⁰ BOJA núm. 251, de 27 de diciembre de 2011.

⁷¹ BOJA núm. 254, de 30 de diciembre de 2011.

JURISPRUDENCIA · TJUE

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA (SALA CUARTA), DE 15 DE SEPTIEMBRE DE 2011, SOBRE CUESTIONES PREJUDICIALES EN RELACIÓN CON LA PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIA

En los asuntos acumulados C-483/09 y C-1/10, que tienen por objeto sendas peticiones de decisión prejudicial planteadas, con arreglo al artículo 35 UE, por la Audiencia Provincial de Tarragona mediante respectivos autos de 15 de septiembre de 2009, modificado mediante auto de aclaración de 8 de octubre del mismo año, y de 18 de diciembre de 2009, recibidos en el Tribunal de Justicia respectivamente el 30 de noviembre de 2009 y el 4 de enero de 2010, en los procedimientos penales contra Z (asunto C-483/09), en el que participa: X, y T (asunto C-1/10), en el que participa: Y,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Cuarta), (...)

habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 3 de marzo de 2011; consideradas las observaciones presentadas: en nombre del Gobierno español, por la Sra. N. Díaz Abad, en calidad de agente; en nombre del Gobierno alemán, por los Sres. T. Henze y J. Möller y por la Sra. S. Unzeitig, en calidad de agentes; en nombre del Gobierno italiano, por la Sra. G. Palmieri, en calidad de agente, asistida por los Sres. P. Gentili y L. Ventrella, avvocati dello Stato; en nombre del Gobierno neerlandés, por las Sras. C. Wissels y M. de Ree, en calidad de agentes; en nombre del Gobierno austriaco, por el Sr. E. Riedl, en calidad de agente; en nombre del Gobierno polaco, por el Sr. M. Szpunar, en calidad de agente; en nombre del Gobierno sueco, por las Sras. C. Meyer-Seitz y S. Johannesson, en calidad de agentes; en nombre del Gobierno del Reino Unido, por las Sras. H. Walker y J. Stratford, en calidad de agentes; en nombre de la Comisión Europea, por el Sr. R. Troosters y por la Sra. S. Pardo Quintillán, en calidad de agentes; oídas las conclusiones de la Abogado General, presentadas en audiencia pública el 12 de mayo de 2011, dicta la siguiente

Sentencia

1. Las peticiones de decisión prejudicial tienen por objeto la interpretación de los artículos 2, 8 y 10 de la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal (DO L 82, p. 1; en lo sucesivo, «Decisión marco»).

2. Dichas peticiones se presentaron en el marco de sendos procesos penales incoados contra el Sr. Z y el Sr. T, acusados de haber infringido la prohibición, impuesta como pena accesoria, de aproximarse a sus respectivas víctimas, de sexo femenino, quienes habían sufrido malos tratos en el ámbito familiar, a raíz de los cuales se habían impuesto igualmente penas principales a los acusados.

Marco jurídico

Normativa de la Unión

3 La Decisión marco se adoptó, en particular, sobre la base del artículo 31 UE, apartado 1, cuya letra c) dispone que la acción en común sobre cooperación judicial en materia penal incluirá, entre otras, la consecución de la compatibilidad de las normas aplicables en los Estados miembros, en la medida necesaria para mejorar dicha cooperación.

4 Según se desprende del tercer considerando de la Decisión marco, el Consejo Europeo de Tampere (Finlandia), en su reunión celebrada los días 15 y 16 de octubre de 1999, estableció que deben elaborarse normas mínimas sobre la protección de las víctimas de los delitos, en particular sobre su acceso a la justicia y su derecho a ser indemnizadas por los daños sufridos.

5 Los considerandos cuarto, octavo y noveno de la Decisión marco tienen el siguiente tenor: «(4) Conviene que los Estados miembros aproximen sus disposiciones legales y reglamentarias en la medida necesaria para realizar el objetivo de ofrecer a las víctimas de delitos un elevado nivel de protección, con independencia del Estado miembro en que se encuentren.[...] (8) Es necesario armonizar las normas y prácticas en lo que respecta al estatuto y a los principales derechos de la víctima, prestando especial atención al respeto de su dignidad, a su derecho a declarar y ser informada, a comprender y ser comprendida, a ser protegida en las diversas fases de las actuaciones [...] (9) Las disposiciones de la presente Decisión marco, sin embargo, no obligan a los Estados miembros a garantizar a las víctimas un trato equivalente al de las partes en el proceso.»

6 A tenor del artículo 1 de la Decisión marco, a efectos de ésta, se entenderá por: «a) “víctima”: la persona física que haya sufrido un perjuicio [...] directamente causado por un acto u omisión que infrinja la legislación penal de un Estado miembro; c) “proceso penal”: el prescrito en la legislación nacional aplicable; [...] e) “mediación en causas penales”: la búsqueda, antes o durante el proceso penal, de una solución negociada entre la víctima y el autor de la infracción, en la que medie una persona competente.»

7 El artículo 2 de la Decisión marco, rubricado «Respeto y reconocimiento», dispone en su apartado 1: «Los Estados miembros reservarán a las víctimas un papel efectivo y adecuado en su sistema judicial penal. Seguirán esforzándose por que las víctimas sean tratadas

JURISPRUDENCIA · TJUE

durante las actuaciones con el debido respeto a su dignidad personal, y reconocerán sus derechos e intereses legítimos en particular en el marco del proceso penal.»

8 El artículo 3 de la Decisión marco, rubricado «Audición y presentación de pruebas», establece en su párrafo primero que «los Estados miembros garantizarán a la víctima la posibilidad de ser oída durante las actuaciones y de facilitar elementos de prueba».

9 El artículo 8 de la Decisión marco, rubricado «Derecho a la protección», establece: «1. Los Estados miembros garantizarán un nivel adecuado de protección a las víctimas y, si procede, a sus familiares [...], por lo que respecta a su seguridad y a la protección de su intimidad, siempre que las autoridades competentes consideren que existe un riesgo grave de represalias o claros indicios de una intención clara de perturbar su vida privada.

2. Para ello, y no obstante lo dispuesto en el apartado 4, los Estados miembros garantizarán que, en caso necesario, sea posible adoptar, en el marco de un proceso judicial, las medidas adecuadas para proteger la intimidad o la imagen física de la víctima y de sus familiares o de las personas en situación equivalente. 3. Los Estados miembros velarán además porque, en las dependencias judiciales, pueda evitarse el contacto entre víctima y procesado, salvo que el proceso penal lo requiera. A tal fin, si ha lugar, los Estados miembros dispondrán progresivamente lo necesario para que las dependencias judiciales estén provistas de espacios de espera reservados a las víctimas. 4. Los Estados miembros garantizarán, cuando sea necesario proteger a las víctimas, y sobre todo a las más vulnerables, de las consecuencias de prestar declaración en audiencia pública, que éstas puedan, por resolución judicial, testificar en condiciones que permitan alcanzar ese objetivo, por cualquier medio adecuado compatible con los principios fundamentales de su Derecho.»

10 Finalmente, según el artículo 10, apartado 1, de la Decisión marco, «los Estados miembros procurarán impulsar la mediación en las causas penales para las infracciones que a su juicio se presten a este tipo de medida».

Normativa nacional

11 El Código Penal, en su versión dada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995 (BOE n° 283, de 26 de noviembre de 2003, p. 41842; en lo sucesivo, «Código Penal»), regula en su artículo 48, apartado 2, los efectos de la pena accesoria de alejamiento que prohíbe al condenado aproximarse, en particular, a la víctima.

12 El artículo 57 del Código Penal define en los siguientes términos los supuestos y circunstancias en que, respectivamente, pueden (apartado 1) o deben (apartado 2) imponerse una o varias de las prohibiciones reguladas en el citado artículo 48: «1. Los jueces o tribunales, en los

delitos de homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio [...], atendiendo a la gravedad de los hechos o al peligro que el delincuente represente, podrán acordar en sus sentencias la imposición de una o varias de las prohibiciones contempladas en el artículo 48 [...] [...] 2. En los supuestos de los delitos mencionados en el primer párrafo del apartado 1 de este artículo cometidos contra quien sea o haya sido el cónyuge, o sobre persona que esté o haya estado ligada al condenado por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia [...] se acordará, en todo caso, la aplicación de la pena prevista en el apartado 2 del artículo 48 [(a saber, la prohibición de aproximarse a la víctima)] por un tiempo que no excederá de diez años si el delito fuera grave o de cinco si fuera menos grave [...]»

13 De los autos de remisión se desprende que dicha pena de prohibición preceptiva se aplica por un tiempo que supere en un año, como mínimo, la duración de la pena de prisión impuesta, o por un tiempo superior a seis meses e inferior a cinco años si la pena impuesta fuera de diferente naturaleza.

14 En determinadas situaciones, la duración mínima de seis meses puede reducirse a un mes con arreglo al artículo 40, apartado 3, en relación con el artículo 33, apartado 6, del Código Penal.

15 El artículo 468, apartado 2, del Código Penal, en su versión modificada por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (BOE n° 313, de 29 de diciembre de 2004, p. 42166; en lo sucesivo, «Ley Orgánica 1/2004»), prevé la imposición de una pena de prisión de seis meses a un año a los que quebrantaren una pena de las contempladas en el artículo 48 del Código Penal, impuesta en procesos criminales en los que el ofendido sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173, apartado 2, del Código Penal. Este último precepto menciona, entre otros, al cónyuge o persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia.

16 La Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en su versión modificada por la Ley Orgánica 1/2004 (en lo sucesivo, «LOPJ»), establece en su artículo 82, apartado 1, que las Audiencias Provinciales conocerán en el orden penal, en particular, «de los recursos que establezca la ley contra las resoluciones en materia penal dictadas por los Juzgados de Violencia sobre la Mujer de la provincia».

17 El artículo 87 *ter*, apartado 5, de la LOPJ, introducido por la Ley Orgánica 1/2004, prohíbe la mediación en todos los casos de infracciones cometidas en el ámbito familiar.

18 Con arreglo al artículo 792, apartado 3, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, contra las sentencias dictadas

JURISPRUDENCIA · TJUE

en apelación, como las que ha de dictar el órgano jurisdiccional remitente, no cabrá recurso judicial ordinario.

Procesos principales y cuestiones prejudiciales

19 Mediante sendas sentencias dictadas en 2008 por el Juzgado de lo Penal nº 23 de Barcelona y en 2006 por el Juzgado de Instrucción nº 7 de Violencia sobre la Mujer de El Vendrell, los Sres. Z y T fueron condenados por respectivos delitos de maltrato en el ámbito familiar, entre otras sanciones, a la pena accesoria de prohibición de aproximarse a la víctima a menos de 1.000 metros y 500 metros y de comunicar con ella por un período de 17 meses, en el primer caso, y de 16 meses, en el segundo.

20 A sabiendas de dichas prohibiciones impuestas en virtud del artículo 57, apartado 2, del Código Penal, ambos condenados procedieron, relativamente poco tiempo después de la imposición de dichas penas accesorias, a convivir de nuevo con sus respectivas víctimas, a petición de éstas. Convivieron con ellas hasta la fecha de su detención, que se produjo el 3 de febrero de 2009 en el caso del Sr. Z y el 5 de diciembre de 2007 en el del Sr. T.

21 Mediante sentencias dictadas respectivamente el 11 de febrero de 2009 y el 27 de marzo de 2008, el Juzgado de lo Penal nº 1 de Tarragona condenó a los Sres. Z y T por quebrantamiento de la pena accesoria de prohibición de aproximarse a la víctima, con arreglo al artículo 468, apartado 2, del Código Penal.

22 En el marco de los recursos de apelación interpuestos contra dichas sentencias, prestaron declaración ante el órgano jurisdiccional remitente las personas que habían mantenido respectivamente relación de pareja con el Sr. Z y con el Sr. T durante varios años antes de la imposición de las sanciones a éstos, así como, posteriormente, al tiempo de la detención de los mismos.

23 En dichas declaraciones, las interesadas afirmaron que habían sido ellas quienes, de forma plenamente consciente y voluntaria, decidieron la reanudación de la convivencia con los condenados, a pesar de que éstos habían sido sancionados penalmente por haberlas agredido con anterioridad.

24 Según dichas personas, la convivencia con los Sres. Z y T se había desarrollado con normalidad durante varios meses hasta el día en que se produjo la detención de éstos.

25 Mediante sus recursos de apelación, interpuestos ante el órgano jurisdiccional remitente contra las sentencias dictadas por el Juzgado de lo Penal nº 1 de Tarragona, ambos condenados solicitan que se declare que la reanudación de la convivencia libremente consentida por sus parejas no constituye un delito de quebrantamiento de la pena accesoria de alejamiento.

26 El órgano jurisdiccional remitente considera que la eventual confirmación de las penas impuestas en primera instancia depende de que el carácter preceptivo de la adopción de medidas de alejamiento en los supuestos de

delitos de violencia familiar, aun cuando las víctimas se opongan a tales medidas, sea compatible con la Decisión marco.

27 En opinión de dicho órgano jurisdiccional, no parece cuestionable que, en determinados supuestos, puedan imponerse tales medidas de alejamiento, incluso contra la voluntad de la víctima. No obstante, considera que el adecuado nivel de protección que procede otorgar, en concreto, a las víctimas de delitos cometidos en el ámbito familiar, particularmente en el caso de infracciones menores, no puede dar lugar a la imposición, sin excepciones, de una medida de alejamiento adoptada sin una previa ponderación de las circunstancias del caso concreto.

28 Dadas las circunstancias, la Audiencia Provincial de Tarragona decidió suspender las actuaciones y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales, que se formulan en términos idénticos en los dos asuntos C-483/09 y C-1/10:

«1) ¿El derecho de la víctima a ser comprendida que se contempla en el apartado ocho del Preámbulo de la Decisión Marco, debe ser interpretado como un deber positivo de las autoridades estatales encargadas de la persecución y castigo de las conductas victimizadoras a permitir que la víctima exprese su valoración, reflexión y opinión acerca de los efectos directos que sobre su vida pueden derivarse de la imposición de penas al victimario con el que mantiene una relación familiar o intensamente afectiva?

2) ¿El artículo 2 de la Decisión Marco [...] debe ser interpretado en el sentido de que el deber de los Estados [miembros] de reconocimiento de los derechos e intereses legítimos de la víctima obliga a tomar en cuenta su opinión cuando las consecuencias penales del proceso pueden comprometer de forma nuclear y directa el desarrollo de su derecho al libre desarrollo de la personalidad y de la vida privada y familiar?

3) ¿El [artículo] 2 de la Decisión Marco [...] debe ser interpretado en el sentido de que las autoridades estatales no pueden dejar de tomar en cuenta la voluntad libre de la víctima cuando se oponga a la imposición o mantenimiento de una medida de alejamiento cuando el agresor sea un miembro de su familia y no se constate situación objetiva de riesgo de reiteración delictiva, se aprecie un nivel de competencia personal, social, cultural y emocional que excluya un pronóstico de sometimiento al victimario o, por el contrario, cabe mantener la procedencia de dicha medida en todo caso en atención a la tipología específica de estos delitos?

4) ¿El [artículo] 8 de la Decisión Marco [...], cuando establece que los Estados [miembros] garantizarán un nivel de protección adecuada a la víctima, debe ser interpretado en el sentido de que permite la imposición generalizada y preceptiva de medidas de alejamiento o de prohibición de comunicación como penas accesorias en todos

JURISPRUDENCIA · TJUE

los supuestos en los que la víctima lo sea por delitos cometidos en el ámbito familiar, en atención a la tipología específica de estas infracciones, o, por el contrario, el [artículo] 8 exige efectuar una ponderación individualizada que permita identificar, caso por caso, el nivel adecuado de protección en atención a los intereses concurrentes?

5) ¿El [artículo] 10 de la Decisión Marco [...] debe ser interpretado en el sentido de que permite excluir con carácter general la mediación en los procesos penales relativos a delitos cometidos en el ámbito familiar en atención a la tipología específica de estos delitos o, por el contrario, debe permitirse la mediación también en este tipo de procesos, ponderando caso por caso los intereses concurrentes?»

29 Mediante auto del Presidente del Tribunal de Justicia de 24 de septiembre de 2010, se resolvió acumular los asuntos C-483/09 y C-1/10 a efectos de la fase oral y de la sentencia.

Sobre la competencia del Tribunal de Justicia

30 De la información relativa a la fecha de entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, publicada en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* de 1 de mayo de 1999 (DO L 114, p. 56), se desprende que el Reino de España hizo una declaración con arreglo al artículo 35 UE, apartado 2, por la que aceptó la competencia del Tribunal de Justicia para pronunciarse con carácter prejudicial, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 35 UE, apartado 3, letra a), a petición de cualquier órgano jurisdiccional de dicho Estado miembro cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno.

31 En virtud del artículo 792, apartado 3, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, las resoluciones que ha de dictar el órgano jurisdiccional remitente en los procesos principales no son susceptibles de ulterior recurso judicial ordinario de Derecho interno.

32 Conforme al artículo 10, apartado 1, del Protocolo nº 36 sobre las disposiciones transitorias, anexo al Tratado FUE, las atribuciones del Tribunal de Justicia en virtud del título VI del Tratado UE, en su versión aplicable antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, seguirán siendo las mismas con respecto a un acto como la Decisión marco, adoptado antes de dicha entrada en vigor, aun cuando hayan sido aceptadas con arreglo al artículo 35 UE, apartado 2.

33 Dadas las circunstancias, el Tribunal de Justicia es competente, en virtud del artículo 35 UE, apartado 1, para pronunciarse con carácter prejudicial acerca de las cuestiones planteadas por el órgano jurisdiccional remitente en relación con la interpretación de la Decisión marco.

Sobre la admisibilidad de las cuestiones prejudiciales

34 Los Gobiernos español e italiano alegan, con carácter principal, que las peticiones de decisión prejudicial son inadmisibles.

35 Precisando que los procesos principales no versan

sobre la imposición de una pena de alejamiento en virtud del artículo 57, apartado 2, del Código Penal, el Gobierno español alega, en primer lugar, que no es necesario plantearse si la Decisión marco se opone a la adopción preceptiva de tal medida. Afirma que, dado que dichos procesos se refieren a la imposición de una pena con arreglo al artículo 468, apartado 2, del Código Penal, relativo al quebrantamiento de una medida de alejamiento impuesta anteriormente, las cuestiones prejudiciales planteadas son puramente hipotéticas.

36 En segundo lugar, aun considerando que dichas cuestiones se refiriesen al artículo 468, apartado 2, del Código Penal, el Gobierno español afirma que el problema que se plantea en los procesos principales no deriva de dicho precepto en sí, sino de la interpretación que del mismo ha realizado la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en su Acuerdo (no vinculante) de 25 de noviembre de 2008, conforme al cual «el consentimiento de la mujer no excluye la punibilidad a efectos del [artículo] 468 del [Código Penal]». Por consiguiente, alega que, en realidad, las cuestiones prejudiciales se refieren a la interpretación del Derecho nacional, sobre el que no corresponde pronunciarse al Tribunal de Justicia en el marco de una remisión prejudicial.

37 El Gobierno italiano observa, además, que los conflictos entre el Derecho nacional y la Decisión marco que se deriven de la interpretación de esta última no podrán resolverse mediante una interpretación del Derecho nacional conforme con los objetivos de la Decisión marco. Dicha interpretación conforme podría, todo lo más, efectuarse *contra legem*, lo cual no está permitido por el Derecho de la Unión. Por consiguiente, afirma que las cuestiones prejudiciales quedan privadas de toda utilidad y tienen carácter hipotético.

38 A este respecto, procede destacar que, al igual que el artículo 267 TFUE, el artículo 35 UE, apartado 3, letra a), somete el planteamiento de cuestiones al Tribunal de Justicia con carácter prejudicial a la condición de que el órgano jurisdiccional nacional estime «necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo», de modo que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre la admisibilidad de las cuestiones prejudiciales planteadas con arreglo al artículo 267 TFUE es, en principio, extrapolable a las peticiones de decisión prejudicial planteadas al Tribunal de Justicia en virtud del artículo 35 UE (véase, en este sentido la sentencia de 16 de junio de 2005, Pupino, C-105/03, Rec. p. I-5285, apartado 29).

39 En el marco de la cooperación entre el Tribunal de Justicia y los órganos jurisdiccionales nacionales establecida por el artículo 267 TFUE, corresponde exclusivamente al juez nacional, que conoce del litigio y que debe asumir la responsabilidad de la decisión jurisdiccional que ha de adoptarse, apreciar, a la luz de las particularidades del asunto, tanto la necesidad de una decisión pre-

JURISPRUDENCIA · TJUE

judicial para poder dictar sentencia, como la pertinencia de las cuestiones que plantea al Tribunal de Justicia. Por consiguiente, cuando las cuestiones planteadas se refieren a la interpretación del Derecho de la Unión, el Tribunal de Justicia está, en principio, obligado a pronunciarse (véanse, entre otras, las sentencias de 15 de diciembre de 1995, *Bosman, C-*, y de 12 de mayo de 2011, *Runevič-Vardyn y Wardyn, C-391/09*, Rec. p. I-0000, apartado 30).

40 No obstante, en relación con la misión que el artículo 267 TFUE confiere al Tribunal de Justicia, éste no puede pronunciarse acerca de las cuestiones planteadas por un órgano jurisdiccional nacional cuando resulte evidente, en particular, que la interpretación solicitada de las disposiciones del Derecho de la Unión mencionadas en dichas cuestiones no tiene relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal, o cuando el problema sea de naturaleza hipotética (véase, en este sentido, la sentencia de 9 de octubre de 2008, *Katz, C-404/07*, Rec. p. I-7607, apartado 31 y jurisprudencia citada).

41 En el caso autos, las cuestiones planteadas por el órgano jurisdiccional remitente tienen por objeto determinar si la medida de alejamiento preceptiva impuesta como pena accesoria es, en sí misma, compatible con la Decisión marco. Dicho órgano jurisdiccional considera necesario verificar, en el ámbito de los procesos penales relativos al quebrantamiento de penas de alejamiento impuestas anteriormente, si dichas penas, de carácter preceptivo y sobre las que debe basar sus condenas, no infringen en sí mismas la Decisión marco. A la vista de dichas consideraciones, las cuestiones planteadas no resultan hipotéticas.

42 Por otro lado, ha de precisarse que, a efectos de sus respuestas a las cuestiones que se le plantean, el Tribunal de Justicia se basa en la interpretación de las disposiciones nacionales controvertidas efectuada por el órgano jurisdiccional remitente, sin que pueda ponerla en duda ni verificar su exactitud.

43 Finalmente, en sus observaciones escritas, el Gobierno español indicó que la interpretación del artículo 468, apartado 2, del Código Penal efectuada por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en su Acuerdo de 25 de noviembre de 2008 no priva, en principio, a los órganos jurisdiccionales de la posibilidad de apartarse de manera motivada de dicha interpretación. Por consiguiente, en el supuesto de que el Tribunal de Justicia respondiese a las cuestiones planteadas que la Decisión marco se opone a una medida nacional como la controvertida en los procesos principales, no es evidente que en éstos fuera necesariamente imposible una interpretación del Derecho nacional conforme con la Decisión marco, contrariamente a lo alegado por el Gobierno italiano.

44 Dadas las circunstancias, no es evidente que la interpretación de la Decisión marco solicitada por el órgano

jurisdiccional remitente no guarde relación alguna con la realidad ni con el objeto de los procesos principales, ni que el problema planteado sea de naturaleza hipotética.

45 En consecuencia, las peticiones de decisión prejudicial son admisibles.

Sobre las cuestiones prejudiciales

Cuestiones primera a cuarta

46 Antes de examinar las cuatro primeras cuestiones, procede señalar que el octavo considerando de la Decisión marco, objeto de la primera cuestión, carece en sí mismo de valor jurídico vinculante (véase la sentencia de 25 de febrero de 2010, *C-562/08, Müller Fleisch*, Rec. p. I-1391, apartado 40).

47 Por otro lado, en el plano formal, es preciso señalar que el órgano jurisdiccional remitente ha limitado sus cuestiones segunda a cuarta a la interpretación de los artículos 2 y 8 de la Decisión marco. No obstante, tal circunstancia no impide que el Tribunal de Justicia le facilite elementos de interpretación del Derecho de la Unión que puedan serle útiles para enjuiciar los asuntos de que conoce, aun cuando, como sucede en el caso de autos, tales elementos se refieran a otra disposición de la Decisión marco, con independencia de que dicho órgano jurisdiccional haya hecho o no referencia a ella en el enunciado de sus cuestiones (véase la sentencia de 5 de mayo de 2011, *McCarthy, C-434/09*, Rec. p. I-0000, apartado 24).

48 A este respecto, ha de señalarse que, si bien los Estados miembros han de reconocer los derechos e intereses legítimos de las víctimas en virtud del artículo 2 de la Decisión marco, es el artículo 3, párrafo primero, en relación con el octavo considerando, de la Decisión marco el que les ordena garantizar a las víctimas la posibilidad de ser oídas durante las actuaciones.

49 Por consiguiente, procede considerar que, mediante sus cuatro primeras cuestiones, que han de examinarse conjuntamente, el órgano jurisdiccional remitente interesa saber, en esencia, si los artículos 2, 3 u 8 de la Decisión marco deben interpretarse en el sentido de que se oponen a la imposición de una medida de alejamiento preceptiva con una duración mínima, prevista como pena accesoria por el Derecho penal de un Estado miembro, a los autores de violencia en el ámbito familiar, aun en el supuesto de que las víctimas de esa violencia se opongan a la aplicación de tal medida.

50 A este respecto, es relevante señalar que la Decisión marco no contiene ninguna disposición relativa a las clases y graduación de las penas que los Estados miembros han de establecer en su normativa para sancionar las infracciones penales.

51 Debe añadirse que la Decisión marco no indica en modo alguno que el legislador de la Unión, dentro de los límites de las competencias que le atribuye el Tratado UE, haya tenido la intención de armonizar o, al menos, de aproximar las legislaciones de los Estados miembros en lo

JURISPRUDENCIA · TJUE

relativo a las clases y graduación de las sanciones penales.

52 Tal y como se desprende de sus considerandos tercero y cuarto, la Decisión marco sólo pretende, en el ámbito del proceso penal definido en su artículo 1, letra c), establecer normas mínimas sobre la protección de las víctimas de infracciones penales y ofrecer a éstas un elevado nivel de protección, en particular en lo relativo a su acceso a la justicia.

53 Por otro lado, el noveno considerando de la Decisión marco precisa que las disposiciones de ésta no obligan a los Estados miembros a garantizar a las víctimas un trato equivalente al de las partes en el proceso.

54 Por lo que respecta a su estructura y contenido, la Decisión marco se caracteriza por el hecho de establecer de un modo general, en su artículo 2, los principales objetivos que pretende aplicar para la protección de las víctimas y precisar, en los artículos siguientes, diferentes derechos de naturaleza esencialmente procesal a los que las víctimas deben poder acogerse durante el proceso penal.

55 Las disposiciones de la Decisión marco deben interpretarse de modo que se respeten los derechos fundamentales, de entre los que es preciso destacar, en particular, el derecho al respeto de la vida privada y familiar tal como se formula en el artículo 7 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (véanse, entre otras, las sentencias antes citadas Pupino, apartado 59, y Katz, apartado 48).

56 Las obligaciones enunciadas en el artículo 2, apartado 1, de la Decisión marco tienen por objeto garantizar que la víctima pueda participar efectivamente en el proceso penal de un modo adecuado, lo cual no implica que una medida de alejamiento preceptiva como la controvertida en los procesos principales no pueda imponerse en contra de la opinión de la víctima.

57 En cuanto al artículo 3 de la Decisión marco, si bien ordena a los Estados miembros garantizar a la víctima la posibilidad de ser oída durante las actuaciones y de facilitar elementos de prueba, deja a las autoridades nacionales una amplia facultad discrecional en cuanto a los mecanismos concretos para alcanzar tal objetivo (véase en este sentido la sentencia Katz, antes citada, apartado 46).

58 Sin embargo, so pena de privar al artículo 3, párrafo primero, de la Decisión marco de gran parte de su efecto útil e incumplir las obligaciones impuestas en su artículo 2, apartado 1, estas disposiciones implican, en cualquier caso, que la víctima pueda declarar en el marco del proceso penal y que su declaración pueda ser tenida en cuenta como elemento de prueba (sentencia Katz, antes citada, apartado 47).

59 Así pues, para garantizar que la víctima pueda participar efectivamente en el proceso penal de un modo adecuado, su derecho a ser oída debe proporcionarle, junto a la posibilidad de describir objetivamente cómo se

produjeron los hechos, también la oportunidad de exponer su punto de vista.

60 Este derecho procesal a ser oída, en el sentido del artículo 3, párrafo primero, de la Decisión marco, no confiere a la víctima ningún derecho en cuanto a la determinación de las clases ni la graduación de las penas aplicables a los autores de los hechos en virtud de las normas del Derecho penal nacional.

61 A este respecto, ha de recordarse que la protección penal contra los actos de violencia doméstica que establece un Estado miembro en ejercicio de su potestad sancionadora no sólo tiene por objeto la protección de los intereses de la víctima tal como ésta los percibe, sino también la protección de otros intereses más generales de la sociedad.

62 De ello se deduce que el artículo 3 de la Decisión marco no se opone a que el legislador nacional, particularmente en los supuestos en que han de tenerse en cuenta otros intereses además de los propios de la víctima, establezca penas preceptivas con una duración mínima.

63 Finalmente, en relación con el artículo 8 de la Decisión marco, de su apartado 1 se desprende que tiene por objeto garantizar un «nivel adecuado de protección a las víctimas», por lo que respecta a su seguridad y a la protección de su intimidad, siempre que las autoridades competentes consideren que existe un «riesgo grave de represalias o claros indicios de una intención clara de perturbar su vida privada».

64 A tal fin, las medidas de protección de orden preventivo y práctico, como las establecidas en los apartados 2 a 4 del citado artículo 8, están dirigidas a garantizar que la víctima pueda participar en el proceso penal de un modo adecuado sin que dicha participación se vea comprometida por riesgos que afecten a su seguridad y su vida privada.

65 Al igual que los artículos 2 y 3 de la Decisión marco, el artículo 8 de ésta no implica ninguna obligación para los Estados miembros de incluir en su Derecho nacional penal disposiciones que permitan a la víctima influir sobre las penas que el juez nacional puede imponer al autor de la infracción.

66 La protección a que se refiere el citado artículo 8 tiene particularmente por objeto proteger de una manera «adecuada» a la víctima y a las personas de su entorno frente al autor de la infracción durante el proceso penal.

67 En cambio, el artículo 8 de la Decisión marco no puede entenderse en el sentido de que los Estados miembros estén igualmente obligados a proteger a las víctimas contra los efectos indirectos que produzcan, en una fase posterior, las penas impuestas por el juez nacional a los autores de las infracciones.

68 Por lo tanto, el artículo 8 de la Decisión marco no puede interpretarse en el sentido de que limite a los Estados miembros a la hora de determinar las sanciones pena-

JURISPRUDENCIA · TJUE

les que establecen en su ordenamiento jurídico interno.

69 Para terminar, ha de señalarse que la obligación, en cuanto tal, de imponer una medida de alejamiento conforme al Derecho material controvertido en los procesos principales no está incluida en el ámbito de aplicación de la Decisión marco, por lo que no puede apreciarse a la luz de lo dispuesto en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

70 Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a las primeras cuatro cuestiones que los artículos 2, 3 y 8 de la Decisión marco deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a la imposición de una medida de alejamiento preceptiva con una duración mínima, prevista como pena accesoria por el Derecho penal de un Estado miembro, a los autores de violencia en el ámbito familiar, aun en el supuesto de que las víctimas de esa violencia se opongan a la aplicación de tal medida.

Quinta cuestión

71 Mediante su quinta cuestión planteada en ambos asuntos, el órgano jurisdiccional remitente interesa saber, en esencia, si el artículo 10 de la Decisión marco debe interpretarse en el sentido de que permite a los Estados miembros, en atención a la tipología específica de las infracciones cometidas en el ámbito familiar, excluir la mediación en todos los procesos penales relativos a tales infracciones.

72 A este respecto es preciso señalar que, aparte de que el artículo 34 UE, apartado 2, deja en manos de las autoridades nacionales la determinación de la forma y de los medios necesarios para alcanzar el resultado que persiguen las decisiones marco, el artículo 10, apartado 1, de la Decisión marco se limita a ordenar a los Estados miembros que procuren impulsar la mediación para las infracciones que «a su juicio se presten a este tipo de medida», de manera que corresponde a los Estados miembros la determinación de las infracciones para las que se permite la mediación (véase la sentencia de 21 de octubre de 2010, Eredics y Sápi, C-205/09, Rec. p. I-0000, apartado 37).

73 Por lo tanto, el artículo 10, apartado 1, de la Decisión marco permite a los Estados miembros excluir la mediación en todos los supuestos de infracciones cometidas en el ámbito familiar, como establece el artículo 87 *ter*, apartado 5, de la LOPJ.

74 En efecto, del propio tenor del citado artículo 10, apartado 1, y del amplio margen de apreciación que la Decisión marco confiere a las autoridades nacionales res-

pecto a los mecanismos concretos para alcanzar sus objetivos se deriva que, al decidir excluir la aplicación del procedimiento de mediación para un concreto tipo de infracción, opción que obedece a razones de política penal, el legislador nacional no se ha excedido de la facultad de apreciación de que dispone (véase, por analogía, la sentencia Eredics y Sápi, antes citada, apartado 38).

75 Ha de añadirse que la apreciación de los Estados miembros puede verse limitada por la obligación de utilizar criterios objetivos a la hora de determinar los tipos de infracción para los que consideren inadecuada la mediación. Ahora bien, no hay indicio alguno de que la exclusión de la mediación prevista por la LOPJ se base en criterios carentes de objetividad.

76 Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a la quinta cuestión que el artículo 10, apartado 1, de la Decisión marco debe interpretarse en el sentido de que permite a los Estados miembros, en atención a la tipología específica de las infracciones cometidas en el ámbito familiar, excluir la mediación en todos los procesos penales relativos a tales infracciones.

Costas

77 Dado que el procedimiento tiene, para las partes de los procesos principales, el carácter de un incidente promovido ante el órgano jurisdiccional nacional, corresponde a éste resolver sobre las costas. Los gastos efectuados por quienes, no siendo partes de los procesos principales, han presentado observaciones ante el Tribunal de Justicia no pueden ser objeto de reembolso.

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) declara:

1) Los artículos 2, 3 y 8 de la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a la imposición de una medida de alejamiento preceptiva con una duración mínima, prevista como pena accesoria por el Derecho penal de un Estado miembro, a los autores de violencia en el ámbito familiar, aun en el supuesto de que las víctimas de esa violencia se opongan a la aplicación de tal medida.

2) El artículo 10, apartado 1, de la Decisión marco 2001/220 debe interpretarse en el sentido de que permite a los Estados miembros, en atención a la tipología específica de las infracciones cometidas en el ámbito familiar, excluir la mediación en todos los procesos penales relativos a tales infracciones.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO-SALA DE LO SOCIAL, DE 18 DE JULIO DE 2011. DISCRIMINACIÓN INDIRECTA EN EL SISTEMA DE PROMOCIÓN PROFESIONAL POR RAZÓN DE GÉNERO

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de Casación interpuesto por el Procurador X, en nombre y representación de Y, S.A., contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de fecha 9 de junio de 2010, en actuaciones nº 6/10 seguidas en virtud de demanda a instancia de Direcció General de Relacions Laborals del Departament de Treball de la Generalitat de Catalunya contra Y, S.A., Comitès de Empresa, y Sindicats, sobre discriminación indirecta.

Han comparecido en concepto de recurrido Sindicato A. representado por el Letrado B, Sindicato C representado por el Letrado D, Direcció General de Relacions Laborals del Departament de Treball de la Generalitat de Catalunya representada por el Abogado de la Generalitat de Catalunya.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la representación de Direcció General de Relacions Laborals del Departament de Treball de la Generalitat de Catalunya se planteó demanda de oficio de la que conoció la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, y en la que tras exponer los hechos y motivos que estimaron de aplicación se terminó por suplicar se dictara sentencia por la que se declare que las contrataciones y afirmaciones de hecho contenidas en las actas de infracción de la Inspección de Trabajo y en esta comunicación de oficio configuran y suponen infracción consistente en discriminación indirecta en el sistema de promoción profesional por razón del género de los centros de trabajo al que hacen referencia las actas de infracción.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda se celebró el acto del juicio en el que la parte actora se afirmó en la misma, oponiéndose la demandada según consta en Acta. Recibido el pleito a prueba se practicaron las propuestas por las partes y declaradas pertinentes.

TERCERO.- Con fecha 9 de junio de 2010 se dictó sentencia por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en la que consta el siguiente fallo: "Que debemos estimar y estimamos la demanda de oficio interpuesta por el Departament de Treball de la Generalitat de Catalunya, frente a la empresa Y, S.A., siendo asimismo partes interesadas los sindicatos A, C, E, F, y los comités de empresa de los centros, y en consecuencia declaramos que las constataciones y afirmaciones de hechos contenidas en las actas de infracción de la Inspección de Trabajo y en las comunicaciones de oficio de la autoridad laboral suponen una infracción consistente en discriminación indirecta por razón de sexo en el sistema de promoción

profesional de la empresa Y, S.A. en los centros de trabajo 1, 2, 3 y 4.

CUARTO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: 1º.- La Inspección de Trabajo y Seguridad Social de Barcelona levantó diferentes actas de infracción en fecha 1 de agosto de 2005, a la empresa Y, S.A., por discriminación indirecta en razón de género en el sistema de promoción profesional en los centros de trabajo de las calles 1, 2, 3, así como en el centro de trabajo 4. Se da por íntegramente reproducido el contenido de cada una de dichas actas. 2º.- En el trámite de alegaciones a dichas Actas, mediante escrito de 24 de Agosto de 2005, la empresa instó que se procediera a la suspensión del procedimiento sancionador y que el conocimiento del fondo de la cuestión, la existencia o no de discriminación indirecta por razón de género, fuera atribuida al orden jurisdiccional social de acuerdo con el artículo 149.2 de la Ley de Procedimiento Laboral. 3º.- En resolución de 23 de enero de 2006, la Directora General de Relaciones laborales del Departament de Treball i Indústria, acordó la interposición demanda de oficio ante los juzgados de lo social, al estimar que las alegaciones y pruebas presentadas por los sujetos responsables ponen en evidencia que el conocimiento del fondo de la cuestión esta atribuida al orden jurisdiccional social, solicitando que se dicte sentencia por la que se declare que las constataciones y afirmaciones de hecho contenidas en el Acta de Infracción de la Inspección de Trabajo y en estas comunicaciones de Oficio configuran y suponen infracción consistente en discriminación indirecta en el sistema de promoción profesional por razón de género en aquellos cuatro centros de la empresa Y, S.A.

4º.- Interpuestas las demandas ante los juzgados de lo social de la ciudad de Barcelona, corresponde el conocimiento de las mismas al Juzgado de lo Social nº 13, que dictó sentencia de 30 de julio de 2007, con el siguiente fallo "Que debemos estimar las cuatro demandas en Procedimiento de Oficio interpuestas por el Departament de Treball de la Generalitat de Catalunya, frente a la empresa Y, S.A., compareciendo así mismo como partes interesadas los sindicatos A, C, y los Comitès de Empresa de los cuatro centros de trabajo de Y, S.A., siendo parte también el Ministerio Fiscal en reclamación de declaración de discriminación indirecta en el sistema de promoción profesional por razón del género en los centros de la empresa 1, 2, 4 y 3, y en su consecuencia debemos declarar y declaramos que el sistema de promoción profesional seguido por la empresa, en los cuatro Centros a que se refieren las demandas, incurre en Discriminación Indirecta por razón

JURISPRUDENCIA · TS

de Genero y contraviene los artículos 14 y 35.1 de la Constitución y en consecuencia condenamos a la empresa Y, S.A. a estar y pasar por esta declaración”.

5º.- Contra dicha sentencia interpone recurso de suplicación la empresa, que resuelve la sentencia de esta sala de 28 de septiembre de 2009, en la que se aprecia de oficio la incompetencia de los juzgados de lo social de la ciudad de Barcelona para conocer de la demanda, porque uno de los centros de trabajo a los que se refiere se encuentra situado en el partido judicial correspondiente a los juzgado de lo social de la localidad de Granollers, por lo que el órgano judicial competente sería esta Sala de lo Social del TSJ de Cataluña. 6º.- Una vez firme dicha sentencia, la autoridad laboral interpone demanda de oficio en fecha 29 de enero de 2009 ante esta Sala de lo Social, solicitando que se dicte sentencia por la que se declare que las constataciones y afirmaciones de hecho contenidas en el Acta de Infracción de la Inspección de Trabajo y en estas comunicaciones de Oficio configuran y suponen infracción consistente en discriminación indirecta en el sistema de promoción profesional por razón de género en los centros de trabajo a que hacen referencia las actas de infracción. 7º.- Los hechos a que se refieren las actas de infracción objeto del litigio se constriñen a los años 2003, 2004 y 2005. En el año 2006 se constituye en el seno de la empresa una Comisión Negociadora para el Plan de Igualdad, con intervención de los sindicatos con implantación en la misma, y en fecha 21 de mayo de año 2008, se aprueba definitivamente el plan de igualdad con ámbito nacional, cuyo texto se tiene por íntegramente reproducido. 8º.- En el Centro de Trabajo 2 de la empresa, la plantilla media es: Año 2003: 2449 trabajadores, de los cuales 945 son hombres y 1045 mujeres. Año 2004: 2334 trabajadores, de los cuales 904 son hombres y 1439 son mujeres. Año 2005: 1661 trabajadores, de los cuales 724 son hombres y 937 mujeres. Se han producido los siguientes ascensos: Año 2003: 25 hombres y 40 mujeres. Sistema de libre designación al grupo de Mando: 4 hombres y 6 mujeres. Sistema de evaluación continua al grupo coordinador: 4 hombres y una mujer. Resto de ascensos: desde el grupo de iniciación a profesional. Año 2004: 24 hombres y 34 mujeres. Sistema de libre designación al grupo de Mando: 8 hombres y 1 mujer. Sistema de evaluación continua al grupo de coordinador: 0 hombres y 1 mujer. Resto de ascensos: desde el grupo de iniciación a profesional: 16 hombres y 32 mujeres. Año 2005: no ha habido ascensos. El análisis estadístico de la evaluación de los ascensos en los años 2003, 2004 y 2005 en relación con la plantilla media de estos años, ofrece el siguiente resultado: Año 2003: El 38,59% de la plantilla son hombres. El 0,85% de los hombres han ascendido a los grupos de mandos, coordinadores y técnicos. El 61,41% de la plantilla son mujeres. El 0,47% de las mujeres han ascendido a los grupos anteriores. Año 2004: El 38,58% de la plantilla son hombres. El

0,88% de los hombres han ascendido a los grupos de mandos, coordinadores y técnicos. El 61,42% de la plantilla son mujeres. El 0,14% de las mujeres han ascendido a los grupos anteriores. 2005: No ha habido ascensos. 9º.- En el Centro de Trabajo 3, la plantilla es de: Año 2003: 2018 trabajadores, de los cuales 801 son hombres y 1217 mujeres. Año 2004: 1904 trabajadores, de los cuales 727 son hombres y 1177 son mujeres. Año 2005: 1770 trabajadores, de los cuales 689 son hombres y 1081 mujeres. Se han producido los siguientes ascensos: Año 2003: 38 hombres y 45 mujeres. Sistema de libre designación al grupo de Mando: 6 hombres y 2 mujeres. Sistema de evaluación continua al grupo coordinador: 5 hombres y 3 mujer. Resto de ascensos: desde el grupo de iniciación a profesional (por el transcurso de dos años de prestación de servicios). Año 2004: 39 hombres y 53 mujeres. Sistema de libre designación al grupo de Mando: 7 hombres y 1 mujer. Sistema de evaluación continua al grupo de coordinador: 7 hombre y 1 mujer. Resto de ascensos: desde el grupo de iniciación a profesional: 25 hombres y 51 mujeres (por el transcurso de dos años de prestación de servicios en la empresa). Año 2005: no ha habido ascensos. Análisis estadístico de la evaluación de los ascensos en los años 2003, 2004 y 2005 en relación con la plantilla media de estos años: Año 2003: El 39,69% de la plantilla son hombres. El 1,37% de los hombres han ascendido a los grupos de mandos, coordinadores y técnicos. El 60,31% de la plantilla son mujeres. El 0,41% de las mujeres han ascendido a los grupos anteriores. Año 2004: El 38,18% de la plantilla son hombres. El 1,93% de los hombres han ascendido a los grupos de mandos, coordinadores y técnicos. El 61,82% de la plantilla son mujeres. El 0,17% de las mujeres han ascendido a los grupos anteriores. Año 2005: No ha habido ascensos. 10º.- En el Centro de Trabajo 1, la plantilla tiene la siguiente configuración: Año 2003: está compuesta de 329 trabajadores, de los cuales 186 son hombres y 143 mujeres. Año 2004: sobre una media de 332 trabajadores, de los cuales 185 son hombres y 147 son mujeres. Año 2005: plantilla mediana 332 trabajadores, de los cuales 160 son hombres y 172 mujeres. Sobre dicha plantilla de trabajadores, se han producido los siguientes ascensos: Año 2003: 8 hombres y cuatro mujeres. Sistema de libre designación al grupo de Mando: 2 hombres y 0 mujeres. Sistema de evaluación continua al grupo coordinador: 2 hombres y una mujer. Sistema de libre designación al grupo técnico: 0 hombre y una mujer. Resto de ascensos: desde el grupo de iniciación a profesional. Año 2004: 3 hombres y cuatro mujeres. Sistema de libre designación al grupo de Mando: 2 hombres y 0 mujeres. Sistema de evaluación continua al grupo de coordinador: 1 hombre y 0 mujeres. Sistema de libre designación al grupo técnico: 0 hombres y 1 mujer. Resto de ascensos: desde el grupo de iniciación a profesional: 3 mujeres. Año 2005: No ha habido ascensos a la fecha de las actas de infrac-

JURISPRUDENCIA · TS

ción. Lo que ofrece el siguiente resultado estadístico: Año 2003: El 56,53% de la plantilla son hombres. El 2,15% de los hombres han ascendido a los grupos de mandos, coordinadores y técnicos. El 43,47% de la plantilla son mujeres. El 1,40% de las mujeres han ascendido a los grupos anteriores. Año 2004: El 55,72% de la plantilla son hombres. El 1,62% de los hombres han ascendido a los grupos de mandos, coordinadores y técnicos. El 44,28% de la plantilla son mujeres. El 0,68% de las mujeres han ascendido a los grupos anteriores. 2005: No ha habido ascensos. 11°.- En el Centro de Trabajo 4, la plantilla media es: Año 2003: 1154 trabajadores, de los cuales 671 son hombres y 483 mujeres. Año 2004: 1154 trabajadores, de los cuales 655 son hombres y 499 son mujeres. Año 2005: 1121 trabajadores, de los cuales 624 son hombres y 497 mujeres. Los ascensos que se han producido en dicho periodo son: Año 2003: 19 hombres y 14 mujeres. Sistema de libre designación al grupo de Mando: 2 hombres y 0 mujeres. Sistema de evaluación continua al grupo coordinador: 1 hombre y 0 mujeres. Resto de ascensos: desde el grupo de iniciación a profesional. Año 2004: 39 hombres y 33 mujeres. Sistema de libre designación al grupo de Mando: 4 hombres y 0 mujeres. Sistema de evaluación continua al grupo de coordinador: 7 hombres y 4 mujeres. Resto de ascensos: desde el grupo de iniciación a profesional: 28 hombres y 29 mujeres. Año 2005: no ha habido ascensos. El análisis estadístico de la evaluación de los ascensos en los años 2003, 2004 y 2005 en relación con la plantilla media de estos años, ofrece el siguiente resultado: Año 2003: El 58,15% de la plantilla son hombres. El 0,45% de los hombres han ascendido a los grupos de mandos, coordinadores y técnicos. El 41,85% de la plantilla son mujeres. El 0% de las mujeres han ascendido a los grupos anteriores. Año 2004: El 56,76% de la plantilla son hombres. El 1,68% de los hombres han ascendido a los grupos de mandos, coordinadores y técnicos. El 43,24% de la plantilla son mujeres. El 0,80% de las mujeres han ascendido a los grupos anteriores. 2005 No ha habido ascensos. 12°.- Los trabajadores de la empresa prestan servicio a jornada completa o a tiempo parcial, siendo considerablemente muy superior el número de mujeres que trabajan a tiempo parcial. Hasta el año 1992, la prestación de servicio en domingo y festivos era voluntaria, ofreciéndose a realizarla muchos más hombre que mujeres. Los mandos que prestan sus servicios en Centros Comerciales y cuya función está directa o indirectamente relacionada con la actividad de venta, realizan su prestación de servicios diaria a jornada completa partida con descanso de 3 horas, concretándose su horario de trabajo de manera flexible y coordinada con otros compañeros de su misma responsabilidad en el área, especialmente en los momentos de apertura y cierre mercantil. 13°.- El ascenso a la categoría de técnicos y mandos se rige por el sistema de libre designación, y el de evaluación continuada para el ascenso a

coordinadores. En cuanto al sistema de evaluación continuada, la valoración se realiza por el Jefe inmediato. La empresa no comunica a los sindicatos, ni a los Comités de Empresa e Intercentros, ni a ningún trabajador las vacantes para la promoción, ni los criterios seguidos en cada uno de los ascensos y solo conocen, en su caso si se aplican, los criterios tal como indica la empresa, la dirección y los jefes que efectúan la propuesta y por supuesto el trabajador elegido es el único que conoce su promoción. Tampoco informa a los sindicatos ni a los trabajadores sobre la normativa de valoración para la evaluación continua. Ni así mismo da información y copia sobre los ascensos efectuados y los criterios utilizados para la adjudicación por la evaluación continuada. Ni la relación de los trabajadores que han de ascender y sus méritos y, solo al año, como a todos los trabajadores se entrega los representantes de los trabajadores una relación nominal de todos los ascensos que se han hecho en todos los grupos durante el año. La participación en los cursos de formación se basa en la elección discrecional por parte de la empresa de quienes asistirán a los mismos, aún cuando en ocasiones hay peticiones de los propios trabajadores. 14°.- La empresa aplica el mismo sistema y procedimiento de ascenso en todos sus centros de trabajo, tanto en los de Cataluña como en el resto del territorio nacional. No se ha interpuesto en ningún territorio demandas colectivas contra la empresa de discriminación por razón de género, sino tan solo algunas demandas individuales en Madrid, Valencia y Málaga, que han sido desestimadas. 15°.- Es de aplicación el Convenio Colectivo de Grandes Almacenes para los años 2001-2005, cuyo art. 17 regula el sistema de ascensos, y se da por íntegramente reproducido.

QUINTO.- Contra dicha resolución se interpuso recurso de casación por la representación de Y, S.A.

SEXTO.- Impugnado el recurso por las partes personadas y evacuado el traslado conferido por el Ministerio Fiscal se emitió informe en el sentido de considerar improcedente el recurso, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 12 de julio de 2011, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que estima la demanda de oficio interpuesta ante ese Tribunal por la autoridad laboral y declara que las constataciones y afirmaciones de hechos contenidas en las actas de infracción de la Inspección de Trabajo y en la comunicación de oficio de la autoridad laboral suponen una infracción consistente en discriminación indirecta por razón de sexo en el sistema de promoción profesional de la empresa demandada, se interpone por esta el presente recurso de casación ordinaria que se articula en cinco motivos: el primero denuncia el quebrantamiento de las formalidades esenciales del procedi-

JURISPRUDENCIA • TS

miento por falta de acción, con el segundo se pretende la revisión de los hechos que declara probados la sentencia recurrida y en los tres restantes se alegan distintas infracciones del ordenamiento jurídico.

SEGUNDO.- El primer motivo del recurso, formulado al amparo del artículo 205-c) de la L.P.L., alega la infracción de las formas esenciales del procedimiento por falta de acción con base en el artículo 22-1 de la L.E.C. y en la jurisprudencia de la que son muestra nuestras sentencias de 18 de julio de 2002 y 12 de febrero de 2008. Sostiene en esencia, la recurrente, que el proceso sólo es viable cuando existe un interés actual necesitado de protección y que no cabe plantear en él consultas, ni cuestiones futuras o hipotéticas, razón por la que, al no existir un interés actual, la demanda debió desestimarse por falta de acción. Esa falta hipotética de interés la relaciona el recurso con lo dispuesto en el artículo 22-1 de la L.E.C., por la carencia sobrevinida de objeto al haberse producido una satisfacción extraprocesal de la pretensión. La carencia sobrevinida de objeto la anuda el recurso a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 3/2007, de Igualdad, que ha establecido un nuevo marco normativo en la materia que supera el anterior y que ha avanzado en las responsabilidades empresariales al respecto, pero que ha impuesto una visión global de la conducta empresarial y no aislada con relación sólo a una materia, la promoción profesional, sino del conjunto de la actividad no sólo en un centro de trabajo, sino en todos. Además el problema ya se habría resuelto por la negociación colectiva, mediante la elaboración de un Plan de Igualdad, firmado el 11 de abril de 2008. Como puede observarse, la carencia de objeto y, consiguientemente, de acción la liga al recurso a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 3/2007 y al cumplimiento de la misma por la recurrente, quien ha elaborado un Plan de Igualdad.

La simple enunciación del motivo muestra su improcedencia porque equivale a decir, como cumplo la normativa actual, ninguna norma anterior infringí, ni puede sancionármese por hechos anteriores, ya que ahora si observo las disposiciones legales, silogismo incorrecto porque lo que aquí se juzga no es la aplicación en la Ley 3/2007 por la demandada, sino su conducta anterior, su proceder en los años 2003 y 2004 y si el mismo comportaba una discriminación indirecta por razón de sexo. Aquí no se resuelve si la conducta de la empresa fue constitutiva de una infracción tipificada, ni la sanción a imponer, ni si la responsabilidad por esos hechos ya no es exigible con la vigencia de la nueva Ley, sino, simplemente, si con su proceder en aquellos años la recurrente discriminó a las mujeres que empleaba en materia de promoción profesional, cuestión que si tiene un interés actual, porque existe abierto un expediente sancionador pendiente de que esta jurisdicción resuelva si la conducta imputada a la empleadora puede calificarse de discriminatoria, cuestión

actual que evidencia un interés necesitado de tutela, incluso para la recurrente, dado el proceso sancionador que se sigue contra ella.

Conviene recordar que el procedimiento de oficio que nos ocupa se instauró para evitar contradicciones entre órganos judiciales sociales y los de lo contencioso-administrativo, a fin de que los primeros, aunque no sean competentes en materia de impugnación de sanciones administrativas, pudieran intervenir y ser oídos en materias de su competencia de las que concreta el artículo 149-2 de la L.P.L. Al efecto, durante la tramitación del procedimiento sancionador, cuando el sujeto responsable de la infracción haga en su defensa alegaciones y proponga pruebas sobre cuestiones atribuidas al conocimiento de la jurisdicción social, la autoridad laboral acordará formular demanda de oficio para que la jurisdicción social resuelva sobre esas cuestiones de su competencia, sobre la calificación laboral de la relación, del contrato y de su ejecución, procedimiento cuya tramitación suspenderá el trámite del expediente administrativo sancionador hasta que recaiga sentencia firme que reabrará el procedimiento administrativo y que respetará el pronunciamiento del orden social sobre el fondo del asunto (arts. 150-2 de la L.P.L. y 6 del R.D. 928/1998). La finalidad de este procedimiento es evitar que la autoridad laboral decida cuestiones atribuidas al conocimiento de la jurisdicción social y, al efecto, se establece la necesidad de este procedimiento (a modo de una cuestión prejudicial de las previstas en el artículo 43 de la L.E.C.), cuya promoción es obligada, cual se infiere de la literalidad del art. 149-1 de la L.P.L., que dice que el procedimiento se iniciará “a virtud de la comunicación que deberá dirigir la autoridad...”, términos que indican que la autoridad laboral debe promoverlo en todo caso, cuando las alegaciones del sujeto responsable susciten cuestiones de fondo de la competencia de esta jurisdicción, entre las que se encuentran los actos discriminatorios de la empresa (art. 8-12 de la LISOS). Como señalamos en nuestra sentencia de 3 de marzo de 2004, “lo que el art. 149.2 está exigiendo en este último párrafo discutido no es que se cuestione la competencia formal de la Autoridad Laboral para conocer de la solución al procedimiento administrativo, sino que de las alegaciones de las partes se deduzca que la competencia sobre la cuestión básica o de fondo que motivó el levantamiento del Acta es de naturaleza laboral, pues la razón de ser de este procedimiento no es otra que la de economía procesal que supone decidir tal cuestión previa sin tener que posponerla a un trámite final en el que habría que resolver la misma cuestión por medio de un conflicto de jurisdicción. La intervención, pues, del Juez social por medio de este específico y particular procedimiento tiene como objeto anticipar a la Autoridad Laboral una solución que sólo puede dar la Autoridad judicial a una cuestión previa para la que es ésta competente con la finalidad de que él

JURISPRUDENCIA • TS

pueda resolver con todas las garantías sobre la impugnación de naturaleza administrativa sancionadora de la que está conociendo”.

Si ello es así, debe concluirse que existe un interés actual en la calificación de los actos juzgados, para que pueda reanudarse el proceso sancionador suspendido, sin que pueda estimarse que el proceso ha perdido su objeto o que se ha satisfecho la pretensión ejercitada fuera de él, porque una cosa es la observancia por la recurrente de la Ley 3/2007 y otra distinta la calificación de su actuación como discriminatoria en los años 2003 y 2004 a fin de determinar si los mismos son merecedores de sanción, cuestión ajena al trato que dé a sus empleadas en la actualidad, porque en este proceso se juzga aquella conducta dentro de un procedimiento sancionador y no con el fin de satisfacer las pretensiones de los trabajadores discriminadas.

TERCERO.- El segundo motivo del recurso pretende, al amparo del artículo 205 d) de la L.P.L. la revisión de los hechos declarados probados por la sentencia recurrida, para que se dé nueva redacción al ordinal decimotercero de su relato de hechos probados. El recurso propone una redacción alternativa extensa en la que, tras aceptar las dos primera frases del relato impugnado sobre los sistemas de ascenso existentes y como se realiza la llamada evolución continuada, suprime el resto de las afirmaciones que se contienen en el relato impugnado y pide sustituirlas por otras sobre el plan de formación, exigencias impuestas para ascender, la promoción profesional y el Informe Diagnóstico elaborado por el Instituto de la Mujer, adiciones que, según el propio recurso, podrían resumirse diciendo que la promoción profesional se rige por los criterios y requisitos que constan en los antecedentes fácticos de los Autos de esta Sala de lo Social del T.S. de 22 de octubre de 2009 y 18 de febrero de 2010 que se darían por reproducidos, añadiendo que existe un Acuerdo de Modificación de turnos y horarios laborales suscrito por la empresa y los sindicatos el 31 de octubre de 1995 que se da por reproducido.

El motivo no puede prosperar. Es muy discutible que los hechos declarados probados en dos procesos individuales, aunque plurales, vinculen en un proceso como este, cual sostiene la recurrente, iniciado por la autoridad laboral con otro objeto y con base en otras pruebas, entre las que destacan, aparte de las testificales practicadas y de la aceptación tácita por la empresa de las afirmaciones fácticas contenidas en una resolución judicial que fue anulada por el Tribunal que ha dictado la sentencia recurrida, al estimar de oficio la falta de competencia del Juzgado, las actas levantadas por la inspección de trabajo que gozan de la presunción de veracidad que la ley les otorga, presunción de veracidad que reitera el artículo 148-d) de la L.P.L., con respecto a las afirmaciones fácticas contenidas en la resolución administrativa. Pero, aunque a efectos

dialécticos se aceptara esa vinculación en un proceso en el que es distinto el objeto y diferente la persona demandante que tiene un interés distinto, la solución sería la misma, porque los documentos en que se funda el recurso reflejan las reglas generales que se aplican para la promoción profesional y en la modificación de turnos y horarios en unos términos que no contradice la sentencia recurrida. La contradicción entre el relato fáctico impugnado y las resoluciones firmes que cita el recurso, no se produce al sentar las líneas generales de la forma de ascender, sino a la hora de describir su ejecución práctica. Y, sobre ese particular, ninguna prueba documental de las propuestas por la recurrente avala su pretensión de suprimir las afirmaciones fácticas relativas a la falta de publicidad con la que se llevan a cabo los ascensos y los criterios seguidos al efecto, el secretismo en cuanto a las vacantes existentes, los criterios seguidos para cubrirlas y la publicidad de los resultados del proceso. Sobre esas cuestiones nada se dice en las sentencias en que se funda la revisión fáctica propuesta, pretensión que, por ende, debe rechazarse, al no citarse la existencia de documentos que evidencien el error de la sentencia recurrida al dar por probados los hechos que la recurrente quiere expulsar del relato fáctico impugnado.

Además, el rechazo del motivo examinado se justifica por su falta de trascendencia para el sentido del fallo, lo que la hace improcedente. Como reconoce la recurrente en el quinto de los motivos del recurso, “la censura de fondo no va ligada necesariamente al éxito de la censura fáctica”, manifestación que evidencia la falta de trascendencia de la revisión fáctica propuesta que no va anudada al correspondiente motivo jurídico y no tiene repercusión en el sentido del fallo. La descripción de las reglas generales de la promoción profesional carece de interés porque lo que se cuestiona es su aplicación práctica, particular sobre el que no se propone prueba que funde la supresión del relato impugnado sobre ese particular.

CUARTO.- El tercer motivo del recurso alega, al amparo del artículo 205-e) de la L.P.L., la infracción por inaplicación o vulneración, sic, de los artículos 9-3 y 24-1 de la Constitución. El motivo se encuentra íntimamente ligado al anterior, como la recurrente reconoce, al ser subsidiario de él y tener por fin que se acceda a la modificación fáctica interesada o que, caso contrario, se acuerde la nulidad de la sentencia recurrida por falta de motivación de su discrepancia con anteriores pronunciamientos judiciales. Se funda la recurrente en la doctrina constitucional que señala que no puede admitirse que unos mismos hechos puedan existir o dejar de existir para los órganos del Estado, pues, repugna a la lógica jurídica y extrajurídica que, según diferentes resoluciones judiciales unos mismos hechos hayan podido ocurrir o no (SSTC 77/1983, de 3 de octubre, 24/1984, de 23 de febrero, 158/1985, de 26 de noviembre y 109/2008, de 22 de septiembre), lo que obli-

JURISPRUDENCIA · TS

ga al órgano judicial a expresar las razones por las que se aparta del diferente criterio mantenido por otros Tribunales en la valoración de los hechos.

Las argumentaciones de la recurrente no son acogibles porque las resoluciones judiciales supuestamente contradictorias han recaído en procesos judiciales de diferente naturaleza, que tenían distinto objeto y que fueron promovidos por determinadas trabajadoras a título personal, mientras que el presente caso el procedimiento se inició a instancia de la autoridad laboral con base en las actas levantadas por la inspección de trabajo que gozan de presunción de certeza, al igual que las afirmaciones fácticas de la autoridad laboral (art. 148-d) de la L.P.L.) y en otras pruebas que no se practicaron en los dos procesos anteriores, lo que justifica una distinta apreciación de los hechos que se consideran probados. Además, la sentencia recurrida reconoce que el sistema y procedimiento de ascenso es común a todos los centros de trabajo del territorio nacional y que han existido algunas demandas individuales que han sido desestimadas, pero no se siente vinculada por lo resuelto en ellas porque no hubo demandas con repercusión colectiva con el mismo objeto y porque, aunque el sistema de ascensos sea común y en los demás centros pudiera existir también un proceder incorrecto, en ella se juzga, solamente, la situación existente en cuatro centros concretos ubicados en Cataluña, cuyas circunstancias son las que analiza y juzga. Con ello está motivando el que estime probados otros hechos, ya que, aparte que valora otras pruebas, no desconoce el sistema general de ascensos a nivel nacional, sino que se limita a valorar su aplicación en cuatro centros concretos de la Comunidad Catalana.

Consecuentemente, no contradice lo resuelto en los dos procedimientos individuales que dice el recurso, porque en ellos se contempla el caso de empleadas de centros de trabajo de la Comunidad de Madrid, donde la aplicación de las reglas generales puede ser diferente, aparte que las pruebas aportadas en el caso de la sentencia recurrida fueron, seguramente, más consistentes, dados los medios con los que cuenta la autoridad laboral que promovió el proceso por el interés colectivo existente en él, sin que se deba olvidar que, conforme al art. 148-d) de la L.P.L. las afirmaciones de hecho contenidas en la resolución administrativa iniciadora del proceso gozan de presunción de certeza.

QUINTO.- El cuarto motivo del recurso alega, al amparo del artículo 205-e) de la L.P.L. la infracción por vulneración o inaplicación del artículo 25-1 de la Constitución Española y de los artículos 127 y 129 de la Ley 30/1992, de 26 de Noviembre. Sustancialmente, se argumenta que nadie puede ser sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan una infracción administrativa, según la ley vigente en ese momento, mandato constitucional del que se derivan los princi-

pios de legalidad y tipicidad en el ámbito del derecho administrativo sancionador, principios que se violarían si se sancionara a la recurrente por actos realizados durante los años 2003 a 2005, ya que, en 2003 los hechos no estaban tipificados como infracción, al proceder el art. 8-12 de la TRLISOS de la Ley 62/2003, mientras que en el 2005 no hubo ascensos, razón por la que sólo quedaría la posible infracción durante el año 2004, respecto de la que reitera lo dicho en el primer motivo sobre la carencia sobrevenida de objeto del proceso, tras la vigencia de la Ley 3/2007 y la aprobación de un Plan de Igualdad en la empresa.

El motivo no puede prosperar porque esta jurisdicción no es competente para determinar si los hechos son constitutivos de una infracción administrativa tipificada legalmente, ni las fechas de su comisión, ni para valorar las circunstancias concurrentes a fin de determinar la sanción a imponer. En efecto, como se dijo en el segundo fundamento de esta resolución, el presente procedimiento tiene como fin que esta jurisdicción resuelva el fondo de cuestiones propias de su competencia, a modo de cuestión prejudicial del artículo 43 de la L.E.C., para evitar resoluciones contradictorias de distintos órdenes jurisdiccionales. Con ello, queremos resaltar que la autoridad laboral conserva su potestad sancionadora, sujeta al control de la jurisdicción contencioso administrativa, así como que esta jurisdicción sólo resuelve sobre la cuestión prejudicial que se le plantea, si existió o no relación laboral, si hubo o no cesión ilegal de trabajadores, si se ha producido una actuación discriminatoria etc. pero no si los hechos son constitutivos de una infracción administrativa merecedora de sanción. La tramitación del expediente administrativo sancionador se suspende, mientras se tramita ante esta jurisdicción la demanda de oficio (la cuestión prejudicial), hasta que recae sentencia firme en ese procedimiento, momento en el que se alza la suspensión y continúa el procedimiento sancionador, sin que la prescripción corra mientras se tramita el procedimiento de oficio (artículos 6, 7 y 19 del R.D. 928/1998, de 14 de mayo).

La sentencia recurrida es respetuosa con lo expuesto, cual muestra el último párrafo de su fundamento de derecho segundo, donde se argumenta que la función de ese Tribunal debe limitarse a resolver si se ha producido la irregular actuación que denuncia la demanda de oficio, si ha existido discriminación indirecta en la promoción profesional por razón de género, correspondiendo a la autoridad laboral valorar el conjunto de circunstancias concurrentes en orden a imponer una sanción por esos hechos y a cuantificar su importe.

Pero, pese a que luego en el resto de su fundamentación no califica los hechos como constitutivos de una infracción concreta, en el fallo acaba diciendo que los hechos contenidos "en la comunicación de oficio de la autoridad laboral suponen una infracción consistente en discrimina-

JURISPRUDENCIA • TS

ción indirecta por razón de sexo en el sistema de promoción profesional". Ese pronunciamiento debe aclararse en el sentido de que cuando habla de infracción el fallo recurrido no se refiere a la comisión de una infracción administrativa, sino a la vulneración de los preceptos legales (art. 4-2 y 17 del E.T.) que establecen el derecho de las trabajadoras a no ser discriminadas por razón de sexo. De no estimarse que estamos ante un error material de expresión que se puede aclarar en cualquier momento, procedería, incluso de oficio por ser las cuestiones de competencia materia de orden público procesal, anular el pronunciamiento controvertido y sustituirlo por otro diciendo de que no se ha producido una infracción administrativa, sino de un derecho de las empleadas de la recurrente.

SEXTO.- 1. El último motivo del recurso alega la infracción por interpretación errónea del artículo 141-2 del Tratado de la Comunidad Europea, así como de los artículos 8-12 de la LISOS, 4-2-c) del Estatuto de los Trabajadores y 17-8, del Convenio Colectivo de Grandes Almacenes. Insiste la recurrente en que no pudo existir un obrar discriminatorio en el año 2005 porque no hubo ascensos durante el mismo y en cuanto a los demás años alega, sustancialmente, que no procede la inversión de las normas que regulan la carga de la prueba y que en cualquier caso, el sistema de promoción profesional no produce una discriminación indirecta para la mujer, porque no se acredita un efecto desproporcionadamente adverso en su aplicación, aparte que existe una justificación objetiva y razonable. Dejando a un lado la cuestión relativa a la no comisión de infracción alguna en el año 2.005, por cuanto, como se dijo antes, no somos competentes para calificar su existencia, procede examinar las demás cuestiones planteadas.

2. Mantiene la recurrente que no procedía invertir las normas que regulan la carga de la prueba por no haberse ofrecido indicios suficientes que avalasen esa inversión, ya que, los datos estadísticos aportados, aparte de inconcretos e imprecisos, no tienen en nuestro derecho valor probatorio, máxime cuando, como estamos en el marco del derecho sancionador, juega la presunción de inocencia que no puede ser destruida ni por meros indicios, ni invirtiendo la carga de la prueba.

Las alegaciones de la recurrente no son de recibo porque no estamos ante datos meramente estadísticos, aparte que el Tribunal Constitucional ha estimado que la estadística es un medio revelador de la existencia de discriminación indirecta (SSTC, 128/1987, de 14 de Julio , y 253/2004, de 22 de Diciembre), sin que, finalmente, se deba olvidar que no estamos en un procedimiento sancionador, sino en uno encaminado a determinar si la recurrente ha violado el derecho de sus empleadas a no ser discriminadas por razón de sexo.

Los datos reflejados en los ordinales octavo, noveno, déci-

mo y undécimo de los hechos declarados probados no pueden considerarse meramente estadísticos, imprecisos y aparentes, por cuanto reflejan una realidad: el número total de empleados de cada centro de trabajo, el número de mujeres ocupadas en cada uno, los ascensos producidos en cada centro en los años controvertidos, los puestos de ascenso ocupados por hombre y mujeres y el porcentaje de cada uno de esos sexos que han ascendido, tanto en función del total como del de empleados de cada sexo. Estos datos son reales y conocidos por la recurrente, quien ha podido rebatirlos y probar su incorrección o que los porcentajes están mal calculados, lo que no ha hecho más que con alegaciones generales que no ha concretado para precisar el número de mujeres que podían ascender, pese a que esos datos son conocidos por ella. Sobre la estadística, como fuente de indicios de discriminación indirecta, conviene recordar la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en su sentencia 253/2004, de 22 de diciembre, donde se dice: "Como es lógico, en estos supuestos, cuando se denuncia una discriminación indirecta, no se exige aportar como término de comparación la existencia de un trato más beneficioso atribuido única y exclusivamente a los varones; basta, como han dicho tanto este Tribunal como el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que exista, en primer lugar, una norma o una interpretación o aplicación de la misma que produzca efectos desfavorables para un grupo formado mayoritariamente, aunque no necesariamente de forma exclusiva, por trabajadoras femeninas (trabajadores a tiempo parcial -STJCE de 27 de junio de 1990-, trabajadores con menos de dos años de permanencia en su puesto de trabajo -STJCE de 9 de febrero de 1999 -, trabajadores con menos fuerza física -STC 149/1991, etc.).

En estos supuestos es evidente que cuando se concluye que, por ejemplo, un tratamiento concreto de los trabajadores a tiempo parcial discrimina a las mujeres, no se está diciendo que en esta misma situación laboral se trata mejor a los varones que a las mujeres. Y, en segundo lugar, se requiere que los poderes públicos no puedan probar que la norma que dispensa una diferencia de trato responde a una medida de política social, justificada por razones objetivas y ajena a toda discriminación por razón de sexo (por todas, SSTJCE de 14 de diciembre de 1995, asunto *The Queen v. Secretary of State for Health*; de 20 de marzo de 2003, asunto *Jorgensen* , y de 11 de septiembre de 2003, asunto *Steinicke*).

En suma, en estos supuestos, para que quepa considerar vulnerado el derecho y mandato antidiscriminatorio consagrado en el art. 14 CE debe producirse un tratamiento distinto y perjudicial de un grupo social formado de forma claramente mayoritaria por mujeres, respecto de bienes relevantes y sin que exista justificación constitucional suficiente que pueda ser contemplada como posible límite al referido derecho.

JURISPRUDENCIA · TS

Finalmente debe observarse que la incorporación de la discriminación indirecta como contenido proscrito por el art. 14 CE repercute en la forma en la que el intérprete y aplicador del Derecho debe abordar el análisis de este tipo de discriminaciones, ya que implica que «cuando ante un órgano judicial se invoque una diferencia de trato... y tal invocación se realice precisamente por una persona perteneciente al colectivo tradicionalmente castigado por esa discriminación -en este caso las mujeres-, el órgano judicial no puede limitarse a valorar si la diferencia de trato tiene, en abstracto, una justificación objetiva y razonable, sino que debe entrar a analizar, en concreto, si lo que aparece como una diferenciación formalmente razonable no encubre o permite encubrir una discriminación contraria al art. 14 CE » (STC 145/1991, de 1 de julio, F. 2). Para ello deberá atender necesariamente a los datos revelados por la estadística (STC 128/1987, de 14 de julio, F. 6). En este mismo sentido se ha manifestado reiteradamente el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (por todas, Sentencia de 9 de febrero de 1999, ya citada)».

Conviene recordar que el ordinal decimotercero de los hechos declarados probados muestra el proceder de la empresa en materia de ascensos, el secretismo con el que se acuerdan estos y que los mismos se realizan principalmente por cooptación, lo que es indicativo, igualmente, de la existencia de un proceso de promoción profesional discriminatorio.

3. Tampoco son acogibles las alegaciones de la recurrente relativas a que el sistema de promoción profesional existente no produce discriminación indirecta, porque sus efectos no son desproporcionadamente adversos y porque el sistema y criterios de promoción profesional son razonables y están justificados objetivamente.

El examen de esta cuestión lo facilita la reproducción parcial de la doctrina constitucional contenida en la Sentencia del Tribunal Constitucional 253/2004, antes citada, doctrina en la que se funda con acierto la sentencia recurrida. En ella se dice: «El concepto de la discriminación indirecta por razón de sexo ha sido elaborado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, precisamente con ocasión del enjuiciamiento de determinados supuestos de trabajo a tiempo parcial a la luz de la prohibición de discriminación por razón de sexo del art. 119 del Tratado de la Comunidad Económica Europea (actual art. 141 del Tratado de la Comunidad Europea) y las Directivas comunitarias de desarrollo. Puede resumirse en una fórmula reiterada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en múltiples de sus fallos (entre otras muchas, SSTJCE de 27 de junio de 1990, asunto Kowalska; de 7 de febrero de 1991, asunto Nimz; de 4 de junio de 1992, asunto Bötzel; o de 9 de febrero de 1999, asunto Seymour-Smith y Laura Pérez), a saber, que «es jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia

que el Derecho comunitario se opone a la aplicación de una medida nacional que, aunque esté formulada de manera neutra, perjudique a un porcentaje muy superior de mujeres que de hombres, a menos que la medida controvertida esté justificada por factores objetivos ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo». La Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, no define los conceptos de discriminación directa o indirecta. Basándose en el artículo 13 del Tratado de la Comunidad Europea, el Consejo adoptó la Directiva 2000/43/CE, 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, y la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, que definen la discriminación directa o indirecta. La transposición de las Directivas 2000/43/CE y 2000/78/CE en el Derecho español se verificó por las Leyes 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, y 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales administrativas y del orden social. Posteriormente, en el marco del art. 141.3 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, se adopta la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 76/207/CEE, incluyendo las definiciones de discriminación directa e indirecta por razón de sexo, en la línea de las definiciones contenidas en las Directivas de 2000 citadas.

De este modo, conforme a lo dispuesto en el art. 2.1 de la Directiva 76/207/CEE, modificada por la Directiva 2002/73/CE, «el principio de igualdad de trato supone la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, bien sea directa o indirectamente, en lo que se refiere, en particular, al estado matrimonial o familiar». Por «discriminación directa» se entiende «la situación en que una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación comparable por razón de sexo», en tanto que es «discriminación indirecta», «la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios» (art. 2.2). La prohibición de discriminación directa o indirecta por razón de sexo en el acceso al empleo o una vez empleados, se recoge actualmente de modo expreso en los arts. 4.2.c) y 17.1 LET, redactados conforme a lo dispuesto por el art. 37 de

JURISPRUDENCIA • TS

la citada Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.

Este concepto de discriminación indirecta por razón de sexo ya aparecía recogido en el art. 2 de la Directiva 97/80/CE, del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, que invocó el Abogado del Estado en sus alegaciones, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo. Define la discriminación indirecta en los siguientes términos: «cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutro afecte a una proporción sustancialmente mayor de miembros de un mismo sexo salvo que dicha disposición, criterio o práctica resulte adecuado y necesario y pueda justificarse con criterios objetivos que no estén relacionados con el sexo».

Esta jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre la discriminación indirecta por razón de sexo ha sido acogida por la doctrina del Tribunal Constitucional y así, como se recuerda en la STC 22/1994, de 27 de enero (F. 4), «una abundante jurisprudencia de este Tribunal ha descartado que sean adecuadas las diferencias que se implantan atendiendo solo y exclusivamente al menor número de horas trabajadas, porque, tomándose sólo en cuenta este factor diferencial, se ignora el menor poder contractual de estos trabajadores atípicos y el dato, contrastado en la experiencia, de que en estos colectivos se concentran altos porcentajes de mano de obra femenina, con lo que la irrazonabilidad del factor diferencial se acentúa al entrar en juego la prohibición de discriminación (Sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, asuntos Bilka Kaufhaus, de 13 de mayo de 1986, o Kowalska, de 27 de junio de 1990, entre otros), exigiéndose por tanto una más cuidadosa justificación de las desigualdades en este terreno, mediante la puesta de manifiesto de otros factores concomitantes que las expliquen, al margen del solo tiempo de trabajo inferior».

En el mismo sentido, la STC 240/1999, de 20 de diciembre (F. 6), recuerda y resume esta doctrina, señalando que «este Tribunal ha tenido ocasión de reiterar en varias resoluciones que la específica prohibición de discriminación por razón de sexo consagrada en el art. 14 CE, que contiene un derecho y un mandato antidiscriminatorio (STC 41/1999), comprende no sólo la discriminación directa, es decir, el tratamiento jurídico diferenciado y desfavorable de una persona por razón de su sexo, sino también la indirecta, esto es, aquel tratamiento formalmente neutro o no discriminatorio del que se deriva, por las diversas condiciones fácticas que se dan entre trabajadores de uno y otro sexo, un impacto adverso sobre los miembros de un determinado sexo (STC 198/1996, F. 2; en sentido idéntico, SSTC 145/1991, 286/1994 y 147/1995)».

Así lo ha declarado también el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en numerosas Sentencias al

interpretar el contenido del derecho a la no discriminación por razón de sexo en relación con la retribución de los trabajadores (por todas, las ya citadas SSTJCE de 27 de junio de 1990, asunto Kowalska; de 7 de febrero de 1991, asunto Nimz; de 4 de junio de 1992, asunto Bötzel; o de 9 de febrero de 1999, asunto Seymour-Smith y Laura Pérez)».

A la vista de la anterior doctrina no puede estimarse que el sistema de promoción profesional que nos ocupa sea neutro porque, aunque tenga apariencia de tal, produce resultados discriminatorios sin justificación objetiva. Los datos numéricos son siempre fríos y admiten varias lecturas, pero, si se controvierte la promoción profesional, la cuestión no está en examinar el ascenso a categoría ordinaria, como la de profesional, sino el pase a la categoría de coordinador y a la de mando. Es en el ascenso a estas categorías donde se produce una desproporción adversa para las mujeres, porque esos puestos son ocupados, principalmente, por los hombres en porcentajes muy superiores a los cubiertos por mujeres, dado el número de personas de uno y otro sexo que emplea la empresa. Estos resultados se ven favorecidos por el sistema de selección: el ascenso a técnicos y mandos es por libre designación y el pase a coordinador es el resultado de la evaluación continuada del superior inmediato. Así mismo, facilita estos resultados desproporcionados el secretismo y la falta de publicidad con la que los ascensos se llevan a cabo, sin que las plazas se oferten, ni sean conocidas por los sindicatos o por los trabajadores cuya asistencia a los cursos de formación depende del poder discrecional de la empresa. La justificación que ofrece la empresa de ese resultado, anómalamente, desproporcionado en perjuicio de las mujeres no es bastante para fundar objetivamente su proceder. Argumenta la recurrente que para ser mando es requisito necesario trabajar a jornada completa y tener la jornada partida y el horario flexible, así como trabajar los domingos, cual autorizan el Convenio Colectivo y el Acuerdo de empresa sobre turnos y horarios laborales, lo que impide el ascenso de las mujeres porque, mayoritariamente, tienen contrato a tiempo parcial. El argumento no es de recibo porque, como apuntó el Tribunal Constitucional en su sentencia 182/2005, de 4 de julio, el hecho de que la actuación del empresario tenga amparo legal o convencional no le autoriza a producir resultados inconstitucionales. En su sentencia nº 22/1994, de 27 de enero, este Tribunal «ha descartado que sean adecuadas las diferencias que se implantan atendiendo sola y exclusivamente al menor número de horas trabajadas».

Por ello, aparte que la demanda no ha probado el número de mujeres y hombres que trabajan a tiempo parcial para hacer la oportuna comparación, ni que ofrezca la conversión de los contratos a tiempo parcial en contratos a tiempo completo a toda empleada que lo solicite para ascender, deben rechazarse sus alegaciones de que ha

JURISPRUDENCIA · TS

actuado de forma justificada objetivamente, máxime cuando la misma parece olvidar la existencia del trabajo a turnos, sistema de trabajo necesario en centros comerciales que abren doce o más horas al día, incluso domingos. Además el artículo 32-8 del Convenio Colectivo de Grandes Almacenes y el Acuerdo de Empresa sobre turnos de trabajo y horarios permiten que las personas con mando y responsabilidad departamental flexibilicen su horario, retrasen la hora de entrada, adelanten la de salida o tengan más descanso a medio día, siempre que otro trabajador con similar responsabilidad cubra esas ausencias a nivel de área o de planta, lo que va en contra de las afirmaciones que hace el recurso, pues es posible que el trabajador a tiempo parcial cubra un turno o determinadas ausencias o descansos. La aplicación del "test de but for" o de la sustitución, empleado por el Tribunal de Justicia de la C.E. y por esta Sala en su sentencia de 23 de abril de 2009, entre otras, para detectar la existencia de discriminación lo corrobora: si condicionamos los ascensos a la realización de jornada completa pero partida y además flexible se está discriminando a la mujer porque, como tiene más dificultades para conciliar la vida familiar, se le están poniendo trabas para ascender que no tienen los hombres, máxime cuando en la práctica a estos se les permite ausentarse del trabajo y ser sustituidos por un compañero.

Por todo lo expuesto procede, cual ha informado el Ministerio Fiscal, desestimar el recurso que olvida, o no quiere abordar, que el problema radica en el sistema de selección por cooptación (libre designación y evaluación continuada por el superior), sin que la existencia de vacantes y requisitos para cubrirlos se publicite.

Con imposición de costas a la recurrente.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de casación interpuesto por el Procurador X, en nombre y representación de Y, S.A., contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de fecha 9 de junio de 2010, en actuaciones nº 6/10 seguidas en virtud de demanda a instancia de Departament de Treball de la Generalitat de Catalunya contra Y, S.A., Comités de Empresa, y Sindicats. Se condena al recurrente al pago de las costas y se decreta la pérdida del depósito constituido para recurrir al que se dará el destino legal.

Devuélvanse las actuaciones al órgano jurisdiccional de procedencia, con la certificación y comunicación de esta resolución.

COMENTARIO A LA SENTENCIA NÚM. 5.798/2011, DE 18 DE JULIO, DE LA SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPREMO. DISCRIMINACIÓN INDIRECTA EN EL SISTEMA DE PROMOCIÓN PROFESIONAL POR RAZÓN DE GÉNERO

INTRODUCCIÓN:

En la Sentencia Núm. 5.798/2011 de 18 de Julio de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, este Alto Tribunal desestima el Recurso de Casación interpuesto por la representación de la empresa Corte Inglés S.A, confirmando la Sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 9 de Junio de 2010, que fallaba a favor del demandante -el Departament de Treball i Industria de la Generalitat de Catalunya, siendo partes interesadas los Sindicatos Comisión Obrera Nacional de Cataluña, Unión General de Trabajadores, Federación de Asociaciones Sindicales Fasga, Federación de Trabajadores Independientes de Comercio, Feticó, y los Comités de Empresa de los Centros de Trabajo de Bolivia, Avenida Diagonal, Plaza de Cataluña de Barcelona, y de Montornés del Vallés Sindicatos- al reconocer expresamente que las "constataciones y afirmaciones de hechos contenidas en las actas de infracción de la Inspección de Trabajo y en las comunicaciones de oficio de la autoridad laboral suponen una infracción consistente en discriminación indirecta por razón de sexo en el sistema de promoción profesional de la empresa"⁷²; concluyéndose que el sistema de promoción utilizado por la empresa resultaba discriminatorio, al declararse probado que "el proceder de la empresa en materia de ascensos, el secretismo con el que se acuerdan éstos y que los mismos se realizan principalmente por cooptación, lo que es indicativo, igualmente, de la existencia de un proceso de promoción profesional discriminatorio"⁷³.

Pues bien, esta Resolución es digna de comentario porque en su fundamentación se realiza una interpretación ejemplar del concepto de discriminación indirecta por razón de género cuando se constata su existencia en el sistema de promoción profesional de la empresa demandada. Y es que en la Sentencia se recurre a la realización de una interpretación protectoramente extensiva de este concepto -discriminación indirecta- utilizando, lo que podemos considerar, un necesario criterio teleológico para esclarecer si en la empresa demandada se cumplía o no con la obligación de utilizar un sistema de promoción igualitario.

Examinemos entonces con detenimiento los fundamentos de esta Resolución.

COMENTARIO:

La Sentencia de estudio detecta un trato discriminatorio en lo referente al sistema de Promoción Profesional de la

⁷² Recogida en el Antecedente de Hecho Tercero.

⁷³ Tal y como consta en el Párrafo Sexto-Apartado Segundo del Fundamento de Derecho Sexto de la Sentencia.

⁷⁴ "Artículo 4. Derechos laborales:.....2. En la relación de trabajo, los trabajadores tienen derecho:.....b) A la promoción y formación profesional en el trabajo, así como al desarrollo de planes y acciones formativas tendentes a favorecer su mayor empleabilidad".

⁷⁵ "Artículo 4. Derechos laborales:.....2. En la relación de trabajo, los trabajadores tienen derecho:.....c) A no ser discriminados directa o indirectamente para el empleo, o una vez empleados, por razones de sexo, estado civil, edad dentro de los límites marcados por esta Ley, origen racial o étnico, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, afiliación o no a un sindicato, así como por razón de lengua, dentro del Estado español".

JURISPRUDENCIA • TS

empresa, con lo que deberíamos empezar por recordar que esta Promoción está expresamente reconocida como un derecho del trabajador en la Relación de Trabajo en el artículo 4.2.b)⁷⁴ del Texto Refundido del Estatuto del Trabajador. Así mismo, la prohibición de discriminación por razón de sexo es recogida en ese mismo artículo y párrafo, esta vez en el apartado c)⁷⁵ y, más especialmente, en el artículo 17⁷⁶ del mismo texto. En lo referente al ámbito europeo, la prohibición de discriminación por razón de sexo ya se determinaba en el artículo 141 del Tratado de la Comunidad Europea⁷⁷, así como en el artículo 2.2 de la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo se definían los conceptos de Discriminación Directa⁷⁸ e Indirecta⁷⁹, indicándose además en el Considerando Décimo⁸⁰ de este último texto la posibilidad de que se determine la existencia de esta discriminación indirecta por cualquier medio, incluso a partir de pruebas estadísticas. Más tarde, la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de Marzo para la Igualdad Efectiva de Hombres y Mujeres reproducía casi literalmente, en su artículo 6.2, la definición de discriminación indirecta contenida en este artículo 2.2 de la Directiva, cuando determinaba que se consideraba dis-

criminación indirecta por razón de sexo “la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pone a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro, salvo que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados”.

Es por lo que, aunque el concepto de discriminación indirecta provenga de la doctrina del “disparate impact” o impacto desigual del derecho norteamericano, ha sido a partir de esta regulación europea y nacional cuando hemos empezado a encontrar una nutrida jurisprudencia -entre la que se encuentra la Sentencia objeto de comentario- que reconoce la relevancia de este concepto.

Aunque pese a su regulación resulta evidente que la discriminación indirecta por razón de sexo va a resultar especialmente compleja de acreditar al ser, como podemos intuir, mucho menos evidente que la directa, de manera esclarecedora encontramos numerosas Sentencias del Tribunal Constitucional que enumeran los elementos básicos requeridos para la detección de este tipo de discriminación⁸¹. No es el caso de la Sentencia de estudio, que ape-

⁷² Recogida en el Antecedente de Hecho Tercero.

⁷³ Tal y como consta en el Párrafo Sexto-Apartado Segundo del Fundamento de Derecho Sexto de la Sentencia.

⁷⁴ “Artículo 17. No discriminación en las relaciones laborales.

1. Se entenderán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que den lugar en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo, a situaciones de discriminación directa o indirecta desfavorables por razón de edad o discapacidad o a situaciones de discriminación directa o indirecta por razón de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación o condición sexual, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con personas pertenecientes a o relacionadas con la empresa y lengua dentro del Estado español.

Serán igualmente nulas las órdenes de discriminar y las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación.

2. Podrán establecerse por ley las exclusiones, reservas y preferencias para ser contratado libremente.

3. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el Gobierno podrá regular medidas de reserva, duración o preferencia en el empleo que tengan por objeto facilitar la colocación de trabajadores demandantes de empleo.

Asimismo, el Gobierno podrá otorgar subvenciones, desgravaciones y otras medidas para fomentar el empleo de grupos específicos de trabajadores que encuentren dificultades especiales para acceder al empleo. La regulación de las mismas se hará previa consulta a las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas.

Las medidas a las que se refieren los párrafos anteriores se orientarán prioritariamente a fomentar el empleo estable de los trabajadores desempleados y la conversión de contratos temporales en contratos por tiempo indefinido.

4. Sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados anteriores, la negociación colectiva podrá establecer medidas de acción positiva para favorecer el acceso de las mujeres a todas las profesiones. A tal efecto podrá establecer reservas y preferencias en las condiciones de contratación de modo que, en igualdad de condiciones de idoneidad, tengan preferencia para ser contratadas las personas del sexo menos representado en el grupo o categoría profesional de que se trate.

Asimismo, la negociación colectiva podrá establecer este tipo de medidas en las condiciones de clasificación profesional, promoción y formación, de modo que, en igualdad de condiciones de idoneidad, tengan preferencia las personas del sexo menos representado para favorecer su acceso en el grupo, categoría profesional o puesto de trabajo de que se trate.

5. El establecimiento de planes de igualdad en las empresas se ajustará a lo dispuesto en esta Ley y en la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres”.

⁷⁷ “1. Cada Estado miembro garantizará la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor.

2. Se entiende por retribución, a tenor del presente artículo, el salario o sueldo normal de base o mínimo, y cualesquiera otras gratificaciones satisfechas, directa o indirectamente, en dinero o en especie, por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo.

La igualdad de retribución, sin discriminación por razón de sexo, significa:

a) que la retribución establecida para un mismo trabajo remunerado por unidad de obra realizada se fija sobre la base de una misma unidad de medida;

b) que la retribución establecida para un trabajo remunerado por unidad de tiempo es igual para un mismo puesto de trabajo.

3. El Consejo, con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 251 y previa consulta al Comité Económico y Social, adoptará medidas para garantizar la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato para hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, incluido el principio de igualdad de retribución para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor.

4. Con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral, el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado miembro mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales”.

⁷⁸ “Discriminación Directa: la situación en que una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación comparable por razón de sexo”.

⁷⁹ “Discriminación Indirecta: la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios.”

⁸⁰ “La apreciación de los hechos de los que pueda deducirse la existencia de una discriminación directa o indirecta corresponde a los órganos judiciales u otros órganos competentes, de conformidad con las normas del Derecho o las prácticas nacionales. Estas normas podrán determinar, en particular, que la existencia de una discriminación indirecta se establezca por cualquier medio, incluso a partir de pruebas estadísticas. De conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la discriminación implica la aplicación de reglas diferentes a situaciones comparables o la aplicación de la misma regla a situaciones diferentes”.

⁸¹ A modo de ejemplo, véanse por el interés de su fundamentación la STJCE de 9 de Febrero de 1999 y la del Tribunal Constitucional Núm. 240/1999 de 20 de Diciembre.

JURISPRUDENCIA · TS

nas se detiene en esta enumeración, si bien resulta necesario para su comprensión que nosotros sí lo hagamos en este comentario. Estos elementos son, principalmente, la existencia de una norma o interpretación o aplicación de la misma que conlleve la adopción de medidas aparentemente neutras pero cuyo efecto va a ser desfavorable para un grupo formado mayoritariamente, aunque no necesariamente de forma exclusiva, por trabajadoras femininas. Elementos que como decimos, si bien son reiterados constantemente y de manera unánime por la jurisprudencia, en la práctica no resultan sencillos de justificar. Por su parte, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas para la identificación de los rasgos propios de una discriminación indirecta por razón de sexo insiste en que no se requiere la existencia de un trato más beneficioso atribuido única y exclusivamente a los varones, sino que basta que exista, en primer lugar, una norma o una interpretación o aplicación de la misma que produzca efectos desfavorables para un grupo formado mayoritariamente, aunque no necesariamente de forma exclusiva, por trabajadoras femininas⁸².

Para solventar esta dificultad en la identificación y prueba de este tipo de discriminación, una jurisprudencia mayoritaria alude -al igual que la Sentencia objeto de comentario⁸³- a un criterio estadístico como medio revelador de la existencia de discriminación indirecta⁸⁴, siendo igualmente reiterado este mismo elemento en Sentencias de ámbito europeo⁸⁵, cuando se recurre a la estadística para la comprobación del posible efecto adverso y discriminatorio encubierto en una medida aparentemente neutral.

Ahora bien, podemos afirmar que para la acreditación de un caso de discriminación indirecta además de este estudio estadístico, habrá de realizarse una valoración más global de la situación que nos permita identificar el efecto adverso por razón de género requerido para su persecución. Por este motivo, la Sentencia de comentario de manera ejemplar reitera la necesidad de ir más allá del dato formal para analizar de manera más controvertida, la posibilidad de que tras un tratamiento adecuado se disfrace una consecuencia desfavorable por razón de sexo⁸⁶. Es por lo que deberíamos insistir en la idea de que la discriminación inversa requiere de un análisis más sutil y pormenorizado en el que, si bien los datos estadísticos van a resultar de vital importancia -tal y como además reconoce la jurisprudencia-, más aún lo va a ser el tratamiento de estos datos con una visión más general y contextualizada, para la mejor detección de procesos discriminatorios que pudieran quedar encubiertos y que, como podemos observar, serán procesos que afectarán no a individuos aislados sino a un colectivo, en este caso el de mujeres trabajadoras, ya que uno de los factores clave es que el concepto de discriminación indirecta nace con la intención de proteger a grupos sociales⁸⁷, siendo su ánimo supraindividual uno de sus rasgos identificativos.

De manera, que en la Sentencia de estudio todos los datos formulados para su defensa por la demandada, y recogidos de manera amplísima en el Antecedente de Hecho Cuarto, son posteriormente contrastados en la fundamentación jurídica de la Resolución donde se insiste en la conveniencia de analizar los mismos poniendo un mayor

⁸² Así mantenido constantemente en Sentencias como las STJCE de 7 de Febrero de 1991; de 4 de Junio de 1992; de 9 de Febrero de 1999; o la Núm. 17/2003 de 30 de Enero, que reconoce expresamente en su Fundamento Jurídico Tercero la *"histórica situación de inferioridad, en la vida social y jurídica, de la mujer"*.

⁸³ Fundamento de Derecho Sexto-Párrafo Segundo.

⁸⁴ Criterio seguido por una corriente jurisprudencial que basa su Resolución en un criterio objetivo que justifica la existencia o no de trato discriminatorio en el análisis estadístico de la situación objeto de controversia. A modo de ejemplo de esta corriente podemos mencionar por su relevancia la Sentencia del Tribunal Constitucional Núm. 253/2004, de 22 de Diciembre, que recurre a una evidencia estadística para acreditar la existencia de una discriminación indirecta por razón de sexo, de manera que en el Fundamento de Derecho Octavo se detalla pormenorizadamente este análisis estadístico con la alusión a *"una publicación del Instituto de la Mujer, titulada «Las mujeres en cifras, 1997», en la cual figura una información Estadística elaborada por dicho Instituto a partir de los datos de la encuesta de población activa, tercer trimestre de 1996 (Instituto Nacional de Estadística), conforme a la cual del total de la población ocupada en España en el referido trimestre a jornada completa (11.580.200 personas), las mujeres representaban el 31,50 por 100; y del total de la población ocupada a tiempo parcial en ese mismo trimestre (938.900 personas), las mujeres constituían el 75,16 por 100.*

Asimismo, consultada la publicación *«Mujeres en cifras» del Instituto de la Mujer correspondiente al año en curso (2004)*, resulta que, según la Estadística elaborada a partir de datos de la encuesta de población activa correspondiente al primer trimestre del año 2004 (Instituto Nacional de Estadística), del total de la población ocupada asalariada a tiempo parcial en dicho trimestre (1.242.300 personas), las mujeres representan el 81,94 por 100."

Referencias estadísticas éstas que son utilizadas por el juzgador para justificar su resolución de que el párrafo segundo del art. 12.4 LET (RCL 1995, 997), en la redacción dada por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, lesionaba el art. 14 C.E., provocando una discriminación indirecta por razón de sexo al establecer *"una diferencia de trato entre trabajadores a tiempo completo y trabajadores a tiempo parcial en cuanto al cumplimiento del requisito de carencia para el acceso a las prestaciones contributivas de Seguridad Social, diferenciación, por tanto, arbitraria y que además conduce a un resultado desproporcionado, al dificultar el acceso a la protección de la Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial, situación ésta que afecta predominantemente a las mujeres trabajadoras"*, motivo por el que termina fallando la inconstitucionalidad del citado precepto.

⁸⁵ Es jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia que el Derecho Comunitario se opone a la aplicación de una medida nacional que, aunque formulada de manera neutra, perjudique estadísticamente a un porcentaje muy superior de mujeres que de hombres a menos que la medida controvertida esté justificada por factores objetivos ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo. Entre otras muchas, así se pronuncian Sentencias como la STJCE de 27 de junio de 1990.

⁸⁶ Literalmente la Sentencia de comentario recoge este criterio en el Párrafo Séptimo del Fundamento de Derecho Tercero, al afirmar que *"la específica prohibición de discriminación por razón de sexo consagrada en el artículo 14 CE, que contiene un derecho y un mandato antidiscriminatorio, comprende no sólo la discriminación directa, es decir, el tratamiento jurídico diferenciado y desfavorable de una persona por razón de su sexo, sino también la indirecta, esto es, el tratamiento formalmente neutro o no discriminatorio del que se deriva, por las diversas condiciones fácticas que se dan entre trabajadores de uno y otro sexo, un impacto adverso sobre los miembros de un determinado sexo"*.

⁸⁷ Así reconocido por muchas: a modo de ejemplo véase la Sentencia del Tribunal Constitucional Núm. 253/2004 de 22 de Diciembre- Fundamento Jurídico Primero.

⁸⁸ La Sentencia insiste en la detección de una discriminación inversa en materia de promoción profesional cuando *"condicionamos los ascensos a la realización de jornada completa pero partida y además flexible, se está discriminando a la mujer porque, como tiene más dificultades para conciliar la vida familiar, se le están poniendo trabas para ascender que no tienen los hombres, máxime cuando en la práctica a estos se les permite ausentarse del trabajo y ser sustituidos por un compañero"* (Párrafo Undécimo del Fundamento de Derecho Tercero).

JURISPRUDENCIA • TS

hincapié en las posibles consecuencias adversas que pudieran tener unas cifras aparentemente correctas⁸⁸. Y es que el Tribunal Constitucional defiende de manera sólida esta necesidad de análisis que obliga a la realización de estudio global de la situación más allá de la valoración aislada de factores que, aparentemente, puedan parecer correctos y faltos de intención discriminatoria⁸⁹. Por este motivo, la Sentencia que comentamos, en su Fundamento de Derecho Noveno, reconoce literalmente esta necesidad de abstracción en el análisis de los datos objetivos al argumentar que *“los datos numéricos son siempre fríos y admiten varias lecturas, pero, si se controvierte la promoción profesional, la cuestión no está en examinar el ascenso a categoría ordinaria, como la de profesional, sino el pase a la categoría de coordinador y a la de mando. Es en el ascenso a estas categorías donde se produce una desproporción adversa para las mujeres, porque esos puestos son ocupados, principalmente, por los hombres en porcentajes muy superiores a los cubiertos por mujeres, dado el número de personas de uno y otro sexo que emplea la empresa. Estos resultados se ven favorecidos por el sistema de selección: el ascenso a técnicos y mandos es por libre designación y el pase a coordinador es el resultado de la evaluación continuada del superior inmediato. Así mismo, facilita estos resultados desproporcionados el secretismo y la falta de publicidad con la que los ascensos se llevan a cabo, sin que las plazas se oferten, ni sean conocidas por los sindicatos o por los trabajadores cuya asistencia a los cursos de formación depende del poder discrecional de la empresa.”*

Para insistir en esta necesidad de analizar los datos objetivos a la luz de la repercusión según el contexto que éstos van a tener para el colectivo más desfavorecido, la Sentencia de estudio se apoya a su vez en la Sentencia Núm. 182/2005, de 4 de Julio, del Tribunal Constitucional, que resume este argumento de manera pragmática afirmando que *“el hecho de que la actuación del empresario tenga amparo legal o convencional no le autoriza a producir resultados inconstitucionales”*, ya que el respeto a una promoción igualitaria en la empresa se reconoce jurisprudencialmente como un auténtico límite a la potestad direccional del empresario⁹⁰, así como, incluso, el Tribunal Constitucional insiste reiteradamente en la obligación de que los órganos judiciales

presten especial atención ante posibles situaciones de discriminación en el empleo por razón de sexo⁹¹. Según este Tribunal, el juzgador habrá de garantizar como deber inherente al artículo 53.1 y 2⁹² de nuestra Constitución, el que se pueda invocar un trato discriminatorio, de manera que, si tal invocación se realiza precisamente por una persona perteneciente al colectivo tradicionalmente castigado por esa discriminación, el órgano judicial no podrá limitarse a valorar si la diferencia de trato tiene, en abstracto, una justificación objetiva y razonable, sino que deberá analizar si lo que aparece como una diferenciación formalmente razonable no encubre o permite encubrir una discriminación contraria al artículo 14 de la C.E.⁹³.

Ahora bien, por ser más controvertida, detengámonos en analizar la posibilidad de justificación que recoge la definición de discriminación indirecta antes reproducida, cuando matiza que se reconocerá el efecto discriminatorio *“salvo que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados”*, aludiéndose así a una posibilidad de justificación que no encontramos en el tratamiento de la discriminación directa y que, a mi entender, hace de esta posible justificación su principal rasgo diferenciador. Debemos recordar que tradicionalmente el principio de igualdad no sólo exige que la diferencia de trato resulte objetivamente justificada y razonable, sino también que esa diferenciación supere un juicio de proporcionalidad en sede constitucional sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida⁹⁴. Resumidamente, esta proporcionalidad habrá de justificar la necesidad de la medida que se presenta como aparentemente neutra, así como que no se pueda lograr el objetivo pretendido con otras medidas menos perjudiciales por la imposibilidad de recurrir a otros medios alternativos más inocuos, justificándose de esta forma la idoneidad de la medida para la finalidad pretendida y la completa imposibilidad de evitar el resultado discriminatorio producido.

De manera que el principio de igualdad lo que prohíbe son las diferencias ante supuestos iguales o comparables,

⁸⁸ Como muestra podemos citar la Sentencia Núm. 22/1994, de 27 de Enero, que recoge en su Fundamento de Derecho Cuarto que *“una abundante jurisprudencia de este Tribunal ha descartado que sean adecuadas las diferencias que se implantan atendiendo solo y exclusivamente al menor número de horas trabajadas, porque, tomándose sólo en cuenta este factor diferencial, se ignora el menor poder contractual de estos trabajadores atípicos y el dato, contrastado en la experiencia, de que en estos colectivos se concentran altos porcentajes de mano de obra femenina, con lo que la irrazonabilidad del factor diferencial se acentúa al entrar en juego la prohibición de discriminación...exigiéndose por tanto una más cuidadosa justificación de las desigualdades en este terreno, mediante la puesta de manifiesto de otros factores concomitantes que las expliquen, al margen del solo tiempo de trabajo inferior”*.

⁸⁹ Límite establecido en Sentencias como la Núm. 41/1999, de 22 de Marzo, que establece en su Fundamento de Derecho Cuarto *“un límite al ejercicio de la libertad empresarial de contratación”*.

⁹⁰ Así impuesto en numerosas Sentencias como las Núm. 145/1991, Núm. 58/1994, Núm. 286/1994 y 147/1995, que cito como ejemplo.

⁹¹ *“Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por Ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161.1.a. 2. Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo II ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30”*.

⁹² A este respecto en el Fundamento de Derecho Quinto de la Sentencia del Tribunal Constitucional Núm. 95/2000, de 10 de Abril, se reconoce *“la razonabilidad de las decisiones judiciales es también una exigencia de adecuación al logro de los valores, bienes y derechos constitucionales”*.

⁹³ Argumento reiterado de manera constante por el Tribunal Constitucional en Sentencias como la Núm. 340/1993, de 16 de noviembre- Fundamento de Derecho Cuarto; la Núm. 117/1998, de 2 de junio, Fundamento Octavo; o la Núm. 200/2001, de 4 de octubre, Fundamento Cuarto.

JURISPRUDENCIA • TS

pero con la limitación de que no sean razonables o proporcionadas, con lo que lo que se prohíbe es un trato distinto cuando éste sea arbitrario o carezca de justificación. Más aún, por este mismo principio se tendrán que permitir tratos diferenciados entre hombres y mujeres si se parte de una situación de desigualdad que con esta medida se pretende corregir. Por este motivo, la Ley Orgánica 3/2007 para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres define expresamente este argumento como "*Acciones Positivas*", que justifica "*con el fin de hacer efectivo el derecho constitucional de la igualdad, los Poderes Públicos adoptarán medidas específicas en favor de las mujeres para corregir situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto de los hombres. Tales medidas, que serán aplicables en tanto subsistan dichas situaciones, habrán de ser razonables y proporcionadas en relación con el objetivo perseguido en cada caso*". De manera que para la detección de un caso de discriminación indirecta, el estudio de las estadísticas y del caso a tratar ha de realizarse priorizando el análisis del resultado con la comprobación de si un supuesto aparentemente neutro afecta o no a una proporción sustancialmente mayor de miembros de un mismo sexo, salvo que esta desproporción pueda justificarse con criterios objetivos que no estén relacionados con el sexo.

Y esa necesidad de análisis del resultado va a resultar ser el eje de la argumentación de la Sentencia que comentamos, ya que en su fundamentación se exige esa comprobación para la detección de un posible trato discriminatorio, marcando en el resultado, en ese posible efecto desfavorable para las trabajadoras de la empresa, el elemento que jurídicamente posibilita el tratamiento de discriminación indirecta⁹⁵.

Como decimos, esa comprobación acerca del posible resultado adverso ha de hacerse con una interpretación extensa del dato estadístico y con la comprobación de otros factores periféricos⁹⁶ para la realización de una valoración global que asegure la inexistencia de un trato desfavorable por razón del sexo, más aún en el ámbito labo-

ral, donde la jurisprudencia del Tribunal Constitucional apunta de manera unánime a la necesidad de comprobación de los efectos secundarios que la situación objeto de pleito puede causar especialmente en la mujer trabajadora, que reiteradamente reconoce que se encuentra afectada por factores más específicos como la lactancia y la maternidad que también habrán de ser analizados⁹⁷.

Es por lo que considero que la Sentencia objeto de comentario resulta ejemplarizante al consolidar en su argumentación la obligación de realizar, en el entorno laboral y ante posibles casos de discriminación indirecta, un análisis estadístico más completo al someterlo a la obligada comprobación de aquellas otras circunstancias que afectan de manera especial a la mujer trabajadora⁹⁸, y que pueden influir haciendo discriminatoria la medida objeto de controversia que, en cambio, en un principio, parecía correcta e igualitaria.

A la vista de lo comentado, ya podemos afirmar que la detección en el entorno laboral de un posible supuesto de discriminación indirecta requiere indudablemente de un mayor esfuerzo⁹⁹, teniéndose que realizar con especial esmero el análisis probatorio por la necesidad de justificar la repercusión real que para el colectivo de mujeres trabajadoras va a tener la adopción de determinadas medidas aparentemente neutras. Por ello, está ampliamente reconocido que las obligaciones contenidas en el artículo 14 C.E. no se agotan en la igualdad inicial de su aparente contenido, sino que también requieren para su cumplimiento de la detección de determinadas diferencias, que en el caso de no presentarse con la obviedad que lo hacen aquellos supuestos de discriminación directa y presentarse de manera indirecta, obligarán a un mayor esfuerzo y precisión en la comprobación de la provocación de un posible efecto discriminatorio¹⁰⁰, de manera que la diferencia de trato ha de analizarse atendiendo a todas las circunstancias concurrentes y a la trascendencia constitucional de los intereses y valores protegidos.

Con lo que, sin duda, resulta más difícil la detección de

⁹⁵ Así, en el Fundamento Jurídico Noveno se concreta que "A la vista de la anterior doctrina no puede estimarse que el sistema de promoción profesional que nos ocupa sea neutro porque, aunque tenga apariencia de tal, produce resultados discriminatorios sin justificación objetiva".

⁹⁶ Por la ilustración de su contenido, citaremos la Sentencia del Tribunal Constitucional Núm. 147/1995, de 16 de Octubre, que afirma en su Fundamento Jurídico Tercero la exigencia como presupuesto una valoración de los criterios de evaluación del trabajo de "*comprobar si se ha dado más valor a unas actividades que a otras y si se ha recurrido a factores discriminatorios, utilizando de forma injustificada, como patrón de medida, cualidades predominantemente predicables de un sexo, o, por el contrario, elementos comunes*".

⁹⁷ En este sentido, la Sentencia del Tribunal Constitucional Núm. 128/1987, de 16 de Julio, recoge en su Fundamento de Derecho Décimo la "*innegable y mayor dificultad para la mujer con hijos de corta edad para incorporarse al trabajo o permanecer en él*", así como la Sentencia del Tribunal Constitucional Núm. 109/1993, de 25 de Marzo, afirma en su Fundamento de Derecho Sexto que "*la peculiar incidencia que respecto de la situación laboral de aquellas tiene el hecho de la maternidad, y la lactancia, en cuanto se trata de compensar las desventajas reales que para la conservación de su empleo soporta la mujer a diferencia del hombre, y que incluso se comprueba por datos revelados por la estadística (tal como el número de mujeres que se ven obligadas a dejar el trabajo por esta circunstancia a diferencia de los varones)*".

⁹⁸ En esta línea, numerosas Sentencias del Tribunal Constitucional como la Núm. 240/1999, de 20 Diciembre, Fundamento de Derecho Segundo, o la Núm. 3/2007, de 15 Enero, -Fundamento de Derecho Cuarto, reconocen literalmente "*la desigual posición laboral de la mujer*".

⁹⁹ Esta mayor exigencia es descrita en Sentencias como la del Tribunal Constitucional Núm. 147/1995, de 16 de Octubre, al establecer en su Fundamento de Derecho Tercero que "*para afirmar que tales diferencias se hallan justificadas desde la perspectiva constitucional, no basta la invocación abstracta de criterios diferenciales, sino que son necesarios baremos más estrictos: es preciso probar que los presupuestos materiales de dichos criterios, concurren en el caso y, más aún, el modo y la relevancia con que lo hacen y además, resulta necesario justificar, desde esa base fáctica, la prevalencia que se les otorga sobre otras características de las actividades laborales*".

¹⁰⁰ En este sentido, la Sentencia del Tribunal Constitucional Núm. 3/2007 de 15 de Enero llega a afirmar que "*corresponde efectuar a los órganos judiciales no puede situarse exclusivamente en el ámbito de la legalidad, sino que tiene que ponderar y valorar el derecho fundamental en juego*".

¹⁰² El Tribunal Constitucional admite de manera unánime que la ausencia de prueba trasciende de este modo del ámbito puramente procesal y determina, en último término, que los indicios aportados por el demandante desplieguen toda su operatividad para declarar la lesión del propio derecho fundamental, y así es reconocido en Sentencias como la Núm. 197/1990, de 29 de Noviembre, Fundamento de Derecho Cuarto, y la Núm. 136/1996, de 23 de Julio, también Fundamento de Derecho Cuarto.

JURISPRUDENCIA • TS

un caso de discriminación indirecta¹⁰¹, más aún si tal y como recuerda la Sentencia de análisis –y como ya lo hiciera una jurisprudencia unánime¹⁰²–, la asignación de la carga de la prueba en estos casos corresponde al empresario: ya que si bien es necesario la aportación por parte del demandante de un indicio razonable de la posibilidad de una vulneración constitucional¹⁰³, comprobada la existencia de este indicio, será el empleador el que habrá de probar que su actuación fue el único medio de destruir la apariencia lesiva alegada, asegurándose que tales pruebas explican objetiva, razonable y proporcionalmente por sí mismas su decisión, y eliminan toda sospecha de una actuación con intenciones discriminatorias¹⁰⁴. En el caso de estudio, el empresario no logra justificar la idoneidad y equidad del sistema de promoción utilizado y el juzgador termina por afirmar que *“la justificación que ofrece la empresa de ese resultado, anómalamente, desproporcionado en perjuicio de las mujeres no es bastante para fundar objetivamente su proceder. Argumenta la recurrente que para ser mando es requisito necesario trabajar a jornada completa y tener la jornada partida y el horario flexible, así como trabajar los domingos, cual autorizan el Convenio Colectivo y el Acuerdo de empresa sobre turnos y horarios laborales, lo que impide el ascenso de las mujeres porque, mayoritariamente, tienen contrato a tiempo parcial. El argumento no es de recibo”*¹⁰⁵.

CONCLUSIÓN:

Por este motivo, ante los supuestos que nos ocupan, de manera peculiar el análisis de la prueba de descargo va a tener que realizarse con extremada precisión, ya que el sentido de esta actividad probatoria va a ser comprobar la posible repercusión discriminatoria de las medidas adoptadas. Y, aunque como hemos comentado, se llegarán a admitir aquellas discriminaciones suficientemente justificadas, el Tribunal Constitucional llega a afirmar, en numerosas Resoluciones, que el sentido de la igualdad en el entorno laboral ha de abstraerse a la consecución de trabajos de igual valor¹⁰⁶, entendiéndose este último concepto en el sentido más amplio del término.

Sin duda, Sentencias como la de estudio colaboran a la consecución de esa igualdad de la mujer en el entorno laboral, y ello pese a que el derecho sustantivo de aplicación resulte un tanto ambiguo, ya que desde el momento de entrada en vigor de la Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres se criticó este texto por su ánimo excesivamente ambicioso, siendo muestra de ello

el comentado artículo 6.2, donde se incluye un concepto de discriminación indirecta extremadamente complejo de justificar en la práctica, obligando al juzgador a que compruebe la relevancia de todos elementos que han podido contribuir en el posible efecto adverso de una medida que, en principio, era de apariencia neutral.

Es por ello que Sentencias como la que comentamos resultan singularmente favorables, porque consiguen hacer una interpretación correcta de la discriminación allí definida, y desplegar –así– la actuación indagatoria oportuna propia de un esmerado cumplimiento del principio de igualdad efectiva contenido en el artículo 9.2 de nuestra Constitución¹⁰⁷, además del cumplimiento del artículo 53 del mismo texto, hasta conseguir encontrar acreditada la actuación discriminatoria y ello pese a que la aparente neutralidad de las medidas adoptadas intente presentar una falsa apariencia de corrección y legalidad.

Conceptos como *“aparentemente neutros”*, *“finalidad legítima”* o *“finalidad necesaria y adecuada”*, todos ellos integrantes de la definición de discriminación indirecta –tal y como ya hemos comentado– resultan ser conceptos ambiguos, carentes de la concreción necesaria que pueda asegurar su fácil comprobación en la praxis. Más aún, si el ámbito de aplicación es el entorno laboral donde resulta más compleja todavía cualquier comprobación periférica, al tenerse que abordar, para la realización de un análisis que tenga ánimo de ser completo, todos los distintos factores y circunstancias que van a converger en la situación de estudio.

Por este motivo, va a ser vital la realización de una singular comprobación desde el órgano judicial de la actividad probatoria practicada, así como de su idoneidad y eficacia, a la hora de desvirtuar el posible efecto discriminatorio y, como ya hemos comentado, el análisis estadístico interpretándolo a la luz de su efectiva repercusión y correspondencia sobre la realidad y evolución de la empresa. Es por lo que, como digo, Sentencias como la que hemos analizado aseguran el correcto ejercicio de este control judicial que, ante conceptos jurídicos tan difusos como los comentados, contribuyen a la creación de un sólido referente jurisprudencial que, indudablemente, resulta necesario y asegura la consecución del criterio de igualdad que en su momento inspiró la normativa europea y nacional que hemos estudiado. **(ROSA SALVADOR CONCEPCIÓN. Abogada y Doctora en Derecho).**

¹⁰³ La jurisprudencia de forma unánime asigna en estos casos la carga de la prueba al empleador, que habrá de justificar el motivo de la medida discriminatoria, si bien un gran número de sentencias reconocen también expresamente la necesidad de que la trabajadora aporte un indicio principal razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental y que permita deducir la posibilidad de que, en efecto, la discriminación se haya producido. Por citar un ejemplo, con este criterio encontramos la Sentencia del Tribunal Constitucional Núm. 29/ 2002, de 11 de Febrero.

¹⁰⁴ Argumento que la Sentencia del Tribunal Constitucional Núm. 82/1997, de 22 de Abril, resume con la apreciación en su Fundamento de Derecho Tercero de que la causa habrá de ser suficientemente justificadora para *“avaluar tal diferenciación de trato”*.

¹⁰⁵ Extracto del Fundamento Jurídico Noveno de la Sentencia objeto de comentario.

¹⁰⁶ Así mencionado literalmente en Sentencias como la Número 286/1994, de 27 de Octubre, Fundamento de Derecho Tercero.

¹⁰⁷ *“Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”*.