

# ARTICULO

# 14

## UNA PERSPECTIVA DE GÉNERO

Boletín de Información  
y Análisis Jurídico

NÚM. 32 • DICIEMBRE DE 2009

### DOCTRINA

- La nueva regulación de las prestaciones por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia para su acomodo a la Ley de igualdad.
- Informe 2009 de la Comisión Europea sobre igualdad entre hombres y mujeres.

### LEGISLACIÓN

- Presupuestos Generales del Estado para el año 2010.
- Ampliación del permiso de paternidad.
- Votaciones en el Parlamento de Andalucía en los casos de maternidad o paternidad.
- Ley Orgánica para la igualdad: Consejo de Participación de la Mujer. Distintivo «Igualdad en la Empresa».

### JURISPRUDENCIA

- Pensión de viudedad en matrimonio según el rito gitano.
- Constitucionalidad de los tipos penales según la Ley Orgánica 1/2004.
- Sanciones administrativas para anuncios publicitarios sexistas o que inciten a la violencia. Ley del Parlamento Vasco.
- Cuantía de la pensión de viudedad del excónyuge por divorcio.



Instituto Andaluz de la Mujer

CONSEJERÍA 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.<sup>a</sup> Luisa Balaguer

**Colaboran:**  
Antonio Javier Trujillo Pérez  
Rafael Naranjo de la Cruz  
M.<sup>a</sup> del Mar Navas Sánchez  
M.<sup>a</sup> Dolores Cabello Fernández  
Montserrat Reyes

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>

**Diseño y Maquetación:**  
Fotomecánica Magenta

**Imprime:**  
Technographic

**Dep. Legal:**  
SE-2460-01  
ISSN:  
1696-6988

## Sumario:

### DOCTRINA

- La nueva regulación de las prestaciones por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia para su acomodo a la Ley de igualdad. Rosa María Pérez Yáñez y Juan Carlos Álvarez Cortés Prof. Titulares de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Málaga. .... 4

- Informe 2009 de la Comisión de las Comunidades Europeas sobre igualdad entre hombres y mujeres en Europa. María Luisa Balaguer Callejón. Consejera del Consejo Consultivo de Andalucía y Catedrática de Derecho Constitucional. .... 21

### LEGISLACIÓN

- Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010. María Luisa Balaguer Callejón. .... 23

- Ley 9/2009, de 6 de octubre, de ampliación de la duración del permiso de paternidad en los casos de nacimiento, adopción o acogida ..... 26

- Interpretación de la violencia física o psíquica incluida en el artículo 173.2 del Código Penal. .... 27

- Reforma del Reglamento del Parlamento de Andalucía para facilitar las votaciones en los casos de maternidad o paternidad. Antonio Javier Trujillo Pérez. Profesor Titular de Derecho Constitucional, Universidad de Málaga. .... 27

- Real Decreto 1791/2009, de 20 de noviembre, por el que se regula el régimen de funcionamiento, competencias y composición del Consejo de Participación de la Mujer. María Luisa Balaguer Callejón. .... 30

- Real Decreto 1615/2009, de 26 de octubre, por el que se regula la concesión y utilización del distintivo «Igualdad en la Empresa». .... 35

**TRANSVERSALIDAD DE GÉNERO EN LA LEGISLACIÓN** ..... 41

### JURISPRUDENCIA

- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 8 de diciembre de 2009, sobre los derechos de pensión de viudedad en matrimonio celebrado según el rito gitano. María Luisa Balaguer Callejón. .... 46

- Sentencias del Tribunal Constitucional 127/2009, de 26 de mayo de 2009, y 201, 202 y 203/2009, de 27 de octubre. La constitucionalidad de los tipos penales introducidos por la Ley Orgánica 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género. María Dolores Cabello Fernández. Profesora Colaboradora de Derecho Constitucional, Universidad de Málaga. .... 47

- Auto del Tribunal Constitucional 246/2009, de 29 de septiembre (cuestión de inconstitucionalidad sobre el establecimiento por la Ley 4/2005, de 18 de febrero, para la igualdad de hombres y mujeres en el País Vasco de sanciones administrativas para anuncios publicitarios sexistas o que justifiquen, banalicen o inciten a la violencia contra las mujeres). María Luisa Balaguer Callejón. .... 57

- Sentencia de 17 de julio de 2009, de la Sala Tercera del Tribunal Supremo. Cuantía de la pensión de viudedad del excónyuge por divorcio. Ángeles Liñán García. Universidad de Málaga. .... 60

## PRESENTACIÓN

La incorporación al mercado laboral ha proporcionado a las mujeres independencia y autonomía económica, pero también una demanda de mayor presencia en la vida pública y privada, con una sobrecarga de trabajo, debido a que no se ha producido un trasvase igualitario de hombres en la asunción de responsabilidades familiares, aunque la tendencia es hacia una mayor implicación. Las dificultades para lograr un equilibrio entre la vida laboral y familiar es uno de los principales obstáculos al empleo de las mujeres y al desarrollo de su carrera profesional, puede inducir a las mujeres a optar más que los hombres, por acuerdos de trabajo flexible, interrumpir su carrera profesional y limitar su promoción a puestos de responsabilidad y liderazgo.

Para intentar paliar los efectos de esa inercia, el Gobierno Andaluz ha aprobado, el 19 de enero de 2010, el I Plan Estratégico para la Igualdad de Mujeres y Hombres en Andalucía, 2010-2013, que establece las líneas estratégicas para alcanzar el objetivo de la igualdad de género, una de sus prioridades se centra en la adopción de medidas destinadas a facilitar la conciliación, y hacer efectivo el derecho y deber de mujeres y hombres de compartir adecuadamente las responsabilidades familiares, las tareas domésticas y el cuidado de las personas, prestando especial atención a los nuevos modelos de familias.

En el presente número de Boletín jurídico recogemos la Ley 9/2009, de 6 de octubre, de ampliación de la duración del permiso de paternidad en los casos de nacimiento, adopción o acogida, la ampliación del permiso de paternidad a cuatro semanas, que en Andalucía también garantiza la Ley 12/2007, de 26 de noviembre, para la promoción de la igualdad de género, es un importante paso como política positiva con el objetivo de estimular a los hombres a compartir de forma equitativa con las mujeres sus responsabilidades parentales y de cuidados a las personas. Además, tal como se recoge en la norma, se establece la necesidad de desarrollar en colaboración con las Comunidades Autónomas acciones para difundir los derechos que les otorga la Ley en referencia a la paternidad, e impulsar campañas de sensibilización para promover que los hombres asuman una parte igual de responsabilidades familiares.

En el mismo sentido, destacamos de la normativa que publicamos, la reforma del Reglamento del Parlamento de Andalucía para facilitar las votaciones en los casos de maternidad o paternidad, con el fin de eliminar cualquier obstáculo para desarrollar la actividad pública, y que constituye una medida pionera, acorde con los cambios sociales y especialmente sensible en el ámbito de la discriminación de género, y que promoverá una mayor concienciación sobre las necesidades de la sociedad en materia de conciliación.

Tenemos por delante importantes retos para alcanzar el principio de corresponsabilidad que exigen el consenso de un nuevo modelo social de relaciones más equilibrado, que tenga como objetivo la igualdad real de mujeres y hombres en todos los ámbitos de la vida laboral, familiar y personal, que ponga en valor las ventajas de compartir las responsabilidades familiares, y que reconozca que la promoción de la igualdad significa cambios y nuevas oportunidades para ambos, una organización del trabajo y de los recursos acorde con los tiempos actuales, que tenga en cuenta las necesidades y el bienestar tanto para las mujeres como para los hombres, y que permita disfrutar y compartir, en pie de igualdad, tiempos, espacios y responsabilidades.

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

## DOCTRINA

## LA NUEVA REGULACIÓN DE LAS PRESTACIONES POR MATERNIDAD, PATERNIDAD, RIESGO DURANTE EL EMBARAZO Y RIESGO DURANTE LA LACTANCIA PARA SU ACOMODO A LA LEY DE IGUALDAD

ROSA MARÍA PÉREZ YÁÑEZ Y JUAN CARLOS ÁLVAREZ CORTÉS  
 Prof. Titulares de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Málaga

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA NUEVA REGULACIÓN DE LA PRESTACIÓN POR MATERNIDAD. 1. Supuesto general o maternidad contributiva. 2. La prestación por maternidad “no contributiva” o “supuesto especial”. III. EL DESARROLLO REGLAMENTARIO DE LAS NUEVAS PRESTACIONES. 1. Reglas aplicables a la nueva prestación por paternidad. 2. La prestación por riesgo durante la lactancia natural. IV. RIESGO DURANTE EL EMBARAZO. 1. Situación y colectivos protegidos. 2. Cuantía y cálculo de la prestación. 3. Nacimiento, duración y otras vicisitudes del derecho al subsidio. 4. Reconocimiento, pago de la prestación y normas de procedimiento. 5. Riesgo durante el embarazo e incapacidad temporal. 6. El subsidio por riesgo durante el embarazo de las trabajadoras por cuenta propia.

### I. INTRODUCCIÓN.

Como es sabido, la Ley Orgánica 3/2007, de igualdad, introdujo –entre otras muchas- notables novedades en el ámbito de la acción protectora de la Seguridad Social. Tales innovaciones afectaron básicamente a dos prestaciones ya conocidas –maternidad y riesgo durante el embarazo- al tiempo que dieron lugar a la creación de otras dos no previstas hasta el momento en nuestra legislación protectora –paternidad y riesgo durante la lactancia-. La razón de ser de las modificaciones en materia de Seguridad Social residía evidentemente en la aplicación del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres, lo que supone la ausencia de toda discriminación por razón de sexo y, especialmente, las derivadas de la maternidad y de la asunción de las obligaciones familiares (art. 3). Principio que específicamente para la interpretación de la protección social se proyectó, entre otros, en el art. 44 de la LO 3/2007 que pretendía una asunción equilibrada de las responsabilidades familiares, evitando toda discriminación basada en el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral de los trabajadores y trabajadoras. Y es que las responsabilidades familiares son riesgos sociales porque el cuidado a la familia, además de conllevar una carga económica supone la dedicación de un tiempo que ha de restarse a la actividad laboral o profesional, lo que da lugar a un defecto o reducción de los ingresos si quiere conseguirse la conciliación de la vida laboral con la familiar<sup>1</sup>. La nueva regulación de estas prestaciones demandaba de un desarrollo reglamentario acorde con la Ley de igualdad lo que ha tenido lugar a través de un nuevo texto, el Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, que, a su vez, deroga en su totalidad al RD 1251/ 2001 hasta entonces aplicable a las dos primeras prestaciones. Lo cierto es que la nueva norma viene a mantener el mismo contenido que la que viene a sustituir en muchas cuestiones respecto de la maternidad y del riesgo durante el embarazo y que, a modo de simplificación, por lo que se refiere a la regulación de las prestaciones nuevas (maternidad supuesto especial, paternidad y riesgo durante la lactancia), viene a procurar aplicar las normas generales ya establecidas para las primeras, consiguiendo una importante uniformidad en la regulación de los aspectos que son comunes en este tipo de prestaciones<sup>2</sup>. Por otro lado, extiende expresamente la aplicación de las prestaciones por riesgos, durante el embarazo y durante la lactancia, a las funcionarias públicas y al personal femenino estatutario incluido en el campo de aplicación del Régimen General. Además, y como hacía su predecesor del año 2001, se declara como norma supletoria en los Regímenes Especiales de funcionarios civiles, militares y de la administración judicial.

<sup>1</sup> En sentido parecido, por todos, GORELLI HERNÁNDEZ, J., en “Problemática aseguradora de la familia”, en AAVV, Dir. Ojeda Aviles, *Los retos de la Seguridad Social*, MTAS, Madrid, 2005, pág. 74.

<sup>2</sup> En todo caso se ha aprovechado esta norma reglamentaria para introducir modificaciones en otras disposiciones algunas de las cuales tienen que ver, precisamente, con las novedades incorporadas por la Ley de Igualdad en relación con las prestaciones económicas que aquí se analizan y otras relacionadas con otras cuestiones. Así, por ejemplo, se ha modificado el Reglamento General sobre cotización y liquidación (disposición final segunda), pero también se precisa el alcance de la situación asimilada a la de alta en los casos de excedencia por cuidado de familiares (disposición adicional cuarta) y se extiende al personal funcionario y estatutario incluido en el Régimen General el incremento de la cotización en los casos de reducción de jornada por cuidado de hijos, menores o familiares (disposición adicional octava).

## DOCTRINA

**II. LA NUEVA REGULACIÓN DE LA PRESTACIÓN POR MATERNIDAD.**

Dentro de la protección de los intereses familiares la suspensión del contrato de trabajo por maternidad es un derecho vinculado a la condición biológica de la mujer y a su situación de embarazo y parto<sup>3</sup>. Sin embargo, en la configuración producida en nuestro ordenamiento laboral, al permitirse al padre la participación en este derecho, y al diseñarse con unos tiempos de disfrute que tienen en cuenta otras variables (discapacidad, parto múltiple, hospitalización del neonato, muerte del hijo o de la madre), se nota que el bien jurídico protegido ya no es sólo el hijo sino también la familia en sí. Por otra parte, tras la Ley de Igualdad la protección por maternidad ha quedado configurada con un doble carácter: contributivo (“supuesto general”) y no contributivo (“supuesto especial”).

**1. Supuesto general o maternidad contributiva.**

El art. 133 bis de la LGSS entiende como situaciones protegidas: la maternidad, la adopción y el acogimiento previo durante los períodos de descanso que por tales situaciones se disfruten conforme al art. 48.4 del ET<sup>4</sup>. En concreto, y como se reitera en el art. 2 RD 295/2009, se consideran situaciones protegidas la maternidad, adopción y acogimiento familiar, de menores de 6 años -salvo lo que posteriormente se dirá-, ya sea preadoptivo, permanente, o simple (aunque sea provisional), de conformidad con lo establecido en el Código Civil o en las Leyes Autonómicas y siempre que -en el caso del acogimiento simple- su duración sea superior a un año. En el caso de la adopción o el acogimiento es indiferente que la resolución haya sido adoptada por una autoridad nacional o extranjera. En cambio, no se considerarán equiparables al acogimiento preadoptivo, permanente o simple, otras posibles modalidades de acogimiento familiar distintas a las mencionadas anteriormente (art. 2.2 RD 295/2009). Cuando se trate de adopción o acogimiento de personas con discapacidad o de quienes por sus circunstancias y experiencias personales o por provenir del extranjero tengan especiales dificultades de inserción social y familiar -acreditadas por los servicios sociales competentes-, mayores de 6 años, tales situaciones únicamente serán objeto de protección a través de esta prestación cuando el adoptado o acogido sea menor de 18 años. Se entienden como discapacitados los que acrediten un grado de minusvalía igual o superior al 33%, de conformidad con el RD 1971/99 que establece el procedimiento para reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía. La novedad más importante que recoge el RD 295/2009 en esta materia es la extensión de las prestaciones por maternidad contributiva a las situaciones de tutela cuando el tutor sea un familiar que, de acuerdo con la legislación civil, no pueda adoptar al menor (art 2.1).

**1.1 Requisitos establecidos para obtener la prestación por maternidad.**

Por lo que concierne a los requisitos para obtener la prestación ha de recordarse que tienen derecho a la misma los trabajadores por cuenta ajena -o por cuenta propia-, cualquiera que sea su sexo, que tengan derecho a disfrutar de los descansos por maternidad, adopción y acogimiento y que se encuentren en situación de alta o asimilada<sup>5</sup> (art. 133 ter LGSS). El nuevo texto reglamentario ha añadido a las situaciones asimiladas al alta que ya se contemplaban en la norma de 2001 cuatro situaciones más (art. 4): el periodo correspondiente a vacaciones anuales retribuidas que no hayan sido disfrutadas con anterioridad a la finalización del contrato; los periodos considerados como de cotización efectiva respecto de las trabajadoras por cuenta ajena y por cuenta propia que sean víctimas de violencia de género (en coherencia, con el art. 21 de la Ley 1/2004 de medidas de protección integral contra la violencia de género y el art. 124.5 de la LGSS incluido por ésta); el convenio especial con la Seguridad Social para diputados y senadores de las Cortes Generales y diputados del Parlamento Europeo y el convenio especial con la Seguridad Social para los miembros de los Parlamentos y Gobiernos de las comunidades autónomas; y, en fin, los periodos entre campañas de los trabajadores fijos discontinuos que no perciban prestaciones por desempleo de nivel contributivo, sin perjuicio del devengo de la prestación cuando se produzca el reinicio de la actividad.

El período de carencia para el acceso a esta prestación se hace depender de la edad teniendo en cuenta que sólo se exige este requisito para quienes han superado los 20 años. De este modo, para un arco de edad, situado entre

<sup>3</sup> Como indica, ARGÜELLES BLANCO, A.R., en *La protección de intereses familiares en el ordenamiento laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pág. 34.

<sup>4</sup> En el supuesto de trabajadores por cuenta propia incluidos en los distintos Regímenes Especiales se consideran las mismas situaciones protegidas, durante los períodos de cese de actividad que sean coincidentes, en lo relativo tanto a su duración como a su distribución, con los períodos de descanso laboral establecidos para los trabajadores por cuenta ajena. La novedad, en coherencia con la LOI, es que los autónomos pueden ya disfrutar de la posibilidad de disfrutar el descanso en régimen de jornada a tiempo parcial, en la que más adelante se incidirá. Se consideran también situaciones protegidas las ya mencionadas durante los permisos por conciliación de la vida personal, familiar y laboral previstos en el art. 49. a) y B) EBEP así como los acogimientos provisionales formalizados por personas integradas en el Régimen General de la Seguridad Social a las que resulte de aplicación el EBEP.

<sup>5</sup> También de “alta especial”, como son las situaciones de huelga y de cierre patronal, que no impedirán el reconocimiento y percepción del subsidio por maternidad (art. 8.8 del RD 295/2009, que sigue la misma línea del RD 125/2009).

## ARTÍCULO 14

## DOCTRINA

los 21 y 26 años, se exige un período de carencia reducido y, finalmente, para mayores de 27 años, se mantiene, en principio, el período de carencia anterior. En todo caso, el período tomado en consideración abarca los siete años anteriores al hecho causante (dos años más que antes) y se establece un período alternativo que, si bien duplica el exigido inicialmente, permite hallarlo a lo largo de toda la vida laboral. Esta modificación que produjo la LOI fue una mejora importante frente a la regulación anterior ya que con la misma se impedía o se hacía casi imposible el acceso al subsidio por maternidad por parte de jóvenes madres trabajadoras, sobre todo cuando tenían menos de 16 años y medio ya que, dada la limitación de la edad en el acceso al mercado de trabajo, les resultaba imposible cumplir el período de carencia exigido. A estos efectos, para la situación de parto (y sólo para el uso exclusivo de la madre biológica) se tendrá en cuenta la edad que tenga cumplida la interesada en el inicio del momento del descanso. En los casos de adopción internacional con desplazamiento previo al país de origen del adoptado cuando los adoptantes se acojan al período de suspensión previo, la edad será la que tengan cumplida los interesados en el momento de comenzar el descanso. En ambos casos se establece una “singular” regla de cierre ya que, en el primer supuesto, se toma como referente la fecha del parto y, en el segundo, la fecha de la resolución. En todo caso, si el descanso –y la percepción del subsidio- se inicia antes del parto o de la adopción en supuestos internacionales y una vez producido el parto o dictada la resolución no se acreditara el período mínimo de cotización se extinguirá el subsidio y las prestaciones percibidas hasta ese momento no se considerarán indebidas (art. 5.3 y 4).

Para el período de carencia en el trabajo a tiempo parcial rigen las particularidades del RD 1132/2002. El art. 5.5 del RD 295/2009 recuerda que el lapso de tiempo inmediatamente anterior al inicio del descanso -en el que debe estar comprendido el período mínimo de cotización- se incrementará en proporción inversa a la existente entre la jornada efectuada por el y la jornada habitual en la actividad correspondiente y exclusivamente en relación con los períodos en que, durante dicho lapso, se hubiera realizado una jornada inferior a la habitual. En los supuestos de pluriactividad se recurre al mecanismo de cómputo recíproco de cotizaciones, siempre que no se superpongan para aquellos casos en que no se acrediten las condiciones para acceder a las prestaciones en ninguno de los regímenes en los que se encuentra en alta o asimilado. El derecho se obtendrá en el régimen en el que se acrediten más días de cotización.

El último de los requisitos afecta a quienes sean responsables del ingreso de sus cuotas y consiste en hallarse al corriente de las mismas invitándoles, de no ser así, para que lo hagan de conformidad con el mecanismo previsto para los trabajadores autónomos.

### *1.2 Situaciones en las que el padre puede obtener la prestación contributiva por maternidad.*

Son varias las situaciones que se introdujeron con la LOI con objeto de permitir el acceso a la prestación por maternidad por parte del padre aún cuando la madre no tuviera derecho, lo que en cierto modo venía a equipararse con los derechos de la paternidad por adopción o acogimiento. En la mayoría de ellas se permite compatibilizar las prestaciones por maternidad así obtenidas con las de paternidad. Así, en primer lugar, el padre podrá obtener la prestación cuando la madre opte porque el otro progenitor disfrute de una parte determinada e ininterrumpida del período de descanso posterior al parto bien de forma simultánea o sucesiva con su propio descanso (art. 48.4 del ET); y ello es posible, tras la Ley de igualdad, aunque en el momento previsto para la reincorporación de la madre al trabajo ésta se encuentre en situación de incapacidad temporal (art. 8.6 del RD 295/2009). En todo caso, la norma establece algunas causas que pueden impedir el disfrute por parte del padre (art. 9): revocación por parte de la madre de esta opción si sobrevienen hechos que la hagan inviable (entre otros la violencia de género); falta de coincidencia de los días cedidos en los dos empleos o actividades, para los casos de pluriempleo o pluriactividad de la madre; y, en fin, cuando habiéndose reincorporado la madre al trabajo se aprecie riesgo durante la lactancia natural que dé lugar a la suspensión de la actividad laboral.

Por otra parte, la madre que no alcance el período de carencia podrá optar a favor del padre sí este cumple los requisitos exigidos para las prestaciones contributivas por maternidad. En este caso la prestación por maternidad sería compatible con la de paternidad. Algo parecido sucede en caso de parto cuando la trabajadora no tenga derecho a la prestación en razón de su actividad profesional. En estos casos el padre podrá tener derecho a la prestación durante el período que hubiera correspondido a la madre, si cumple los requisitos, cuando siendo ésta mutualista de previsión social de un colegio profesional o bien no tuviera derecho a prestación por maternidad alguna -porque dicha protección no estuviera prevista en el catálogo de prestaciones de la mutualidad- o bien, en caso de que la misma sí estuviera prevista no reuniera las condiciones exigidas para la concesión de la prestación -por causas ajenas a su voluntad-, pese a haber optado por incluir dicha protección.

## DOCTRINA

El padre tendrá derecho al disfrute de las prestaciones por maternidad en el supuesto de que la madre, trabajadora o no, muriera durante el parto. En este caso, no se descontará “la parte que la madre hubiera podido percibir con anterioridad al parto”, sino sólo la consumida con posterioridad al mismo, y el padre podrá compatibilizar la prestación de maternidad con la de paternidad a la que tuviera derecho (art. 3.3 RD 295/2009). Del mismo modo, el padre podría disfrutar del período que reste de la prestación cuando esta se extinga por jubilación de la madre o por su pase a la situación de incapacidad permanente (art. 8.12).

### 1.3 Cuantía de la prestación económica.

La protección que ofrece el sistema en la situación de maternidad es la más intensa posible de modo que se produce una completa sustitución de las rentas salariales mediante un subsidio equivalente al 100% de la base reguladora (art. 133 quater LGSS). En caso de parto múltiple y de adopción y acogimiento de más de un menor, realizados de forma simultánea, se concederá un subsidio especial por cada hijo a partir del segundo, igual al que corresponda percibir por el primero, durante el período de seis semanas, inmediatamente posteriores al parto, o cuando se trate de adopción o acogimiento a partir de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituya la adopción. A efectos de este subsidio especial tendrán la condición de beneficiarios quienes, a su vez, lo sean de la prestación económica por maternidad, si bien sólo podrá percibirse aquél por uno de los progenitores que, en caso de parto, será determinado a opción de la madre y, en caso de adopción o acogimiento, será decidido por los interesados. Para el personal a tiempo parcial y para quienes disfruten de la prestación a tiempo parcial, las bases reguladoras siguen siendo las mismas: en el primer caso, las previstas por el RD 1132/2001 y en el segundo las bases reguladoras se ajustarán, en proporción inversa, a la reducción de jornada establecida de acuerdo con el empleador.

Las novedades que ha incorporado el RD 295/2009 en esta materia pueden resumirse como sigue. En primer lugar, para el cálculo de las prestaciones, en los casos de pluriempleo y pluriactividad, se tendrán en cuenta las bases de cotización correspondientes a cada una de las empresas o actividades, siendo de aplicación a la base reguladora del correspondiente régimen el tope máximo establecido a efectos de cotización (art. 3.6). En segundo lugar, la base reguladora podrá ser alterada excepcionalmente en tres situaciones (art. 7.8): cuando se modifique la base mínima de cotización, para actualizar su cuantía a partir de la fecha de entrada en vigor de la nueva base mínima; cuando se produzca un incremento de la base de cotización, como consecuencia de una elevación de los salarios con efecto retroactivo; cuando por resolución provisional del INSS se haya utilizado la última base de cotización que conste en la base de datos del sistema y, posteriormente, se compruebe que no coincide con la base de cotización por contingencias comunes correspondiente al mes anterior al del inicio del descanso.

### 1.4 Nacimiento, Duración y Extinción.

El nacimiento del derecho a la prestación económica por maternidad se producirá a partir del mismo día en que dé comienzo el descanso. En los supuestos de adopción internacional, cuando haya sido necesario el desplazamiento previo de los padres al país de origen del adoptado y éstos se acojan al período de suspensión previsto que, en tales casos, podrán comenzar hasta cuatro semanas antes de la resolución por la que se constituya la adopción, los requisitos exigidos deberán acreditarse en la fecha de inicio del período de suspensión. En ningún caso, el período de duración de la prestación podrá ser superior a 16 semanas (o al tiempo que corresponda en caso de adopción múltiple) o su equivalente cuando el período de descanso se disfrute en régimen de jornada a tiempo parcial. Como novedad importante introducida por el RD 295/2009, en los supuestos de adopción internacional se prevé la posibilidad de suspensión cautelar de la prestación por maternidad en el caso en el que, transcurridas las cuatro semanas para el desplazamiento previo, no hubiera recaído la correspondiente resolución judicial o administrativa. En tal caso, se reanudará en el momento en que dicha resolución se produzca. Finalmente, para los casos de pluriempleo o pluriactividad, el beneficiario disfrutará de los descansos y prestaciones por maternidad en cada uno de los empleos de forma independiente e ininterrumpida, de acuerdo con la normativa aplicable en cada caso.

En cuanto a su duración, el subsidio se abonará a cada beneficiario, en su caso, a lo largo de la parte de los períodos de descanso que hayan disfrutado efectivamente cada uno de ellos, conforme a la duración prevista en el art. 48.4 del ET (y, en su caso, en el art. 49 a y b EBEP). De este modo, en el supuesto de parto, la suspensión tendrá una duración de 16 semanas, que se disfrutarán de forma ininterrumpida, ampliables en casos de partos múltiples en dos semanas más por cada hijo a partir del segundo. El período de suspensión se distribuirá a petición de la interesada siempre que 6 semanas sean inmediatamente posteriores al parto. Si el recién nacido

## ARTÍCULO 14

## DOCTRINA

o el menor adoptado o acogido fueran discapacitados, la duración se incrementará en dos semanas adicionales. Esa ampliación exige para su determinación, de conformidad con el RD 1198/2007, la aplicación de la escala de valoración específica para menores de 3 años, considerando que procede la ampliación cuando la valoración sea, al menos, del grado 1 moderado, y ello sin perjuicio de lo establecido en el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, sobre procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía. Lo que viene a dar lugar a dos formas de determinar la incapacidad de los menores: la aplicación de la escala de valoración establecidas en las normas para el desarrollo de la Ley 39/2006 de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia o la aplicación de la escala reglamentaria establecida para determinar la discapacidad, que es la que se aplica a la prestaciones no contributivas de invalidez. En todo caso, si el grado de discapacidad no ha sido determinado, tratándose de recién nacidos, será suficiente un informe del Servicio Público de Salud o un informe médico de un hospital público o privado, en este último caso avalado por el Servicio Público de Salud, en el que se haga constar la discapacidad o su posible existencia (art. 8.7).

En los supuestos de adopción y acogimiento, tanto preadoptivo como permanente, de menores de hasta 6 años, la suspensión tendrá una duración de 16 semanas ininterrumpidas, ampliables en el supuesto de adopción o acogimiento múltiple en dos semanas más por cada hijo a partir del segundo, contadas a elección del trabajador, bien a partir de la decisión administrativa o judicial de acogimiento, bien a partir de la resolución judicial por la que se constituye la adopción. La duración de la suspensión será asimismo de 16 semanas en los supuestos de adopción o acogimiento de menores mayores de 6 años de edad que por experiencias personales o que por provenir del extranjero, tengan especiales dificultades de inserción social y familiar.

En el caso de adopción o acogimiento, si ambos padres trabajan, podrán compartir el período de suspensión de la relación laboral. El período de suspensión se distribuirá a opción de los interesados que podrán disfrutarlo de forma simultánea o sucesiva, siempre con períodos ininterrumpidos. En cualquier caso, en las situaciones de disfrute simultáneo de períodos de descanso, la suma de los mismos no podrá exceder de las 16 semanas o de las que correspondan en caso de parto múltiple o discapacidad. En este supuesto, la reincorporación voluntaria al trabajo de uno de ellos, antes del cumplimiento de los plazos previstos, supondrá que "la parte que restase para completarlos incrementará la duración del subsidio a que tuviera derecho el otro beneficiario", ex art. 12 c) del RD 295/2009 (ello también vale para los descansos compartidos en caso de maternidad por parto).

Existen algunos supuestos especiales que pueden afectar a la duración de la prestación. Así sucede, por ejemplo, en caso de fallecimiento del hijo o cuando el feto no reúna las condiciones establecidas en el artículo 30 CC para adquirir la personalidad, siempre que hubiera permanecido en el seno materno durante al menos 180. En tales supuestos el período de suspensión no se verá reducido, salvo que, una vez finalizadas las seis semanas de descanso obligatorio, la madre solicitará reincorporarse a su puesto de trabajo si bien quedará sin efecto la opción ejercida por la madre a favor del padre. El RD 295/2009 trae como importante novedad el extender este derecho a los casos de fallecimiento de hijos adoptados o menores acogidos. En este supuesto tampoco se verá reducida la duración de la prestación, salvo que los adoptantes o acogedores solicitaran reincorporarse a su puesto de trabajo; de ser ello así, y si el período de descanso estaba distribuido entre ambos adoptantes o acogedores, la parte no consumida por uno de ellos no se acumulará al periodo disfrutado por el otro. Si es la madre la que fallece, como se dijo anteriormente, el padre podrá percibir la totalidad o la parte que reste del subsidio, incluso en el caso de que aquélla no hubiere sido beneficiaria de la prestación por maternidad. Si el hijo era un neonato hospitalizado, el padre podría interrumpir hasta las seis semanas posteriores al parto, independientemente del disfrute durante las semanas que correspondan más la ampliación de la que se hablará más abajo. En caso de fallecimiento del padre cuando éste fuera beneficiario de la prestación de maternidad -por haber optado la madre a su favor-, la madre podrá ser beneficiaria del subsidio por la parte del descanso que restara hasta alcanzar la duración máxima, incluso aunque ella ya se hubiera reincorporado a su trabajo. El art. 8.5 RD 295/2009 amplía esta norma a la adopción y acogimiento para los casos de muerte de uno de los adoptantes o acogedores beneficiarios de la prestación, con la particularidad de que el otro adoptante o acogedor superviviente reúna los requisitos para causar derecho a dicho subsidio y disfrute del descanso o permiso correspondiente.

Otro supuesto especial alude a los casos de nacimientos prematuros o de permanencia hospitalaria del neonato a continuación del parto por cualquier causa. En estos casos, la percepción del subsidio por maternidad podrá interrumpirse, a petición del padre o de la madre, según cuál sea el beneficiario, una vez completado el período de descanso obligatorio para la madre de 6 semanas posteriores al parto, y se reanudará a partir de la fecha del alta hospitalaria del menor, por el período que reste por disfrutar. Esta regla contempla dos novedo-

## ARTÍCULO 14

## DOCTRINA

sas excepciones: la primera es que no puede interrumpirse la percepción del subsidio por maternidad en caso de que se produzca la extinción del contrato o el cese de la actividad. Y la segunda, como se dijo más arriba, en caso de fallecimiento de la madre, el otro progenitor además de tener derecho a la prestación por maternidad, podrá interrumpir el disfrute del permiso incluso durante las seis semanas siguientes al parto. En los supuestos de hospitalización superiores a 7 días, teniendo en cuenta que se entiende como internamientos hospitalarios a estos efectos “los iniciados durante los treinta días naturales siguientes al parto” (ex art. 8.11 RD 295/2009), se ampliará la duración del permiso por maternidad, siguiendo lo dispuesto en la LGSS, “en tantos días como el neonato deba permanecer hospitalizado a continuación del parto, con un máximo de trece semanas adicionales”. Las 13 semanas de ampliación que como máximo pueden disfrutarse en caso de hospitalización del neonato, se acumularán a las 16 semanas que corresponden o 18 en caso de nacimiento de hijo con discapacidad o a las que correspondan en caso de parto múltiple. Aunque en el caso de parto múltiple no procederá acumular los períodos de hospitalización por cada uno de los hijos –si son varios los que necesitan hospitalización– “cuando dichos períodos hubieran sido simultáneos” (art. 8.3 del RD 295/2009). En sentido contrario, podrán acumularse si los períodos no fueron simultáneos pero recordando que la hospitalización ha de ser dentro del mes siguiente al nacimiento.

Una nueva especialidad se detecta cuando el descanso por maternidad es disfrutado a jornada parcial de conformidad con la DA 1ª del RD 295/2009, con el artículo 48.4 ET y, en su caso, con lo dispuesto en los convenios colectivos. El régimen jurídico del disfrute de la prestación por maternidad a tiempo parcial es casi idéntico al establecido anteriormente por el RD 1251/2001, de modo que, en realidad, solo hay tres modificaciones de “calado”: la primera consiste en la ampliación del disfrute a tiempo parcial también para la percepción de la prestación paternidad; la segunda se concreta en la ampliación del disfrute de la prestación por maternidad y paternidad de los trabajadores por cuenta propia, independientemente del régimen a que pertenecieran; y la tercera consiste en la regulación de la interacción entre desempleo parcial, trabajo a tiempo parcial y disfrute de estas prestaciones. Así, una vez que haya un acuerdo previo entre el empresario y el o la trabajadora afectada para el disfrute de estas prestaciones a tiempo parcial (e incluso para el caso de autónomos económicamente dependientes), habrán de aplicarse las siguientes reglas: el derecho podrá ser ejercido tanto por cualquiera de los progenitores, adoptantes o acogedores y en cualquiera de los supuestos de disfrute simultáneo o sucesivo del período de descanso. En caso de parto, la madre no podrá hacer uso de esta modalidad durante las seis semanas posteriores al parto que son de descanso obligatorio. El período durante el que se disfrute el permiso se ampliará proporcionalmente en función de la jornada de trabajo que se realice<sup>6</sup>. El disfrute del permiso en esta modalidad será ininterrumpido. Una vez acordado sólo podrá modificarse el régimen pactado mediante nuevo acuerdo con el empresario, por iniciativa del trabajador y debido a causas relacionadas con su salud o la del menor. Durante el período de disfrute del permiso por maternidad a tiempo parcial, no podrán realizarse horas extraordinarias, salvo las necesarias para prevenir o reparar siniestro y otros daños extraordinarios y urgentes. El tiempo en el que el trabajador preste servicios parcialmente tendrá la consideración de tiempo de trabajo efectivo, manteniéndose suspendida la relación laboral durante el tiempo restante<sup>7</sup>. El permiso de maternidad a tiempo parcial será incompatible con el disfrute simultáneo de los derechos de reducción de jornada por lactancia o por permanencia del recién nacido en el hospital, tampoco con la reducción de jornada por guarda legal ni, finalmente, con el derecho a la excedencia por cuidado de familiares. Mientras que en maternidad a tiempo completo no cabe cobrar incapacidad temporal, sí durante la percepción de la prestación por maternidad a tiempo parcial (art. 10.3 del RD 295/2009)<sup>8</sup>. Es nueva regla, introducida por el RD 295/2009, que se suspenda la prestación por desempleo parcial de los trabajadores/as que la compatibilicen con un contrato a tiempo parcial cuando pasen a las situaciones por maternidad o paternidad. También lo es la posibilidad de que los trabajadores por cuenta propia puedan disfrutar de estos permisos a tiempo parcial. En este caso la reducción de la actividad se fija por la norma en un porcentaje fijo del 50 por ciento.

#### 1.5. Denegación, anulación, suspensión y extinción.

Según el art. 133 quinquies LGSS el derecho al subsidio por maternidad podrá ser denegado, anulado o suspendido, cuando el beneficiario hubiera actuado fraudulentamente para obtener o conservar dicha prestación, así como cuando trabajara por cuenta propia o ajena durante los correspondientes períodos de descanso. El RD

<sup>6</sup> Para paternidad se exige que la reducción de jornada sea inferior al 50% de la correspondiente a un trabajador a tiempo completo.

<sup>7</sup> No se aplican a este supuesto las reglas del contrato a tiempo parcial del artículo 12 del ET ni de sus normas de desarrollo.

<sup>8</sup> En tal caso, la base reguladora se calculará sobre la base de cotización de la jornada a tiempo parcial que se viniera compatibilizando con el subsidio por maternidad. Si se trata de una trabajadora por cuenta propia, la base reguladora del subsidio por incapacidad temporal, en su caso, se reducirá en un 50 por 100.

## ARTÍCULO 14

## DOCTRINA

295/2009 reitera estas mismas causas si bien, en coherencia con la regulación de la prestación por maternidad a tiempo parcial, permite compatibilizar el trabajo con las prestaciones por maternidad cuando los beneficiarios se encuentren disfrutando de aquéllas en régimen de jornada a tiempo parcial. Del mismo modo establece la excepción respecto de los períodos de pluriempleo o pluriactividad (art. 11 b). Por otra parte en su art. 8.12, aquilata mejor las causas de extinción de las prestaciones por maternidad, manteniendo en líneas generales lo establecido en la reglamentación que le precedía. Así pues, junto con la lógica extinción por muerte de la beneficiaria (salvo que el otro progenitor tuviera derecho) y el transcurso de los períodos de suspensión del contrato en situación de maternidad, adopción o acogimiento, se recoge la reincorporación voluntaria al trabajo antes de que se agote el plazo de disfrute. En esta materia el RD 295/2009 viene a realizar dos aportaciones: la primera es entender como causa de extinción el acceso por la beneficiaria a la pensión de jubilación o la pensión de incapacidad permanente y ello sin perjuicio de que el otro progenitor pudiera disfrutar el período de descanso restante. De otro lado, los expedientes de adopción de personas de edad avanzada son raras excepciones. La segunda aportación es una clarificación y mejora de la redacción de la extinción por reincorporación voluntaria al trabajo de uno de los beneficiarios en caso de disfrute simultáneo o sucesivo por ambos progenitores como se dijo más arriba; en este supuesto, la parte que restase para completarlos incrementará la duración del subsidio a que tuviera derecho el otro beneficiario, recordando ahora que todo ello procederá sin perjuicio de las reglas establecidas para el caso de fallecimiento de hijos o de menores acogidos o respecto de las reglas establecidas, en caso de parto, de la opción de la madre a favor del padre.

*1.6 Interacción de la prestación de maternidad con la situación de incapacidad temporal y la extinción del contrato<sup>9</sup>.*

Las reglas que rigen la extinción del contrato en los casos de interrupción de la incapacidad temporal por el pase a una situación de descanso por maternidad son las siguientes (art. 10 RD 295/2009). En primer lugar, si se trata de una trabajadora que ve interrumpida su situación de incapacidad temporal –por iniciar el descanso por maternidad– y la extinción tiene lugar una vez que el descanso ha comenzado, se continuará percibiendo la prestación hasta que finalice dicha situación. Concluido el descanso por maternidad tendrá lugar la reanudación del plazo interrumpido si persiste la previa situación de incapacidad temporal, con el consiguiente abono del subsidio que corresponda<sup>10</sup>. En cambio, si la extinción del contrato se produce con anterioridad al inicio del descanso por maternidad<sup>11</sup> se causará derecho a la prestación económica por maternidad con interrupción de la incapacidad temporal –y del abono del subsidio correspondiente–. Del mismo modo se causará derecho a la prestación por maternidad cuando entre la extinción de la incapacidad temporal y el inicio de la maternidad no haya solución de continuidad. La última regla resulta de aplicación en aquellos supuestos en los que el contrato se extinga durante el descanso por maternidad y la persona beneficiaria continuase necesitando asistencia sanitaria, como consecuencia del parto, y se encontrase incapacitada para el trabajo. En tales supuestos, la interesada seguirá percibiendo la prestación por maternidad hasta que se extinga pasando, a partir de ese momento, a la situación legal de desempleo y a percibir, si procede, la prestación por desempleo y, en su caso, la de incapacidad temporal.

Po otra parte, durante la situación de maternidad no puede accederse a la prestación de incapacidad temporal por cualquier tipo de contingencia, salvo excepciones<sup>12</sup>. Sólo cuando se agote la prestación por maternidad la trabajadora podrá acceder a la situación de incapacidad temporal que corresponda, si cumple los requisitos. De hecho, a esta situación se le aplica la misma regulación que si la trabajadora, tras el descanso por maternidad, continuase demandando asistencia sanitaria como consecuencia del parto y se encontrase incapacitada para el trabajo: se concede la prestación de incapacidad, sin solución de continuidad, computándose la duración de dicha situación de forma independiente a los períodos de descanso por maternidad (art. 10.1 RD 295/2009). Tampoco es nueva la regulación, prevista en el art. 10.2 RD 295/2009, que mantiene los procesos de incapacidad temporal iniciados antes del parto, sin que se hubiera optado por el descanso por maternidad, hasta el momento del alumbramiento. Lo que sí resulta novedoso es el hecho de que pueda accederse a la prestación por maternidad cuando la trabajadora se encuentre en situación de “prorroga de efectos de la situación de incapacidad temporal”. En tales casos, el procedimiento de declaración de incapacidad permanente que se hubiese ya iniciado no se paralizará dando lugar –si se produce el reconocimiento de la pensión–, a la extinción de la

<sup>9</sup> Sobre esta cuestión por su claridad, puede verse, PANIZO ROBLES, JA “La nueva regulación reglamentaria...” Op. cit., págs. 31 y sigs. Más genérico, TORTUERO PLAZA, JL, en “El desempleo y la maternidad/paternidad en la Ley Orgánica de Igualdad”, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, nº especial, 2007, págs. 250 y sigs.

<sup>10</sup> Si se trata de períodos de descansos disfrutados a tiempo parcial a partir de la extinción del contrato el subsidio por maternidad se percibirá en su totalidad.

<sup>11</sup> En tales casos no podrá compartirse el disfrute del descanso entre ambos progenitores en régimen de jornada a tiempo parcial.

<sup>12</sup> Sí se permite respecto de la percepción de los subsidios por maternidad a tiempo parcial.

## ARTÍCULO 14

## DOCTRINA

prestación por maternidad “sin perjuicio de que, para fijar los efectos económicos de la pensión, se apliquen las normas establecidas en relación con el subsidio por incapacidad temporal”.

#### 1.6 Gestión y Reconocimiento.

Será el beneficiario el que solicitará el pago de la prestación a la Dirección Provincial del INSS, correspondiente a su lugar de residencia, a través de los modelos normalizados, con los datos que en los mismos se requieran (o ISM, en su caso). La redacción de la DA 11. ter, LGSS, tras la LOI, indica que la gestión de las prestaciones económicas de maternidad –y paternidad– corresponderá directa y exclusivamente a la Entidad Gestora correspondiente, esto es, el INSS o el ISM. La norma establece la aportación de una serie de documentos con la solicitud normalizada, como lo hacía el anterior reglamento, que pueden variar según la situación de maternidad protegida (en caso de maternidad y parto múltiple, en caso de fallecimiento de la madre, en caso de adopción o acogimiento múltiple, disfrute a jornada parcial, etc.). No será necesario aportar tales documentos en caso de que el beneficiario también haya solicitado la prestación por paternidad y se aporten con dicha solicitud de forma previa. Las novedades del RD 295/2009 sobre la gestión y documentación se refieren a los siguientes aspectos.

En relación con el Informe de maternidad<sup>13</sup>, que ya existía anteriormente, se exige ahora una copia más dirigida a la empresa y que las trabajadoras por cuenta ajena tendrán que entregar en el plazo de 7 días (hábiles) a aquélla. No se dice nada respecto de las bases de cotización ya que se entiende que la TGSS ha de tener esos datos, pero sí se establece como documentación a entregar una “certificación de la empresa o administración pública en la que conste, respectivamente, la fecha de inicio de la suspensión de la relación laboral o del permiso” (art. 14.2.4ºd). En el caso de que la trabajadora estuviera en situación de incapacidad temporal, junto al Informe de maternidad se le dará al mismo tiempo el parte de alta correspondiente por inicio de la situación de maternidad. Por otra parte, se establece la obligación del Servicio Público de Salud de enviar tanto el informe de maternidad como el parte de alta médica al INSS en el plazo de 5 días naturales desde su recepción. Por ello, se prevé la utilización de un procedimiento informático para transmisión de estos documentos con todas las garantías de privacidad que exige la Ley 15/1999 de protección de datos de carácter personal<sup>14</sup>.

Por otro lado, habrá de presentarse el certificado de cotizaciones en caso del responsable obligado al ingreso. Del mismo modo será necesario presentar certificado de empresa, en el que conste la correspondiente base de cotización, en los siguientes casos (art. 14.3 del RD 295/2009): cuando se hubiera iniciado la actividad en la empresa en el mes anterior al del hecho causante, cuando se trate de trabajadoras a tiempo parcial y no sea posible determinar la base reguladora, y, en fin, cuando se trate de empresas hayan sido autorizadas por la Tesorería General de la Seguridad Social a diferir el ingreso de las cuotas con posterioridad al mes siguiente ya sea por aplazamiento o fraccionamiento de cuotas o por otro motivo excepcional.

Cuando la madre no tenga derecho a prestaciones de este tipo en su mutualidad de previsión tendrá que aportar certificado del sistema de previsión privado, al respecto, en el que quede constancia de que en dicha entidad no se cubren tales prestaciones o que cubriéndose la mutualista no cumple los requisitos para acceder a las mismas. En los casos de discapacidad del recién nacido o del adoptado o acogido menor de tres años habrá de presentarse certificado, expedido por el IMSERSO -o por el órgano de la Comunidad Autónoma-, en el que se indique que la discapacidad es superior al 33% o que la valoración del grado y el nivel de dependencia es, al menos, del grado I moderado, conforme a la escala específica. En fin, la documentación a presentar se complementa, cuando corresponda, con una declaración o documento acreditativo del trabajador por cuenta propia, que pretenda descansar por maternidad a tiempo parcial, en el se recojan los términos precisos en que se realizará el régimen de parcialidad de la actividad y la percepción del subsidio; un certificado del centro hospitalario en el que conste las circunstancias que determinan el internamiento hospitalario del recién nacido, así como las fechas de su inicio y su finalización; y, en fin, una declaración de la situación de actividad para los trabajadores por cuenta propia del RETA, que no sean trabajadores autónomos económicamente dependientes.

El art. 14.3 del RD 295/2009 indica que una vez presentada la documentación y comprobados los requisitos para acceder al subsidio, el Director Provincial competente de la correspondiente entidad gestora dictará resolución expresa y la notificará, en el plazo de treinta días, contados desde la recepción de la solicitud del interesado, a efectos del reconocimiento o denegación del derecho a la prestación económica por maternidad. No hay pues,

<sup>13</sup> El facultativo del Servicio Público de Salud emitirá este informe en el que certificará la fecha de parto o la fecha probable de parto (cuando la trabajadora solicite el inicio del descanso con anterioridad al parto). Desaparece de este Informe la indicación del estado de salud de la mujer tras el parto, ya que su función era anular la posible opción a favor del padre y esta situación ya no se contempla en la legislación.

<sup>14</sup> Disposición adicional quinta. Por su parte, la disposición adicional sexta establece que los Registros Civiles podrán remitir a las entidades gestoras, mediante procedimiento informático, la información sobre nacimientos, adopciones y fallecimientos que se inscriban.

## DOCTRINA

un cambio sustancial en esta materia si bien sí se perciben dos mejoras sobresalientes y coherentes con la eficacia que se espera de las Administraciones Públicas en el modo del reconocimiento del derecho. En concreto, se permite un reconocimiento provisional, por parte del INSS “con la última base de cotización que conste en las bases de datos corporativas del sistema hasta tanto en cuanto no esté incorporada la base de cotización derivada de contingencias comunes del mes anterior al inicio del descanso o del permiso, en cuyo momento se emitirá la resolución definitiva con el recálculo del subsidio que corresponda” (art. 7.3 RD 295/2009). Por otra parte, el art. 14.5 RD 295/2009 introduce en nuestro derecho administrativo de la Seguridad Social algo importantísimo, ya que es una nueva forma de actuar, dejando de lado el clásico principio de justicia rogada para el acceso a las prestaciones. Y es que el INSS o el ISM podrá iniciar de oficio el procedimiento para el reconocimiento del subsidio por maternidad, cuando disponga de los datos suficientes para ello, debiendo comunicar al interesado dicha circunstancia en el plazo de quince días contados desde el día siguiente al del hecho causante.

Las prestaciones por maternidad son gestionadas directamente por la entidad gestora a la que corresponde también el pago sin que quepa fórmula alguna de colaboración en la gestión por parte de las empresas. El pago del subsidio se realizará por períodos vencidos. Si bien el subsidio especial en caso de parto múltiple será abonado en un solo pago al término del período de las 6 semanas inmediatamente posteriores al parto o a la decisión administrativa o judicial de acogimiento o adopción. Para éste, tendrá la condición de beneficiario quien a su vez lo sea de la prestación económica por maternidad. Dicho subsidio únicamente podrá percibirse por uno de los progenitores o acogedores, que, en caso de parto, se determinará por opción de la madre y, en los supuestos de adopción o acogimiento, por acuerdo de los interesados. La única aclaración que introduce el RD 295/2009 respecto de la regulación anterior consiste en recordar que el beneficiario que lo obtenga tendrá que haber disfrutado el período de descanso de seis semanas inmediatamente siguientes al parto, adopción o acogimiento múltiples. De la cuantía de la prestación que corresponda, se desquitará la cuantía correspondiente a las cotizaciones de la trabajadora o trabajador.

## 2. La prestación por maternidad “no contributiva” o “supuesto especial”

La propia norma considera esta prestación “no contributiva” a los efectos del art. 86 LGSS, esto es, para la clarificación de las fuentes financieras de las prestaciones, lo que supone la financiación directa a través de los Presupuestos Generales del Estado. Con todo, es difícil que pueda entenderse como de tal carácter entre otras cosas porque va dirigida a las trabajadoras a las que se exige, además, encontrarse en alta o situación asimilada<sup>15</sup>. A diferencia de la anterior, ésta únicamente puede ser disfrutada por mujeres que hayan dado a luz, no así en los supuestos de adopción o acogimiento. Se trata de una protección que ya había sido exigida desde hace tiempo por la doctrina con mucho acierto<sup>16</sup>. El RD 295/2009 recoge en lo fundamental a la LOI y en gran parte reproduce lo regulado respecto de la maternidad contributiva. El nuevo art. 133 sexies LGSS indica que serán beneficiarias del subsidio por maternidad las trabajadoras por cuenta ajena que, en caso de parto, reúnan todos los requisitos establecidos para acceder a la prestación por maternidad, salvo el período mínimo de cotización establecido en el artículo 133 ter. En parecidos términos se expresa el art. 15 RD 295/2009, con la mención añadida a las trabajadoras por cuenta propia. Ello viene a significar que esta prestación será para trabajadoras con más de 20 años, ya que a las menores de dicha edad no se les exige período de carencia, por lo que se encontrarán siempre dentro del supuesto general o contributivo.

Por lo que atañe a la cuantía de la prestación ésta será igual al 100 por 100 del indicador público de renta de efectos múltiples (IPREM) vigente en cada momento, salvo que la base reguladora calculada conforme a la regla general o del modo establecido para los trabajadores a tiempo parcial fuese de cuantía inferior, en cuyo caso se estará a esta última (art. 133 septies LGSS). Añade el art. 16.3 RD 295/2009 que “la base reguladora se actualizará cuando se produzca un incremento de la base de cotización, como consecuencia de una elevación de los salarios de los trabajadores en virtud de disposición legal, convenio colectivo o sentencia judicial, que retrotraiga sus efectos económicos a una fecha anterior a la del inicio del descanso por maternidad. En tal supuesto, si la base reguladora resultase de cuantía superior al IPREM vigente en ese momento, se tomará éste para determinar la cuantía del subsidio”. Es en cierto modo lo mismo dicho para las prestaciones por maternidad contributivas, salvo la limitación final a la cuantía del IPREM. En el art. 16.4 del RD 295/2009 se nos recuerda la obligación de cotizar durante esta situación al tiempo que se indica el modo en que la entidad gestora debe descontar del importe de la prestación la cotización correspondiente a la trabajadora.

<sup>15</sup> Vid., sobre el tema PANIZO ROBLES, J.A. en “Igualdad de género, conciliación familiar y laboral y Seguridad Social (a propósito de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres)”, Revista Trabajo y Seguridad Social, CEF, n° 290, 2007, pág. 57.

<sup>16</sup> Por todos, RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., *La protección jurídico laboral de la mujer: luces y sombras*, CEDECS, Barcelona, 2002, pág. 243.

**ARTÍCULO 14****DOCTRINA**

La duración de la prestación será de 42 días naturales a contar desde el parto (art. 17.2 RD 295/2009). Junto a esta regla se hace eco el RD 295/2009 de la novedad operada por la LPGE para el año 2009<sup>17</sup> y que se concreta en la ampliación del citado periodo en 14 días naturales en los casos de: nacimiento de hijo en una familia numerosa o nacimiento por el que una familia adquiera dicha condición de conformidad con la Ley 40/2003, de Protección de Familias Numerosas; nacimiento de un hijo en una familia monoparental; supuestos de parto múltiple; y, en fin, cuando la madre o el hijo estén afectados por una discapacidad en un grado igual o superior al 65 por ciento. El incremento de la duración es único, sin que proceda su acumulación cuando concurren dos o más circunstancias de las señaladas. Por otra parte, nos recuerda el art. 17.4 RD 295/2009 que la duración del subsidio no se amplía en los casos de partos prematuros y en los de hospitalización de los neonatos ni, en tales supuestos, procederá tampoco la interrupción del abono del subsidio.

Las causas de extinción han quedado previstas en su art. 17.6 en menor número que para la maternidad contributiva. Son causas comunes en ambas tanto el transcurso del plazo establecido por la norma como el fallecimiento de la beneficiaria, si bien, en el caso de este subsidio especial no se contempla la posibilidad de que el otro progenitor opte a ella -o al menos no directamente-, ya que la regla general es que si la madre fallece el padre podrá acceder a la prestación por maternidad si cumple los requisitos. No es causa de extinción el acceso a la pensión de jubilación pero sí lo es el acceso de la beneficiaria a la prestación de incapacidad permanente. Respecto de la interacción entre maternidad, IT y extinción del contrato, se aplican las mismas reglas de la maternidad contributiva.

El procedimiento para el reconocimiento de esta prestación ha de iniciarse a solicitud de la interesada con aplicación de las reglas que rigen para la maternidad contributiva y con el mismo informe sobre maternidad. El resto de documentos se refieren a las situaciones que han de justificarse. De ellos, en especial, para la ampliación de 14 días del subsidio se presentarán: certificado del IMSERSO o del correspondiente órgano autonómico de conformidad al RD 1971/1999 para determinar la discapacidad de la madre, y para el hijo el certificado del hospital público y, si nació en un hospital privado, el del facultativo del servicio público de salud; el título oficial de familia numerosa o, en caso de que se presuma dicha situación pero aún no ha sido reconocida, la solicitud de dicho título a la Administración competente. En aquellos supuestos en los que no se acredite suficientemente la existencia de una familia numerosa (o en los que no se presuma), los días de ampliación no podrán ser disfrutados con posterioridad a la reincorporación al trabajo (art. 21 RD 295/2009). Las entidades gestoras competentes para su reconocimiento son las mismas que para la maternidad contributiva sin que se admita colaboración de ningún tipo por parte de las empresas. La resolución habrá de dictarse, también, en el plazo de 30 días contemplándose, además, tanto la resolución provisional como la de oficio. En fin, las causas de denegación, anulación y suspensión del derecho son las mismas que las previstas para el nivel contributivo, teniendo en cuenta que no cabe el disfrute a tiempo parcial ni se contemplan las situaciones de pluriempleo y pluriactividad (art. 18 RD 295/2009).

**III. EL DESARROLLO REGLAMENTARIO DE LAS NUEVAS PRESTACIONES.**

Junto a las modificaciones introducidas por la Ley de Igualdad en las prestaciones por maternidad y riesgo durante el embarazo, dicha norma ha venido a ampliar la acción protectora de la Seguridad Social con dos prestaciones de nuevo cuño: la prestación por paternidad y aquella otra pensada para proteger a la trabajadora ante situaciones de riesgo durante la lactancia natural. Dicha innovación legislativa se acompañaba de una regulación de dos nuevas causas de suspensión del contrato de trabajo -relacionadas con cada una de estas situaciones- y de los correspondientes permisos en el ámbito de la función pública. Así las cosas, la citada ley procedió a modificar las normas concernidas a fin de incorporar en ellas las indicadas novedades. En particular, y por lo que se refiere a la protección social, la actividad modificadora supuso la inclusión en el Título II de la LGSS de un nuevo Capítulo IV ter, (arts. 133 octies a 133 decies); y del Capítulo IV quinquies (arts. 135 bis y ter). Por lo que atañe a la prestación por paternidad es preciso tener en cuenta la ampliación del período de suspensión que contempla la LPGE para el año 2009 -en su disposición adicional sexta- y que ya se ha visto convenientemente reflejada en el texto que ahora se comenta. De este modo, la suspensión del contrato de trabajo por paternidad se eleva a un total de 20 días en tres casos: cuando el nacimiento, adopción o acogimiento tenga lugar en una familia numerosa, cuando la familia adquiera esa condición a raíz de dicha circunstancia o bien en aquellos supuestos en que se trate de una familia en la que exista una persona con discapacidad. Dicho período se ampliará en dos días en los casos de parto, adopción o acogimiento múltiples por cada hijo a partir del segun-

<sup>17</sup> Disposición final tercera de la Ley 2/2008, de 23 de diciembre que ha modificado, en tal sentido, el art. 133 septies LGSS.

## DOCTRINA

do pero también cuando alguno de ellos sea una persona con discapacidad<sup>18</sup>. La previsión se acompaña así con la propia Ley de Igualdad que ya había anunciado una ampliación, progresiva y gradual, de la suspensión del contrato por paternidad hasta llegar a un período de cuatro semanas una vez transcurridos 6 años desde su entrada en vigor (disposición transitoria novena, hoy suprimida). De hecho, la Ley 9/2009, de 6 de octubre, anticipándose a esta previsión ha venido a ampliar el permiso de paternidad hasta las referidas cuatro semanas con efectos desde enero del año 2011 reformando para ello el art. 48 bis ET y el art. 30 de la Ley 30/1984 de Medidas para la Reforma de la Función Pública.

### 1. Reglas aplicables a la nueva prestación por paternidad.

Como es sabido, la suspensión –y prestación– por paternidad fueron introducidas en nuestro ordenamiento por la LOI con objeto de profundizar en la conciliación de la vida laboral, familiar y personal y de reforzar la corresponsabilidad, erigidas en aquel momento, una y otra, en puntales de la legislación estatal en materia de igualdad entre mujeres y hombres<sup>19</sup>. En esta ocasión son varias las situaciones que resultan tuteladas bajo la denominación genérica de “paternidad” –al estilo de lo que sucede también en relación con la maternidad–, las cuales se establecen, además, por referencia con los períodos de suspensión del contrato y los permisos por motivos de conciliación previstos en el ET (art. 48 bis) y el Estatuto Básico del Empleado Público (art. 49 c), respectivamente, con la ampliación llevada a cabo por la LPGE a la que se ha hecho referencia más arriba. La determinación de las situaciones protegidas por parte del art. 22 RD 295/2009, arroja el siguiente resultado.

En primer lugar, y como ya había anticipado el novedoso art. 133 octies LGSS, se incluyen bajo el paraguas protector de este subsidio tanto el nacimiento, como la adopción o el acogimiento familiar de menores de seis años o, sin este límite de edad, de menores 18 años con discapacidad o con especiales dificultades de inserción social y familiar debidas a sus circunstancias y experiencias personales o a su procedencia del extranjero. La discapacidad a la que se refiere el precepto será aquella que se valore en un grado de al menos el 33% conforme al procedimiento regulado en el Real Decreto 1971/1999. En tanto que las dificultades de inserción a las que la norma se refiere –tal y como precisa también el art. 45.1 d) ET– habrán de ser debidamente acreditadas por los servicios sociales competentes. Como en el caso de la prestación por maternidad, se incluyen entre las situaciones protegidas el acogimiento preadoptivo, el permanente y el simple regulados tanto en el Código Civil como en las leyes civiles autonómicas. En el caso de los acogimientos simples se reitera el requisito de una duración mínima de un año, aunque se incluyen los acogimientos provisionales. No opera el límite de edad para la adopción o acogimiento de menores por personas incluidas en el ámbito de aplicación del EBEP y que estén integradas en el Régimen General de la Seguridad Social. En estos casos, la norma ha incluido expresamente a los acogimientos provisionales –en sintonía con lo dispuesto en el art. 133 octies LGSS– pese a que dicha clase de acogimiento no figura mencionada en el EBEP.

Por otra parte, y nuevamente con un notorio paralelismo con el subsidio por maternidad, se equiparan a la adopción y al acogimiento aquellas instituciones jurídicas declaradas por resolución judicial o administrativa extranjera que, sea cuál sea su denominación, produzcan efectos jurídicos y persigan la finalidad previstos para la adopción o el acogimiento; y se incorpora al elenco de situaciones protegidas la tutela, nuevamente en los mismos términos ya vistos para la maternidad. El nacimiento, la adopción, el acogimiento y la tutela, en los términos que se vienen analizando, son igualmente situaciones protegidas para los trabajadores por cuenta propia de los distintos regímenes especiales de la Seguridad Social.

Podrán ser beneficiarios del subsidio el trabajador o trabajadora –por cuenta ajena o propia– siempre que reúnan los siguientes requisitos (art. 23 RD 295/2009)<sup>20</sup>: hallarse disfrutando del período de suspensión o del permiso correspondiente; encontrarse afiliado y en alta –o situación asimilada a ella– en algunos de los regímenes de Seguridad Social; y, en fin, tener cubierto un período mínimo de cotización de 180 días en los siete años inmediatamente anteriores a la fecha en que comienza la suspensión o el permiso o, alternativamente, de 360 días cotizados durante toda la vida laboral del solicitante anterior a dicha fecha. Los trabajadores responsables del ingreso de cotizaciones habrán de cumplir, junto con los anteriores requisitos uno adicional que se expresa en la necesidad de hallarse al corriente en el pago de las cuotas a la Seguridad Social. Los términos en que se concreta dicho requisito resultan ser los mismos que los previstos para la prestación por maternidad, identidad que se extiende, igualmente, al mecanismo de invitación al pago al que ya se ha hecho referencia más arriba.

<sup>18</sup> Ampliación aplicable a los nacimientos, adopciones o acogimientos que se produzcan o constituyan a partir de 1 de enero de 2009.

<sup>19</sup> Hasta el punto que la propia LOI llevo a referirse al permiso de paternidad como la “medida más innovadora para favorecer la conciliación de la vida personal, familiar y laboral” (exposición de motivos).

<sup>20</sup> Ya previstos en el nuevo art. 133 nonies de la LGSS.

## ARTÍCULO 14

## DOCTRINA

El precepto reglamentario completa estas previsiones con una serie de reglas que se destinan, principalmente, a la determinación del beneficiario, a regular el disfrute del subsidio a tiempo parcial así como a establecer las particularidades aplicables en los casos de pluriactividad y pluriempleo. Así las cosas, pese a que el subsidio es el mismo ya se trate de nacimiento, adopción o acogimiento, la norma reglamentaria establece reglas distintas en lo que concierne a la determinación del posible beneficiario que, además, se separan de las previstas para el subsidio por maternidad. En los supuestos de parto, la prestación corresponderá en exclusiva al otro progenitor siempre que reúna los requisitos y disfrute del permiso o período de suspensión correspondiente<sup>21</sup>. Si la madre no tuviese derecho a suspender su actividad profesional con derecho a prestación por maternidad, el otro progenitor podrá percibir el subsidio por paternidad –y compatibilizarlo con el de maternidad–, si reúne los requisitos exigidos para acceder a ambos subsidios y disfruta de los correspondientes períodos de descanso. En fin, si el nacimiento del hijo se ha producido fuera de nuestras fronteras –por residir la madre en un país extranjero–, podrá el otro progenitor percibir el subsidio por paternidad, nuevamente, a condición de que reúna los requisitos y disfrute del período de descanso. En los supuestos de adopción o acogimiento, tendrá derecho a la prestación uno sólo de los progenitores, a elección de los interesados. Aunque la anterior resulta ser la regla, la prestación por paternidad se reconocerá a favor del progenitor que no haya disfrutado de la suspensión o permiso por maternidad en aquellos casos en que el descanso haya sido disfrutado por completo por uno de los progenitores, con la consiguiente percepción íntegra de la prestación por maternidad. En todo caso, ya se trate de parto, adopción o acogimiento, el subsidio por maternidad y el de paternidad no podrán ser objeto de acumulación cuando sólo exista un progenitor, adoptante o acogedor. En cambio, el subsidio por paternidad resulta compatible con el de maternidad en aquellos casos en los que los permisos por maternidad o los correspondientes períodos de descanso sean disfrutados de forma compartida<sup>22</sup>.

Por lo que se refiere a las situaciones de pluriactividad, el trabajador podrá obtener el subsidio en cada uno de los regímenes en el que se reúnan los requisitos necesarios para su percepción. Si sólo se reúnen las condiciones de acceso a la prestación en uno de los regímenes se reconocerá un subsidio único “computando exclusivamente las cotizaciones satisfechas a dicho régimen”. En cambio, si el trabajador no reúne los requisitos para acceder al subsidio en ninguno de los regímenes procederá totalizar el conjunto de cotizaciones efectuadas “siempre que no se superpongan, y se causará el subsidio en el régimen en el que se acrediten” un mayor número de días de cotización. Para los trabajadores en situación de pluriempleo se permite causar el subsidio en cada uno de los empleos si se disfruta del período de descanso correspondiente<sup>23</sup>. En fin, tanto en los supuestos de pluriempleo como en los de pluriactividad el disfrute de los descansos y prestaciones en cada uno de los empleos o de las actividades desarrolladas “se efectuará de forma independiente e ininterrumpida, de acuerdo con la normativa aplicable en cada caso” (art. 23.4 RD 295/2009). Para el trabajo a tiempo parcial rigen las mismas reglas ya vistas en relación con el subsidio por maternidad.

La ya referida interconexión que el subsidio guarda con el período de suspensión o el permiso correspondiente, da sentido, en buena medida, a las reglas sobre nacimiento y duración del derecho previstas en el art. 26 RD 295/2009. Así las cosas, se tendrá derecho a percibir el subsidio desde el día en que se inicie el período de suspensión o el permiso de conformidad con la legislación en cada caso aplicable. La duración del citado subsidio será equivalente a la duración del período de descanso en los términos que a continuación se detallan. Para los trabajadores a quienes resulte de aplicación el ET, la protección ofrecida por el sistema se extiende a lo largo de todo el período de suspensión del contrato por nacimiento, adopción o acogimiento familiar (art. 48 bis ET). En tal sentido, el subsidio contará con una duración estándar de trece días naturales ininterrumpidos que, sin embargo, puede resultar mayor según las circunstancias concurrentes, en los siguientes términos: dos días más por cada hijo a partir del segundo para los casos de parto, adopción o acogimiento múltiples; veinte días naturales ininterrumpidos en los casos en que el nuevo nacimiento, adopción o acogimiento tenga lugar en una familia numerosa o cuando, por tal motivo, la familia adquiera dicha condición; cuando el hijo nacido, adoptado o menor acogido esté afectado por una discapacidad de al menos el 33%; o en los casos en que en la familia exista una persona con discapacidad con, al menos, idéntico porcentaje que en el caso anterior; dos días más

<sup>21</sup> Sobre la lectura de idéntico requisito previsto en el art. 48 bis ET, en clave de reforzamiento de la implicación del padre, por todos, BARCELÓN COBEDO, S y QUINTERO LIMA, M<sup>o</sup> G, “El impacto de la Ley para la igualdad en el marco de la normativa de Seguridad Social”, *Temas Laborales*, 2007, n<sup>o</sup> 91, pág. 254.

<sup>22</sup> Los supuestos de compatibilidad mencionados en el texto se completan con la previsión según la cual el subsidio por paternidad será incompatible con salarios o retribuciones que correspondan al mismo período “como consecuencia del disfrute del permiso de paternidad previsto en el art. 49 c) EBEP y en la DA 6<sup>a</sup> LGPE. Sí son compatibles, en cambio, con la percepción del subsidio aquellas percepciones que el beneficiario pueda recibir “en concepto de acción social o las complementarias de la mencionada prestación de Seguridad Social, y sin perjuicio de las especialidades previstas en este real decreto” para el disfrute del descanso a TP, pluriempleo y pluriactividad (art. 23.9).

<sup>23</sup> Para hallar la base reguladora en tales casos se tomarán en consideración las bases de cotización correspondientes a cada empresa o actividad con el tope máximo establecido a efectos de cotización.

## ARTÍCULO 14

## DOCTRINA

por cada hijo a partir del segundo, en el caso de parto, adopción o acogimiento múltiples, que se añadirán a los veinte días previstos en casos de familia numerosa o que cuente entre sus miembros con una persona con discapacidad<sup>24</sup>. A estos efectos, se consideran miembros de la familia a los dos progenitores y a los hijos de ambos, comunes y no comunes, que convivan con aquéllos. En todo caso, para que proceda la ampliación de la duración del subsidio por la condición de familia numerosa será necesario acreditar suficientemente su existencia en los términos previstos en el mismo RD 295/2009 (art. 30.7.a).

Para las personas integradas en el Régimen General e incluidas en el ámbito de aplicación del EBEP la duración estándar del subsidio es de 15 días naturales ininterrumpidos al ser ésta la duración del permiso de paternidad previsto en el art. 49 c) EBEP. También para este otro colectivo resulta de aplicación la duración de veinte días naturales ininterrumpidos en los mismos casos y términos analizados en relación con el colectivo anterior. Los trabajadores por cuenta propia de los distintos regímenes especiales de la Seguridad Social podrán disfrutar de una prestación de 13 días naturales de duración –coincidiendo con un cese en su actividad–, o bien de la duración mayor que corresponda en los casos ya analizados.

Dado que la suspensión del contrato por paternidad puede disfrutarse, a voluntad del trabajador, dentro de un determinado arco temporal prefijado por el art. 48 bis ET, la prestación correspondiente se percibirá durante el período elegido por el trabajador para disfrutar del permiso dentro de dicho intervalo. Por esta razón el art. 26.3 RD 295/2009 reproduce los márgenes previstos en el precepto estatutario que serán así, también, los que rigen para la percepción del subsidio. En consecuencia, la prestación por paternidad podrá percibirse en dos marcos temporales distintos el primero de los cuales coincidirá con el período comprendido desde la finalización del permiso por nacimiento de hijo –legal o convencionalmente previsto–, desde la resolución judicial por la que se constituye la adopción, o desde la decisión administrativa o judicial de acogimiento y hasta que finalice la suspensión del contrato por parto, adopción o acogimiento. El segundo momento en el que el subsidio podrá ser percibido surgirá una vez finalizada dicha suspensión, inmediatamente después y, siempre que, en ambos casos, se produzca el disfrute efectivo del período de descanso anudado a la prestación.

El marco temporal de referencia en el que podrán percibir el subsidio los trabajadores por cuenta propia está conformado por el período comprendido desde el nacimiento, la resolución judicial de adopción o la decisión administrativa o judicial de acogimiento hasta la finalización del descanso por maternidad. Como en el caso de los trabajadores por cuenta ajena, se permite su percepción inmediatamente después de que finalice dicho descanso por maternidad siempre que, sea cual sea la opción elegida, se produzca el cese en la actividad.

Para las personas integradas en el Régimen General e incluidas en el ámbito de aplicación del EBEP, el subsidio podrá percibirse desde la fecha del nacimiento, de la resolución judicial constitutiva de la adopción, o de la decisión administrativa o judicial de acogimiento, salvo que la legislación aplicable prevea el momento de su disfrute en otros términos. Con carácter excepcional, el subsidio podrá ser percibido a partir del alta hospitalaria del hijo en los casos de hijos prematuros o que por cualquier otra causa deban permanecer hospitalizados. Por otra parte, el descanso por paternidad –y el correspondiente subsidio– podrá disfrutarse bien a jornada completa o a tiempo parcial de conformidad con las reglas previstas en la disposición adicional primera de la nueva norma reglamentaria y en términos casi idénticos a los que rigen para la maternidad, a los que desde aquí remitimos. La extinción del subsidio se producirá por el transcurso del plazo de duración establecido, por la reincorporación voluntaria al trabajo o actividad, por el reconocimiento al beneficiario de una pensión de jubilación o incapacidad permanente, y, en fin, por el fallecimiento del beneficiario. El fallecimiento del hijo o menor acogido, en cambio, no es causa de extinción del subsidio ya reconocido si bien impedirá el reconocimiento del mismo si el óbito se produce antes de que la suspensión o el permiso por paternidad hayan comenzado<sup>25</sup>.

Existen, en todo caso, algunas reglas adicionales sobre el momento del disfrute. En concreto, los períodos de posible disfrute del subsidio son de aplicación, igualmente, en las situaciones de pluriempleo o pluriactividad de modo que en tales casos los subsidios podrán ser percibidos de manera, simultánea, sucesiva o separada. Para los supuestos de parto en los que la madre no tuviera derecho a suspender su actividad con derecho a prestación por maternidad, el otro progenitor disfrutará, en primer lugar, del permiso retribuido a que tuviera derecho, inmediatamente después percibirá el subsidio por paternidad y, a continuación de éste, el de maternidad. Si la madre que ha dado a luz no trabaja y no existe descanso por maternidad se presumirá que los períodos

<sup>24</sup> Tanto en este caso como cuando la discapacidad afecta al hijo o menor acogido la valoración de ésta deberá realizarse conforme al procedimiento previsto en el RD 1971/1999, sin que se mencione en la norma la posibilidad de aplicar la escala de valoración específica, para menores de 3 años, del Real Decreto 504/2007.

<sup>25</sup> De conformidad con lo dispuesto en los apartados 7º y 8º de su art. 26.

## DOCTRINA

correspondientes a dicho descanso han existido de modo que se aplicarán al permiso por paternidad las mismas reglas que marcan su inicio en los casos en que la madre sea trabajadora con derecho al disfrute del descanso. Cuando se trate de descansos o permisos por maternidad ampliados por motivos de discapacidad, parto, adopción o acogimiento múltiples, en casos de neonatos que permanecen hospitalizados, o en los subsidios por maternidad no contributivo, la prestación por paternidad podrá comenzar cuando finalicen dichos períodos o con anterioridad a su término. En fin, si el subsidio por maternidad se percibe en régimen de jornada a tiempo parcial, el de paternidad se podrá percibir ya sea durante la percepción de aquél en su totalidad o bien inmediatamente después de que éste se haya extinguido.

En materia de prestación económica, denegación, anulación, suspensión, gestión y procedimiento existe una remisión en bloque a las reglas aplicables a la prestación por maternidad (art. 133 decies LGSS; arts. 25 y ss RD 295/2009). En este sentido, la única diferencia digna de mención es la referida a la forma de pago ya que la prestación por paternidad se abona en un pago único, aunque no haya finalizado el disfrute del período de descanso o del permiso de paternidad (art. 29). Por otro lado, la relación entre el subsidio por paternidad y la situación de incapacidad temporal, así como los efectos que la extinción del contrato produce en ambas situaciones, es regulada en el art. 27 RD 295/2009 en términos muy similares a los previstos para el subsidio por maternidad.

## 2. La prestación por riesgo durante la lactancia natural.

Como es sabido, la protección otorgada por el ordenamiento ante situaciones de riesgo durante la lactancia natural adolecía en nuestro país de un cierto déficit que constituía, a su vez, una defectuosa transposición de la Directiva 92/85, de 19 de octubre<sup>26</sup>. De este modo, para el caso en que las condiciones de trabajo pudieran tener una incidencia negativa bien en la salud de la madre bien en la del lactante, el art. 26.4 LPRL extendía a dicha situación sólo algunas de las medidas previstas en el mismo precepto –adaptación de las condiciones de trabajo o cambio de funciones– no así la suspensión del contrato de trabajo que dicho artículo reservaba sólo a las trabajadoras embarazadas. Esta divergencia de regulaciones ha sido atajada por la Ley de Igualdad mediante la introducción de una nueva causa de suspensión del contrato de trabajo en casos de riesgo durante la lactancia natural de hijos menores de 9 meses –art. 45.1 d) y art. 48.5 ET; art. 26.4 LPRL, en su nueva redacción– y la subsiguiente creación de un nuevo subsidio por riesgo durante la lactancia natural que podrá ser percibido por la trabajadora -o funcionaria- en tanto se mantiene en suspenso su relación de servicio.

Por lo que hace a las trabajadoras asalariadas el art. 49 del nuevo texto reglamentario delimita la esfera de protección del subsidio en términos prácticamente coincidentes con los previstos en el art. 135 bis LGSS. De este modo, la situación protegida se hace coincidir con el período de suspensión del contrato de trabajo en aquellos casos en que, debiendo la trabajadora cambiar de puesto de trabajo -por otro compatible con su situación- dicho cambio no resulte técnica u objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados, todo ello de conformidad con lo dispuesto en el 26.4 LPRL. En el caso de trabajadoras por cuenta propia la situación protegida coincidirá con el período de interrupción de la actividad profesional durante la lactancia natural cuando el desempeño de la citada actividad pueda influir de modo negativo en la salud de la mujer o del hijo y así lo certifiquen los servicios médicos de la entidad gestora o de la mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales correspondiente. Para las funcionarias integradas en el Régimen General y a las que resulte aplicable el EBEP se considerará situación protegida el permiso por riesgo durante la lactancia natural. Quedan fuera de las situaciones protegidas los casos de riesgos o patologías que puedan tener una influencia negativa en la salud de la trabajadora o del hijo cuando no exista relación con agentes, procedimientos o condiciones de trabajo del puesto o de la actividad desempeñada.

Las previsiones reglamentarias en torno a este subsidio se completan con una remisión en bloque a las normas aplicables a la prestación por riesgo durante el embarazo, en cuanto a los términos, condiciones y procedimiento –incluida la gestión y el pago–, en sintonía con lo que ya había quedado previsto en el art. 135 ter LGSS. Dicha remisión se completa, sin embargo, con las siguientes reglas. En primer lugar, el reconocimiento de esta prestación no procederá hasta que no se haya extinguido el período correspondiente al descanso por maternidad<sup>27</sup>. En segundo término, el subsidio se extingue por cumplir el hijo 9 meses de edad, por la reincorporación de la trabajadora a su puesto de trabajo o actividad profesional anterior o a un puesto o actividad que resulten com-

<sup>26</sup> Por todos, IGARTUA MIRÓ, M<sup>ª</sup>T, “Prevención de riesgos laborales y trabajo de la mujer”, *Temas Laborales*, 2007, n<sup>º</sup> 91, pág. 280. Los anexos I y II de la citada Directiva han sido implementados expresamente en nuestro país en fechas recientes a través de la correspondiente modificación del RD 39/1997, por el que se aprueba el Reglamento de los servicios de prevención por parte del Real Decreto 298/2009, de 6 de marzo, cumpliendo así con el mandato de la disposición final 3<sup>ª</sup> de la Ley de Igualdad.

<sup>27</sup> El procedimiento para su reconocimiento se iniciará una vez que “se acredite la situación de lactancia natural y la circunstancia de que las condiciones del puesto de trabajo desarrollado por la trabajadora influyen negativamente en su salud o en la del hijo” (art. 51.2).

## DOCTRINA

patibles con su estado, por la extinción del contrato por las causas legalmente establecidas o el cese de la actividad profesional; por la interrupción de la lactancia natural; y, en fin, por el fallecimiento de la beneficiaria o del lactante<sup>28</sup>. Por último, las entidades responsables de la gestión y el pago de la prestación podrán establecer instrumentos de control periódico para una adecuada eficacia en la gestión de esta prestación.

#### IV. RIESGO DURANTE EL EMBARAZO.

Como es sabido, las innovaciones introducidas por la Ley de igualdad en la normativa de Seguridad Social por lo que concierne a la prestación por riesgo durante el embarazo (arts. 134 y 135 LGSS) quedaron circunscritas, básicamente, al cambio en su naturaleza –pasando a ser una prestación derivada de contingencias profesionales, a la que se aplican las reglas de la incapacidad temporal derivada de dichas contingencias, eliminándose, en consecuencia, el período previo de cotización-, a un cambio en las reglas de cálculo de la prestación y, en fin, a ciertas modificaciones en su gestión con objeto de dar entrada a las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales con las que se haya concertado la cobertura de los riesgos profesionales. Como no podía ser de otra forma, el nuevo texto reglamentario se hace eco de las referidas novedades al tiempo que incorpora las especialidades para aquellos colectivos faltos de una tutela específica por contingencias de naturaleza profesional.

##### 1. Situación y colectivos protegidos.

Siguiendo de cerca lo dispuesto en el art. 134 LGSS la situación protegida se delimita en el art. 31 RD 295/2009 por referencia al período de suspensión del contrato de trabajo de la embarazada en aquellos casos en los que el cambio de puesto compatible con su situación, al que se refiere el art. 26 LPRL, no resulte posible –objetiva o técnicamente- o no pueda exigirse razonablemente por motivos justificados<sup>29</sup>. En todo caso, y como ya sucediera bajo la vigencia del RD 1251/2001, no tendrá la consideración de situación protegida, a estos efectos, la que derive de riesgos o patologías que puedan tener una influencia negativa en la salud de la trabajadora o del feto, pero que no esté relacionada con agentes, procedimientos o condiciones de trabajo del puesto de trabajo desempeñado. Podrán ser beneficiarias del subsidio en primer lugar las trabajadoras por cuenta ajena cuyos contratos se hallen suspendidos por riesgo durante el embarazo y que se encuentren afiliadas y en alta en cualquiera de los regímenes de la Seguridad Social en la fecha en que comience dicha suspensión; y, en segundo lugar, las trabajadoras integradas en el Régimen especial de empleados de hogar que presten sus servicios para un hogar en exclusiva (art. 32 RD 295/2009)<sup>30</sup>. A ellas habrá que añadir las trabajadoras por cuenta propia a las que se refiere su art. 41 RD.

##### 2. Cuantía y cálculo de la prestación.

La prestación económica en estos casos se concreta en un subsidio equivalente al 100 por 100 de la base reguladora siendo ésta, a su vez, la equivalente a la establecida para la prestación por incapacidad temporal derivada de contingencias profesionales o bien la derivada de contingencias comunes cuando el régimen correspondiente no contemple la cobertura de las primeras (arts. 33 y 34). Siendo la anterior la regla la misma norma reglamentaria establece previsiones específicas para determinados supuestos<sup>31</sup>. Así, en primer lugar, la base reguladora diaria, en casos de desempeño de trabajos a tiempo parcial, será la resultante de dividir la suma de bases de cotización acreditadas durante los tres meses inmediatamente anteriores a la suspensión del contrato entre el número de días naturales comprendidos en dicho período. En los casos en que la trabajadora no cuente con tres meses de antigüedad en la empresa procederá dividir la suma de las bases de cotización acreditadas entre el número de días naturales a que éstas correspondan. En segundo término, para las trabajadoras contratadas para la formación la base reguladora será equivalente al 75 por 100 de la base mínima de cotización vigente. En fin, en el caso de artistas y profesionales taurinos dicha base estará constituida por el promedio diario

<sup>28</sup> Las dos primeras causas ya habían quedado contempladas en el art. 135 ter LGSS. También en este caso trabajadora y empresa quedan obligadas a comunicar a la entidad gestora o colaboradora toda aquella circunstancia que implique la suspensión o extinción del derecho al subsidio (art. 50.4).

<sup>29</sup> Como ya había sucedido bajo la vigencia de su predecesor. Para las funcionarias integradas en el Régimen General -e incluidas en el ámbito aplicativo del EBEP- se considerará situación protegida el permiso por riesgo durante el embarazo. Con objeto de valorar de modo homogéneo los riesgos durante el embarazo –y la lactancia natural- la DA 3ª remite a las guías que habrán de ser elaboradas por el Ministerio de Trabajo en las que se definirán los riesgos que puedan derivar del puesto de trabajo y se recoja una relación no exhaustiva de agentes, procedimientos o condiciones de trabajo que puedan tener una influencia negativa en la salud de la trabajadora, el feto o el hijo para los supuestos embarazo o lactancia natural.

<sup>30</sup> En todo caso, las trabajadoras por cuenta ajena se considerarán de pleno derecho en situación de alta aunque su empresa haya incumplido sus obligaciones. A ello obedece la modificación que su disposición final primera introduce en el art. 29 del Reglamento general sobre inscripción de empresas, afiliación, altas, bajas y variaciones de datos, a fin de incluir en él las situaciones de riesgo durante el embarazo y, también, riesgo durante la lactancia.

<sup>31</sup> Para las situaciones de pluriempleo y pluriactividad apenas se observan variaciones de modo que los artículos 34 y 48 RD 2009 mantienen básicamente las reglas que ya regían bajo la vigencia de la norma reglamentaria del año 2001.

## DOCTRINA

que resulte de dividir la suma de las bases de cotización de los doce meses anteriores entre 365 o bien el promedio diario del período de cotización acreditado si resulta inferior a un año<sup>32</sup>.

### 3. Nacimiento, duración y otras vicisitudes del derecho al subsidio.

La ligazón que el subsidio presenta en estos casos con la suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo, se expresa en la regla prevista en el art. 35 RD 295/2009 según la cual el derecho al subsidio nacerá el mismo día en que el contrato de suspende o, en su caso, en el que se inicia el permiso por riesgo durante el embarazo. El subsidio se abonará durante todo el período de suspensión -o del permiso- y finalizará el día anterior al que comience la suspensión del contrato de trabajo por maternidad o el correspondiente a la reincorporación de la trabajadora a su puesto de trabajo o a otro compatible con su estado. Para las trabajadoras a tiempo parcial se mantiene la regla según la cual el subsidio se abonará durante todos los días naturales en que el contrato se encuentre suspendido por riesgo durante el embarazo. La misma continuidad respecto a la normativa anterior vuelve a advertirse en relación con las causas de extinción del subsidio al mantener la nueva norma las mismas causas de extinción que ya se conocían con la única novedad consistente en la incorporación de una nueva causa extintiva concretada en la interrupción del embarazo (art. 35.4)<sup>33</sup>.

Las causas de denegación, anulación o suspensión del subsidio se contemplan en el art. 36 RD 295/2009 por remisión a las previstas en el art. 132.1 LGSS para el subsidio por incapacidad temporal tal y como, por lo demás, ya sucedía bajo la vigencia del RD 1251/2001. De este modo, el derecho al subsidio podrá ser denegado, anulado o suspendido cuando la beneficiaria hubiera actuado fraudulentamente para obtener o conservar el subsidio; y cuando realice cualquier trabajo o actividad -por cuenta ajena o propia- salvo que se esté ante situaciones de pluriactividad y se trate de actividades desempeñadas con anterioridad por la trabajadora o actividades posteriores que no impliquen riesgo durante el embarazo. El derecho al subsidio se suspenderá, igualmente, durante los períodos entre temporadas para las trabajadoras fijas discontinuas mientras no se produzca el nuevo llamamiento. Por otra parte, se añade la obligación tanto de la trabajadora como de la empresa de comunicar a la entidad gestora o colaboradora toda aquella circunstancia que implique suspensión o extinción del derecho al subsidio (art. 35.5).

### 4. Reconocimiento, pago de la prestación y normas de procedimiento.

Tanto el reconocimiento del derecho como el pago de la prestación corresponderán a la entidad gestora o a la mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales con la que la empresa tenga concertada la cobertura de las contingencias profesionales. El pago se realizará por períodos mensuales vencidos<sup>34</sup>. En todo caso, la entidad gestora podrá declarar la responsabilidad empresarial en orden a las prestaciones y la entidad que, en su caso, ha de anticiparlas<sup>35</sup>.

El procedimiento para el reconocimiento del derecho se prevé en el extenso art. 39 de entre cuyas reglas cabe resaltar, resumidamente, las que siguen. El procedimiento se iniciará a instancia de la trabajadora mediante un informe del facultativo del Servicio Público de Salud por el que se acredite la situación de embarazo y la fecha probable del parto. Con dicho informe y el certificado de la empresa<sup>36</sup> la trabajadora podrá solicitar a la entidad gestora o colaboradora una certificación médica sobre la existencia de riesgo durante el embarazo<sup>37</sup>. Una vez que se cuente con dicha certificación corresponderá a la empresa declarar a la trabajadora en situación de suspensión del contrato por esta causa si no es posible el cambio de puesto de trabajo exigido por la legislación de prevención de riesgos<sup>38</sup>. La solicitud de la prestación deberá presentarse en la Dirección Provincial de la entidad gestora de la provincia donde la trabajadora tenga su domicilio o ante la mutua que corresponda<sup>39</sup>. Dicha

<sup>32</sup> Dicho promedio diario no podrá ser inferior, en ningún caso, en cómputo mensual, a la base mínima de cotización que corresponda a la categoría profesional de la trabajadora.

<sup>33</sup> Las causas de extinción que no han variado son: suspensión del contrato por maternidad, reincorporación a su puesto de trabajo o a otro compatible con su estado, extinción del contrato, y fallecimiento de la beneficiaria. En los casos en los que el contrato se extinga por alguna de las causas previstas en el art. 208.1 LGSS, la extinción de la prestación por riesgo durante el embarazo se acompañará del correspondiente pase de la trabajadora a la situación legal de desempleo con el percibo de la correspondiente prestación siempre que reúna los requisitos para ello (art. 37.3). En lo que supone una diferencia en relación con el subsidio por maternidad.

<sup>34</sup> Art. 36.1; art. 38.1 y 2.

<sup>35</sup> Art. 36.4.

<sup>36</sup> Que habrá de versar sobre la actividad desarrollada y las condiciones del puesto de trabajo.

<sup>37</sup> La disposición adicional segunda añade algunas reglas sobre esta certificación médica que también se exige para los casos de riesgo durante la lactancia natural.

<sup>38</sup> La entidad competente denegará la certificación médica cuando considere que no existe la situación de riesgo comunicando a la trabajadora que no cabe iniciar el procedimiento para obtener la prestación.

<sup>39</sup> Las solicitudes se presentarán en los modelos normalizados y habrán de incluir los datos y circunstancias previstos en el art. 70 de la Ley 30/1992.

## ARTÍCULO 14

## DOCTRINA

solicitud deberá ir acompañada de los siguientes documentos: certificación médica sobre la existencia de riesgo durante el embarazo cuando ésta no obre ya en poder de la entidad gestora o colaboradora; declaración de la empresa sobre inexistencia de un puesto compatible con el estado de la trabajadora o sobre la imposibilidad –técnica u objetiva- del traslado o que éste no puede exigirse razonablemente por motivos justificados<sup>40</sup>; certificado de empresa donde figure la cuantía de la base de cotización de la trabajadora por contingencias profesionales del mes anterior o la correspondiente a los tres meses anteriores para las trabajadoras a tiempo parcial<sup>41</sup>.

A la vista de la documentación presentada la entidad gestora dictará resolución expresa que deberá ser notificada en el plazo de treinta días. Cuando la entidad gestora no reconozca inicialmente el derecho por no concurrir la situación protegida a los efectos de esta prestación económica se indicará a la trabajadora, en su caso, la fecha a partir de la cual podrá reconocerse dicha prestación. Para estos casos bastará a la trabajadora con aportar la declaración y el certificado de empresa sin que sea precisa una nueva solicitud<sup>42</sup>.

### 5. Riesgo durante el embarazo e incapacidad temporal.

La norma reglamentaria que aquí se comenta contempla en su art. 37 las reglas que habrán de regir la posible coincidencia de una situación de riesgo durante el embarazo con una incapacidad temporal previa o sobrevenida. En cuanto al primero de los supuestos, cuando la trabajadora solicite la prestación de riesgo durante el embarazo estando en una situación de incapacidad temporal el subsidio se reconocerá, en su caso, una vez que se extinga esta última por cualquiera de las causas legales o reglamentarias. De la misma forma, cuando la trabajadora solicite la prestación por incapacidad temporal, encontrándose en una situación de riesgo durante el embarazo, el reconocimiento de aquélla sólo podrá tener lugar una vez finalizada esta situación siempre que, en dicho momento, reúna los requisitos necesarios para acceder a la misma.

### 6. El subsidio por riesgo durante el embarazo de las trabajadoras por cuenta propia.

Para el colectivo de trabajadoras por cuenta propia la situación protegida se hace coincidir con el período de interrupción de su actividad profesional en aquellos casos en que su desempeño influya de modo negativo en su propia salud o en la del feto y siempre que, además, dicha incidencia venga certificada por los servicios médicos de la entidad gestora o de la mutua. Tampoco en estos casos se considerará situación protegida la derivada de riesgos o patologías que puedan incidir negativamente en la salud de la trabajadora o del feto si no está relacionada con agentes, procedimientos o condiciones de trabajo de su actividad profesional (art. 40). Para que la trabajadora pueda ser beneficiaria de esta prestación se requiere que haya interrumpido su actividad por la situación de riesgo y que, al momento de la interrupción, se encuentre afiliada y en alta en alguno de los regímenes de la Seguridad Social, incluido el Régimen especial de empleados de hogar cuando se trate de personas que no presten sus servicios en exclusiva para un hogar familiar. Se exigirá, además, que las interesadas se hallen al corriente en el pago de las cuotas cuando se trate de trabajadoras incluidas en alguno de los regímenes especiales, trabajadoras incluidas en el Régimen de empleados de hogar o trabajadores pertenecientes al Régimen Especial Agrario que sean responsables de la obligación de cotizar (art. 41)<sup>43</sup>.

La prestación económica consiste en un subsidio equivalente al 100 por 100 de la base reguladora la cual, a su vez, será equivalente a la establecida para la prestación por incapacidad temporal derivada de contingencias profesionales, tomando como referencia la fecha del certificado de los servicios médicos de la entidad gestora o colaboradora. La base reguladora será la equivalente a la establecida para la prestación por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes cuando se trate de un régimen que no contemple la cobertura de las de carácter profesional y no se haya mejorado voluntariamente el ámbito de la acción protectora, incorporando la protección de la situación de riesgo por embarazo o de las contingencias profesionales (art. 42). El derecho al subsidio nacerá el día siguiente al de la emisión del certificado médico si bien los efectos económicos se producirán desde la fecha del cese efectivo en la actividad profesional. El subsidio se abonará durante el período que resulte necesario para la protección de la seguridad o de la salud de la trabajadora o la del feto “mientras persista la imposibilidad de reanudar su actividad profesional” (art. 43). Las causas de extinción del subsi-

<sup>40</sup> Con el informe del servicio de prevención propio de la empresa o de la entidad especializada con funciones de servicio de prevención ajeno. Para las personas integradas en el Régimen Especial de los Empleados de hogar procederá aportar declaración del responsable del hogar familiar sobre la inexistencia de un puesto de trabajo compatible.

<sup>41</sup> Y, en su caso, las percepciones no periódicas abonadas a la trabajadora en el año anterior a la fecha de suspensión del contrato.

<sup>42</sup> En caso de contradicciones en las declaraciones y certificaciones presentadas o de concurrir indicios de posible connivencia para obtener la prestación se podrá solicitar informe a la Inspección de Trabajo que deberá emitirlo en quince días a partir de los cuales se podrá dictar resolución. Con carácter excepcional, se prevé para estos casos la suspensión del plazo de treinta días.

<sup>43</sup> También aquí opera el mecanismo de invitación al pago previsto en el art. 28.2 Decreto 2530/1970.

## ARTÍCULO 14

## DOCTRINA

dio son prácticamente idénticas a las que rigen para las trabajadoras por cuenta ajena si bien adaptadas a la realidad del trabajo por cuenta propia de modo que, por ejemplo, la extinción del contrato de trabajo –inexistente en estos casos- queda sustituida por la baja en el régimen especial de la Seguridad Social al que perteneciera la trabajadora<sup>44</sup>. El resto de normas aplicables al subsidio por riesgo durante el embarazo de las trabajadoras por cuenta propia son muy parecidas –cuando no idénticas- a las que rigen para las trabajadoras por cuenta ajena con las lógicas adaptaciones de dichas reglas a la realidad del trabajo realizado de forma autónoma. En todo caso, cuando la trabajadora no tenga formalizada la cobertura de riesgos profesionales pero tenga cubierta la protección por incapacidad temporal, derivada de contingencias comunes, será competente para la gestión la entidad gestora o colaboradora que cubra dicha situación<sup>45</sup>.

## INFORME 2009 DE LA COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS SOBRE IGUALDAD ENTRE HOMBRES Y MUJERES EN EUROPA<sup>46</sup>

MARÍA LUISA BALAGUER CALLEJÓN

Consejera del Consejo Consultivo de Andalucía y Catedrática de Derecho Constitucional

El Informe que cada año edita la Comunidad Europea en cumplimiento del mandato de promoción de la igualdad de género, contribuye a desarrollar las políticas de género de la Unión, al tiempo que permite un análisis cuantitativo y cualitativo del momento en el que se encuentra el nivel de desigualdad de género en los diferentes aspectos de la realidad social, fundamentalmente laboral y política. Ese condicionamiento de la agenda política de la Unión es tanto más efectivo, cuanto que permite ver el reflejo de las políticas de igualdad de los diferentes estados miembros, que pueden a su vez comparar año a año la situación por la que atraviesan.

El Informe de la Comisión se comunica al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Consta de una Introducción, dos capítulos y unas Conclusiones.

En la Introducción, se analiza la situación en la que se produce el Informe. A petición del Consejo Europeo y en cumplimiento del Acuerdo del Pacto Europeo para la Igualdad de Género, aquí se da cuenta ya de la dimensión fundamentalmente laboral del Informe, en el sentido de considerar sobre todo que los avances de la mujer en este campo han sido más que relativos, muy inferiores a los deseos de igualdad de los estados y, además, frenados en 2008 por la crisis global económica, que ha desacelerado la economía en términos generales.

Se señalan como factores a considerar: que los estereotipos de género subsisten, que no se corresponde el nivel educativo de las mujeres con su posición en el mercado de trabajo, y que la igualdad forma parte de las exigencias del modelo de desarrollo de las sociedades actuales.

En el primer capítulo se señalan los principales avances. Siendo la igualdad entre mujeres y hombres un objetivo de la Unión, su cumplimiento debe pasar por una incorporación progresiva al mercado laboral de las mujeres. El objetivo de la Agenda de Lisboa era que antes de 2010 el empleo de las mujeres esté en la tasa del 60 por ciento, lo que en términos generales está a punto de cumplirse (58.3 por ciento), pero con ostensibles diferencias entre los estados miembros. Ahora bien, este empleo además está caracterizado por una importante precariedad y parcialidad (el porcentaje de trabajadoras a tiempo parcial es cuatro veces mayor que el de los hombres). Y esta situación obedece fundamentalmente al hecho de la maternidad de las mujeres y la desigual distribución de las cargas de trabajo. La conciliación en el mundo laboral se erige así en el principal factor de discriminación de las mujeres, ahora que su formación está perfectamente equiparada, y aún sobrepasa porcentualmente a la de los hombres.

La maternidad se erige en el factor central de discriminación de las mujeres de carácter objetivo y condicional, en la medida en que, a diferencia de los factores educacionales, o los estereotipos sociales, que permiten a las mujeres su propia superación personal, en el caso de la maternidad, son los hijos los que se convierten en obstáculos insuperables para el acceso al mercado de trabajo, porque las mujeres no tienen aquí la posibilidad de tomar decisiones personales, al estar vinculadas a ellos sin soluciones por parte de sus parejas o del Estado.

<sup>44</sup> De nuevo se contempla la obligación –en este caso sólo de la trabajadora, lógicamente- de comunicar a la entidad gestora o colaboradora cualquier circunstancia que implique la suspensión o extinción del derecho.

<sup>45</sup> Art. 46.2.

<sup>46</sup> Este Informe se presenta como una Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: puede consultarse en línea y en varios formatos en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52009DC0077:ES:HTML>.

## ARTÍCULO 14

## DOCTRINA

Junto al factor condicionante de la maternidad, se señala la dificultad de acceso a puestos de responsabilidad, lo que no permite a las mujeres la superación profesional o personal. Permanece una importante segregación en algunas profesiones, tanto en lo que se refiere a la imposibilidad de acceso de las mujeres, como por el monopolio en el que éstas se integran, sobre todo aquellas relacionadas con servicios de prestación social, como si se considerara que a las mujeres pertenece para siempre la ética del cuidado de la sociedad.

En relación con el incremento de mujeres en la actividad política, reseña el informe que el progreso es muy lento, en cifras que según los países oscilan entre el 9 y el 46 por ciento, igual que en el incremento de mujeres ejecutivas que oscila entre el 3 por ciento en puestos de dirección y el 30 en puestos ejecutivos.

El Informe considera que las posibilidades de superar esta situación se contienen en un mayor desarrollo del cumplimiento por parte de los estados de las directivas en materia de igualdad, e insta a que ese desarrollo se produzca. También cifra su esperanza en el desarrollo del Instituto Europeo de la Igualdad de Género, cuyo funcionamiento facilitará asistencia técnica para la igualdad.

El capítulo 3 lo constituyen un conjunto de retos y orientaciones estratégicas. En primer lugar, el equilibrio entre la vida personal y familiar que, en estos momentos, recae casi exclusivamente sobre las mujeres. Para ello han de proponerse medidas que faciliten a los hombres las excedencias y reducciones de jornadas para su integración en el ámbito familiar; desarrollar la legislación de protección de la maternidad y el trabajo de las mujeres autónomas, y servicios de cuidado de personas asistidas. En lo social, destaca la eliminación de los estereotipos, sobre todo en la infancia y en la juventud, a través de una publicidad y unos medios de comunicación respetuosos con estos valores de igualdad. Y en lo político, se considera una legislación de igualdad participativa de las mujeres en la política.

Las conclusiones del Informe inciden en que debe haber un compromiso político de negociación y desarrollo de la agenda política de la igualdad, con medidas de negociación y legislación que faciliten el desarrollo de la igualdad.

En realidad, este Informe, como en general los que abundan en el desarrollo de la igualdad de género, efectúan análisis muy correctos de las causas de la desigualdad de género, pero en las propuestas concretas se avanza relativamente poco para conseguir esos objetivos de igualdad. La protección de la maternidad, la integración de la mujer en la política y la erradicación de los estereotipos, en su fase de análisis se muestran muy claros en cuanto que son elementos imprescindibles para conseguir la igualdad. Sin embargo, los procesos que llevan a la igualdad, exigen prácticas sociales sobre las que los poderes públicos tienen de hecho muy poco control. Así, el fomento de estereotipos de igualdad, choca de frente con una legislación completamente permisiva de la publicidad que sostiene estereotipos de género y, en general, los medios de comunicación permanentemente refuerzan imágenes, no ya conservadoras de esa desigualdad, sino claramente regresivas de la imagen de las mujeres en las sociedades actuales, de manera que de no cambiar las legislaciones en otro sentido, la mera afirmación en el momento del análisis no tendrá ninguna efectiva. Igualmente ocurre con los sistemas educativos, que de manera sistemática siguen reproduciendo el sistema de roles diferenciado entre sexos.

Es importante por tanto, superar ya los momentos de los análisis, que son incontrovertidos, repetitivos y nada cuestionables, para abordar la cuestión práctica de eliminar los obstáculos que impidan la consecución de la igualdad.

## LEGISLACIÓN

## LEY 26/2009, DE 23 DE DICIEMBRE, DE PRESUPUESTOS GENERALES DEL ESTADO PARA EL AÑO 2010<sup>47</sup>

**Disposición Adicional. Quinta. Reducción en la cotización a la Seguridad Social en los supuestos de cambio de puesto de trabajo por riesgo durante el embarazo o durante la lactancia natural, así como en los supuestos de enfermedad profesional.**

En los supuestos en que, por razón de riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural, la trabajadora, en virtud de lo previsto en el artículo 26 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, sea destinada a un puesto de trabajo o función diferente y compatible con su estado, se aplicará, con respecto a las cuotas devengadas durante el período de permanencia en el nuevo puesto de trabajo o función, una reducción, a cargo del Presupuesto de la Seguridad Social, del 50 por ciento de la aportación empresarial en la cotización a la Seguridad Social por contingencias comunes.

Esta misma reducción será aplicable, en los términos y condiciones que reglamentariamente se determinen, en aquellos casos en que, por razón de enfermedad profesional, se produzca un cambio de puesto de trabajo en la misma empresa o el desempeño, en otra distinta, de un puesto de trabajo compatible con el estado del trabajador.

**Disposición Adicional Sexta. Extensión de lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley sobre Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado al resto de funcionarios.**

Sin perjuicio de la integración en el régimen general de la Seguridad Social del régimen especial de los funcionarios de la Administración Local y de la integración en dicho régimen de los funcionarios de la Administración General del Estado y de las Administraciones Autonómicas en los casos en los que así proceda, todos los funcionarios integrados en el régimen general de la Seguridad Social, sea cual sea la administración en la que prestan sus servicios, cuando se encuentren en la situación de incapacidad temporal, durante los tres primeros meses, tendrán la misma protección en dicha situación que la prevista para los funcionarios civiles del Estado en el artículo 21.1.a) del texto refundido de la Ley sobre Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2000, de 23 de junio.

Lo dispuesto en el párrafo anterior tendrá vigencia indefinida y retrotraerá sus efectos a la fecha de

entrada en vigor de la disposición derogatoria primera de la Ley 2/2008, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2009.

**Disposición Adicional Trigésima novena. Actividades prioritarias de mecenazgo.**

Uno. De acuerdo con lo establecido en el artículo 22 de la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo, durante el año 2010 se considerarán actividades prioritarias de mecenazgo las siguientes:

8.<sup>a</sup> Los programas dirigidos a la lucha contra la violencia de género que hayan sido objeto de subvención por parte de las Administraciones públicas o se realicen en colaboración con éstas.

**Disposición Adicional Sexagésima octava. Consideración de familia numerosa a las familias monoparentales con dos hijos a cargo.**

El Gobierno, en el plazo de un mes desde la entrada en vigor de esta Ley, dará cumplimiento a la disposición adicional septuagésima de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2008 y a la disposición adicional sexagésima cuarta de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2009, llevando a cabo las oportunas modificaciones legales para que las familias monoparentales con dos hijos a cargo, así como las familias con un cónyuge discapacitado y dos hijos a cargo, tengan la consideración de familia numerosa.

**Disposición Final Tercera. Modificación del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio.**

Con efectos de 1 de enero de 2010 y vigencia indefinida, se modifica el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, en los siguientes términos:

**Diez.** Se modifica el primer párrafo del apartado 2 del artículo 174 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, que queda redactado en los siguientes términos:

«2. En los casos de separación o divorcio, el derecho a la pensión de viudedad corresponderá a quien, reuniendo los requisitos en cada caso exigidos en el apartado anterior, sea o haya sido cónyuge legítimo, en este último caso siempre que no hubiera contraído

<sup>47</sup> BOE núm. 309, de 24 de diciembre de 2009.

## LEGISLACIÓN

nuevas nupcias o hubiera constituido una pareja de hecho en los términos a que se refiere el apartado siguiente. Asimismo, se requerirá que las personas divorciadas o separadas judicialmente sean acreedoras de la pensión compensatoria a que se refiere el artículo 97 del Código Civil y ésta quedara extinguida a la muerte del causante. En el supuesto de que la cuantía de la pensión de viudedad fuera superior a la pensión compensatoria, aquélla se disminuirá hasta alcanzar la cuantía de esta última. En todo caso, tendrán derecho a la pensión de viudedad las mujeres que, aún no siendo acreedoras de pensión compensatoria, pudieran acreditar que eran víctimas de violencia de género en el momento de la separación judicial o el divorcio mediante sentencia firme, o archivo de la causa por extinción de la responsabilidad penal por fallecimiento; en defecto de sentencia, a través de la orden de protección dictada a su favor o informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de violencia de género, así como por cualquier otro medio de prueba admitido en Derecho.»

**Catorce.** Se añade una nueva Disposición transitoria decimoctava al Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, con la siguiente redacción:

«Disposición transitoria decimoctava. Norma transitoria sobre pensión de viudedad en supuestos de separación judicial o divorcio anteriores al 1 de enero de 2008.

El reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad no quedará condicionado a que la persona divorciada o separada judicialmente sea acreedora de la pensión compensatoria a que se refiere el segundo inciso del párrafo primero del apartado 2 del artículo 174 de esta Ley, cuando entre la fecha del divorcio o de la separación judicial y la fecha del fallecimiento del causante de la pensión de viudedad haya transcurrido un periodo de tiempo no superior a diez años, siempre que el vínculo matrimonial haya tenido una duración mínima de diez años y además concorra en el beneficiario alguna de las condiciones siguientes:

- a) La existencia de hijos comunes del matrimonio o
- b) Que tenga una edad superior a los 50 años en la fecha del fallecimiento del causante de la pensión.

La cuantía de la pensión de viudedad resultante se calculará de acuerdo con la normativa vigente con anterioridad a la fecha de entrada en vigor de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social.

En los supuestos a que se refiere el primer párrafo de esta disposición transitoria, la persona divorciada o separada judicialmente que hubiera sido deudora de la pensión compensatoria no tendrá derecho a pensión de viudedad.

En cualquier caso, la separación o divorcio debe haberse producido con anterioridad a la fecha de la entrada en vigor de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social.

Lo dispuesto en esta disposición transitoria será también de aplicación a los hechos causantes producidos entre el 1 de enero de 2008 y el 31 de diciembre de 2009, e igualmente les será de aplicación lo dispuesto en el artículo 174, apartado 2, de esta Ley.»

**Disposición Final Décima. Modificación del Texto Refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, aprobado por Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril.**

Con efectos de 1 de enero de 2010 y vigencia indefinida, se modifica el Texto Refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, aprobado por Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, en los siguientes términos:

**Uno.** Se modifica el primer párrafo del apartado 2 del artículo 38 del texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, con la siguiente redacción:

«2. En los casos de separación o divorcio, con independencia de las causas que los hubieran determinado, el derecho a la pensión de viudedad, o en su caso a la prestación temporal, corresponderá a quien, reuniendo los requisitos exigidos en el apartado anterior, sea o haya sido cónyuge legítimo, en este último caso siempre que no hubiese contraído nuevas nupcias o hubiera constituido una pareja de hecho en los términos a que se refiere el apartado 4. Asimismo, se requerirá que las personas divorciadas o separadas judicialmente sean acreedoras de la pensión compensatoria a que se refiere el artículo 97 del Código Civil y ésta quedara extinguida a la muerte del causante. En el supuesto de que la cuantía de la pensión de viudedad, o de la prestación temporal a que hubiere lugar, fuera superior a la pensión compensatoria, aquélla se disminuirá hasta alcanzar la cuantía de esta última. En todo caso, tendrán derecho a la pensión de viudedad las mujeres que, aún no siendo acreedoras de pensión compensatoria, pudieran acreditar que eran víctimas de violencia de género en el momento de la separación judicial o el divorcio mediante sentencia firme, o archivo de la causa por extinción de la responsabilidad penal por fallecimiento; en defecto de sentencia, a través de la orden de protección dictada a su favor o informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de violencia de género, así como por cualquier otro medio de prueba admitido en Derecho.»

**Dos.** Se añade una nueva Disposición transitoria duodécima al Texto Refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, con la siguiente redacción:

## LEGISLACIÓN

«Disposición transitoria duodécima. Norma transitoria sobre pensión de viudedad en supuestos de separación judicial o divorcio anteriores al 1 de enero de 2008.

El reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad no quedará condicionado a que la persona divorciada o separada judicialmente sea acreedora de la pensión compensatoria a que se refiere el párrafo primero del apartado 2 del artículo 38 de este texto, cuando concurren en el beneficiario, además de la existencia de hijos comunes en el matrimonio o bien que tenga una edad superior a los 50 años en la fecha del fallecimiento del causante de la pensión, los siguientes requisitos:

- a) El divorcio o la separación judicial se haya producido con anterioridad a 1 de enero de 2008, fecha de entrada en vigor de la Ley 51/2007, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2008.
- b) Entre las fechas del divorcio o separación y del fallecimiento del causante de la pensión de viudedad haya transcurrido un período de tiempo no superior a diez años.
- c) El vínculo matrimonial haya tenido una duración mínima de diez años.

En los supuestos a que se refiere el primer párrafo de esta disposición transitoria, la persona divorciada o separada judicialmente que hubiera sido deudora de la pensión compensatoria no tendrá derecho a la pensión de viudedad que pudiera causar, en su caso, la persona acreedora de aquélla.

Lo dispuesto en esta disposición transitoria será también de aplicación a los hechos causantes producidos entre el 1 de enero de 2008 y 31 de diciembre de 2009, e igualmente les será de aplicación lo dispuesto en el artículo 38, apartado 2, de esta Ley.»

**COMENTARIO A LA MODIFICACIÓN DEL  
TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY GENERAL DE  
LA SEGURIDAD SOCIAL REALIZADO POR LA  
LEY DE PRESUPUESTOS GENERALES DEL  
ESTADO PARA EL AÑO 2010**

El apartado Catorce de la Disposición Final Tercera de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para

2010, añade una nueva disposición transitoria al Texto refundido de la Seguridad Social en su redacción dada por la Ley 40/2007, de medidas en materia de Seguridad Social, a fin de solventar el problema interpretativo que ha generado en las pensiones de viudedad la retroactividad de la ley en supuestos de divorcio sin pensión compensatoria.

La Ley 40/2007 había modificado los requisitos en materia de viudedad, exigiendo que en los supuestos de divorcio, no procedería la prestación si no se había determinado en las condiciones del mismo una pensión compensatoria. El problema que generaba esa exigencia era, de una parte, que muchas mujeres no habían solicitado esa pensión compensatoria en el momento de la separación o divorcio, bien porque eran víctimas de violencia de género, o porque sabían de antemano que no iba a ser efectiva la solicitud, o porque podría haber dificultado el proceso de separación por parte del otro cónyuge. Ahora, al aplicar esta previsión de la Ley 40/2007, la Administración no había tenido en cuenta estas circunstancias y muchas mujeres han visto perjudicados sus derechos por esta exigencia, que si bien no era propiamente una retroactividad de la ley, representaba una inseguridad jurídica evidente, en función de una situación que nunca pudo prever esas exigencias.

En este momento, la Ley de Presupuestos ha regulado este aspecto de manera más equitativa, con una norma transitoria que tiene en cuenta los divorcios habidos hasta 2008. Así, el reconocimiento del derecho no quedará condicionado a que la persona sea acreedora de la pensión compensatoria, si bien se exige un período de carencia de 10 años de duración del matrimonio y de otros diez desde la separación hasta la muerte del causante. Además se exige que haya descendencia, o que se tengan más de 50 años, en la persona beneficiaria.

La norma es transitoria, y prevé la aplicación de su vigencia a todas aquellas situaciones comprendidas entre los días 1 de enero de 2008 y 31 de diciembre de 2009, si bien sólo es efectiva para aquellas situaciones, como se ha indicado, que se hayan producido con anterioridad al año 2007. **(María Luisa Balaguer Callejón, Catedrática de Derecho Constitucional y Consejera del Consejo Consultivo de Andalucía).**

## LEGISLACIÓN

## LEY 9/2009, DE 6 DE OCTUBRE, DE AMPLIACIÓN DE LA DURACIÓN DEL PERMISO DE PATERNIDAD EN LOS CASOS DE NACIMIENTO, ADOPCIÓN O ACOGIDA<sup>48</sup>

**Artículo 1. Modificación del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.**

Se modifica el artículo 48 bis del Real Decreto Legislativo 1/1995, quedando redactado en los siguientes términos:

«Artículo 48 bis. Suspensión del contrato de trabajo por paternidad.

En los supuestos de nacimiento de hijo, adopción o acogimiento de acuerdo con el artículo 45.1.d) de esta Ley, el trabajador tendrá derecho a la suspensión del contrato durante cuatro semanas ininterrumpidas, ampliables en el supuesto de parto, adopción o acogimiento múltiples en dos días más por cada hijo a partir del segundo. Esta suspensión es independiente del disfrute compartido de los períodos de descanso por maternidad regulados en el artículo 48.4.

En el supuesto de parto, la suspensión corresponde en exclusiva al otro progenitor. En los supuestos de adopción o acogimiento, este derecho corresponderá sólo a uno de los progenitores, a elección de los interesados; no obstante, cuando el período de descanso regulado en el artículo 48.4 sea disfrutado en su totalidad por uno de los progenitores, el derecho a la suspensión por paternidad únicamente podrá ser ejercido por el otro.

El trabajador que ejerza este derecho podrá hacerlo durante el período comprendido desde la finalización del permiso por nacimiento de hijo, previsto legal o convencionalmente, o desde la resolución judicial por la que se constituye la adopción o a partir de la decisión administrativa o judicial de acogimiento, hasta que finalice la suspensión del contrato regulada en el artículo 48.4 o inmediatamente después de la finalización de dicha suspensión.

La suspensión del contrato a que se refiere este artículo podrá disfrutarse en régimen de jornada com-

pleta o en régimen de jornada parcial de un mínimo del 50 por ciento, previo acuerdo entre el empresario y el trabajador, y conforme se determine reglamentariamente.

El trabajador deberá comunicar al empresario, con la debida antelación, el ejercicio de este derecho en los términos establecidos, en su caso, en los convenios colectivos.»

**Artículo 2. Modificación de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública.**

Se modifica la letra a) del artículo 30.1 de la Ley 30/1984, que quedará redactado en los siguientes términos:

«Artículo 30. Permisos.

1. Se concederán permisos por las siguientes causas justificadas:

a) Por el nacimiento, acogimiento, o adopción de un hijo, cuatro semanas a disfrutar por el padre a partir de la fecha del nacimiento, de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituya la adopción.»

**Artículo 3. Modificación de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo.**

Se suprime la disposición transitoria novena de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo.

**Disposición adicional primera.**

El Gobierno, en el marco de sus competencias y de acuerdo con las Comunidades Autónomas y de los agentes sociales, impulsará campañas para dar a conocer a los padres los derechos que les otorga la Ley en referencia a la paternidad y campañas de sensibilización para promover que los hombres asuman una parte igual de responsabilidades familiares.

**Disposición adicional segunda.**

El Gobierno, con carácter anual, deberá presentar a las Cortes Generales un seguimiento estadístico de las medidas introducidas en la presente Ley y su grado de aplicación.

<sup>48</sup> BOE núm. 242, de 7 octubre de 2009. El Preámbulo dice: "La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, estableció un conjunto de medidas para favorecer y fomentar la conciliación de la vida personal, familiar y laboral.

Según establece la propia exposición de motivos, la medida más innovadora en este sentido es «el permiso de paternidad de trece días de duración, ampliable en caso de parto múltiple en dos días más por cada hijo o hija a partir del segundo». Se establece que «se trata de un derecho individual y exclusivo del padre, que se reconoce tanto en los supuestos de paternidad biológica como en los de adopción y acogimiento».

En aras a una política positiva hacia la figura del padre, que permita incentivar la implicación de los hombres en las responsabilidades familiares, la presente Ley plantea la ampliación del período de paternidad a cuatro semanas, exclusivo para el padre.

En las disposiciones adicionales, se insta al Gobierno a que, en el marco de sus competencias y de acuerdo con las Comunidades Autónomas y los agentes sociales, lleve a cabo campañas de sensibilización con la finalidad de dar a conocer los nuevos derechos que podrán disfrutar los padres e incentivar la distribución a partes iguales de las responsabilidades familiares entre el padre y la madre, así como a presentar anualmente a las Cortes Generales un seguimiento estadístico de las medidas introducidas para conocer su impacto social.

Finalmente, la disposición final segunda establece que la Ley entrará en vigor a partir del 1 de enero de 2011".

## ARTÍCULO 14

## LEGISLACIÓN

**Disposición derogatoria única.**

Quedan derogadas todas aquellas disposiciones de igual o inferior rango que se opongan a lo que establece la presente Ley.

**Disposición final primera.**

Se autoriza al Gobierno a dictar todas aquellas dispo-

siciones de aplicación y desarrollo de la presente Ley que sean necesarias, incluidas las relativas al régimen económico y financiero.

**Disposición final segunda.**

La presente Ley entrará en vigor a partir del 1 de enero de 2011.

## INTERPRETACIÓN DE LA VIOLENCIA FÍSICA O PSÍQUICA INCLUIDA EN EL ARTÍCULO 173.2 DEL CÓDIGO PENAL<sup>49</sup>

El tipo delictivo del artículo 173.2 del Código Penal exige que el comportamiento atribuido sea activo, no siendo suficiente el comportamiento omisivo.

Sin perjuicio de ello es sancionable penalmente, con-

forme a dicho precepto, quien contribuye a la violencia de otro, no impidiéndola pese a encontrarse en posición de garante.

## REFORMA DEL REGLAMENTO DEL PARLAMENTO DE ANDALUCÍA PARA FACILITAR LAS VOTACIONES EN LOS CASOS DE MATERNIDAD O PATERNIDAD<sup>50</sup>

(...) Se procede a dar una nueva redacción al artículo 85, que también se reordena, en el sentido siguiente:

**Artículo 85**

«1. Los acuerdos serán válidos cuando hayan sido aprobados por la mayoría simple de los miembros presentes del órgano correspondiente, computándose, a tal efecto, los ausentes que hayan delegado su voto reglamentariamente cuando se encuentre presente el miembro de la Cámara en quien se haya producido la delegación. Lo anterior se entenderá sin perjuicio de las mayorías especiales que establecen el Estatuto de Autonomía, las demás leyes de Andalucía y este Reglamento.

2. Se entenderá que hay mayoría simple cuando los votos positivos superen los negativos, sin contar las abstenciones, los votos en blanco y los nulos.

3. Se entenderá que existe mayoría absoluta cuando se expresen en el mismo sentido el primer número entero de votos que sigue al número resultante de dividir por dos el total de los miembros de pleno derecho del Parlamento.

4. Ningún Diputado o Diputada podrá tomar parte en las votaciones sobre resoluciones que afecten a su estatuto.

5. El diputado o diputada que por razón de paternidad o maternidad con ocasión de embarazo, nacimiento o adopción no pueda cumplir con su deber de asistir a los debates y votaciones del Pleno podrá delegar el voto en otro miembro de la Cámara. La delegación de voto deberá realizarse mediante escrito dirigido por el diputado o diputada afectado a la Mesa del Parlamento, en el cual deberá constar el

<sup>49</sup> Acuerdo adoptado en Sala general, por el Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en su reunión de 21 de julio de 2009.

<sup>50</sup> BOPA núm. 323, de 22 de octubre de 2009. Aprobada por el Pleno del Parlamento en sesión celebrada los días 7 y 8 de octubre de 2009. La Exposición de Motivos dice: "La reforma de 16 de mayo de 1995 del Reglamento del Parlamento de Andalucía introdujo, en su artículo 85.2, la posibilidad de que, en los casos de embarazo o parto reciente, la diputada afectada ejerciera su derecho al voto sin necesidad de estar presente en la Cámara. Con ello el Parlamento de Andalucía venía a reconocer, si bien tímidamente, por cuanto el voto en ausencia se refería sólo a la votación por llamamiento, el hecho discriminatorio por el cual el embarazo de la mujer puede traducirse en limitaciones para el ejercicio de sus derechos, lo que, obvio es decirlo, no se produce respecto a los hombres. Desde aquella fecha de 1995 se ha desarrollado una extensa conciencia social especialmente sensible en el ámbito de la discriminación de género, que no tolera que las circunstancias derivadas de la maternidad o paternidad biológica o adoptiva puedan erigirse en obstáculos para la actividad pública y profesional. Sin embargo, lo cierto es que las medidas adoptadas en la esfera laboral no se han aplicado en relación con la actividad política, fundamentalmente en lo que se refiere a las diputadas. Si nada o poco se ha hecho hasta ahora para solventar esta situación es debido tanto a la histórica postergación de la mujer como a la escasa relevancia del problema, dada su minoritaria presencia en los parlamentos. Ni uno ni otro argumento pueden hoy sostenerse. De una parte, aquella conciencia social rechaza cualquier posición discriminatoria derivada de aquella condición, y, de otra, la representación equilibrada de mujeres y hombres en el Parlamento de Andalucía (Ley 5/2005, de 8 de abril, de Reforma de la Ley Electoral de Andalucía) hace que la medida que ahora se adopta atienda igualmente tanto a razones de justicia intrínseca como a evitar la alteración de la composición originaria de la Cámara. Por otra parte, esta nueva sensibilidad se ha extendido a otras situaciones asimiladas a la maternidad biológica. Junto a los casos de maternidad o paternidad con ocasión de embarazo, nacimiento o adopción, se regulan también los supuestos de enfermedad o incapacidad prolongada de los miembros de la Cámara atendiendo a los criterios que así se determinen. La figura de la delegación temporal que se establece resulta plenamente ajustada al bloque de constitucionalidad que es de aplicación a los reglamentos parlamentarios de las asambleas autonómicas. La naturaleza personal e indelegable del voto establecida en el artículo 79.3 de la Constitución Española se predica exclusivamente de senadores y diputados, sin que exista un precepto similar en el Estatuto de Autonomía para Andalucía. Igualmente se establece la posibilidad de utilización de procedimientos telemáticos que garanticen el voto de los diputados. Por todo ello, con esta reforma, se da sentido a esta nueva realidad por medio del procedimiento de delegación o telemático con las garantías necesarias para toda clase de votación que tenga lugar en el Pleno de la Cámara. En consecuencia, (...)".

## LEGISLACIÓN

nombre del miembro de la Cámara que recibe la delegación, así como los debates y las votaciones donde habrá de ejercerse o, en su caso, el periodo de duración de aquella.

6. También cabrá delegación de voto en los supuestos de enfermedad o incapacidad prolongada del diputado o diputada. La Mesa del Parlamento establecerá los criterios generales para delimitar los supuestos que determinen dicha delegación. La solicitud de delegación de voto se tramitará ante la Mesa siguiendo el procedimiento previsto en el apartado quinto. En estos supuestos la delegación será acordada por el Pleno de la Cámara previo dictamen de la Comisión del Estatuto de los Diputados, que se pronunciará sobre las circunstancias que concurren en cada caso.

7. Sin perjuicio de lo establecido en los apartados anteriores para la delegación de voto, en los supuestos de paternidad o maternidad y de enfermedad o incapacidad prolongada se podrán habilitar para el diputado o diputada formas de voto por procedimientos telemáticos».

**COMENTARIO A LA REFORMA DEL REGLAMENTO DEL PARLAMENTO DE ANDALUCÍA. INCIDENCIA DE LA MATERNIDAD O PATERNIDAD CON OCASIÓN DE EMBARAZO, NACIMIENTO O ADOPCIÓN EN LOS REGLAMENTOS PARLAMENTARIOS**

Para situarse mejor ante la reforma del Reglamento del Parlamento de Andalucía aquí expuesta, es oportuno observar si existe alguna previsión parecida en las normas de este tipo de otras asambleas autonómicas.

El Reglamento del Parlamento de Cataluña atiende exclusivamente a los supuestos de Diputadas a quienes la baja por maternidad impida cumplir su deber de asistencia a los debates y votaciones del Pleno: en esos casos, << pueden delegar el voto en otro diputado o diputada >><sup>51</sup>, estableciéndose un procedimien-

to para llevar a efecto esa delegación<sup>52</sup>.

El Reglamento de Les Corts Valencianes contempla a los Diputados y Diputadas que se encuentren en situación de permiso parental y no puedan, por tanto, asistir a las sesiones: se prevé simplemente la posibilidad de habilitar sistemas técnicos adecuados para garantizar el ejercicio del voto<sup>53</sup>. Se advierte que se trata, por ello, de algo facultativo, carente de estabilidad normativa, centrado sólo en las posibilidades técnicas de asegurar el voto por parte de su titular y, finalmente, se puso en práctica por primera vez en una votación que, quizás por sus características y complejidad, no fuera la más adecuada para ello, como fue la de los proyectos de ley de presupuestos y de acompañamiento para 2009<sup>54</sup>.

En el caso del Reglamento de la Asamblea de Extremadura la regulación se encuentra en el precepto dedicado a unas significativas votaciones en orden a las funciones de la cámara: las de investidura, moción de censura y cuestión de confianza, que también tienen relación con la sucesiva composición de dicha Asamblea, en gran medida bipartidista<sup>55</sup>. Para estas votaciones existe la previsión normativa de que << los diputados que por hospitalización o convalecencia se vean imposibilitados para asistir al Pleno podrán, previa acreditación de su situación, emitir su voto en la forma y con las garantías que se dispongan por acuerdo de la Mesa de la Cámara >>. A continuación, lo que no denota una adecuada técnica normativa, se encuentra la siguiente previsión: << en el mismo supuesto se encontrarán las Diputadas que no puedan asistir a las sesiones plenarias por causas de embarazo o parto >><sup>56</sup>.

Se sitúan, por tanto, dos previsiones de distinto alcance en el mismo precepto, lo que sistemáticamente pudiera haberse efectuado de modo más correcto de otra forma, puesto que produce algunos problemas interpretativos que, indudablemente, se presentarán cuando se realicen estas sesiones y cada uno de las

<sup>51</sup> Así se recoge en el artículo 84, denominado << Delegación de voto >>, situado en la Sección Cuarta, << La adopción de acuerdos >>, del Capítulo I, << Las Disposiciones generales de funcionamiento >>, del Título IV, << Del funcionamiento del Parlamento >>, del Reglamento del Parlamento de Cataluña, de 22 de diciembre de 2005. Una acertada crítica de las deficiencias de esta regulación, así como un análisis general del tema planteado, realiza María Luisa Balaguer Callejón, "Representación política y ausencias de la persona titular de la representación en el Ordenamiento Jurídico Español", en *Artículo 14. Una perspectiva de género*, nº 29, diciembre de 2008, pp. 29-34, especialmente p. 31.

<sup>52</sup> << La delegación de voto debe realizarse mediante escrito dirigido a la Mesa del Parlamento, en el cual deben constar los nombres de la persona que delega el voto y de la que recibe la delegación, así como los debates y las votaciones donde debe ejercerse o, en su caso, el período de duración de la delegación. La Mesa, al admitir a trámite la solicitud, establece el procedimiento para ejercer el voto delegado >> (artículo 84.2).

<sup>53</sup> << Les Corts podrán habilitar sistemas de videoconferencia u otros sistemas técnicos adecuados para garantizar el ejercicio del voto en el Pleno de la cámara a aquellos diputados y diputadas que, como consecuencia de encontrarse en situación de permiso parental o en proceso de larga enfermedad, no puedan asistir a sus sesiones >> (artículo 81, punto 5º, situado en el Capítulo IV, << De las votaciones >>, del Título IV, << Del funcionamiento de Les Corts >>).

<sup>54</sup> F.J. Visiedo Mazón y E. Soriano Hernández, en "Crónica parlamentaria de Les Corts Valencianes (septiembre de 2008-junio de 2009)", *Corts. Anuario de derecho Parlamentario*, núm. 21, 2009, p. 226, describen la articulación normativa y técnica del caso concreto: se debe destacar que indican que la parlamentaria que lo solicitó a la Mesa << se encontraba en período similar a la baja por maternidad >>.

<sup>55</sup> Se trata del artículo 144 de este Reglamento, aprobado por el Pleno de la Asamblea de Extremadura en sesión celebrada el día 19 de junio de 2008 y que entró en vigor el día 1 de septiembre del mismo año, en virtud de lo indicado en su Disposición Final única. Debe indicarse que este precepto se encuentra al final de la Sección Tercera, << De las votaciones >> del Capítulo Tercero, << De los debates y votaciones >>, del Título V, relativo a << Disposiciones generales de funcionamiento del Parlamento >>.

<sup>56</sup> Además de lo que se indica posteriormente, llama la atención el empleo de las palabras << diputados >> y << Diputadas >> escritas como se acaba de reflejar: una en minúsculas y otra en mayúsculas.

## LEGISLACIÓN

votos sea relevante. En concreto, el más claro es si la posibilidad indicada para las Diputadas se circunscribe únicamente a estas tres clases de votaciones o posee carácter más general. Esta última opción parece más plausible, por cuanto no se habla del Pleno relativo a estas votaciones sino de sesiones plenarias, lo que conlleva un carácter más genérico. Además, el entendimiento de la expresión «en el mismo supuesto» se puede hacer referir a la emisión del voto en la forma y con las garantías que acuerde la Mesa, y no a estas concretas votaciones, a las que sí se refiere la expresión «en dichos supuestos» de la frase anterior.

Lo que se acaba de exponer permitiría diferenciar, por tanto, dos supuestos: de un lado, el de cualquier miembro de la cámara que no pueda asistir a las concretas sesiones plenarias en las que se vayan a efectuar las votaciones de investidura, moción de censura y cuestión de confianza, por motivos de hospitalización o convalecencia: en este caso debe acreditarse esa situación como exige expresamente el artículo tratado. De otro lado, las Diputadas que no puedan asistir a cualquier tipo de sesión plenaria por causas de embarazo o parto.

La normativa del Parlamento de Canarias impide una interpretación como la que se acaba de hacer respecto a la Asamblea de Extremadura. En efecto, la cuestión se plantea en un precepto dedicado a regular algunos tipos de votación de los miembros de la cámara, y es en ese lugar donde se hace una previsión específica para las votaciones relativas a las mismas materias, esto es, la investidura, la moción de censura y la cuestión de confianza<sup>57</sup>. Sin embargo, se contempla expresamente para dichos supuestos que un miembro de la cámara se halle hospitalizado o una diputada no pueda asistir por causa de embarazo o parto: en ambos casos se podrá emitir el voto en la forma y con las garantías que establezca un Acuerdo de la Mesa<sup>58</sup>. La hospitalización incluye a Diputados y Diputadas y excluye, por otra parte, los supuestos de convalecencia, que sí contemplaba el Reglamento de la Asamblea de Extremadura: por ello, además de quienes se encuentren hospitalizados sólo se permitirá el voto a las Diputadas a las que sea imposible —esto resulta más restrictivo que la previsión extremeña— asistir a dichas sesiones por causas de embarazo o parto. En realidad, la regulación entre este

Reglamento y el anteriormente citado contrasta también en esta previsión acerca de la imposibilidad de asistir a la sesión: en el caso de Extremadura esto se aplica a quienes se encuentren hospitalizados o convalecientes y no al caso de embarazo o parto, mientras en Canarias se refiere precisamente a estos supuestos y no al de hospitalización.

Antes de pasar al siguiente Reglamento que trata estos aspectos, debe mencionarse una cuestión que está presente al fondo de estos preceptos de los dos últimos reglamentos mencionados, ya que regulan cuestiones relacionadas con unas sesiones donde un protagonista principal es la persona que ocupa la presidencia del gobierno autonómico o es candidata a ese puesto. Sin embargo, parece contemplarse la cuestión desde el prisma de que no será una mujer, puesto que no hay referencias en ese sentido en estos preceptos: las existentes son a Diputadas que han de emitir su voto y, por tanto, parece centrarlas en el otro sujeto de la relación de confianza política, esto es, el parlamento. Se podría haber aprovechado precisamente estos supuestos para tratar también los casos en que fueran mujeres las candidatas o presidentas del gobierno autonómico, con la relevancia política que esto incorporaría.

Una regulación más completa y diversa se encuentra en el Reglamento del Parlamento Vasco. Se trata este tema en el marco general de la votación pero con referencia a los caracteres de personal e indelegable que posee el voto de los miembros de la cámara y no, por tanto, sobre los tipos de votación posible: en este contexto se establecen unas excepciones a esta regla general, cuyo núcleo será la maternidad y no el embarazo o el parto como en las normas ya vistas<sup>59</sup>. En primer lugar, tras preverse que las parlamentarias dispondrán de un periodo de descanso por maternidad de seis semanas posteriores al parto, se indica que «durante este periodo podrán delegar su voto en la portavoz o el portavoz o en otra parlamentaria o parlamentario»<sup>60</sup>. En segundo lugar, se regula la posibilidad de que haya «parlamentarias y parlamentarios que con motivo de la maternidad o paternidad no puedan cumplir su deber de asistir a los debates y votaciones del pleno»: en estos casos también se establece la posibilidad de delegar el voto en los mismos términos que las parlamentarias durante el descanso por maternidad<sup>61</sup>. Es en relación con esta

<sup>57</sup> Es el artículo 94 y estas votaciones serán siempre públicas por llamamiento (apartado 2, primer inciso). Se sitúa en el Capítulo IV, «De las votaciones», del Título IV, «De las disposiciones generales de funcionamiento».

<sup>58</sup> Al utilizarse aquí «Acuerdo» en mayúscula se sugiere una previsión más estable que el «acuerdo» de la Mesa de la Asamblea extremeña, más coyuntural o *ad hoc*, lo que se confirma porque se continúa indicando que se adoptará «según lo previsto en el artículo 28.1.7º del presente Reglamento»: este último recoge como función de la Mesa «Interpretar y suplir el Reglamento en los casos de duda u omisión. Cuando en el ejercicio de esta función supletoria se propusiera dictar una resolución de carácter general, deberá mediar el parecer favorable de la Junta de Portavoces».

<sup>59</sup> Se trata del artículo 88 del Reglamento del Parlamento Vasco, publicado en el Boletín Oficial de la citada cámara 187/29.12.2008. Este precepto es, a diferencia de los anteriores, el primero del Capítulo IV, «De las votaciones», del Título II, «De las disposiciones generales de funcionamiento».

<sup>60</sup> Artículo 88.1 letra a).

## ARTÍCULO 14

## LEGISLACIÓN

segunda posibilidad respecto a la que se indica un determinado procedimiento para hacerla efectiva<sup>62</sup>: sería posible aplicarlo también en el descanso por maternidad aunque entendiéndose que no sería preciso determinar las sesiones en que deba ejercerse dicha delegación de voto, y que la Mesa no podría disminuir el tiempo del período de descanso si la parlamentaria no lo hace.

Resulta interesante observar alguna otra diferencia entre los dos supuestos tratados en este Reglamento del Parlamento Vasco. Se trata de que mientras el descanso por maternidad está circunscrito a las seis semanas posteriores al parto, el otro supuesto podría extenderse en el tiempo, por cuanto las circunstancias relacionadas con la maternidad o paternidad que no permitan cumplir el deber de asistir a las sesiones del Pleno puede producirse en diferentes momentos: por ello, se entiende la regulación del procedimiento y la intervención de la Mesa del Parlamento. Además, se

permite comprender en el ámbito de aplicación a los supuestos de adopción.

La reciente regulación elaborada en el Parlamento de Andalucía es más completa que las vistas hasta este momento y es útil leer su Exposición de Motivos para contextualizar la reforma efectuada, en línea con la llevada a cabo ya en 1995. En el texto vigente se recoge autónomamente tanto la maternidad como la paternidad con ocasión de embarazo, nacimiento o adopción, indicando un procedimiento específico para efectuar la delegación del voto a favor de cualquier otro miembro de la cámara respecto a todas las votaciones que se celebren en la misma<sup>63</sup>. Además, se establece la posibilidad de habilitar, sin perjuicio de la delegación temporal del voto, formas de voto por procedimientos telemáticos en estos supuestos de maternidad y paternidad<sup>64</sup>. **(Antonio Javier Trujillo Pérez, Profesor Titular de Derecho Constitucional, Universidad de Málaga).**

## REAL DECRETO 1791/2009, DE 20 DE NOVIEMBRE, POR EL QUE SE REGULA EL RÉGIMEN DE FUNCIONAMIENTO, COMPETENCIAS Y COMPOSICIÓN DEL CONSEJO DE PARTICIPACIÓN DE LA MUJER<sup>65</sup>

### CAPÍTULO I Objeto, naturaleza y funciones

#### Artículo 1. Objeto.

Este real decreto tiene por objeto regular las funciones, composición y funcionamiento, del Consejo de Participación de la Mujer, previsto en el artículo 78 de la Ley de Igualdad.

#### Artículo 2. Naturaleza jurídica y fines.

1. El Consejo de Participación de la Mujer es un

órgano colegiado de naturaleza participativa y de carácter consultivo y asesor, adscrito a la Administración General del Estado, a través del Ministerio de Igualdad.

2. Creado como espacio de encuentro, de colaboración y cooperación de las organizaciones y asociaciones de mujeres de ámbito estatal y de las Administraciones públicas, para la consecución efec-

<sup>61</sup> Artículo 88.1 letra b).

<sup>62</sup> <<La delegación de voto debe realizarse mediante escrito dirigido a la Mesa del Parlamento, en el cual deben constar los nombres de la persona que delega el voto y de la que recibe la delegación, así como los debates y las votaciones donde debe ejercerse o, en su caso, el periodo de duración de la delegación. La Mesa, al admitir a trámite la solicitud, establecerá el procedimiento para ejercer el voto delegado y el tiempo máximo>>.

<sup>63</sup> Según el nuevo artículo 85.5 del Reglamento del Parlamento de Andalucía, <<la delegación de voto deberá realizarse mediante escrito dirigido por el diputado o diputada afectado a la Mesa del Parlamento, en el cual deberá constar el nombre del miembro de la Cámara que recibe la delegación, así como los debates y las votaciones donde habrá de ejercerse o, en su caso, el periodo de duración de aquella>>. Este mismo procedimiento regirá para solicitar la delegación del voto en caso de enfermedad o incapacidad prolongadas, aunque aquí se hace necesaria una intervención de la cámara acordando esa delegación (cfr. artículo 85.6). Este precepto se encuentra ubicado sistemáticamente en el Capítulo IV, <<De las votaciones>>, del Título IV, <<De las disposiciones generales de funcionamiento>>, del Reglamento.

<sup>64</sup> Como establece el artículo 85.7, que lo posibilita también para los casos de enfermedad e incapacidad prolongadas.

<sup>65</sup> BOE núm. 302, de 16 de diciembre de 2009 (disponible en varios formatos en <http://www.boe.es/boe/dias/2009/12/16/pdfs/BOE-A-2009-20160.pdf>). La parte expositiva indica: La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad efectiva de mujeres y hombres, regula, en su artículo 78, el Consejo de Participación de la Mujer como el órgano colegiado de consulta y asesoramiento con el fin esencial de servir de cauce para la participación de las mujeres en la consecución efectiva del principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres y la lucha contra la discriminación por razón de sexo, estableciendo que su régimen de funcionamiento, competencias y composición se determinará reglamentariamente, garantizando, en todo caso, la participación del conjunto de las Administraciones públicas y de las asociaciones y organizaciones de mujeres de ámbito estatal.

Por su parte, de acuerdo con el Real Decreto 1135/2008, de 4 de julio, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Igualdad, éste es el departamento de la Administración General del Estado al que corresponde la propuesta y ejecución de las políticas del Gobierno en materia de igualdad, eliminación de toda clase de discriminación de las personas por razón de sexo (...) y erradicación de la violencia de género. Asimismo, le corresponde, en particular, la elaboración y desarrollo de las normas, actuaciones y medidas dirigidas a asegurar la igualdad de trato y de oportunidades, especialmente entre mujeres y hombres, y el fomento de la participación social y política de las mujeres.

En consecuencia, corresponde al Ministerio de Igualdad proponer al Consejo de Ministros el desarrollo de las previsiones del artículo 78 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad efectiva de mujeres y hombres, mediante la elaboración del presente real decreto.

Este real decreto ha sido objeto del trámite de consulta a las organizaciones y asociaciones de mujeres de ámbito estatal.

En su virtud, a propuesta de la Ministra de Igualdad, previa aprobación de la Vicepresidenta Primera del Gobierno y Ministra de Presidencia, de acuerdo con el Consejo de Estado y previa deliberación del Consejo de Ministros en su reunión de 20 de noviembre de 2009".

## ARTÍCULO 14

## LEGISLACIÓN

tiva del principio de igualdad de trato y de oportunidades de mujeres y hombres, el Consejo tendrá los siguientes fines:

- a) Ser el cauce para la participación de las mujeres, en el desarrollo y aplicación del derecho a la igualdad y la lucha contra la discriminación, recogiendo las demandas y propuestas dirigidas a tal fin.
- b) Actuar como interlocutor de las entidades representativas de las mujeres ante las Administraciones públicas y ante cualquier institución de carácter público o privado, ante las políticas públicas, generales y específicas propuestas, iniciativas y medidas encaminadas a la consecución de la igualdad.

**Artículo 3. Funciones.**

1. Para el cumplimiento de los fines señalados en el artículo 1, el Consejo de Participación de la Mujer tendrá las funciones de asesoramiento y propuesta sobre cuantas medidas de políticas de igualdad entre mujeres y hombres se aborden por el Gobierno. En particular, se le atribuyen las funciones siguientes:

- a) Elaborar informes sobre las propuestas, planes y programas que puedan afectar a la igualdad entre mujeres y hombres, a iniciativa propia o cuando le sean requeridos por los órganos competentes de la Administración General del Estado, así como formular propuestas y recomendaciones en esta materia.
- b) Proponer medidas para la promoción integral de la igualdad de trato y de oportunidades de mujeres y hombres, dentro del marco de competencias de la Administración General del Estado.
- c) Recabar información de los programas y actividades que, en materia de igualdad entre mujeres y hombres lleva a cabo la Administración General del Estado, así como aquellos otros desarrollados en cooperación con otras Administraciones públicas y proporcionar a las organizaciones de mujeres información relativa a todos los temas que las afecten, dentro del marco legislativo y financiero de la Unión Europea.
- d) Recabar y canalizar las propuestas de las organizaciones sociales con actividad en el ámbito de la igualdad entre mujeres y hombres.
- e) Promover o elaborar estudios e iniciativas sobre materias de su competencia.
- f) Cooperar con otros órganos análogos de ámbito nacional, autonómico, local e internacional, con vistas a coordinar y mejorar todas aquellas actuaciones que redunden en beneficio de la efectividad del principio de igualdad entre mujeres y hombres, a cuyo objeto se tendrán las oportunas reuniones.
- g) Promover el intercambio de experiencias, debates, discusiones y encuentros de organizaciones y asociaciones de mujeres de ámbito estatal, con el fin de proporcionarles información relativa a la realidad social

de las mujeres.

h) Elaborar una memoria anual sobre los trabajos y actividades realizadas.

i) Cuantas otras actuaciones se consideren necesarias para el logro de su objetivo, así como cualquier otra que las disposiciones vigentes le atribuyan.

2. Además de las funciones previstas en el apartado 1, al Consejo de Participación de la Mujer le corresponde emitir informe, cuando le sean requeridos por los órganos competentes de la Administración General del Estado, sobre los anteproyectos de leyes y proyectos de reales decretos de competencia estatal, que regulen materias relacionadas con la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres y la lucha contra la discriminación por razón de sexo; así como, con carácter preceptivo, sobre el Plan Estratégico de Igualdad.

El plazo para emitir dicho informe, en su caso, será el fijado por el Gobierno o el órgano competente de la Administración General del Estado, en la orden de remisión del expediente o en la solicitud de consulta. El plazo para la emisión del informe no será inferior a 30 días, salvo que el Gobierno, o el órgano competente de la Administración General del Estado, hagan constar la urgencia del mismo, en cuyo caso el plazo no podrá ser inferior a 10 días.

Transcurrido el correspondiente plazo sin que se haya emitido el dictamen se tendrá por cumplido el trámite y se podrán proseguir las actuaciones de procedimiento.

3. Las propuestas, acuerdos o recomendaciones del Consejo de Participación que se eleven al Gobierno se canalizarán a través de la Secretaría General de Políticas de Igualdad.

**CAPÍTULO II Composición****Artículo 4. Composición.**

1. El Consejo de Participación de la Mujer estará constituido por: una presidencia, dos vicepresidencias, una secretaria, y 40 vocalías; 13 en representación de las Administraciones públicas, 20 de las organizaciones y asociaciones de mujeres, 4 en representación de las organizaciones empresariales y sindicales más representativas a nivel estatal y 3 personas expertas de reconocido prestigio en el ámbito de la igualdad.

2. Las vocalías en representación de las Administraciones públicas serán ejercidas:

- a) Por diez personas, con rango al menos de director general, en representación de los Departamentos Ministeriales que designe la Comisión Interministerial de Igualdad, a propuesta del titular del Ministerio respectivo.
- b) Por dos personas en representación de las comunidades autónomas, y ciudades de Ceuta y Melilla,

## LEGISLACIÓN

designadas por la Conferencia Sectorial de Igualdad.  
c) Por una persona en representación de la asociación de entidades locales más representativa de ámbito estatal, designada a propuesta de aquélla.

3. Las vocalías en representación de las organizaciones y asociaciones de mujeres serán ejercidas por aquellas personas elegidas como representantes por las propias organizaciones, siempre que éstas reúnan las siguientes condiciones:

a) Estar legalmente constituidas e inscritas en el Registro correspondiente, y que sus fines estatutarios se enmarquen en la defensa de la igualdad y la lucha contra la discriminación de las mujeres.

b) Tener un ámbito de actuación estatal según sus estatutos y una existencia de, al menos, cuatro años y realizar programas, al menos, en dos comunidades autónomas. En los supuestos de Federaciones de Asociaciones, bastará con que al menos la mitad de las asociaciones federadas tengan una antigüedad de, al menos, cuatro años, aunque la Federación como tal tenga una antigüedad menor.

4. En todo caso, las vocalías en representación de las organizaciones y asociaciones de mujeres deberán reflejar la pluralidad del movimiento asociativo de mujeres garantizando la representatividad de organizaciones profesionales y empresariales, rurales, y colectivos con especiales dificultades.

5. Asimismo, podrán ser convocados bien al Pleno, a una Comisión o a un Grupo de Trabajo, representantes o personalidades de otras Administraciones públicas, organismos e instituciones en función de la naturaleza o del ámbito territorial de los temas que se vayan a tratar, de interés para el Consejo. Estos representantes actuarán con voz pero sin voto.

#### **Artículo 5. De la presidencia.**

1. Ejercerá la presidencia del Consejo de Participación de la Mujer la persona titular del Ministerio de Igualdad.

2. Serán funciones de la presidencia:

a) Ostentar la representación.

b) Ejercer la dirección.

c) Asegurar el cumplimiento de las leyes.

d) Convocar las sesiones del pleno, presidirlas y moderar el desarrollo de los debates.

e) Fijar el orden del día de las reuniones, teniendo en cuenta, en su caso, las peticiones de las vocalías, formuladas con la suficiente antelación.

f) Dirimir con su voto las votaciones, en caso de empate.

g) Visar las actas y certificaciones de los acuerdos.

h) Todas aquellas otras funciones que sean intrínsecas a su condición.

3. En los casos de vacante, ausencia, enfermedad u otra causa legal, ocupará la presidencia, en primer

lugar, la persona que ejerza la vicepresidencia primera y, en ausencia de ésta, la persona que ostente la segunda.

#### **Artículo 6. De las vicepresidencias.**

1. La vicepresidencia primera será ejercida por la Secretaria General de Políticas de Igualdad. La vicepresidencia segunda será elegida por y entre las personas que ejerzan las vocalías en representación de las organizaciones y asociaciones de mujeres.

2. Corresponde a las vicepresidencias:

a) Sustituir, por su orden, a la persona que ejerza la presidencia en los casos de vacante, ausencia o enfermedad, ejerciendo las funciones que a ésta le están atribuidas.

b) Cuantas otras funciones les sean delegadas por la presidencia.

3. Las funciones de las vicepresidencias no serán delegables.

#### **Artículo 7. De la secretaría.**

1. Ejercerá la secretaría quien ostente la Secretaría General del Instituto de la Mujer.

2. Corresponde a la secretaría:

a) Asistir a las reuniones del pleno, con voz pero sin voto.

b) Efectuar las convocatorias de las sesiones del Consejo por orden de la presidencia, así como las citaciones a los miembros.

c) Recibir las comunicaciones que las vocalías del Consejo eleven al mismo, así como cuantas notificaciones, acuses de recibo, excusas de asistencia, peticiones de datos, rectificaciones o cualesquiera otras clases de escritos que se remitan al Consejo de Participación.

d) Facilitar, por medio de los servicios correspondientes, a los demás miembros del Consejo la información y asistencia técnica que sean necesarias para el ejercicio de las funciones encomendadas a los mismos.

e) Elaborar y autorizar las actas de las sesiones del Consejo de Participación y emitir las correspondientes certificaciones.

f) Cuantas otras le sean inherentes.

#### **Artículo 8. De las vocalías.**

Corresponde a las vocalías:

a) Participar en los debates y efectuar propuestas relacionadas con los fines y funciones del Consejo.

b) Participar en los grupos de trabajo que se constituyan.

c) Ejercer el derecho de voto, pudiendo hacer constar en el acta su abstención o voto particular.

d) Acceder a la información necesaria para poder cumplir sus funciones. A tal efecto, deberán formular por escrito la petición correspondiente dirigida a la secretaría del Consejo.

## ARTÍCULO 14

## LEGISLACIÓN

e) Ser informadas, bien en el Pleno, bien a través de comunicación individual, de la convocatoria anual de subvenciones del Instituto de la Mujer, destinadas a organizaciones y asociaciones de mujeres, así como de las resoluciones de las convocatorias de subvenciones dirigidas a las organizaciones y asociaciones de mujeres que apruebe, en su caso, el Ministerio de Igualdad o el Instituto de la Mujer.

f) Formular ruegos y preguntas.

g) Cuantas otras funciones sean intrínsecas a la condición de vocal.

**Artículo 9. Procedimiento de elección y duración del mandato de las Vocalías en representación de las organizaciones y asociaciones de mujeres.**

1. El procedimiento de elección de las vocalías correspondientes a las organizaciones y asociaciones de mujeres, será convocado al efecto por la Ministra de Igualdad, dirigido a las organizaciones y asociaciones de mujeres que cumplan los requisitos establecidos en el artículo 4.3, las cuales podrán presentar las correspondientes candidaturas.

2. El proceso de elección, que habrá de garantizar los criterios de representatividad previstos en el artículo 4.4, se regirá por las bases establecidas en dicha convocatoria, que contendrán, como mínimo, el procedimiento para solicitar la participación en el mismo como electoras y elegibles, el procedimiento para la emisión del voto por aquellas organizaciones y asociaciones admitidas, y la publicación de la relación de las organizaciones y asociaciones elegidas para cubrir las vocalías correspondientes a las organizaciones y asociaciones de mujeres.

3. La duración del mandato de quienes ejerzan las vocalías en representación de las organizaciones y asociaciones de mujeres será de cinco años, a cuyo término se celebrará un nuevo procedimiento de elección.

4. Además de por expiración del mandato, serán causas de cese las siguientes:

a) Por renuncia.

b) Por dejar de concurrir los requisitos exigidos en la convocatoria para poder formar parte del proceso de elección.

c) Por acuerdo de la entidad a la que representa, comunicado a la Secretaría del Consejo.

d) Por renuncia de la organización a la que representa quien ocupe la vocalía correspondiente.

**CAPÍTULO III Funcionamiento**

**Artículo 10. Pleno.**

1. El Consejo de Participación de la Mujer celebrará, al menos, dos sesiones plenarias ordinarias al año, cuya convocatoria será acordada por la Presidencia. Corresponde a la Presidencia la convocatoria de

sesiones extraordinarias, cuando lo estime justificado o, en su caso, tras la solicitud razonada de la mayoría de las vocalías del Consejo.

2. Las convocatorias ordinarias del Consejo se efectuarán con la debida antelación y, al menos, quince días antes de la fecha de la reunión. Para las extraordinarias podrá reducirse este plazo, que en ningún caso será inferior a ocho días antes de la fecha de reunión.

3. Las convocatorias deberán indicar día, hora y lugar, así como orden del día, e incluir, en su caso, la documentación adecuada para su estudio previo.

4. Para la válida constitución del pleno en primera convocatoria, se requerirá la presencia de quienes ejerzan la presidencia y la secretaría, respectivamente, o, en su caso, de quienes le sustituyan, y la de la mitad, al menos, de sus miembros. En segunda convocatoria será suficiente la asistencia de la tercera parte de sus miembros.

5. Corresponde al Pleno aprobar las normas de organización y funcionamiento interno del Consejo. Asimismo le corresponde aprobar las líneas generales de actuación del Consejo, la creación de los Grupos de Trabajo que estime necesarios; y discutir y, en su caso, aprobar los informes presentados por la Comisión Permanente y las Comisiones de Trabajo.

**Artículo 11. Reunión informativa.**

Anualmente, la presidencia podrá convocar una reunión informativa del Consejo con representantes de todas las organizaciones y asociaciones de mujeres que cumplan los requisitos establecidos en el artículo 4.3, aunque no hayan obtenido representación en el Pleno.

**Artículo 12. Comisión permanente.**

1. La comisión permanente estará integrada por quienes ejerzan la vicepresidencia primera del Pleno, que la presidirá; la vicepresidencia segunda, que ejercerá la vicepresidencia de la Comisión Permanente; y seis vocalías elegidas por el Pleno, de las que tres habrán de serlo en representación de las organizaciones y asociaciones de mujeres representadas en el mismo, a designar por ellas mismas, y tres en representación del resto de integrantes del Pleno. La secretaría del Pleno ejercerá también la de la Comisión Permanente, con voz pero sin voto.

2. La Comisión Permanente es el órgano ejecutivo del Consejo de Participación de la Mujer para el ejercicio de sus funciones y cometidos relativos a asuntos de trámite, de preparación o de estudio. Tendrá atribuidas las facultades que aseguren la ejecución de los acuerdos adoptados por el Pleno del Consejo y realizará asimismo tareas de apoyo y asesoramiento a las funciones de la presidencia cuando se reúna el Pleno, y cualesquiera otras que éste le encomiende.

## LEGISLACIÓN

**Artículo 13. Grupos de trabajo.**

1. El Pleno del Consejo podrá crear, cuando lo estime necesario y por mayoría de sus miembros, grupos de trabajo para el examen de las materias objeto de su competencia, a los que encomendará el estudio y análisis de temas específicos.

2. El Pleno decidirá, al constituir los grupos de trabajo, el objeto, finalidad, composición y funcionamiento de cada uno de ellos, que en todo caso estarán integrados por un máximo de 10 vocales.

3. Los Grupos de Trabajo elaborarán informes o propuestas que para su aprobación deberán ser sometidas al Pleno o, en su caso, a la Comisión Permanente, en los que podrán reflejarse las opiniones discrepantes de sus integrantes. Asimismo podrán convocar a expertos en las materias que traten con la finalidad de recabar su opinión y asesoramiento.

**Disposición adicional primera. Convocatoria del proceso de elección de las Vocalías en representación de las organizaciones y asociaciones de mujeres.**

En el plazo de tres meses desde la publicación de este real decreto, la Ministra de Igualdad convocará el procedimiento de elección de las vocalías correspondientes a las organizaciones y asociaciones de Mujeres, previsto en el artículo 9.

**Disposición adicional segunda. Plazo para la elaboración y aprobación de sus normas de organización y funcionamiento interno.**

En el plazo de tres meses desde su constitución, el pleno elaborará y aprobará las normas de organización y funcionamiento interno del Consejo.

**Disposición adicional tercera. Régimen jurídico.**

En lo no previsto en este real decreto, el funcionamiento del Consejo de Participación se regirá por lo dispuesto en el capítulo II del título II de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

**Disposición adicional cuarta. Financiación.**

Para el desempeño de sus funciones, el Consejo de Participación de la Mujer contará con los créditos presupuestarios que asigne el Ministerio de Igualdad, sin que en ningún caso pueda originarse incremento del gasto público.

**Disposición final primera. Facultad de desarrollo.**

Se faculta a la Ministra de Igualdad para dictar cuantas disposiciones sean necesarias para el desarrollo y ejecución de este real decreto.

**Disposición final segunda. Entrada en vigor.**

El presente real decreto entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

**COMENTARIO A LA NORMATIVA REGULADORA DEL CONSEJO DE PARTICIPACIÓN DE LA MUJER**

En el BOE de 16 de diciembre se publica el RD 17/2009, de 20 de noviembre, por el que se regula el régimen de funcionamiento, competencias y composición del Consejo de Participación de la Mujer.

El Consejo de Participación de la Mujer es una de las instituciones que prevé la LO 2/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad efectiva de mujeres y hombres, como órgano de consulta, asesoramiento y cauce de participación de las mujeres en la Administración del Estado. Junto con las Unidades de Género y la Comisión interministerial, constituye uno de los más importantes instrumentos para la consecución de la igualdad, en la medida en que integra una representación institucional de las asociaciones de mujeres, en las políticas de género. Al momento de la promulgación de la LO 1/2007, las competencias en materia de igualdad se situaban en el Ministerio de Trabajo, pero la creación de un Ministerio de Igualdad, ha atraído las competencias en la materia.

En el art. 78 de esta ley se crea el Consejo de Participación de la Mujer con las finalidades de consecución de la igualdad y de servir de cauce de participación a las mujeres, y se determina que reglamentariamente se regule su funcionamiento, competencias, composición, siendo única exigencia que se garantice la presencia de las Administraciones Públicas y de las asociaciones y organizaciones de mujeres de ámbito estatal.

A esa exigencia responde el Real Decreto, que atribuye al órgano la función de encuentro, colaboración y cooperación de estas entidades, así como constituir un cauce de participación y actuar como interlocutor ante cualquier institución pública o privada.

En el art. 3 se enumeran las funciones concretas del Consejo, que están en función de esos objetivos de igualdad, y que son muy exhaustivas en materia de información, estudios y cooperación: en todo caso le asigna, como regula el punto i), de "cuantas otras actuaciones sean necesarias para el logro de su objetivo, así como cualquier otra que las disposiciones vigentes le atribuyan".

En cuanto a su composición, la Presidencia corresponde a la titular del Ministerio de Igualdad, y la Vicepresidencia Primera a la persona que ostente la Secretaría General de Políticas de Igualdad. La Segunda Vicepresidencia será elegida entre las asociaciones de mujeres. La Secretaría corresponderá a la persona que ocupe la dirección del Instituto de la Mujer. Existirán 40 vocalías de las que 20 se ocuparán por asociaciones estatales de mujeres, o federaciones, el

## ARTÍCULO 14

## LEGISLACIÓN

resto corresponden a la Administración autonómica, local, sindicatos y, por último, 3 a personas expertas de reconocido prestigio.

La composición del órgano, con 43 personas, puede entrañar ciertas dificultades de funcionamiento en cuanto al número. Igualmente, la presencia de las asociaciones puede ser relativamente reducida en relación con la de las instituciones y organizaciones sindicales, teniendo en cuenta los intereses que se defienden. Por otra parte, no era fácil determinar un número inferior de representación de las Administraciones públicas, pero la ley no exige presencia sindical, que no se entiende muy bien a qué criterios obedece. Si además tenemos en cuenta que hasta el nivel de la Segunda Vicepresidencia no están representadas las organizaciones de mujeres, no parece que puedan tener excesivo poder en este órgano.

Respecto del funcionamiento, se prevén dos sesiones al año, lo que parece razonable, dada la naturaleza de la composición, sin perjuicio de las sesiones extraor-

dinarias, y de las reuniones informativas, que en aplicación del art. 11 puede convocar la Presidencia.

Podría ser más ágil el funcionamiento de la Comisión Permanente, que se compone de 8 personas, seis vocalías, la vicepresidencia primera y la segunda.

En cuanto al proceso de selección de las vocalías correspondientes a las asociaciones y organizaciones de mujeres, el art. 9 establece un procedimiento relativamente complejo. Es un proceso electoral al que pueden concurrir las asociaciones y federaciones con un mínimo de antigüedad. En la convocatoria que se efectúe se contendrán los requisitos procedimentales de ese proceso. Probablemente no haya sido fácil la regulación de este aspecto de la composición del Consejo, pero en todo caso, la práctica tendrá que determinar si es o no un procedimiento que garantice finalmente la representatividad de las asociaciones de mujeres en esta importante institución. **(María Luisa Balaguer Callejón, Catedrática de Derecho Constitucional y Consejera del Consejo Consultivo de Andalucía).**

## REAL DECRETO 1615/2009, DE 26 DE OCTUBRE, POR EL QUE SE REGULA LA CONCESIÓN Y UTILIZACIÓN DEL DISTINTIVO "IGUALDAD EN LA EMPRESA"<sup>66</sup>

### CAPÍTULO I Disposiciones generales

#### Artículo 1. Objeto.

El presente real decreto tiene por objeto desarrollar lo previsto en el artículo 50 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, relativo al distintivo empresarial en materia de igualdad, regulando reglamentariamente su denominación, el procedimiento y las condiciones para su concesión, las facultades derivadas de su obtención, las condiciones de difusión institucional de las empresas que lo obtengan y de las políticas de igualdad aplicadas por ellas, así como los procedimientos de control sobre el mantenimiento de las condiciones y políticas que justifiquen su concesión, y los procedimientos de retirada del mismo en caso de incumplimiento de aquéllas por parte de las empresas.

#### Artículo 2. Denominación del distintivo empresarial en materia de igualdad.

El distintivo empresarial en materia de igualdad que regula el presente real decreto se denominará «Igualdad en la Empresa» y se representará con el logotipo que se determine mediante orden de la

Ministra de Igualdad.

#### Artículo 3. Propiedad del distintivo.

El logotipo y el nombre del distintivo empresarial en materia de igualdad al que se refiere este real decreto es propiedad exclusiva del Ministerio de Igualdad y quedará registrado como marca conforme a lo establecido en la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas, y sometido a la normativa aplicable en esta materia.

#### Artículo 4. Requisitos generales para la solicitud del distintivo «Igualdad en la Empresa».

Cualquier empresa, de capital público o privado, que ejerza su actividad en territorio español, podrá solicitar del Ministerio de Igualdad la concesión del distintivo empresarial, siempre que cumpla los siguientes requisitos:

- a) Estar inscrita en la Seguridad Social y, cuando proceda, encontrarse formalmente constituida e inscrita en el registro público que corresponda.
- b) Encontrarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones en materia tributaria y de Seguridad Social.
- c) No haber sido sancionada, en los tres años anterior-

<sup>66</sup> BOE núm. 265, de 3 de noviembre de 2009. Se omite la transcripción de la parte expositiva del Real Decreto, que puede consultarse en varios formatos en <http://www.boe.es/boe/dias/2009/11/03/>.

## ARTÍCULO 14

## LEGISLACIÓN

res a la solicitud, con carácter firme, por infracción grave o muy grave en materia de igualdad de oportunidades y no discriminación o por infracción muy grave en materia social, de acuerdo con lo dispuesto en el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto.

d) Haber iniciado la implantación de un Plan de Igualdad, en aquellos supuestos en que la empresa esté obligada a su implantación por imperativo legal o convencional. En los demás supuestos, haber iniciado la implantación de un Plan de Igualdad o de Políticas de Igualdad.

e) Contar con un compromiso explícito en materia de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en las condiciones de trabajo, la organización y funcionamiento interno de la empresa, y la responsabilidad social. Este compromiso deberá acreditarse por escrito y haberse hecho público.

#### CAPÍTULO II Procedimiento para la concesión del distintivo «Igualdad en la Empresa»

##### Artículo 5. Convocatoria y solicitudes.

1. Anualmente, mediante orden de la Ministra de Igualdad se procederá a convocar el procedimiento para la concesión del distintivo «Igualdad en la Empresa». La orden será publicada en el «Boletín Oficial del Estado» y establecerá las bases de cada convocatoria con arreglo a las disposiciones establecidas en el presente capítulo.

2. Quienes cumplan los requisitos exigidos en el artículo anterior deberán dirigir sus solicitudes a la Dirección General para la Igualdad en el Empleo del Ministerio de Igualdad mediante el impreso normalizado que establezca la correspondiente convocatoria, que preverá la posibilidad de su tramitación electrónica. Asimismo podrán ser presentadas en cualquiera de los lugares previstos en el artículo 38.4 de la Ley 30/1992, de 26 noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

##### Artículo 6. Documentación.

1. Las solicitudes deberán ir acompañadas de la siguiente documentación, siempre y cuando alguno de los documentos previstos en los siguientes apartados no obre ya en poder de la Administración:

- Texto o textos íntegros en los que conste el Plan de Igualdad o las Políticas de Igualdad en la empresa.
- En los casos en que exista obligación legal, convencional o de otra naturaleza de implantar un Plan de Igualdad en la empresa, copia de los documentos en los que se haga constar el acuerdo alcanzado o la voluntad de negociación del mismo.
- Un balance o informe sobre las medidas de igual-

dad implantadas en la empresa en relación con las condiciones de trabajo, el modelo organizativo, la responsabilidad social de la empresa y la difusión y publicidad de los productos y servicios ofrecidos por la misma.

d) Cualquier otra documentación que contribuya al mejor conocimiento del Plan de Igualdad o las Políticas de Igualdad en la empresa solicitante.

e) En los supuestos en los que la empresa haya solicitado u obtenido un distintivo análogo de cualesquiera otras administraciones públicas, aportará también copia de la correspondiente solicitud o de la resolución que acredite la concesión de dicho distintivo.

2. Documentación adicional: Con carácter facultativo, un informe de los representantes del personal en la empresa sobre el Plan de Igualdad o las Políticas de Igualdad en los que se apoya la solicitud. Si la empresa no cuenta con órganos de representación de la plantilla, podrán suscribir el informe sus propios trabajadores y trabajadoras.

##### Artículo 7. Comisión evaluadora.

1. En el Ministerio de Igualdad se constituirá una Comisión evaluadora para la concesión del distintivo «Igualdad en la Empresa», integrada por: la persona titular de la Dirección General para la Igualdad en el Empleo, que la presidirá; tres personas, con rango al menos de subdirector general, dos de ellas pertenecientes a la Dirección General para la Igualdad en el Empleo, y una en representación del Instituto de la Mujer, designada por su titular, que ejercerán las vocalías de la Comisión; y una persona con nivel al menos de consejero técnico, de la Dirección General para la Igualdad en el Empleo, que ejercerá la secretaría de la Comisión.

2. La Comisión Evaluadora verificará y evaluará la documentación presentada, atendiendo a los criterios de valoración establecidos en el artículo 10, y a la vista de ello elevará la oportuna propuesta de resolución a la Ministra de Igualdad.

3. La Comisión Evaluadora podrá solicitar de otras administraciones públicas los informes que estime oportunos sobre las empresas que soliciten el distintivo, para el mejor desarrollo de su función evaluadora.

4. La Comisión Evaluadora se regirá en su funcionamiento por lo dispuesto en el capítulo II del título II de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

##### Artículo 8. Resolución.

A la vista de la propuesta elevada por la Comisión evaluadora, la Ministra de Igualdad procederá a dictar resolución motivada sobre las solicitudes de concesión del distintivo empresarial «Igualdad en la

## LEGISLACIÓN

Empresa». Esta resolución será publicada en el «Boletín Oficial del Estado».

El plazo máximo para resolver y notificar las solicitudes será de seis meses, a partir de la fecha de finalización del plazo de presentación de solicitudes que se fije anualmente en cada convocatoria. Transcurrido este plazo, si no recayera resolución expresa, se entenderá estimada la petición.

### Artículo 9. Entrega del distintivo.

El Ministerio de Igualdad procederá a la entrega del certificado y de la placa acreditativos del distintivo «Igualdad en la Empresa» en acto público convocado al efecto y al que se dotará de la solemnidad y difusión adecuada.

### Artículo 10. Criterios de valoración.

La Comisión constituida al efecto de acuerdo con lo previsto en el artículo 7 realizará la evaluación de las solicitudes atendiendo especialmente a la implantación y resultados de las medidas contenidas en los Planes de Igualdad o en las Políticas de Igualdad, su carácter integral, la aplicación de medidas de acción positiva y el establecimiento de procedimientos y criterios de evaluación periódica del Plan de Igualdad o de las políticas de igualdad de la empresa. La evaluación atenderá igualmente a la dimensión de las empresas y, específicamente, a las especiales características de las pequeñas y medianas. En la evaluación se atenderá, fundamentalmente, a los siguientes aspectos:

1. Aspectos generales relativos al Plan de Igualdad o las políticas de igualdad.

a) La claridad y rigor en el diseño de las medidas que integren el Plan de Igualdad, o las políticas de igualdad en la definición de los objetivos que persiguen y de los medios para su implantación y desarrollo.

b) La adecuación del Plan o de las políticas de igualdad al objetivo de hacer frente a las discriminaciones por razón de género en el conjunto de la empresa de forma integral.

c) La proporcionalidad y razonabilidad de las medidas que integren el Plan de Igualdad o las políticas de igualdad, atendiendo al equilibrio entre los objetivos, los medios y los plazos establecidos.

d) La posible coordinación con las actuaciones similares desarrolladas por otras empresas, especialmente, en el mismo sector o sectores de actividad.

e) La implicación tanto de los representantes del personal como del conjunto de la plantilla en el compromiso empresarial en materia de igualdad.

f) La participación de los representantes del personal, si la hubiere, y de la plantilla en su conjunto, tanto en el diagnóstico, como en el diseño de las medidas que integren el Plan de Igualdad o las Políticas de Igualdad, y su control y evaluación.

g) La participación en el diagnóstico, diseño, implantación y evaluación del Plan de Igualdad o de las Políticas de Igualdad de personas con cualificación especializada en igualdad y no discriminación por razón de género en las relaciones laborales.

h) La constitución de comités o comisiones específicas para velar por el desarrollo del Plan de Igualdad o las políticas de igualdad.

i) El compromiso de la alta dirección de la empresa con la consecución de la igualdad real y efectiva.

j) El diseño, implantación y evaluación de medidas de acción positiva contra las discriminaciones.

k) La adopción de medidas innovadoras que contribuyan efectivamente a la eliminación y prevención de las situaciones de discriminación entre mujeres y hombres.

2. Aspectos relativos al acceso al empleo y a las condiciones de trabajo.

a) La desagregación por sexo de los datos relativos al conjunto del personal que integra la empresa, por edad, tipo de vinculación con la empresa, niveles, grupos, categorías o puestos de trabajo y su evolución en los últimos años.

b) La desagregación por sexo de los datos relativos a la retribución del personal que integra la empresa, por edad, tipo de vinculación con la empresa, niveles, grupos, categorías o puestos de trabajo y su evolución en los últimos años.

c) La aplicación de criterios de acceso al empleo y de promoción profesional adecuados al principio de igualdad y no discriminación, que no den lugar a situaciones de discriminación directa o indirecta.

d) La aplicación de sistemas y criterios de clasificación profesional y de retribución que permitan eliminar y prevenir las situaciones de discriminación directa o indirecta.

e) El establecimiento de medidas de organización del tiempo de trabajo (jornada y horarios, turnos, vacaciones, entre otras) que faciliten la conciliación de la vida laboral, personal y familiar o el establecimiento de otras medidas con la misma finalidad, entre ellas, las relativas a las mejoras y beneficios sociales, al teletrabajo o a la movilidad geográfica.

f) La puesta en marcha de una oferta formativa que permita corregir las carencias de cualificación de las mujeres así como facilitar su acceso a puestos de trabajo en que se encuentran subrepresentadas, especialmente aquellos de mayor responsabilidad, diversificación, creatividad y remuneración.

g) La implantación de medidas específicas para prevenir el acoso sexual y el acoso por razón de sexo en el trabajo: códigos de conducta, protocolos de actuación para dar cauce a las denuncias o reclamaciones que se puedan formular en materia de acoso y sensi-

## ARTÍCULO 14

## LEGISLACIÓN

bilización y formación de los trabajadores y trabajadoras y sus representantes.

h) El establecimiento de políticas de prevención de riesgos laborales avanzadas e innovadoras, en especial en lo relativo a la maternidad, paternidad y lactancia.

i) La presencia de mujeres en los diferentes ámbitos de toma de decisiones en la empresa.

j) La presencia de mujeres, entre otros, en puestos de trabajo de alto contenido tecnológico, técnico y científico.

k) La implantación de medidas de revisión de los diferentes ámbitos de las relaciones laborales orientadas al logro de la igualdad real y efectiva entre mujeres y hombres, tales como el absentismo laboral y su posible penalización, los procedimientos de solución de conflictos, políticas de formación, políticas de prevención de riesgos profesionales, compromisos relativos a la calidad del empleo, mantenimiento y reestructuración de la plantilla, mejoras y beneficios sociales, entre otros.

l) La efectiva difusión y garantía de los derechos y facultades relativos al Plan de igualdad o a las Políticas de Igualdad y, en especial, a los mecanismos de tutela contra la discriminación.

3. Aspectos relativos al modelo organizativo y a la responsabilidad social de las empresas.

a) La información, formación y sensibilización en igualdad y no discriminación, tanto para el conjunto de la empresa como para ciertos grupos o perfiles profesionales.

b) La existencia de agentes, responsables o unidades de Igualdad, en los ámbitos de organización y dirección, o en otros ámbitos de las relaciones laborales.

c) La incorporación de medidas de gestión de la diversidad.

d) El diseño y las líneas de producción que contribuyan a la eliminación y prevención de las situaciones de discriminación.

e) La política de imagen de la empresa, el uso del lenguaje y la publicidad no sexistas que contribuyan a la eliminación y prevención de las situaciones de discriminación.

f) La implementación de actuaciones de responsabilidad social en materia de igualdad consistentes en medidas económicas, comerciales, laborales, asistenciales o de otra naturaleza, destinadas a promover condiciones de igualdad entre las mujeres y los hombres en el seno de la empresa o en su entorno social.

g) La integración del compromiso con la igualdad efectiva en las relaciones con terceros (proveedores, clientes, usuarios, contratistas y subcontratistas, integrantes de un grupo de empresas, entre otros).

h) Cualesquiera otros aspectos que contribuyan espe-

cialmente a la consecución de la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

### CAPÍTULO III Facultades y obligaciones derivadas de la obtención del distintivo «Igualdad en la Empresa»

#### Artículo 11. Facultades.

1. Sin perjuicio de otros que pudieran establecerse, la obtención del distintivo «Igualdad en la Empresa» conllevará las siguientes facultades:

a) La entrega a la empresa en acto público por parte del Ministerio de Igualdad de un certificado y una placa acreditativos de la concesión del distintivo empresarial en materia de igualdad.

b) El uso del distintivo en el tráfico comercial de la empresa y con fines publicitarios, en los términos y con las condiciones establecidas en el artículo 12 del presente real decreto.

c) La valoración del distintivo a efectos de la obtención de subvenciones públicas en cuyas bases reguladoras se premie la efectiva consecución de la igualdad en los supuestos establecidos en el artículo 35 de la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

d) La consideración del distintivo en la adjudicación de los contratos en los términos y condiciones establecidos en el artículo 34.2 de la Ley Orgánica 3/2007. A estos efectos, cuando los órganos de contratación dispongan en los pliegos de cláusulas administrativas particulares la preferencia para aquellas empresas que establezcan medidas tendentes a promover la igualdad entre mujeres y hombres en la empresa, se entenderá que cumplen tal requisito las poseedoras del distintivo empresarial, sin perjuicio de que tal circunstancia pueda acreditarse por cualesquiera otros medios que el órgano de contratación determine.

La empresa que hubiera hecho uso de esta preferencia, estará obligada a mantener los parámetros de igualdad durante el plazo fijado en la adjudicación.

e) La publicidad y difusión institucional por parte del Ministerio de Igualdad de las empresas que hayan obtenido el distintivo en materia de igualdad y de las políticas de igualdad aplicadas en las mismas.

2. La concesión del distintivo será compatible con el otorgamiento de otras distinciones o premios concedidos por diferentes administraciones públicas españolas o extranjeras o entes públicos adscritos o dependientes de dichas administraciones, así como por entidades privadas españolas o extranjeras en relación con la consecución de la igualdad real y efectiva.

#### Artículo 12. Obligaciones generales para las empresas distinguidas en materia de igualdad.

1. Las empresas que obtengan el distintivo empresa-

## ARTÍCULO 14

## LEGISLACIÓN

rial en materia de igualdad deberán promover activamente la igualdad efectiva de mujeres y hombres, especialmente en el cumplimiento y mejora de las medidas que integran el Plan de Igualdad, o las Políticas de Igualdad, que justifiquen la concesión de su distintivo.

2. El uso del distintivo empresarial está sujeto al cumplimiento de las siguientes obligaciones:

a) El distintivo deberá reproducir con exactitud el logotipo original que se determine, en los colores y tipos de letra indicados.

b) El distintivo deberá ir asociado, en todo caso, al nombre de la empresa distinguida con indicación del año de la concesión.

c) El uso del distintivo «Igualdad en la Empresa» deberá ajustarse a los límites temporales de vigencia inicial, prórroga o prórrogas de su concesión. Igualmente, el uso de dicho distintivo deberá ajustarse a los efectos temporales previstos en el capítulo IV de esta norma, relativos a la suspensión, revocación de la concesión, o renuncia a la misma.

La empresa a la que se le haya concedido el distintivo no podrá hacer uso del mismo desde el momento en que el período de validez del distintivo expire, desde que el Ministerio de Igualdad le comunique la suspensión temporal o la retirada definitiva del distintivo, o desde que la propia empresa solicite una suspensión voluntaria temporal o la renuncia al mismo.

d) En todo caso, el uso del distintivo empresarial «Igualdad en la Empresa» estará sujeto a la plena observancia de la normativa aplicable, en particular, en materia de publicidad.

#### Artículo 13. Informe anual.

La empresa distinguida en materia de igualdad deberá remitir a la Dirección General para la Igualdad en el Empleo un informe anual donde se reflejen las actuaciones implantadas y los efectos de las mismas en el marco de los Planes de Igualdad o de las Políticas de Igualdad cuya valoración justificó la concesión del distintivo empresarial en materia de igualdad.

El plazo ordinario para dar cumplimiento a la remisión del informe anual será de 30 días naturales inmediatamente posteriores a la fecha de terminación de cada anualidad de vigencia del distintivo, entendiéndose que la primera anualidad comienza en la fecha de su concesión.

El informe correspondiente a la tercera anualidad deberá contemplar tanto las actuaciones y resultados previstos y producidos durante la misma, como el conjunto de los que integren el Plan de Igualdad o las políticas de igualdad y de los que se han derivado de su implantación a lo largo de los tres años de vigencia del distintivo.

A los efectos de remisión del informe anual, resultará de aplicación lo previsto en el artículo 6.2.

#### Artículo 14. Procedimiento de control.

1. Corresponde a la Dirección General para la Igualdad en el Empleo realizar el seguimiento y control de la aplicación y los efectos de los Planes de Igualdad o las políticas de igualdad que hayan justificado la concesión del distintivo.

2. Para realizar el seguimiento y control señalado en el apartado anterior, la Dirección General para la Igualdad en el Empleo evaluará los informes anuales que le remitirán las empresas distinguidas en materia de igualdad y podrá requerir a éstas la información adicional que resulte necesaria para una adecuada valoración de los Planes de Igualdad y Políticas de Igualdad, su efectiva implantación y sus resultados.

### CAPÍTULO IV Vigencia, suspensión y finalización de la concesión del distintivo «Igualdad en la Empresa»

#### Artículo 15. Vigencia.

La concesión del distintivo empresarial en materia de igualdad tendrá una vigencia inicial de tres años.

#### Artículo 16. Prórroga.

Antes de expirar el periodo de vigencia, la empresa distinguida podrá solicitar la prórroga de la concesión del distintivo.

A tal efecto, la empresa distinguida en materia de igualdad deberá remitir a la Dirección General para la Igualdad en el Empleo la correspondiente solicitud de prórroga, acompañada de un informe trienal en el que se reflejen las actuaciones implantadas y los efectos de las mismas en el marco de los Planes de Igualdad o de las Políticas de Igualdad cuya valoración justificó la concesión del distintivo empresarial en materia de igualdad, así como, en su caso, la documentación adicional prevista en el artículo 6.2.

Cada prórroga tendrá una duración de tres años y estará sujeta al mismo procedimiento y a los mismos requisitos y obligaciones establecidos para la concesión inicial.

El plazo máximo para resolver y notificar la solicitud de prórroga será de seis meses desde su presentación. En aquellos supuestos en que la solicitud de prórroga se presente en plazo y forma, las facultades y obligaciones derivadas de la concesión del distintivo empresarial «Igualdad en la Empresa» se mantendrán con carácter provisional hasta que se resuelva el procedimiento.

#### Artículo 17. Suspensión.

1. La Ministra de Igualdad, de oficio o a instancia de parte, previa audiencia de la empresa distinguida, podrá suspender la concesión del distintivo empresarial en materia de igualdad, mediante resolución

## ARTÍCULO 14

## LEGISLACIÓN

motivada, que será publicada en el «Boletín Oficial del Estado», en los siguientes supuestos:

a) En caso de que la empresa distinguida no cumpla con la obligación de remisión del informe anual en la forma o en los plazos ordinarios previstos en la presente norma.

b) En caso de alteración de las condiciones que dieron lugar a la concesión del distintivo cuando supongan empeoramientos no sustanciales de los parámetros de igualdad que justificaron la concesión del distintivo.

c) En los supuestos de incumplimiento leve de las obligaciones previstas en el artículo 12 de la presente norma.

d) Cuando se inicie un procedimiento de revocación, como medida cautelar, hasta que recaiga la resolución que determine la revocación de dicha concesión.

2. En los supuestos de incumplimiento previstos en la letra a) del artículo anterior, la suspensión se mantendrá hasta que se cumpla con la obligación de remisión del informe anual en el plazo extraordinario que pudiera establecerse por el Ministerio de Igualdad o hasta que en el informe anual correspondiente se certifique la subsanación de las circunstancias que justificaron la suspensión.

3. La suspensión de la concesión del distintivo empresarial en materia de igualdad conllevará la de las facultades derivadas de aquella, en los términos previstos en el artículo 11. Para las facultades y obligaciones derivadas de los supuestos previstos en los apartados c) y d) del artículo 11.1 del presente real decreto, se estará a las especificaciones correspondientes en cada convocatoria de ayuda, subvención o adjudicación de contrato.

#### **Artículo 18. Revocación.**

1. Sin perjuicio de las responsabilidades que pudieran derivarse en los diferentes órdenes, la Ministra de Igualdad, de oficio o a instancia de parte, previa audiencia de la empresa distinguida, podrá revocar la concesión del distintivo empresarial en materia de igualdad, mediante resolución motivada, que será publicada en el «Boletín Oficial del Estado», en los siguientes supuestos:

a) En caso de incumplimiento por parte de la empresa de la obligación de remisión del informe anual a la Dirección General para la Igualdad en el Empleo en la forma o en los plazos extraordinarios establecidos al efecto.

b) En caso de alteración de las condiciones que dieron lugar a la concesión del distintivo que supongan el empeoramiento sustancial de los parámetros de igualdad que justificaron dicha concesión.

c) Cuando se produjera la pérdida de alguno de los requisitos necesarios para solicitar la concesión del

distintivo empresarial en materia de igualdad.

d) En caso de que en la empresa se produjeran o apreciaran condiciones o circunstancias incompatibles con los criterios de valoración señalados, o contrarias a la consecución de la igualdad real y efectiva entre mujeres y hombres.

e) En los supuestos de incumplimiento grave o reiterado de las obligaciones derivadas de la concesión del distintivo. Específicamente, cuando la empresa incurra en publicidad ilícita.

2. La revocación de la concesión del distintivo empresarial en materia de igualdad conllevará, en todo caso, pérdida de las facultades derivadas de aquella. Para las facultades y obligaciones derivadas de los supuestos previstos en los apartados c) y d) del artículo 11.1 del presente real decreto, se estará a las especificaciones correspondientes en cada convocatoria de ayuda, subvención o adjudicación de contrato.

3. Aquella empresa a la que se haya revocado el distintivo quedará excluida durante tres años de la posibilidad de solicitarlo. En el caso de una segunda revocación, la empresa quedará excluida durante 10 años en los procedimientos de concesión del distintivo empresarial en materia de igualdad.

#### **Artículo 19. Suspensión y renuncia voluntarias.**

La empresa distinguida en materia de igualdad podrá solicitar a la Dirección General para la Igualdad en el Empleo la suspensión de la concesión de su distintivo o renunciar a él.

La suspensión conllevará la suspensión de las facultades derivadas de la concesión en los términos previstos en el artículo 17 del presente real decreto.

La renuncia a la concesión del distintivo conllevará la pérdida de las facultades derivadas de aquella en los términos previstos en el artículo anterior.

### **CAPÍTULO V Registro de concesiones, renovaciones, renunciaciones voluntarias, suspensiones y revocaciones del distintivo empresarial en materia de igualdad**

#### **Artículo 20. Registro de las empresas con distintivo «Igualdad en la Empresa».**

El Ministerio de Igualdad, a través de la Dirección General para la Igualdad en el Empleo, mantendrá un Registro público de las concesiones, renovaciones, renunciaciones voluntarias, suspensiones y revocaciones de este distintivo empresarial.

### **CAPÍTULO VI Colaboración entre Administraciones públicas**

#### **Artículo 21. Colaboración entre Administraciones públicas.**

Las Administraciones públicas garantizarán la necesaria coordinación y colaboración en relación con la

## ARTÍCULO 14

## LEGISLACIÓN · TRANSVERSALIDAD DE GÉNERO

concesión y revocación del distintivo y de cualesquiera otras distinciones y premios a los que se refiere el artículo 11.2. A tal efecto podrán comunicar las correspondientes resoluciones de concesión, suspensión, renovación y revocación, así como las renunciaciones voluntarias que se produzcan.

**Disposición transitoria única.** «Entidad colaboradora en igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres».

Las empresas que hayan sido reconocidas como «Entidad colaboradora en igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres» de conformidad con lo previsto en la Orden de 25 de enero de 1996, podrán seguir utilizando en su publicidad y comunicaciones el citado reconocimiento hasta que se resuelva la primera de las convocatorias que realice el Ministerio de Igualdad para la concesión del distintivo regulado en el presente real decreto. A partir de esa fecha ninguna empresa podrá seguir utilizando ese reconocimiento. A las empresas a que se refiere el párrafo anterior, que concurren a la convocatoria del Ministerio de

Igualdad para la concesión del distintivo «Igualdad en la empresa», les resultará de aplicación en su integridad el régimen jurídico previsto en el presente real decreto para la solicitud inicial de este distintivo, si bien les será valorado su reconocimiento como «Entidad colaboradora en igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres» junto con los demás criterios de valoración previstos el artículo 10.

**Disposición final primera. Título competencial.**

Este real decreto se dicta al amparo del artículo 149.1.7.<sup>a</sup> de la Constitución, que establece la competencia exclusiva del Estado sobre la legislación laboral.

**Disposición final segunda. Facultades de desarrollo.**

Se autoriza a la Ministra de Igualdad a dictar cuantas disposiciones sean necesarias para el desarrollo y ejecución de lo dispuesto en el presente real decreto.

**Disposición final tercera. Entrada en vigor.**

El presente real decreto entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

TRANSVERSALIDAD DE GÉNERO EN LA LEGISLACIÓN<sup>67</sup>

## UNIÓN EUROPEA

- Directiva 2009/135/CE de la Comisión, de 3 de noviembre de 2009, por la que se autorizan excepciones temporales en lo que respecta a determinados criterios de selección de donantes de sangre y de componentes sanguíneos establecidos en el anexo III de la Directiva 2004/33/CE, en el contexto del riesgo de escasez causado por la pandemia de gripe A (H1N1)<sup>68</sup>. Considerando (5), Artículo 1.a).
- Reglamento (CE) n° 1006/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 808/2004 relativo a estadísticas comunitarias de la sociedad de la información<sup>69</sup>. Anexo II, Módulo 2, 5) b).
- Reglamento (CE) n° 1223/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de noviembre de 2009, sobre los productos cosméticos<sup>70</sup>. Considerando (34).
- Reglamento (UE, EURATOM) n° 1296/2009 del Consejo, de 23 de diciembre de 2009 por el que se adaptan, a partir del 1 de julio de 2009, las retribuciones y pensiones de los funcionarios y otros agentes

de la Unión Europea así como los coeficientes correctores que afectan a dichas retribuciones y pensiones<sup>71</sup>. Artículos 4, 5, 7 y 8.

- Reglamento (CE) n° 1023/2009 de la Comisión de 29 de octubre de 2009, por el que se aplica el Reglamento (CE) n° 808/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a estadísticas comunitarias de la sociedad de la información<sup>72</sup>. Anexo II, Módulo 2, 4 b).

- Reglamento (CE) n° 1200/2009 de la Comisión, de 30 de noviembre de 2009, por el que se aplica el Reglamento (CE) n° 1166/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a las encuestas sobre la estructura de las explotaciones agrícolas y a la encuesta sobre los métodos de producción agrícola, por lo que se refiere a los coeficientes de unidades de ganado y a las definiciones de las características<sup>73</sup>. Anexo II (5.01.01.01, 5.01.02.01, 5.01.03, 5.01.03.02, 5.01.04.02, 5.01.05).

- Reglamento (CE) n° 1201/2009 de la Comisión, de 30 de noviembre de 2009, por el que se aplica el Reglamento (CE) n° 763/2008 del Parlamento

<sup>67</sup> Apartado elaborado por Antonio Javier Trujillo Pérez, Universidad de Málaga.

<sup>68</sup> DOUE, L 288, 4.11.2009.

<sup>69</sup> DOUE, L 286, 31.10.2009.

<sup>70</sup> DOUE, L 342, 22.12.2009.

<sup>71</sup> DOUE, L 348, 29.12.2009.

<sup>72</sup> DOUE, L 283, 30.10.2009.

<sup>73</sup> DOUE, L 329, 15.12.2009.

## LEGISLACIÓN · TRANSVERSALIDAD DE GÉNERO

Europeo y del Consejo, relativo a los censos de población y vivienda, por lo que se refiere a las especificaciones técnicas de los temas y sus desagregaciones<sup>74</sup>. Anexo: temas (sexo, estado civil legal, situación de actividad actual, situación en cuanto al hogar, situación en cuanto a la familia, tipo de núcleo familiar, tipo de hogar privado).

- Decisión nº 1041/2009/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de octubre de 2009, por la que se establece un programa de cooperación audiovisual con profesionales de terceros países (MEDIA Mundus)<sup>75</sup>. Artículo 11 e).

- Decisión 2009/747/PESC del Consejo, de 14 de septiembre de 2009, relativa al Estatuto del personal del Centro de Satélites de la Unión Europea<sup>76</sup>. Artículos 1.3, 11, 22.3; Anexo VIII, punto 3.

- Decisión del Consejo de 27 de noviembre de 2009 sobre el Año Europeo de las Actividades de Voluntariado que Fomenten una Ciudadanía Activa (2011)<sup>77</sup>. Considerando (16).

- Decisión del Consejo de 30 de noviembre de 2009 relativa a la adhesión de la Comunidad Europea al Protocolo de La Haya, de 23 de noviembre de 2007, sobre la Ley aplicable a las obligaciones alimenticias<sup>78</sup>.

- Decisión de la Comisión de 18 de diciembre de 2009 relativa a la adopción del plan de trabajo de 2010 para la aplicación del segundo programa de acción comunitaria en el ámbito de la salud (2008-13), y a los criterios de selección, adjudicación y de otro tipo que se aplican a las contribuciones financieras para las acciones de este programa, y al pago de la Comunidad al Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco<sup>79</sup>. Anexo I, puntos 2.1; 3; 3.3; 3.3.2.4; 3.3.2.6; 3.3.2.7.

- Recomendación de la Comisión de 29 de octubre de 2009 relativa al uso de la Clasificación Internacional Uniforme de Ocupaciones (CIUO-08)<sup>80</sup>. Considerandos (2), (3) y (4).

### ESTATAL GENERAL

- Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación pro-

cesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial<sup>81</sup>. Preámbulo VI; Artículo primero, apartado uno (nueva redacción artículo 23.4 letras d) y g), apartado dos (nueva redacción artículo 82.1.3º y 82.2.4º), apartado ocho (introduce apartado 3 bis en el artículo 329).

- Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social<sup>82</sup>. Preámbulo VII (párrafo 7º), Artículo Único, apartados: Tres (artículo 2 bis.2 d), Cuatro (artículo 2 ter.2), Veintiuno (artículo 19.2), Treinta y cuatro (artículo 31 bis), Cuarenta y uno (artículo 38.6 d), Cuarenta y cinco (artículo 40.1 j), Cincuenta y nueve (artículo 57.6), sesenta (58.4), Disposición Adicional segunda.

- Protocolo nº 7 al Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Convenio nº 117 del Consejo de Europa), hecho en Estrasburgo el 22 de noviembre de 1984<sup>83</sup>. Artículo 5.

- Convenio sobre reconocimiento de cualificaciones relativas a la educación superior en la Región Europea (número 165 del Consejo de Europa), hecho en Lisboa el 11 de abril de 1997<sup>84</sup>. Artículo III.1 apartado 1.

- Ley 9/2009, de 6 de octubre, de ampliación de la duración del permiso de paternidad en los casos de nacimiento, adopción o acogida<sup>85</sup>.

- Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria<sup>86</sup>. Preámbulo (párrafos 14º y 25º), Artículos 3, 6.2 a), 7.1 e), 17.5, 36.1 f), 40.1, 46.1.

- Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial<sup>87</sup>. Artículo segundo: apartados sesenta y uno (modifica los apartados 4, 8, 9 y 10 del artículo 544 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), ciento nueve (nueva redacción artículo 789.5 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal); artículo décimo: apartados veintiocho (nueva redacción del artículo 43.4 del Texto

<sup>74</sup> DOUE, L 329, 15.12.2009.

<sup>75</sup> DOUE, L 288, 4.11.2009.

<sup>76</sup> DOUE, L 276, 21.10.2009.

<sup>77</sup> DOUE, L 17, 22.01.2010.

<sup>78</sup> DOUE, L 331, 16.12.2009.

<sup>79</sup> DOUE, L 340, 22.12.2009.

<sup>80</sup> DOUE, L 292, 10.11.2009.

<sup>81</sup> BOE núm. 266, de 4 de noviembre de 2009.

<sup>82</sup> BOE núm. 299, de 12 de diciembre de 2009.

<sup>83</sup> Instrumento de Ratificación publicado en BOE núm. 249, de 15 de octubre de 2009 y con entrada en vigor para España el día 1 de diciembre de 2009.

<sup>84</sup> Instrumento de Ratificación publicado en BOE núm. 291, de 3 de diciembre de 2009 y con entrada en vigor para España el día 1 de diciembre de 2009.

<sup>85</sup> BOE núm. 242, de 7 de octubre de 2009.

<sup>86</sup> BOE núm. 263, de 31 de octubre de 2009.

<sup>87</sup> BOE núm. 266, de 4 de noviembre de 2009.

## LEGISLACIÓN · TRANSVERSALIDAD DE GÉNERO

Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral), cuarenta y cinco (nueva redacción del artículo 64.1 del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral), cuarenta y siete (nueva redacción del artículo 70.2 del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral), sesenta y tres (nueva redacción del artículo 95.3 del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral), setenta (se reestructura el apartado 2 del artículo 122 y afecta a las letras e), f) y g).

- Ley 19/2009, de 23 de noviembre, de medidas de fomento y agilización procesal del alquiler y de la eficiencia energética de los edificios<sup>88</sup>. Artículo primero: Modificación del artículo 9.3 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos.

- Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010<sup>89</sup>. Disposiciones Adicionales Primera (apartados uno a cinco), Quinta, Sexta, Trigésima novena (apartado uno-8ª), Sexagésima octava; Disposiciones Finales Tercera (apartados diez y catorce), Décima (apartados uno y dos); Anexo I, Programas 232B y 232C; Anexo II (apartado segundo, puntos cinco a) y trece.

- Ley 27/2009, de 30 de diciembre, de medidas urgentes para el mantenimiento y el fomento del empleo y la protección de las personas desempleadas<sup>90</sup>. Artículo 6 apartados Uno<sup>91</sup>, Dos<sup>92</sup>, Disposición adicional quinta<sup>93</sup>.

- Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios<sup>94</sup>. Artículo segundo, apartado Uno: Modificación de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad (artículos 3 a), 6.2); Artículo tercero apartado Seis: Modificación del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (artículo 49.1 m).

- Real Decreto 1549/2009, de 9 de octubre, sobre orde-

nación del sector pesquero y adaptación al Fondo Europeo de la Pesca<sup>95</sup>. Exposición de Motivos (8º párrafo), Artículo 1.3.

- Real Decreto 1614/2009, de 26 de octubre, por el que se establece la ordenación de las enseñanzas artísticas superiores reguladas por la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación<sup>96</sup>. Exposición de Motivos (8º párrafo), Artículo 3.4 a).

- Real Decreto 1615/2009, de 26 de octubre, por el que se regula la concesión y utilización del distintivo «Igualdad en la Empresa»<sup>97</sup>.

- Real Decreto 1635/2009, de 30 de octubre, por el que se regulan la admisión de los alumnos en centros públicos y privados concertados, los requisitos que han de cumplir los centros que imparten el primer ciclo de la educación infantil y la atención al alumnado con necesidad específica de apoyo educativo en el ámbito de gestión del Ministerio de Educación<sup>98</sup>. Artículo 3.3 b).

- Real Decreto 1638/2009, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Estatuto de la Biblioteca Nacional de España<sup>99</sup>. Anexo: artículo 6.2 *in fine*.

- Real Decreto 1591/2009, de 16 de octubre, por el que se regulan los productos sanitarios<sup>100</sup>. Anexo I, I, apartado 7.5 párrafo tercero.

- Real Decreto 1670/2009, de 6 de noviembre, por el que se constituye la Comisión de Coordinación entre el Ministerio de Ciencia e Innovación y el Ministerio de Educación<sup>101</sup>. Artículo 3.1 c) *in fine*.

- Real Decreto 1672/2009, de 6 de noviembre, por el que se modifica el Estatuto del Instituto de Salud Carlos III, aprobado por Real Decreto 375/2001, de 6 de abril<sup>102</sup>. Artículo único, apartado diez (artículo 7.3 del Estatuto).

- Real Decreto 1671/2009, de 6 de noviembre, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos<sup>103</sup>. Parte expositiva, párrafo 2º *in fine*.

<sup>88</sup> BOE núm. 283, de 24 de noviembre de 2009.

<sup>89</sup> BOE núm. 309, de 24 de diciembre de 2009.

<sup>90</sup> BOE núm. 315, de 31 de diciembre de 2009.

<sup>91</sup> Modificación del artículo 1.1 de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo, para el impulso de los contratos a tiempo parcial.

<sup>92</sup> Modificación del artículo 2.7 de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo, para el impulso de los contratos a tiempo parcial.

<sup>93</sup> Añade un segundo párrafo a la disposición adicional décima de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo.

<sup>94</sup> BOE núm. 315, de 31 de diciembre de 2009.

<sup>95</sup> BOE núm. 245, de 10 de octubre de 2009.

<sup>96</sup> BOE núm. 259, de 27 de octubre de 2009.

<sup>97</sup> BOE núm. 265, de 3 de noviembre de 2009.

<sup>98</sup> BOE núm. 265, de 3 de noviembre de 2009.

<sup>99</sup> BOE núm. 271, de 10 de noviembre de 2009.

<sup>100</sup> BOE núm. 268, de 6 de noviembre de 2009.

<sup>101</sup> BOE núm. 277, de 17 de noviembre de 2009.

<sup>102</sup> BOE núm. 277, de 17 de noviembre de 2009.

<sup>103</sup> BOE núm. 278, de 18 de noviembre de 2009.

## ARTÍCULO 14

## LEGISLACIÓN · TRANSVERSALIDAD DE GÉNERO

- Real Decreto 1675/2009, de 13 de noviembre, por el que se establece la plantilla orgánica del Ministerio Fiscal para el año 2009<sup>104</sup>. Parte expositiva (3º párrafo); Artículo 2.1a), j) k), n) q).
- Real Decreto 1790/2009, de 20 de noviembre, por el que se crea y regula la Comisión Nacional para la conmemoración del centenario del nacimiento de Miguel Hernández<sup>105</sup>. Parte expositiva (3º párrafo); Artículo 5 párrafo segundo letra a).
- Real Decreto 1791/2009, de 20 de noviembre, por el que se regula el régimen de funcionamiento, competencias y composición del Consejo de Participación de la Mujer<sup>106</sup>.
- Real Decreto 1827/2009, de 27 de noviembre, por el que se otorga el carácter de museo nacional al Museo Romántico, se modifica su denominación por la de Museo Nacional del Romanticismo y se regulan sus fines y organización<sup>107</sup>. Artículo 7.1 d).
- Real Decreto 1849/2009, de 4 de diciembre, por el que se modifica el Real Decreto 515/2005, de 6 de mayo, que establece las circunstancias de ejecución de las penas de trabajos en beneficio de la comunidad y de localización permanente, de determinadas medidas de seguridad, así como de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad<sup>108</sup>. Parte expositiva (párrafo 3º), Artículo único, apartado 5 (modificación del artículo 27 del Real Decreto 515/2005).
- Real Decreto 1855/2009, de 4 de diciembre, por el que se regula el Consejo Nacional de la Discapacidad<sup>109</sup>. Artículo 6.1.
- Real Decreto 1917/2009, de 11 de diciembre, por el que se aprueba el Programa anual 2010 del Plan Estadístico Nacional 2009-2012<sup>110</sup>. Anexo I epígrafes 1 (Sector o tema: Protección social y servicios sociales, programas 5434, 5435 y 5441; Sector o tema: Nivel, calidad y condiciones de vida, programas 5661, 5662 y 5673; Sector o tema: Justicia, programa 5505) y 2 (5434 64053, 5441 65003, 5673 30456, 5504 30463, 5505 30468, 5661 65001, 5662 65004); Anexo II (programas 5280, 5391, 5395, 5396, 5398, 5427, 5434, 5441, 5504, 5505, 5542, 5545, 5560, 5568, 5661, 5662, 5673, 5802); Anexo IV apartados I (programas 5334, 5567 y 5631), II (punto 1 a) programa 5392) y III letra h) programa 5505).
- Real Decreto 1960/2009, de 18 de diciembre, por el que se regulan los Consejos de Residentes Españoles en el Extranjero<sup>111</sup>. Artículo 11.2.
- Real Decreto 2005/2009, de 23 de diciembre, sobre revalorización y complementos de pensiones de Clases Pasivas para el año 2010<sup>112</sup>. Artículos 7 y 13.4, Disposición adicional quinta, Disposición transitoria única.
- Real Decreto 2007/2009, 23 de diciembre, sobre revalorización de las pensiones del sistema de la Seguridad Social y de otras prestaciones sociales públicas para el ejercicio 2010<sup>113</sup>. Disposición adicional quinta.
- Real Decreto 2030/2009, de 30 de diciembre, por el que se fija el Salario Mínimo Interprofesional para 2010<sup>114</sup>. Artículos 1 y 4.2.
- Acuerdo de 20 de octubre de 2009, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, por el que se atribuye a los Juzgados de lo Penal nº 12 y 13 de Málaga, de nueva creación, el conocimiento, con carácter exclusivo, de la materia relativa a la Violencia sobre la Mujer<sup>115</sup>.
- Acuerdo de 20 de octubre de 2009, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, por el que se atribuye al Juzgado de lo Penal nº 4 de Jaén, de nueva creación, el conocimiento, con carácter exclusivo, de la materia relativa a la Violencia sobre la Mujer<sup>116</sup>.
- Orden ARM/2763/2009, de 5 de octubre, por la que se regula el Registro de titularidad compartida de explotaciones agrarias<sup>117</sup>.
- Orden IGD/3195/2009, de 12 de noviembre, por la que se aprueba el logotipo y representación gráfica del distintivo «Igualdad en la empresa»<sup>118</sup>.
- Resolución de 2 de noviembre de 2009, de la Secretaría de Estado de Comunicación, por la que se publica el fallo del Jurado del IV Premio Mujer y Publicidad «Crea Igualdad» correspondiente al año 2008<sup>119</sup>.

<sup>104</sup> BOE núm. 291, de 3 de diciembre de 2009.

<sup>105</sup> BOE núm. 302, de 16 de diciembre de 2009.

<sup>106</sup> BOE núm. 302, de 16 de diciembre de 2009.

<sup>107</sup> BOE núm. 12, de 14 de enero de 2010.

<sup>108</sup> BOE núm. 293, de 5 de diciembre de 2009.

<sup>109</sup> BOE núm. 311, de 26 de diciembre de 2009.

<sup>110</sup> BOE núm. 309, de 24 de diciembre de 2009.

<sup>111</sup> BOE núm. 2, de 2 de enero de 2010.

<sup>112</sup> BOE núm. 313, de 29 de diciembre de 2009.

<sup>113</sup> BOE núm. 313, de 29 de diciembre de 2009.

<sup>114</sup> BOE núm. 315, de 31 de diciembre de 2009.

<sup>115</sup> BOE núm. 271, de 10 de noviembre de 2009.

<sup>116</sup> BOE núm. 271, de 10 de noviembre de 2009.

<sup>117</sup> BOE núm. 248, de 14 de octubre de 2009.

<sup>118</sup> BOE núm. 286, de 27 de noviembre de 2009.

<sup>119</sup> BOE núm. 281, de 21 de noviembre de 2009.

## ARTÍCULO 14

## LEGISLACIÓN · TRANSVERSALIDAD DE GÉNERO

## ANDALUCÍA

- Reforma del Reglamento del Parlamento de Andalucía para facilitar las votaciones en los casos de maternidad o paternidad y en los supuestos de enfermedad o incapacidad prolongada<sup>120</sup>.
- Decreto-Ley 2/2009, de 20 de octubre, por el que se modifican determinados artículos de la Ley 15/1999, de 16 de diciembre, de Cajas de Ahorros de Andalucía<sup>121</sup>. Artículo único, apartado Dos (artículo 12.2 h) de la Ley).
- Decreto-Ley 3/2009, de 22 de diciembre, por el que se modifican diversas leyes para la transposición en Andalucía de la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre de 2006, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los servicios en el mercado interior<sup>122</sup>. Artículo primero, apartado Siete: modificación del artículo 14.2 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, del Comercio Interior de Andalucía.
- Ley 5/2009, de 28 de diciembre, del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2010<sup>123</sup>. Exposición de Motivos I (párrafos 9º y 10º); artículo 24.1 a).
- Decreto 334/2009, de 22 de septiembre, por el que se regulan los centros integrados de formación profesional en la Comunidad Autónoma de Andalucía<sup>124</sup>. Artículos 4 e), 5.1 g), 20 p).
- Decreto 335/2009, de 22 de septiembre, por el que se regula la Ordenación de la Formación Profesional

para el Empleo en Andalucía<sup>125</sup>. Artículos 2.2 letras f) j) k), 6.3 b), 6.4, 38.

- Decreto 336/2009, de 22 de septiembre, por el que se regula el Deporte de Rendimiento de Andalucía<sup>126</sup>. Exposición de Motivos párrafo 10º, Artículo 21.3, Anexo: punto 2.2.b).3.5.
- Decreto 362/2009, de 27 de octubre, por el que se crea el Registro de Asociaciones Profesionales del Trabajo Autónomo de Andalucía y se aprueba su Reglamento de organización y funcionamiento<sup>127</sup>. Artículo 8.2 a) del Reglamento.
- Decreto 379/2009, de 1 de diciembre, por el que se modifican el Decreto 4/1993, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Organización Administrativa del Patrimonio Histórico de Andalucía, y el Decreto 168/2003, de 17 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Actividades Arqueológicas<sup>128</sup>. Parte expositiva (párrafo 3º); Artículo 26.2 del Reglamento.
- Decreto 383/2009, de 9 de diciembre, por el que se crea la Academia Andaluza de Ciencia Regional y se aprueban sus Estatutos<sup>129</sup>. Artículo 4.3 de los Estatutos.
- Decreto 391/2009, de 22 de diciembre, por el que se aprueban los Programas Operativos de Países Prioritarios correspondientes a República Dominicana, Cuba, Guatemala, El Salvador, Nicaragua, Costa Rica, Panamá, Bolivia, Paraguay, Mozambique y Territorios Palestinos<sup>130</sup>.

<sup>120</sup> Boletín Oficial del Parlamento de Andalucía núm. 323, de 22 de octubre de 2009.

<sup>121</sup> BOJA núm. 208, de 23 de octubre de 2009.

<sup>122</sup> BOJA núm. 250, de 24 de diciembre de 2009.

<sup>123</sup> BOJA núm. 254, de 31 de diciembre de 2009.

<sup>124</sup> BOJA núm. 195, de 5 de octubre de 2009.

<sup>125</sup> BOJA núm. 195, de 5 de octubre de 2009.

<sup>126</sup> BOJA núm. 200, de 13 de octubre de 2009.

<sup>127</sup> BOJA núm. 220, de 11 de noviembre de 2009.

<sup>128</sup> BOJA núm. 244, de 16 de diciembre de 2009.

<sup>129</sup> BOJA núm. 250, de 24 de diciembre de 2009.

<sup>130</sup> BOJA núm. 8, de 14 de enero de 2010.

## JURISPRUDENCIA • TEDH

### COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS DE 8 DE DICIEMBRE DE 2009, SOBRE LOS DERECHOS DE PENSIÓN DE VIUEDAD EN MATRIMONIO CELEBRADO SEGÚN EL RITO GITANO<sup>131</sup>

La Sra. Muñoz interpuso demanda en solicitud de prestaciones por viudedad, que le había sido denegada por el Estado Español en las sucesivas instancias jurisdiccionales. La Sentencia, que pone fin a un largo conflicto jurisdiccional, estima la demanda de la viuda y condena al Estado Español a abonar las cantidades no percibidas en el periodo que media entre la solicitud de la pensión y el posterior reconocimiento del derecho, con motivo de un cambio legislativo en el Estado.

La actora, perteneciente a la etnia gitana, había contraído matrimonio por el rito gitano, y había convivido desde 1971 con su pareja de la que tenía seis hijos. A la muerte de su pareja, solicitó la pensión de viudedad que le fue denegada por carecer del requisito de matrimonio válido, exigencia de la legislación española de ese momento.

La actora fue agotando las sucesivas instancias, hasta llegar al Tribunal Constitucional, que en la STC 69/2007, desestimó el recurso de amparo.

Invocó la actora que su matrimonio había sido válidamente celebrado según el rito gitano y, que al no serle reconocido el derecho de viudedad, se la discriminaba por su etnia y condición social. Su matrimonio no había sido puesto en cuestión por la Administración del Estado en la medida en que tenía los beneficios sociales derivados de la Seguridad Social. Solicitaba que se aplicaran los efectos civiles a un matrimonio celebrado conforme al rito gitano, en la misma medida en que lo tienen los celebrados según el rito católico.

El Tribunal Constitucional en la sentencia referida argumentó que hay una diferencia plenamente justificada entre el matrimonio válidamente celebrado y la convivencia de hecho (*more uxorio*). Y esa diferencia de trato estriba justamente en la voluntariedad del hecho de contraer matrimonio de conformidad con las exigencias legales. De ahí caben diferencias que están justificadas precisamente en el hecho de no haber querido contraer ese vínculo.

Es importante en este caso el voto particular de la Sentencia, en el que disintiendo de la mayoría, el discrepante señala la STC 199/2004, dictada por el mismo Tribunal, estimatoria de un recurso de amparo que da validez a un matrimonio celebrado sin inscripción en el Registro Civil, y sirvió de base para que se otorgara la pensión de viudedad: el Tribunal dio particular importancia al hecho de que el matrimonio se había celebrado de buena fe. En este caso, se trataría igualmente de un matrimonio celebrado válidamente conforme a las exigencias de la etnia gitana, pero que no se cumplen las exigencias formales de inscripción. Esto hace derivar la cuestión, en el voto particular, hacia los derechos de las minorías étnicas en el Estado, y la obligación de los poderes públicos de facilitar la inserción social de estos colectivos. Tales derechos exigen una discriminación positiva que facilite la integración.

Conforme establece la Directiva 2000/43 del Consejo, constituye una discriminación indirecta la norma que sitúa a personas diferentes social o culturalmente en una posición de desventaja. De este modo, la neutralidad de la norma no es tal si produce resultados adversos en un colectivo, lo que obliga a una interpretación de conformidad con los derechos de las minorías.

Esta es la línea de razonamiento que sigue la STEDH. Analiza la relación entre el art. 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos y el artículo 1 de su Protocolo n. 1, y llega a la conclusión de que debe ser estimada la lesión del art. 14. En primer lugar porque la actora obró de buena fe en la convicción de que matrimonio era válido. Buena fe que es ratificada por el Estado que le suministra diferentes documentos oficiales que validan su pareja, como la cartilla de la Seguridad Social. Su matrimonio es plenamente válido en el rito gitano, lo que debió ser tenido en cuenta por el Estado, en orden a favorecer la integración de la cultura romaní. La diferencia de trato es, en este caso, desproporcionada respecto de los matrimonios válidamente contraídos.

Este razonamiento lleva al TEDH a considerar que debe exigirse otra conducta al Estado Español, y determina la violación del art. 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

Ahora bien, teniendo en cuenta que ha habido un importante cambio en la legislación española en materia de reconocimiento de pensiones de viudedad, al entrar en vigor la Ley 40/2007, de 4 de diciembre de medidas en materia de Seguridad Social, los efectos han de delimitarse. Efectivamente, la Disposición Adicional Tercera de esta ley, reconoce a las uniones de hecho la posibilidad de una pensión de viudedad, si se dan determinadas condiciones. La actora había solicitado y obtenido esta pensión por cumplir los requisitos de la nueva legislación, lo que limita ahora los efectos de la sentencia al reconocimiento de las cantidades que median entre su situación de viudedad y la fecha de reconocimiento de la pensión, que se concretan y cuantifican en la sentencia.

Esta Disposición Adicional Tercera de la Ley 40/2007 regula la pensión de viudedad en supuestos especiales, para solventar los numerosos problemas que ocasionaban en el ordenamiento, las abundantes solicitudes de prestaciones en los casos de parejas de hecho, cuya convivencia era a veces muy dilatada en el tiempo, pero por diferentes razones, ideológicas o culturales, no había sido formalizada legalmente. Con carácter excepcional se reconoce el derecho de pensión de viudedad en aquellas situaciones en las que habiéndose producido el hecho causante con anterioridad a la entrada en vigor de la ley, concurren las siguientes circunstancias: que se reúnan los requisitos exigidos de alta y carencia del periodo de cotización, que la convivencia sea ininterrumpida durante los seis años anteriores al fallecimiento, que tengas hijos comunes, que la persona beneficiaria no tenga otra pensión, y que se formalice la

<sup>131</sup> La Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos está publicada en inglés y francés en la página web del citado Tribunal ([www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int)).

## JURISPRUDENCIA · TC

solicitud dentro de los doce meses siguientes a la entrada en vigor de la ley.

Todos estos requisitos, como puede observarse, restringen considerablemente la efectividad de la norma, cuya rigidez hará en buena parte inefectiva esta Disposición. La exigencia de la descendencia, la de la convivencia durante seis años, y el plazo perentorio de los doce meses, son requisitos que enervan en buena parte las posibilidades de efectividad de la norma, que parece encaminada más a justificar definitivamente la jurisprudencia desestimatoria de todas aquellas demandas formuladas por las parejas de hecho en los últimos años, que a solventar la situación real que plantean esas situaciones. La exigencia de requisitos formales, en parejas de hecho, cuya caracterización es precisamente la de la libre unión sin formalidad alguna, si bien puede estar justificada desde el punto de vista de las garantías de la Administración, mediatiza bastante la efectividad a que la norma está llamada, porque la hace prácticamente inoperante. En cuanto al concreto requisito del empadronamiento, porque resulta difícil pensar que si la unión de hecho no se ha formalizado en el Registro Civil, lo haya sido en la localidad de resi-

dencia. Respecto de la exigencia de descendencia, porque no cumple las exigencias de justicia material el hecho de exigir que se tengan en común hijos para una prestación de viudedad en la que la ausencia de los hijos hace aún más apremiante la prestación y, finalmente, el plazo perentorio de doce meses, que dejará fuera de posibilidades a aquellas personas que tengan más difícil la información acerca de sus derechos. Algunos de estos requisitos podrán ser complementarios, como el caso de tener hijos, que debería ser suficiente presunción de convivencia, o permitir otros medios probatorios de acreditación, documentales o testificales.

En todo caso, esta legislación permite cerrar definitivamente una situación que había generado una jurisprudencia constitucional muy restrictiva, rectificada por el TEDH y que seguramente solventará de manera muy reducida las situaciones sociales que había generado una sociedad en continuo proceso de cambio, en la que el Derecho una vez más viene detrás de esa realidad social que lo desborda. (María Luisa Balaguer Callejón, Catedrática de Derecho Constitucional y Consejera del Consejo Consultivo de Andalucía).

### SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 127/2009, DE 26 DE MAYO DE 2009 (ARTÍCULO 172.2 DEL CÓDIGO PENAL, REDACTADO POR LA LEY ORGÁNICA 1/2004, DE 28 DE DICIEMBRE, DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN INTEGRAL CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO)<sup>132</sup>

#### II. FUNDAMENTOS JURIDICOS

1. El Juzgado de lo Penal núm. 2 de Albacete considera que el art. 172.2 del Código penal, en su vigente redacción, dada por el art. 39 de la Ley Orgánica 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género, puede ser contrario a los arts. 1.1, 9.1, 9.2, 9.3, 10, 14, 17, 24.2 y 25.1 de la Constitución por serlo del principio de igualdad, en relación con los valores de justicia y dignidad de la persona; del derecho a la presunción de inocencia, en relación con el principio de culpabilidad; del principio de legalidad; de la promoción de la igualdad real, en relación con la interdicción de la arbitrariedad; y del principio de proporcionalidad. Tanto el Abogado del Estado como el Fiscal General del Estado se oponen a esta consideración e interesan la desestimación íntegra de las cuestiones. La petición principal del Abogado del Estado es la inadmisión parcial de todas las cuestiones en lo referido a los párrafos segundo, tercero y cuarto del art. 172.2 CP por considerar que su posible inconstitucionalidad es irrelevante para la decisión de los procesos penales en los que se suscita la duda.

El párrafo primero del art. 172.2 CP sanciona “con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento

hasta cinco años” a quien “de modo leve coaccione a quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia”. El párrafo segundo impone la misma pena “al que de modo leve coaccione a una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor”. Si el párrafo tercero prevé una agravación de la pena (mitad superior) cuando concurren ciertas circunstancias (el delito se comete en presencia de menores, o en el domicilio común o en el de la víctima, o “quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza”), el párrafo cuarto dispone que se podrá imponer la pena inferior en grado “en atención a las circunstancias personales del autor y a las concurrentes en la realización del hecho”.

2. Debe darse la razón al Abogado del Estado en cuanto a la inadmisibilidad del cuestionamiento de los párrafos segundo, tercero y cuarto del art. 172.2 CP, dado que no consta en los Autos de planteamiento juicio alguno acerca de su aplicabilidad y de la relevancia de su validez para la decisión de los procesos correspondientes (art. 35.2 LOTC). Cabría pensar en que esta inadmisión es innecesaria porque en realidad tales preceptos no resultan cuestionados, a la vista de que en alguna de sus alegaciones el Juzgado de lo Penal núm. 2 de Albacete ciñe sus dudas al primer párrafo. Lo cierto es, sin embargo, que los Autos no realizan tal restricción, ni en su parte dispositiva, ni en el apartado relativo a la “ley o norma con fuerza de ley cuya constitucionalidad se cuestiona”, y que de hecho

<sup>132</sup> Suplemento del BOE núm. 149, de 20 de junio de 2009. No se reproducen los Antecedentes, que pueden consultarse en <http://www.boe.es/boe/dias/2009/06/20/#sectc>. Las Sentencias 201, 202 y 203/2009 se han publicado en el Suplemento del BOE núm. 284, de 25 de noviembre de 2009, disponible en <http://www.boe.es/boe/dias/2009/11/25/#sectc>

## JURISPRUDENCIA • TC

plantean como una de las posibles vulneraciones la que respecto al mandato de determinación (art. 25.1 CE) podría suponer la expresión del párrafo segundo “persona especialmente vulnerable”.

3. La principal duda de constitucionalidad planteada en los Autos del Juzgado de lo Penal núm. 2 de Albacete se refiere a la compatibilidad del precepto cuestionado con el principio de igualdad (art. 14 CE). La duda encuentra respuesta, en gran medida, en la STC 59/2008, de 14 de mayo, que es la primera resolución que resuelve la cuestión de inconstitucionalidad interpuesta ex art. 14 CE respecto al primer inciso del art. 153.1 CP, precepto que recoge un delito de maltrato ocasional con la misma pena y la misma descripción de los sujetos activo y pasivo que el art. 172.2 CP; en la STC 81/2008, de 17 de julio, que hace lo propio respecto a la misma duda planteada por el órgano judicial ahora cuestionante; y en la STC 45/2009, de 19 de febrero, en el que la posible objeción de constitucionalidad se dirigía al art. 171.4 CP, de amenazas leves entre los mismos sujetos y de nuevo con asignación de la misma pena.

Como en los Autos que dieron lugar a las Sentencias mencionadas, la pregunta esencial relativa al principio de igualdad es la de si existe un tratamiento punitivo diferente de la misma conducta en función del sexo de los sujetos activo y pasivo, que sería por ello contrario al art. 14 CE. Así, a partir de una interpretación del tipo penal del art. 172.2 CP que supone una autoría exclusivamente masculina, resultará que la pena privativa de libertad imponible en su caso -pues es alternativa a la pena de trabajos en beneficio de la comunidad- a un varón que coaccione levemente a quien es o fue su pareja afectiva femenina será de seis meses a un año, mientras que la misma amenaza leve en los demás supuestos de parejas o ex parejas (amenazas de una mujer o amenazas de un varón hacia otro) o hacia los demás sujetos del artículo 173.2 CP (respecto al autor, “los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o ... los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o ... persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como ... las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados”) será sancionada como un mera falta con pena de cuatro a ocho días de localización permanente o de cinco a diez días de trabajos en beneficio de la comunidad (art. 620, párrafo 3 CP).

Nuestro primer punto de partida para la resolución de esta duda de constitucionalidad ha de ser, como en la STC 59/2008, de 14 de mayo (FJ 6), y en la STC 45/2009, de 19 de febrero (FJ 3), el recuerdo de que “corresponde en exclusiva al legislador el diseño de la política criminal”, para el que “goza, dentro de los límites establecidos en la Constitución, de un amplio margen de libertad que deriva de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica legitimidad democrática” (SSTC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 6; 161/1997, de 2 de octubre, FJ 9; AATC 233/2004, de 7 de junio, FJ 3; 332/2005, de 13 de septiembre FJ 4). Nuestro actual análisis del art. 172.2 CP no puede por ello “serlo de su eficacia o

de su bondad, ni alcanza a calibrar el grado de desvalor de su comportamiento típico o el de severidad de su sanción. Sólo nos compete enjuiciar si se han respetado los límites externos que el principio de igualdad impone desde la Constitución a la intervención legislativa” (SSTC 59/2008, FJ 6; 45/2009, FJ 3).

El segundo punto de partida para afrontar la respuesta que se nos pide acerca de la constitucionalidad del precepto es el de que la vertiente del art. 14 CE afectada por el mismo es el principio general de igualdad y no la prohibición de discriminación por razón de sexo, pues “no constituye el del sexo de los sujetos activo y pasivo un factor exclusivo o determinante de los tratamientos diferenciados ... La diferenciación normativa la sustenta el legislador en su voluntad de sancionar más unas agresiones que entiende que son más graves y más reprochables socialmente a partir del contexto relacional en el que se producen y a partir también de que tales conductas no son otra cosa ... que el trasunto de una desigualdad en el ámbito de las relaciones de pareja de gravísimas consecuencias para quien de un modo constitucionalmente intolerable ostenta una posición subordinada” (SSTC 59/2008, FJ 7; 45/2009, FJ 3).

4. A partir de la perspectiva que demarca el principio general de igualdad la constitucionalidad de la norma pasa, según nuestra doctrina, por “que el tratamiento diferenciado de supuestos de hecho iguales tenga una justificación objetiva y razonable y no depare unas consecuencias desproporcionadas en las situaciones diferenciadas en atención a la finalidad perseguida por tal diferenciación” (SSTC 59/2008, FJ 7; 45/2009, FJ 4).

a) Según decíamos en la STC 45/2009, FJ 4, “el análisis de razonabilidad de la diferenciación ha de comenzar por el de la legitimidad del fin de la norma”. Como reseñábamos en la STC 59/2008 (FJ 8), de la lectura de la exposición de motivos y del articulado de la Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género, que es la ley orgánica que introduce en el Código penal el precepto ahora cuestionado, se infiere que la misma “tiene como finalidad principal prevenir las agresiones que en el ámbito de la pareja se producen como manifestación del dominio del hombre sobre la mujer en tal contexto; su pretensión así es la de proteger a la mujer en un ámbito en el que el legislador aprecia que sus bienes básicos (vida, integridad física y salud) y su libertad y dignidad mismas están insuficientemente protegidos. Su objetivo es también combatir el origen de un abominable tipo de violencia que se genera en un contexto de desigualdad y de hacerlo con distintas clases de medidas, entre ellas las penales”.

“A partir de esta constatación, ‘tanto en lo que se refiere a la protección de la vida, la integridad física, la salud, la libertad y la seguridad de las mujeres, que el legislador entiende como insuficientemente protegidos en el ámbito de las relaciones de pareja, como en lo relativo a la lucha contra la desigualdad de la mujer en dicho ámbito, que es una lacra que se imbrica con dicha lesividad, es palmaria la legitimidad constitucional de la finalidad de la ley, y en concreto del precepto penal ahora cuestionado, y la suficiencia al respecto de las razones aportadas por el legislador (FJ 8)’”.

b) El segundo análisis de igualdad enunciado se refiere a la funcionalidad de la diferenciación cuestionada para la legítima finalidad perseguida, que se producirá si resulta razonable el entendimiento

## JURISPRUDENCIA • TC

del legislador de que concurre un mayor desvalor en las coacciones del hombre hacia quien es o fue su mujer que en cualesquiera otras en el ámbito de la relación de quienes son o fueron pareja afectiva, y que, más en general, en cualesquiera otras en el ámbito de las relaciones a las que se refiere el art. 173.2 CP (relaciones familiares y de guarda y custodia en centros públicos o privados). Si es razonable la apreciación de que tal mayor desvalor concurre en las primeras conductas, también lo es la de que debe imponerse una pena mayor para prevenirlas. Y, como afirmamos en la STC 59/2008, “no resulta reprochable el entendimiento legislativo referente a que una agresión supone un daño mayor en la víctima cuando el agresor actúa conforme a una pauta cultural -la desigualdad en el ámbito de la pareja- generadora de gravísimos daños a sus víctimas y dota así consciente y objetivamente a su comportamiento de un efecto añadido a los propios del uso de la violencia en otro contexto. Por ello, cabe considerar que esta inserción supone una mayor lesividad para la víctima: de un lado, para su seguridad, con la disminución de las expectativas futuras de indemnidad, con el temor a ser de nuevo agredida; de otro, para su libertad, para la libre conformación de su voluntad, porque la consolidación de la discriminación agresiva del varón hacia la mujer en el ámbito de la pareja añade un efecto intimidatorio a la conducta, que restringe las posibilidades de actuación libre de la víctima; y además para su dignidad, en cuanto negadora de su igual condición de persona y en tanto que hace más perceptible ante la sociedad un menosprecio que la identifica con un grupo menospreciado. No resulta irrazonable entender, en suma, que en la agresión del varón hacia la mujer que es o fue su pareja se ve peculiarmente dañada la libertad de ésta; se ve intensificado su sometimiento a la voluntad del agresor y se ve peculiarmente dañada su dignidad, en cuanto persona agredida al amparo de una arraigada estructura desigualitaria que la considera como inferior, como ser con menores competencias, capacidades y derechos a los que cualquier persona merece” [FJ 9 a); también, STC 45/2009, FJ 4].

c) Tampoco cabe apreciar que la diferencia en las consecuencias jurídicas de las normas comparadas entrañe una desproporción que conduzca por esta vía a la inconstitucionalidad ex principio de igualdad del artículo cuestionado. Frente a la pena del art. 172.2 CP, que consiste en “prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años”, cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el art. 173.2 CP la pena será de “localización permanente de cuatro a ocho días, siempre en domicilio diferente y alejado del de la víctima, o trabajos en beneficio de la comunidad de cinco a diez días” (art. 620, párrafo 3 CP). No es irrelevante que esta última pena responda a la catalogación del hecho como falta, y que la misma abra la puerta a la posibilidad de nuevas diferencias en el régimen de consecuencias jurídicas subsiguiente a la responsabilidad penal probable o firme. Y así, no podrá ser causa en principio de una detención (art. 495 de la Ley de

enjuiciamiento criminal: LECrim) ni de una medida de prisión provisional (arts. 502 y ss. LECrim); el plazo de suspensión de la pena es menor (art. 80.2 CP) y tal suspensión no podrá quedar condicionada al cumplimiento de obligaciones adicionales (art. 83.1 CP); puede interpretarse que su comisión no obsta a la suspensión de otra pena privativa de libertad (art. 81.1 CP) ni quiebra la condición básica de una suspensión vigente (art. 84.1 CP); no comporta penas accesorias (arts. 56 y 57 CP); frente al delito de coacciones leves, no computa a efectos de reincidencia en un futuro delito de coacciones (art. 22.8 CP).

Como afirmamos en la STC 45/2009, “[n]o nos corresponde evaluar la entidad en sí de estas diferencias directas o potenciales, ni su oportunidad, sino sólo, en el marco del juicio constitucional de igualdad que se nos solicita, analizar si las mismas convierten en desproporcionada la diferenciación normativa que hemos declarado en principio como no irrazonable, y si deparan con ello un juicio negativo de la norma ex art. 14 CE” (FJ 4). Y ciertamente merece ser subrayada la diferenciación punitiva que se produce entre los supuestos comparados. Por la notoria diferencia de los marcos penales iniciales y por el hecho de que frente a la consideración como delito de la coacción leve del varón a la mujer que es o fue su pareja afectiva (art. 172.2 CP) se califique como falta la coacción leve hacia persona vinculada con el autor por alguna de las relaciones familiares, de guarda o de custodia a las que se refiere el art. 173.2 CP (art. 620, párrafo 3 CP), con la significativa levedad comparativa que esta calificación como falta supone tanto en el reproche social como, según se ha anotado ya, en consecuencias jurídicas derivadas de la pena o relacionadas con la misma. Es notorio que, en comparación a lo que sucede con las faltas, la imputación a título de delito comporta un sometimiento al procedimiento penal que puede resultar especialmente gravoso, y que ya dicha imputación, pero sobre todo la condena como autor o partícipe de un delito, puede incidir en la consideración social de la persona afectada, que queda de facto sometido a cierto riesgo de estigmatización.

Como en la STC 45/2009 en relación con el delito de amenazas leves sin armas, a pesar de esta notable diferencia punitiva entre la coacción en los casos que el legislador denomina como propios de violencia de género (los del art. 172.2, párrafo 1 CP) y el resto de las coacciones leves que puedan darse en el seno de la pareja, dicha diferencia no convierte “en inconstitucional ex art. 14 CE el precepto cuestionado por la desproporción de las consecuencias de una diferenciación que en sí ya hemos calificado de razonable. Conviene recordar una vez más que es éste un juicio de constitucionalidad, que es el único que nos compete, y que el mismo nada dice acerca de la oportunidad de la norma ni de su calidad, ni siquiera en términos de axiología constitucional” (FJ 4).

Esta conclusión se sustenta, en primer lugar, en las finalidades de la diferenciación, que, conviene recordarlo, son la protección de la libertad de las mujeres, “que el legislador entiende como insuficientemente protegida en el ámbito de las relaciones de pareja”, y “la lucha contra la desigualdad de la mujer en dicho ámbito” (STC 59/2008, FJ 8). Y atiende también, en segundo lugar, al complejo y flexible sistema de determinación de la pena correspondiente al delito del art. 172.2 CP, que permite bien la elusión de la imposición

## JURISPRUDENCIA • TC

de la pena de prisión, bien su rebaja en un grado, y que hace con ello que se reduzca la diferenciación punitiva expuesta. Así, ha de tenerse en cuenta que la pena de prisión es alternativa a la de trabajos en beneficio de la comunidad, y que por lo tanto el órgano judicial puede decidir no imponer privación de libertad alguna. Y ha de repararse en que la pena del art. 172.2 CP puede ser la inferior en grado “en atención a las circunstancias personales del autor y a las concurrentes en la realización del hecho” (párrafo cuarto), con lo que la pena alcanzaría un mínimo de tres meses de prisión y de la mitad de los treinta y un días de trabajos en beneficio de la comunidad (art. 70, 1 y 2 CP).

Es preciso señalar, en fin, en esta valoración constitucional de las distintas consecuencias de los supuestos diferenciados, que el párrafo segundo del art. 172.2 CP impone la misma pena “al que de modo leve coaccione a una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor”, con lo que se equiparan punitivamente a las coacciones leves del varón hacia quien es o fue su pareja femenina ciertas otras coacciones leves en el seno de tales relaciones: las que reciba una persona especialmente vulnerable (hombre o mujer) que conviva con el autor o con la autora.

5. En el marco de la argumentación de la duda de igualdad, aluden también los Autos de cuestionamiento a la posible oposición del primer párrafo del art. 172.2 CP al valor de la dignidad de la persona en cuanto que presumiría que “la mujer es en cualquier caso persona especialmente vulnerable” y el hombre “un maltratador nato”.

Tampoco puede ser acogida esta objeción de constitucionalidad porque no cabe acoger su presupuesto. El precepto cuestionado no cataloga a la mujer como persona especialmente vulnerable, ni presume que lo sea. Y tampoco contiene consideración alguna acerca de la mayor agresividad de los hombres o de ciertos hombres. Procede, simple y no irrazonablemente, a apreciar la especial gravedad de ciertos hechos “a partir del ámbito relacional en el que se producen y del significado objetivo que adquieren como manifestación de una grave y arraigada desigualdad” (STC 59/2008, FJ 9; STC 81/2008, de 17 de julio, FJ 5).

6. De un modo mucho más breve enuncia el Juzgado de lo Penal núm. 2 de Albacete una segunda duda, que rotula como de “presunción de inocencia, conectado con el principio de culpabilidad” (art. 24.2 CE), y que se sustenta, en esencia, en que el legislador presumiría que la violencia del varón hacia la mujer que es o fue su pareja constituye una manifestación de discriminación. Este presupuesto no es aceptable: “el legislador no presume un mayor desvalor en la conducta descrita de los varones ... a través de la presunción de algún rasgo que aumente la antijuridicidad de la conducta o la culpabilidad de su agente. Lo que hace el legislador, y lo justifica razonablemente, es apreciar el mayor desvalor y mayor gravedad propios de las conductas descritas” (SSTC 59/2008, FJ 11; 81/2008, FJ 4).

En este marco de análisis de la compatibilidad del precepto con el principio de culpabilidad, tampoco cabe asumir la alegación, inserta en la duda sobre el principio de igualdad, relativa a que la medida penal cuestionada es propia de un “Derecho penal de autor”. Que en el supuesto cuestionado que tipifica el primer párrafo del

art. 172.2 CP el legislador haya apreciado razonablemente un desvalor añadido, porque el autor inserta su conducta en una pauta cultural generadora de gravísimos daños a sus víctimas y porque dota así a su acción de una violencia mucho mayor que la que su acto objetivamente expresa, no comporta en absoluto que se esté sancionando al sujeto activo por lo que es, o por ser varón, sino “por el especial desvalor de su propia y personal conducta: por la consciente inserción de aquélla en una concreta estructura social a la que, además, él mismo, y solo él, coadyuva con su violenta acción” (STC 59/2008, FJ 11).

7. La tercera y cuarta dudas planteadas por los Autos se refieren respectivamente a la vulneración del art. 25.1 y a la del art. 9 CE. La primera de ellas se refiere a la indeterminación de la pena referida al lapso (“hasta cinco años”) en que puede imponerse la pena de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, “cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz”. No se entiende, ni nada se alega al respecto, en qué consiste la indeterminación de un marco penal que tiene un mínimo, consistente en la falta de imposición de la pena, y un máximo, concretado en cinco años (STC 81/2008, FJ 2).

Tampoco resulta apreciable, en segundo lugar, la contrariedad del precepto cuestionado con el art. 9.2 CE. Como advertíamos ya en la STC 81/2008, el que supuestamente el nuevo precepto penal no pueda encontrar amparo en la promoción de la igualdad a la que se refiere el mandato constitucional no comportaría por ello una vulneración del mismo (STC 81/2008, FJ 2).

8. El último bloque de la argumentación que sostiene las dudas de constitucionalidad del primer párrafo del art. 172.2 CP se refiere a su compatibilidad con el principio de proporcionalidad penal, que los Autos de cuestionamiento derivan de los arts. 9.3, 17.1 y 25.1 CE. Este juicio de proporcionalidad no compara las consecuencias de los supuestos diferenciados, análisis propio del juicio de igualdad [supra FJ 4 c)], sino que tiene como referentes los beneficios y costes de la norma cuestionada en términos de axiología constitucional.

Procede recordar que este juicio “debe partir en esta sede de la potestad exclusiva del legislador para configurar los bienes penalmente protegidos, los comportamientos penalmente reprobables, el tipo y la cuantía de las sanciones penales, y la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas con las que intenta conseguirlo”, y que en esta configuración, que supone “un complejo juicio de oportunidad”, el legislador goza de un amplio margen de libertad. El juicio que procede en esta sede jurisdiccional “debe ser por ello muy cauteloso. Se limita a verificar que la norma penal no produzca un patente derroche inútil de coacción que convierte la norma en arbitraria y que socava los principios elementales de justicia inherentes a la dignidad de la persona y al Estado de Derecho”. Cabe afirmar la proporcionalidad de una reacción penal cuando la norma persiga “la preservación de bienes o intereses que no estén constitucionalmente proscritos ni sean socialmente irrelevantes”, y cuando además la pena sea “instrumentalmente apta para dicha persecución”, necesaria y proporcionada en sentido estricto. “Desde la perspectiva constitucional sólo cabrá calificar la

## JURISPRUDENCIA • TC

norma penal o la sanción penal como innecesarias cuando, a la luz del razonamiento lógico, de datos empíricos no controvertidos y del conjunto de sanciones que el mismo legislador ha estimado necesarias para alcanzar fines de protección análogos, resulta evidente la manifiesta suficiencia de un medio alternativo menos restrictivo de derechos para la consecución igualmente eficaz de las finalidades deseadas por el legislador ... Y sólo cabrá catalogar la norma penal o la sanción penal que incluye como estrictamente desproporcionada cuando concurra un desequilibrio patente y excesivo o irrazonable entre la sanción y la finalidad de la norma a partir de las pautas axiológicas constitucionalmente indiscutibles y de su concreción en la propia actividad legislativa" (STC 136/1999, de 20 de julio, FJ 23; también, SSTC 55/1996, de 28 de marzo, FFJJ 6 y ss.; 161/1997, de 2 de octubre, FFJJ 9 y ss.; AATC 233/2004, de 7 de junio, FJ 3; 332/2005, de 13 de septiembre, FJ 4).

9. La fundamentación de los Autos de cuestionamiento sustenta la desproporción de la pena en tres argumentos:

- a) El primero se refiere al juicio de necesidad y sostiene que sería suficiente desde un punto de vista preventivo la punición como falta de todas las coacciones leves. Con independencia de que lo determinante no es la calificación del ilícito, sino la cantidad y la calidad de la sanción, es lo cierto que frente a la justificación legislativa de "la especial incidencia" que tienen "las agresiones sobre las mujeres" en "la realidad española" (exposición de motivos I de la Ley Orgánica 1/2004), y entre ellas las constitutivas de violencia de género en el ámbito de la pareja, los Autos no exteriorizan los razonamientos lógicos o los datos empíricos no controvertidos que abonarían una "funcionalidad manifiestamente similar" de una pena más leve (por todas, STC 161/1997, de 2 de octubre, FJ 11).
- b) Los otros dos argumentos se refieren al análisis de proporcionalidad estricta. El primero repara en la diversidad y en la diversa gravedad de las coacciones, de modo que la pena que asigna el párrafo primero del artículo 172.2 CP para todas las coacciones leves allí descritas (del varón a la mujer que es o fue su pareja afectiva) depararía un exceso para las menos reprochables, que se acercan a lo socialmente aceptable. El segundo argumento de desproporción estricta toma como referencia comparativa la pena significativamente inferior que merecen las coacciones leves entre los sujetos vinculados por otras relaciones familiares y de guardia y custodia descritos en el art. 173.2 CP.

Ninguno de los dos argumentos puede prosperar hacia la declaración de inconstitucionalidad de la pena por desproporción. En primer lugar, porque orillan el desvalor específico de las coacciones descritas en el precepto cuestionado, que hace que puedan no reputarse nunca como banales y que puedan merecer un reproche penal mayor y diferenciado que las que se producen en cualesquiera otro tipo de relaciones. Procede recordar una vez más que resulta razonable la apreciación por parte del legislador de un desvalor añadido en las coacciones tipificadas en el párrafo primero del art. 172.2 CP a partir de "su significado social objetivo y de su lesividad peculiar para la seguridad, la libertad y la dignidad de las mujeres" (SSTC 59/2008, FJ 12; 45/2009, FJ 8). Este desvalor mayor es el que justifica una pena mayor y el que hace también que quepa incluso considerar que en las circunstancias que describe el

precepto las coacciones leves no alcanzan nunca la liviandad propia de las faltas. Debe reseñarse además, en segundo lugar que la argumentación de los Autos se orienta en realidad a evaluar la calidad de la norma pero no su inconstitucionalidad a partir de los parámetros establecidos por la jurisprudencia constitucional, que, como ya se ha referido, centran la interdicción en la idea del "desequilibrio patente y excesivo".

Descartado pues que el párrafo primero del art. 172.2 CP se oponga al principio de igualdad en la Ley (FFJJ 3 a 5) o al principio de culpabilidad (FJ 6), o que su pena sea indeterminada (FJ 7), tampoco cabe ahora apreciar que la misma suponga un tratamiento desproporcionado del derecho a la libertad, por lo que la cuestión planteada debe ser desestimada.

## FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

1º Inadmitir las cuestiones de inconstitucionalidad núm. 7393-2006, 8198-2006, 6138-2007 y 6878-2008 en lo que se refiere a los párrafos segundo, tercero y cuarto del art. 172.2 CP.

2º Desestimar las cuestiones en todo lo demás.

Publíquese esta Sentencia en el "Boletín Oficial del Estado".

Dada en Madrid, a veintiséis de mayo de dos mil nueve

## VOTOS

*Voto particular que formula el Magistrado don Vicente Conde Martín de Hijas respecto de la Sentencia de fecha 26 de mayo de 2009, dictada las cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas núms. 7393-2006, 8198-2006, 6138-2007 y 6878-2008, planteadas por el Juzgado de lo Penal núm. 2 de Albacete, respecto al art. 172.2 del Código penal en la redacción dada al mismo por el art. 39 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género.*

Como Ponente de la Sentencia he asumido el papel de expresar el parecer del Pleno, que no el mío propio discrepante de aquel, por ello, ejercitando la facultad establecida en el art. 90.2 LOTC, formulo Voto particular para expresar mi personal parecer sobre el caso.

En la medida en que la actual Sentencia se funda en la aplicación al caso actual de la doctrina de la SSTC 59/2008, de 14 de mayo, 80/2008, de 17 de julio, y 45/2009, de 19 de febrero, de las que también discrepé formulando Voto particular, en lógica coherencia con mi posición precedente reitero aquí mi discrepancia, manifestando en todo caso mi respeto hacia los Magistrados de cuyo criterio me separo.

La clave esencial de todas las precedentes Sentencias aludidas en la actual, aunque se refieran a preceptos del Código penal diferentes (las dos primeras al art. 153.1, la tercera al 171.4 y la actual al 172.2) se cifra en el mayor desvalor de la conducta incriminada cuando es el varón el que la realiza, que cuando es realizada por una mujer en las circunstancias que el precepto indica y en el seno de la relación interpersonal a la que los preceptos cuestionados en cada caso se refieren.

En el Voto particular a las SSTC 59/2008, de 14 de mayo, expuse las

## JURISPRUDENCIA • TC

razones que me llevaban a no aceptar ese proclamado mayor desvalor, razones a las que me remito en su integridad, dándolas aquí por reproducidas, y que incluso en este caso se intensifican, habida cuenta que, no sólo se trata de penalizar una misma conducta con diferente pena, sino incluso de considerarla en algún caso delito o falta según su autor.

Por lo expuesto considero que la cuestión de inconstitucionalidad debía haberse estimado, y declarada la inconstitucionalidad del precepto cuestionado. Madrid, a veintiséis de mayo de dos mil nueve.

*Voto particular que formula el Magistrado don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez a la Sentencia del Pleno que resuelve las cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas núms. 7393-2006, 8198-2006, 6138-2007 y 6878-2008, sobre el art. 172.2 del Código penal, en la redacción dada por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre.*

Haciendo uso de la facultad atribuida por el art. 90.2 LOTC expreso en este Voto particular mi discrepancia con la Sentencia aprobada por el Pleno, en la medida en que aplica la doctrina fijada en las SSTC 59/2008, de 14 de mayo y 45/2009, de 19 de febrero, a las que formulé sendos Votos particulares (“Boletines Oficiales del Estado” de 4 de junio de 2008 y 14 de marzo de 2009), cuyo contenido reitero en este momento.

Sostuve entonces y reitero ahora que nuestra cultura jurídica se asienta en buena medida en principios forjados por la Revolución francesa. El art. 1 de la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 26 de agosto de 1789 proclama que “Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos”; su art. 6 declara que “La ley es la expresión de la voluntad general ... Debe ser igual para todos, tanto cuando proteja como cuando castigue. Todos los ciudadanos son iguales ante sus ojos”; y su art. 9 añade, en fin, que “todo hombre se presume inocente mientras no sea declarado culpable”.

Estos principios son reconocibles en la Constitución española, cuyo art. 10.1 destaca la dignidad de la persona como fundamento de nuestro sistema constitucional; el art. 14 consagra el principio/derecho de igualdad; y el art. 24.2 reconoce el derecho a la presunción de inocencia.

¿Respetan estos principios el párrafo primero del art. 172.2 del Código penal? La posición que expreso en el presente Voto particular exige diferenciar tres niveles de enjuiciamiento, referidos a la compatibilidad de la Constitución con una sanción agravada de la violencia de género, la constitucionalidad de la concreta fórmula empleada por el legislador en el art. 172.2 CP y los fundamentos que acoge la Sentencia para declarar la constitucionalidad del precepto cuestionado.

1. Constitucionalidad de la punición agravada de la violencia de género.

No admite discusión la existencia de una forma específica de violencia que viene denominándose violencia de género, así como tampoco el que la sociedad se muestra justamente indignada y alarmada ante la constante sucesión de actos violentos protagonizados por quienes actúan creyéndose con derecho a disponer de la vida de su pareja. Ello demanda un tratamiento penal específico, cauces procesales ágiles y medidas cautelares eficaces. Más aún, es

necesario transmitir a las víctimas de esta violencia que, todos en general y las instituciones en particular, estamos comprometidos en erradicarla.

En las dos últimas décadas el legislador español ha venido aprobando diversas medidas penales con el propósito de prevenir y sancionar esta modalidad de violencia y, a mi juicio, no se incurre en inconstitucionalidad por incorporar una penalidad agravada para combatirla, porque lo relevante no son las concretas consecuencias físicas de la agresión sino su inserción en un proceso que provoca la subordinación de la mujer, la desestabilización de la personalidad y del equilibrio psíquico de la víctima, extendiendo sus efectos sobre el desarrollo integral de los hijos menores que puedan convivir con la mujer maltratada. Por tanto, sostengo la constitucionalidad de las medidas penales que proporcionen un tratamiento diferenciado y agravado de la violencia de género.

2. Problema de taxatividad que suscita la fórmula empleada por el legislador en el primer párrafo del art. 172.2 CP.

La Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, señala en su art. 1.1 que constituye su objeto actuar contra la violencia que, “como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia”.

Sin embargo, en el art. 172.2 CP ese elemento finalista no se ha incorporado al texto finalmente aprobado por el legislador -y los trabajos parlamentarios permiten entender que tal omisión ha sido deliberada- por lo que el precepto, aplicado en sus propios términos, sólo atiende al hecho objetivo de que se coaccione, cualquiera que sea la causa y el contexto de dicha acción. Esta falta de identidad entre la redacción dada al precepto cuestionado y el propósito declarado por la Ley que lo introduce en el Código penal, genera una duda razonable acerca de cuál sea la conducta tipificada por el legislador, duda que ya por sí misma es incompatible con el imperativo de taxatividad -*lex certa*- que deriva del art. 25.1 CE, puesto que el principio de legalidad penal, cuando se proyecta sobre la función legislativa, obliga a configurar las leyes sancionadoras llevando a cabo el máximo esfuerzo posible para garantizar la seguridad jurídica, es decir, para que los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo prohibido y prever, así, las consecuencias de sus acciones (por todas, STC 283/2006, de 9 de octubre, FJ 5).

3. La interpretación del precepto que la Sentencia estima conforme con la Constitución.

Si nos adentramos en el verdadero sentido y alcance de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, se advierte que lo que se pretende combatir a través de la tutela penal que dispensa es un tipo de comportamiento social identificado como machismo, cuando se manifiesta, en este caso, a través de la coacción. Si lo que hubiera que someter a comparación fueran las coacciones que hombre y mujer pueden realizarse recíprocamente, ciertamente habría que concluir que el art. 172.2 CP lesiona el art. 14 CE. Pero si se advierte que lo sancionado es el sexismo machista (cuando se traduce en la conducta coactiva) es cuando se comprende que estamos ante un delito especial que sólo puede ser cometido por el varón y del cual

## JURISPRUDENCIA • TC

sólo puede ser víctima la mujer. En este sentido, no me parece que lesionara el principio de igualdad que el legislador configurase círculos concéntricos de protección (sexismo violento, intimidatorio o coercitivo contra cualquier mujer, en el ámbito familiar o doméstico y contra la pareja) puesto que los efectos de la acción punible se prolongan e irradian con diferente intensidad en cada uno de estos ámbitos.

Sin embargo, lo que a mi juicio resulta incompatible con el derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) es la presunción adversa de que toda coacción cometida por un varón contra su pareja o ex pareja sea siempre una manifestación de sexismo que deba poner en actuación la tutela penal reforzada del art. 172.2 CP.

Esta cuestión capital sólo obtiene una respuesta elusiva en la Sentencia, cual es que “el legislador no presume un mayor desvalor en la conducta descrita de los varones ... lo que hace el legislador ... es apreciar el mayor desvalor y mayor gravedad propios de las conductas descritas” (FJ 6). Obsérvese que, para la Sentencia, no es el Juez quien en cada caso debe apreciar el desvalor o constatar la lesividad de la conducta, sino que es el legislador quien lo ha hecho ya. Lo cierto es que una lectura atenta o repetida de la Sentencia pone de manifiesto que, desde la perspectiva de la misma, el art. 172.2 CP contiene una definición de violencia de género que parte de entender, como dato objetivo, que los actos coercitivos que ejerce el hombre sobre la mujer con ocasión de una relación afectiva de pareja constituyen siempre actos de poder y superioridad frente a ella, con independencia de cuál sea la motivación o la intencionalidad, porque lo relevante es que el autor inserta su conducta en una pauta cultural (FJ 6), lo que implica un especial desvalor de la acción, que justifica la punición agravada. En realidad, para la Sentencia, aunque formalmente lo niegue, el autor del referido delito debe ser sancionado con arreglo al plus de culpa derivado de la situación discriminatoria creada por las generaciones de varones que le precedieron, de cuyas consecuencias penales no puede desprenderse aun cuando la coacción cometida a motivos distintos o aunque su concreta relación de pareja no se ajuste al patrón sexista que se trata de erradicar.

A mi juicio, esta presunción es incompatible con los principios del Derecho penal moderno, que ha desarrollado criterios de atribución de responsabilidad “concretos”, por el hecho propio y no por hechos ajenos. Entiendo que el principio de culpabilidad resulta infringido cuando indiscriminadamente se aplica el referido art. 172.2 CP a acciones que tengan su origen en otras posibles causas y, lo que es más grave, sin que conlleve la necesidad de probar que se ha actuado abusando de esa situación de dominación.

4. La posición jurídica de la mujer como sujeto pasivo del delito tipificado en el art. 172.2 CP.

La Sentencia, quizá sin quererlo, se suma a un superado Derecho penal paternalista que promueve una concepción de la mujer como “sujeto vulnerable” que, por el solo hecho de iniciar una relación afectiva con un varón, incluso sin convivencia, se sitúa en una posición subordinada que requiere de una específica tutela penal, equiparada a la que el mismo art. 172.2 CP dispensa a toda “persona especialmente vulnerable”. Este enfoque resulta inaceptable en la sociedad actual, que no admite el viejo rol de la mujer como “sexo

débil” que históricamente le colocaba en una posición equivalente a la de los menores e incapaces, de quienes se presume una posición de debilidad sin posibilidad de prueba en contrario. Esta perspectiva resulta contraria al art. 10.1 de la Constitución, que consagra la dignidad de la persona como uno de los fundamentos de nuestro sistema constitucional y cuya noción se halla en la base del concepto de derechos fundamentales (STC 119/2001, de 24 de mayo, FJ 4), debiéndose recordar que la dignidad de la persona, que encabeza el Título I de la Constitución, constituye un primer límite a la libertad del legislador (STC 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 3).

No en vano todas las reformas penales realizadas desde la década de los años ochenta han procurado la apertura de los tipos penales a modalidades de comisión en las que el sexo de los sujetos no fuera relevante. Así, desde la reforma penal de la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, no existe la agravante de “desprecio de sexo”, justificándose su eliminación durante los debates parlamentarios de abril de 1983 en la necesidad de “acabar con el mito de la debilidad de la mujer” porque hombres y mujeres nacen y viven radicalmente iguales en derechos, como proclama el art. 14 de nuestra Constitución y, como creo, es norma esencial -diría que de “orden público”- en cualquier ámbito de nuestro ordenamiento jurídico. Al tiempo, resulta profundamente injusto considerar que todas las mujeres tienen el mismo riesgo de opresión, como si sólo el sexo incidiera en el origen del maltrato, cuando lo cierto es que las condiciones socio-económicas desempeñan un papel que la Sentencia silencia.

5. Exproso, por último, mi deseo de que estas Sentencias no marquen el inicio en nuestro ordenamiento del cumplimiento del sueño de Mezger: dos Derechos penales; un Derecho penal para la generalidad, en el que, en esencia, seguirán vigentes los principios que han regido hasta ahora. Y, junto a él, un Derecho penal completamente diferente, para grupos especiales de determinadas personas.

Dejo constancia de mi posición en este Voto. Madrid, a veintiséis de mayo de dos mil nueve.

*Voto particular que formula el Magistrado don Ramón Rodríguez Arribas, respecto a la Sentencia del Pleno de fecha 26 de mayo de 2009 dictada en la cuestión de inconstitucionalidad núm.7393-2006 y acumuladas.*

En el ejercicio de la facultad que nos confiere el art. 90.2 de LOTC y con el pleno respeto a la opinión de la mayoría, exproso mi discrepancia con la Sentencia que fundó en las siguientes consideraciones:

Parto de la base de que la cuestión planteada ante este Tribunal por el Juzgado de lo Penal núm. 2 de Albacete, sobre el art.172.2. del Código penal, en la redacción dada al mismo por el art. 39 de la Ley 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, está formulada con gran rigor jurídico y asentada en sólidos argumentos, hasta el punto de que si la interpretación del precepto, que se hace razonablemente en el correspondiente Auto, fuera la única posible, conduciría inexorablemente a la declaración de inconstitucionalidad; conclusión a la que también llega la Sentencia de la mayoría en el fundamento jurídico 4.

## JURISPRUDENCIA · TC

Discrepo abiertamente del fallo de la Sentencia en cuanto a la inadmisión de la cuestión de inconstitucionalidad núm. 7393-2006 y acumuladas, en sentido contrario, remitiéndome al Voto particular que formulé en la cuestión de inconstitucionalidad 5939-2005. En Madrid, a veintiséis de mayo de dos mil nueve.

### COMENTARIO A LA STC 127/2009. LA CONSTITUCIONALIDAD DE LOS TIPOS PENALES INTRODUCIDOS POR LA LEY ORGÁNICA 1/2004, DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN INTEGRAL CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO

SUMARIO: I. La cuestión de inconstitucionalidad como instrumento de control de constitucionalidad. II. Las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas contra algunos artículos del CP en su redacción dada por la LO 1/2004. III. La STC 127/2009. La constitucionalidad del art. 172.2 del CP. IV. Las SSTC 201/2009, 202/2009 y 203/2009. La constitucionalidad de los artículos 153.1 y 171.4 del CP. V. Conclusiones.

#### I. La cuestión de inconstitucionalidad como instrumento de control de constitucionalidad.

La cuestión de inconstitucionalidad es un instrumento del Estado social y democrático de Derecho para controlar la constitucionalidad de las leyes elaboradas por el Parlamento. En principio la declaración de inconstitucionalidad de una ley es competencia exclusiva del Tribunal Constitucional, pero la jurisdicción ordinaria puede acudir al TC cuando considere que una norma con rango de ley aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo pueda ser contraria a la Constitución. Lo que no puede hacer la jurisdicción ordinaria es inaplicar la ley directamente porque, como sabemos, en virtud del principio de división de poderes, el Poder Judicial no está legitimado para controlar la ley emanada del Poder Legislativo, sino que su función, en un Estado social y democrático de Derecho, es interpretar y aplicar las leyes. La cuestión de inconstitucionalidad supone una colaboración entre la jurisdicción ordinaria y el Tribunal Constitucional y una corrección del sistema de jurisdicción concentrada donde sólo el TC interviene en el control de la constitucionalidad de las leyes, aunque no llega a configurarse como un sistema de jurisdicción difusa porque el juez español no puede declarar, ni siquiera para el caso concreto, la inconstitucionalidad de la ley.

#### II. Las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas contra algunos artículos del CP en la redacción dada por la LO 1/2004.

La LO 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género es, como sabemos, una norma que obedece a la preocupación del legislador por la realidad social de violencia ejercida contra las mujeres (aunque esta no sea la única manifestación de violencia en nuestra sociedad actual). Esa preocupación le ha llevado a buscar una protección integral adoptando medidas de diversa índole entre las que se encuentra la utilización del Derecho penal para castigar aquellas conductas que se consideran más graves. Así el Código penal ha sufrido diversas reformas, que han propiciado el planteamiento de cuestiones de

inconstitucionalidad resueltas por el TC en las sentencias 59/2008 y 76/2008<sup>133</sup>, y 45/2009<sup>134</sup>.

Más recientemente, la STC 127/2009 resuelve varias cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas respecto al artículo 172.2 del Código penal en la redacción dada por la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género. Y el 27 de octubre de 2009, se publican las SSTC 201, 202 y 203/2009 que resuelven cuestiones de inconstitucionalidad planteadas por diversos Juzgados contra los artículos 153.1 y 171.4 del Código penal en la redacción dada por la citada LO.

#### III. La STC 127/2009. La constitucionalidad del art. 172.2 del CP.

En la STC 127/2009 se plantea cuestión de inconstitucionalidad sobre el art. 172.2 del Código penal<sup>135</sup>, por posible infracción de los artículos 1.1, 9.1, 9.2, 9.3, 10, 14, 17, 24.2 y 25.1 de la Constitución. El juzgado que plantea la cuestión divide sus dudas de inconstitucionalidad en cinco bloques. En el primero razona sobre la posible contradicción con el principio de igualdad, pues el precepto cuestionado supone una discriminación negativa del varón; en el segundo, plantea la posible vulneración de la presunción de inocencia y del principio de culpabilidad, por presumirse que la violencia del varón sobre la mujer es discriminatoria; en el tercero, la posible vulneración del concepto de *lex certa* unido al principio de legalidad, al utilizar un concepto jurídico indeterminado, como es el de "personas especialmente vulnerables"; en el cuarto, la posible vulneración del art. 9 CE, ya que la opción del legislador de establecer penas distintas para hombres y mujeres ante la comisión del mismo hecho podría considerarse contraria al valor justicia y chocar con el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos; y por último, en el quinto, se considera la posible vulneración del principio de proporcionalidad.

En el trámite de alegaciones el Fiscal General del Estado considera que la norma cuestionada no vulnera ningún artículo de la Constitución, y el Abogado del Estado asimismo pide la desestimación total de la cuestión.

El Tribunal Constitucional en el fundamento jurídico 2º, da la razón al Abogado del Estado "en cuanto a la inadmisibilidad del cuestionamiento de los párrafos segundo, tercero y cuarto del art. 172.2 CP", porque no consta que de su validez dependa el fallo, que, como sabemos, es uno de los presupuestos de la cuestión de inconstitucionalidad.

La principal duda de inconstitucionalidad es, por tanto, la posible contradicción entre el art. 172.2 CP y el principio de igualdad. Es decir, si el legislador ante la misma conducta jurídico penalmente relevante ha decidido castigar como delito, cuando el sujeto activo es un hombre y el sujeto pasivo su esposa o mujer con análoga relación de afectividad o a una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, mientras que castiga como falta la misma conducta de coacciones leves cuando el sujeto activo es una mujer. Si se hiciera un juicio lineal del principio de igualdad tendríamos que ante supuestos de hecho iguales (coacción leve) la consecuencia jurídica debe ser igual (ya se opte por considerarla delito o falta), sin que pueda haber un trato diferenciado por razón del sexo del sujeto activo. Pero como sabemos esta concepción lineal o formal

## JURISPRUDENCIA • TC

de la igualdad fue muy pronto superada por el TC. Desde la STC 128/87, evoluciona la jurisprudencia del TC hacia un análisis teleológico de la igualdad donde no todo trato desigual es contrario al artículo 14, sino sólo aquellos que no están justificados, máxime cuando en nuestro ordenamiento jurídico los poderes públicos, entre los que se incluye el legislador, deben desarrollar una actividad dirigida a que la igualdad sea real y efectiva *ex art. 9.2 CE*. Dentro de este marco y tomando como precedente las STC 59/2008 y 45/2009, el TC parte de la premisa de que “corresponde en exclusiva al legislador el diseño de la política criminal” para lo que goza de una especial libertad y legitimidad democrática (FJ 3°).

Como hemos apuntado mas arriba, no todo trato desigual es contrario al art. 14, sólo los no justificados. Así lo entiende el TC (FJ 4°) cuando dice “que el tratamiento diferenciado de supuestos de hecho iguales tenga una justificación objetiva y razonable y no depare unas consecuencias desproporcionadas en las situaciones diferenciadas en atención a la finalidad perseguida por tal diferenciación”. Efectivamente, la finalidad perseguida por la norma debe ser legítima, por ello se plantea el TC la legitimidad de la finalidad de la Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género, que introduce el precepto cuestionado. Esta ley tiene como finalidad principal prevenir las agresiones que, en el ámbito de la pareja, se producen como manifestación del dominio del hombre sobre la mujer, y por ello concluye el TC que “es palmaria la legitimidad constitucional de la finalidad de la ley” (STC 59/2008, FJ 8 y STC 127/2009, FJ 4 a).

El siguiente paso es determinar si efectivamente estamos ante la misma conducta. O lo que es lo mismo, si existe el mismo desvalor en las coacciones del hombre hacia quien es o fue su mujer, o en otro tipo de coacciones, concluyendo que es razonable entender que existe un mayor desvalor en las primeras y, por tanto, la pena debe ser también mayor. Así lo expresa en el FJ 4 b), que a su vez cita la STC 59/2008, FJ 9 a)<sup>136</sup>.

En cuanto a la proporcionalidad del trato desigual, concluye el TC que no existe una desproporción ilegítima entre las penas, FJ 4 c), apoyándose en las finalidades de la diferenciación, que son la protección de la libertad de las mujeres, “que el legislador entiende como insuficientemente protegida en el ámbito de las relaciones de pareja” y “la lucha contra la desigualdad de la mujer en dicho ámbito” (STC 59/2008, FJ 8 y STC 127/2009, FJ 4 c).

Los autos de cuestionamiento aluden también a otras posibles contradicciones del art. 172.2 del CP con otros preceptos constitucionales distintos de la igualdad, como la dignidad de la persona, la

presunción de inocencia o el principio de proporcionalidad penal, todas ellas rechazadas por el TC (STC 127/2009, FJ 5, 6 y 8).

Por todo ello, el TC falla desestimando la cuestión de inconstitucionalidad, lo que debe comunicarse al órgano que la ha planteado para que, con levantamiento de la suspensión del plazo para dictar sentencia, la dicte de acuerdo con lo resuelto por el TC.

Sin embargo, nuestro ordenamiento jurídico ha previsto la institución de los votos particulares, para permitir que en un órgano colegiado el magistrado o magistrada que no comparte el parecer de la mayoría pueda expresar su opinión contraria, aunque lógicamente prevalece la decisión de la mayoría. Así ha ocurrido en esta sentencia donde existen tres votos particulares, el primero discrepa en cuanto al mayor desvalor de la conducta inculpada cuando es el varón el que la realiza; el segundo voto particular, analiza cuatro puntos esenciales: 1. En cuanto a la constitucionalidad de la punición agravada de la violencia de género, se muestra a favor de la constitucionalidad de las medidas penales que proporcionen un tratamiento diferenciado y agravado de la violencia de género. 2. En cuanto a la taxatividad empleada por el legislador en el primer párrafo del art. 172.2 CP, se observa una posible vulneración de la *lex certa* en la medida en que la finalidad expresada en la Ley de violencia de género<sup>137</sup> no se incorpora al precepto penal que sólo atiende al hecho de que se coaccione, cualquiera que sea la causa y el contexto de dicha acción. 3. En cuanto a la interpretación del precepto que la Sentencia estima conforme a la Constitución, se acepta que se pretenda luchar contra el sexismo machista, pero se considera que puede ser contraria a la presunción de inocencia “la presunción adversa de que toda coacción cometida por un varón contra su pareja o ex pareja sea siempre una manifestación de sexismo que deba poner en actuación la tutela penal reforzada del art. 172.2 CP”. 4. En cuanto a la posición jurídica de la mujer como sujeto pasivo del delito tipificado en el art. 172.2 CP, considera que la Sentencia se suma a un derecho penal paternalista, que es incompatible con la configuración de la mujer en la sociedad actual. Por último, el tercer voto particular, discrepa del fallo de la sentencia, remitiéndose al voto particular formulado en la cuestión de inconstitucionalidad 5939-2005.

#### IV. Las SSTC 201/2009, 202/2009 y 203/2009. La constitucionalidad de los artículos 153.1 y 171.4 del CP.

Las dudas de constitucionalidad se centran en diversas cuestiones. Tanto en la STC 201/2009 como en la 202/2009 y en la 203/2009 se plantea la posible contradicción de los artículos 153.1<sup>138</sup> y 171.4<sup>139</sup>

<sup>133</sup> Para una evolución de las reformas penales en materia de violencia de género junto con un análisis de estas sentencias ver María Luisa Balaguer Callejón, “Jurisprudencia del Tribunal Constitucional y violencia de género”, en “Artículo 14. Una perspectiva de género”, núm. 28, pp. 63-67.

<sup>134</sup> Comentada en “Artículo 14. Una perspectiva de género”, núm. 30, pp. 62-63 por María Luisa Balaguer.

<sup>135</sup> Artículo 172 CP: “1. El que, sin estar legítimamente autorizado, impidiere a otro con violencia hacer lo que la ley no prohíbe, o le compeliere a efectuar lo que no quiere, sea justo o injusto, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años o con multa de 12 a 24 meses, según la gravedad de la coacción o de los medios empleados. Cuando la coacción ejercida tuviera como objeto impedir el ejercicio de un derecho fundamental se le impondrán las penas en su mitad superior, salvo que el hecho tuviera señalada mayor pena en otro precepto de este Código. 2. El que de modo leve coaccione a quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años. Igual pena se impondrá al que de modo leve coaccione a una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor.

Se impondrá la pena en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realice quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza. No obstante lo previsto en los párrafos anteriores, el Juez o Tribunal, razonándolo en sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y a las concurrentes en la realización del hecho, podrá imponer la pena inferior en grado”.

## JURISPRUDENCIA • TC

CP con el principio de igualdad, conectado con los valores de la libertad, la dignidad de la persona y la justicia (arts. 1.1, 10.1 y 14 CE). Consideran los autos de planteamiento que el legislador ha establecido una acción positiva a favor de la mujer, inadmisibles en Derecho penal por cuanto implica la discriminación negativa del varón y, además, se inserta en un Derecho penal de autor frente al tradicional Derecho penal del hecho. Sobre este punto la STC 201/2009 remite a la jurisprudencia anterior del Tribunal Constitucional, en concreto a las SSTC 81/2008, 59/2008, 153/2009, y 45/2009, que desestimaron la cuestión en este punto. Razona el TC si estamos ante una discriminación por razón de sexo al dar un tratamiento punitivo diferente en función del sexo del sujeto activo y pasivo, y recuerda que el diseño de la política criminal es competencia exclusiva del legislador. (STC 201/2009, FJ 4). El razonamiento parte de observar si efectivamente estamos ante la misma conducta, es decir, el mismo hecho jurídico penalmente relevante, pero donde el legislador considera que unas conductas son más graves y más reprochables socialmente por ser el trasunto de la desigualdad en las relaciones de pareja. Y además el trato diferenciado debe estar justificado y ser proporcional, lo que concurre en la LO de violencia al perseguir una finalidad legítima: “prevenir las agresiones que en el ámbito de la pareja se producen como manifestación del dominio del hombre sobre la mujer” (STC 201/2009, FJ 4, a) y STC 202/2009, FJ 7 y STC 203/2009, FJ 5).

Se aduce también que el legislador ha establecido una presunción sin prueba en contrario de que “todo varón, cuando amenaza a la mujer en el marco de una relación afectiva actual o pasada, lo hace con ánimo discriminatorio”, lo que vulneraría el derecho a la presunción de inocencia. Para el TC, “no se trata de una presunción normativa de lesividad, sino de la constatación razonable de tal lesividad a partir de las características de la conducta descrita y, entre ellas, la de su significado objetivo como reproducción de un arraigado modelo agresivo de conducta contra la mujer por parte del varón en el ámbito de la pareja”. (STC 201/2009, FJ 4 b)). En este mismo sentido, la STC 202/2009 analiza las dos presunciones alegadas en la cuestión. Una, la supuesta consideración de que la violencia del hombre hacia la mujer que es o fue su pareja constituye una manifestación de discriminación, lo que atentaría contra el principio de culpabilidad y la presunción de inocencia y, en segundo lugar, la consideración de la mujer como ser especialmente vulnerable y del varón como ser especialmente dañino, lo que vulneraría el derecho a la dignidad. El TC rechaza la vulneración del principio de culpabilidad penal, al considerar que el legislador “no presume un mayor desvalor en la conducta descrita de los varones” y en cuanto a la segunda presunción se remite a la STC 59/2008, FJ 9, donde el TC declaró que “El precepto cuestionado

no cataloga a la mujer como persona especialmente vulnerable, ni presume que lo sea. Y tampoco contiene consideración alguna acerca de la mayor agresividad de los hombres o de ciertos hombres. Procede, simple y no irrazonablemente, a apreciar la especial gravedad de ciertos hechos a partir del ámbito relacional en el que se producen y del significado objetivo que adquieren como manifestación de una grave y arraigada desigualdad”. En este mismo sentido se pronuncia la STC 203/2009, FJ 7.

Esta sentencia 203/2009 añade otras consideraciones en torno a si estamos ante un derecho penal de autor por atribuir al varón “una responsabilidad colectiva, como representante o heredero del grupo opresor”, que vulnera el principio de responsabilidad por el hecho, pues no hay en la previsión legal sanción por hechos de otros. Razona el TC que existe un desvalor añadido al insertarse su conducta en una estructura social y remite a la STC 59/2008, FJ 9 b), donde estableció que “el legislador haya apreciado razonablemente un desvalor añadido, porque el autor inserta su conducta en una pauta cultural generadora de gravísimos daños a sus víctimas y porque dota así a su acción de una violencia mucho mayor que la que su acto objetivamente expresa, no comporta que se esté sancionando al sujeto activo de la conducta por las agresiones cometidas por otros cónyuges varones, sino por el especial desvalor de su propia y personal conducta: por la consciente inserción de aquella en una concreta estructura social a la que, además, él mismo, y sólo él, coadyuva con su violenta acción”.

## V. CONCLUSIONES

PRIMERA.- La cuestión de inconstitucionalidad es un instrumento del Estado constitucional para controlar la constitucionalidad de las leyes elaboradas por el Parlamento, en la que se produce una colaboración entre la jurisdicción ordinaria y la constitucional y que permite al TC declarar la inconstitucionalidad de una ley aplicable a un caso, produciendo los efectos típicos de la declaración de inconstitucionalidad.

SEGUNDA.- Para el TC el tratamiento diferenciado de supuestos de hecho iguales debe tener una justificación objetiva y razonable y no deparar unas consecuencias desproporcionadas en las situaciones diferenciadas en atención a la finalidad perseguida por tal diferenciación”, considerando que la finalidad de la Ley de protección contra la violencia de género es legítima.

TERCERA.- Considera el TC que existe un mayor desvalor en la conducta realizada por el varón sobre la mujer y, por ello, la consecuencia jurídica de esa conducta debe ser también más grave, sin que exista tampoco vulneración del principio de proporcionalidad. Ese mayor desvalor se deriva de la inserción de la conducta del varón en una pauta cultural de discriminación de la mujer.

<sup>136</sup> “No resulta reprochable el entendimiento legislativo referente a que una agresión supone un daño mayor en la víctima cuando el agresor actúa conforme a una pauta cultural -la desigualdad en el ámbito de la pareja- generadora de gravísimos daños a sus víctimas y dota así consciente y objetivamente a su comportamiento de un efecto añadido a los propios del uso de la violencia en otro contexto. Por ello, cabe considerar que esta inserción supone una mayor lesividad para la víctima: de un lado, para su seguridad, con la disminución de las expectativas futuras de indemnidad, con el temor a ser de nuevo agredida; de otro, para su libertad, para la libre conformación de su voluntad, porque la consolidación de la discriminación agresiva del varón hacia la mujer en el ámbito de la pareja añade un efecto intimidatorio a la conducta, que restringe las posibilidades de actuación libre de la víctima; y además para su dignidad, en cuanto negadora de su igual condición de persona y en tanto que hace más perceptible ante la sociedad un menosprecio que la identifica con un grupo menospreciado. No resulta irrazonable entender, en suma, que en la agresión del varón hacia la mujer que es o fue su pareja se ve peculiarmente dañada la libertad de ésta; se ve intensificado su sometimiento a la voluntad del agresor y se ve peculiarmente dañada su dignidad, en cuanto persona agredida al amparo de una arraigada estructura desigualitaria que la considera como inferior, como ser con menores competencias, capacidades y derechos a los que cualquier persona merece”.

## JURISPRUDENCIA · TC

CUARTA.- Rechaza también el TC que exista en la Ley Orgánica una presunción “iuris et de iure” que considere que toda conducta del varón es siempre discriminatoria, así como la existencia de la presunción de que la mujer es siempre un ser vulnerable.

QUINTA.- La jurisprudencia del TC que hemos analizado demuestra la posición del Tribunal Constitucional en la defensa del derecho de igualdad y en la lucha contra la violencia de género. Ya sabemos que la norma es interpretable y que los agentes de interpretación son los órganos jurisdiccionales, pero en última instancia el interprete supremo de la Constitución es el TC, de forma que su

interpretación prevalece, como establece el art. 5 de la LOPJ, pues “los jueces y tribunales interpretarán y aplicarán las leyes y reglamentos según los preceptos y principios constitucionales conforme a la interpretación que de los mismos resulte de las sentencias del TC dictadas en todo tipo de procesos”. De ese modo, la doctrina sentada en estas sentencias se irradia a todo el ordenamiento y vincula a toda la jurisdicción ordinaria.

(María Dolores Cabello Fernández. Profesora Colaboradora de Derecho Constitucional de la Universidad de Málaga).

### AUTO 246/2009, DE 29 DE SEPTIEMBRE DE 2009, DEL PLENO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 77.3 B) DE LA LEY DEL PARLAMENTO VASCO 4/2005, DE 18 DE FEBRERO, PARA LA IGUALDAD DE MUJERES Y HOMBRES<sup>140</sup>

#### II. Fundamentos jurídicos

1. La Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco plantea cuestión de inconstitucionalidad respecto del art. 77.3 b) de la Ley del Parlamento Vasco 4/2005, de 18 de febrero, para la igualdad de mujeres y hombres, en cuanto al inciso que considera infracción administrativa grave la contravención de la prohibición contenida en el art. 26.2 de la misma Ley, por posible vulneración del art. 149.1.6 CE.

En síntesis entiende el órgano judicial promotor de la cuestión que, siendo competencia estatal exclusiva la legislación en materia procesal (art. 149.1.6 CE) y habiendo optado el legislador estatal en la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, general de publicidad, por atribuir a la jurisdicción civil la competencia para conocer de las controversias que se susciten sobre publicidad engañosa o ilícita, con exclusión del régimen administrativo (opción cuya legitimidad constitucional fue declarada por la STC 146/1996, de 19 de septiembre), no cabe establecer, sin infracción de dicha competencia estatal, un procedimiento administrativo de cesación y represión de la publicidad ilícita mediante sanciones administrativas como el que el legislador del País Vasco ha establecido mediante el art. 77.3 b) de la Ley 4/2005, de 18 de febrero, para la igualdad de mujeres y hombres, en relación con el art. 26.2 de la misma Ley, al calificar como infracción administrativa grave la contravención de la prohibición de realizar, emitir y exhibir anuncios publicitarios sexistas o que justifiquen, banalicen o inciten a la violencia contra las mujeres.

Por su parte, el Fiscal General del Estado interesa la inadmisión de

la cuestión de inconstitucionalidad por entender que resulta notoriamente infundada (art. 37.1 LOTC).

2. Conforme a lo dispuesto en el art. 37.1 LOTC, este Tribunal puede rechazar en trámite de admisión y mediante Auto aquellas cuestiones de inconstitucionalidad que adolezcan de la falta de los necesarios requisitos procesales o que fueren notoriamente infundadas. En este sentido hemos declarado reiteradamente que el concepto de «cuestión notoriamente infundada» encierra un cierto grado de indefinición, el cual se traduce procesalmente en la necesidad de otorgar a este Tribunal un determinado margen de apreciación a la hora de controlar la solidez de la fundamentación de las cuestiones de inconstitucionalidad, de modo que existen supuestos en los que un examen preliminar de las cuestiones de inconstitucionalidad permite apreciar la falta de viabilidad de la cuestión suscitada, sin que ello signifique, necesariamente, que carezca de forma total y absoluta de fundamentación o que ésta resulte arbitraria, pudiendo resultar conveniente en tales casos resolver la cuestión en la primera fase procesal, máxime si su admisión pudiera provocar efectos no deseables, como la paralización de otros procesos en los que resulte aplicable la norma cuestionada (entre otros muchos, AATC 389/1990, de 29 de octubre, FJ 1; 134/1995, de 9 de mayo, FJ 2; 380/1996, de 17 de diciembre, FJ 2; 229/1999, de 28 de septiembre, FJ 2; 119/2000, de 10 de mayo, FJ 2; 46/2001, de 27 de febrero, FJ 2; 269/2003, de 15 de julio, FJ 2; 63/2004, de 24 de febrero, FJ 2; 306/2008, de 7 de octubre, FJ 3; y 30/2009, de 27 de enero, FJ 4).

Pues bien, la conclusión de nuestro examen sobre la viabilidad de la cuestión de inconstitucionalidad planteada es que no puede

<sup>137</sup> Que es actuar contra la violencia que, “como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia”.

<sup>138</sup> Artículo 153.1 CP: “El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpear o maltratare de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aún sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor”.

<sup>139</sup> Artículo 171.4 CP: “El que de modo leve amenace a quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia”.

<sup>140</sup> Suplemento del BOE núm. 266, de 4 de noviembre de 2009. No se reproducen los Antecedentes, que pueden consultarse en varios formatos en <http://www.boe.es/boe/dias/2009/11/04/#sectc>.

## JURISPRUDENCIA • TC

compartirse el juicio de constitucionalidad efectuado por el órgano judicial promotor respecto a la contradicción del precepto legal cuestionado con el art. 149.1.6 CE, por lo que resulta procedente apreciar en este momento procesal, tal y como ha sostenido el Fiscal General del Estado, que la presente cuestión se encuentra notoriamente infundada, en los términos en que esta expresión ha sido entendida por este Tribunal, por los motivos que pasamos seguidamente a exponer.

3. En la STC 146/1996, de 19 de septiembre, FJ 6, a la que se refiere el Auto de planteamiento de la cuestión, señalamos que en el título IV de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, general de publicidad, el cual lleva por rúbrica «De la acción de cesación y rectificación y de los procedimientos», se plasma «la opción del legislador estatal (de entre los dos criterios procedimentales —jurisdiccional o administrativo— por los que alternativamente se pronuncia la Directiva 84/450/CEE, generalizando sus previsiones respecto a la publicidad engañosa a todas las clases de publicidad ilícita), por la vía judicial como cauce para el ejercicio de las acciones de cesación y rectificación». Dicha opción se concreta «en el art. 28 de la Ley, que atribuye a los órganos de la jurisdicción ordinaria el conocimiento de las controversias derivadas de la publicidad ilícita. En la vía judicial que instaura la Ley, y en tal sentido ha de entenderse el alcance de las controversias a las que se refiere el art. 28, sólo cabe deducir como pretensión principal... la cesación o rectificación de la actividad publicitaria difundida cuando se considere ilícita, cuyo ejercicio resulta compatible con el de las acciones civiles, penales, administrativas o de otro orden que correspondan y con la persecución y sanción como fraude de la publicidad engañosa por los órganos administrativos competentes en materia de protección y defensa de los consumidores y usuarios (art. 32)».

Y concluamos que esa regulación contenida en el título IV de la Ley general de publicidad se inserta «en el ámbito de la legislación procesal, pues la implantación o establecimiento de un sistema o mecanismo jurisdiccional como medio de resolución de las controversias derivadas, en este caso, del desarrollo de la actividad publicitaria, mediante el cual las partes pueden obtener una decisión que ponga fin a los conflictos surgidos, es materia propia de la legislación procesal, reservada al Estado con carácter exclusivo por el art. 149.1.6 CE, cuya atribución «responde a la necesidad de salvaguardar la uniformidad de los instrumentos jurisdiccionales» (SSTC 71/1982, FJ 20; 83/1986, FJ 2; 123/1988, FJ 3)».

4. Ahora bien, que el legislador estatal haya optado por la vía judicial civil como cauce para el ejercicio de las acciones de cesación y rectificación de la publicidad ilícita (art. 28 de la Ley general de publicidad) y que esa opción sea constitucionalmente legítima conforme al orden de distribución de competencias, como señala la citada STC 146/1996, no es óbice para que, junto a esas acciones de cesación y rectificación, que pueden ser ejercidas por los legitimados para ello y cuyo conocimiento corresponde a la jurisdicción ordinaria (una vez fracasada, en su caso, la vía de conciliación previa prevista en los arts. 26 y 27 de la propia Ley general de publicidad), puedan coexistir otros cauces constitucionalmente válidos de reacción contra la publicidad ilícita, entre ellos, destacadamente, la represión de la publicidad ilícita por parte de las Administraciones

públicas competentes conforme al régimen sancionador en la materia legalmente previsto, pues, como la propia Ley general de publicidad establece de forma expresa en su art. 32, «[I]o dispuesto en los artículos precedentes será compatible con el ejercicio de las acciones civiles, penales, administrativas o de otro orden que correspondan y con la persecución y sanción como fraude de la publicidad engañosa por los órganos administrativos competentes en materia de protección y defensa de los consumidores y usuarios».

En efecto, el sistema judicial de cesación y rectificación de la publicidad ilícita establecido por Ley general de publicidad excluye por completo que la Administración pública pueda acordar por su propia autoridad el cese o la rectificación de un anuncio publicitario que pueda constituir publicidad ilícita conforme a lo previsto en el art. 3 de dicha Ley. De modo que la Administración queda en este ámbito en un plano de igualdad con el resto de legitimados para solicitar del anunciante la cesación o, en su caso, rectificación, de la publicidad considerada ilícita (arts. 25 a 27 de la Ley general de publicidad), y para ejercer ante la jurisdicción civil las acciones de cesación y rectificación cuando no se recibiese respuesta del anunciante en el plazo legalmente establecido o ésta no fuere satisfactoria (arts. 26.3, 27.4, 28 y 29 de la Ley general de publicidad). Sin embargo, que la Administración haya de acudir, como cualquier particular afectado, a la jurisdicción civil para obtener la cesación (o rectificación) de la publicidad ilícita en caso de que su reclamación no haya sido atendida satisfactoriamente por el anunciante, no impide que la Administración pueda ejercer su potestad sancionadora en relación con las formas de publicidad ilícita, conforme a las previsiones legales al efecto, sin que ello suponga, por otra parte, vulneración alguna de la garantía material de no ser sometido a *bis in idem* (art. 25.1 CE), que tiene como finalidad evitar un exceso punitivo (por todas, SSTC 2/2003, de 16 de enero, FJ 3; y 48/2007, de 12 de marzo, FJ 3), pues la cesación y rectificación de la publicidad ilícita carecen de naturaleza sancionadora.

5. En este sentido, y por lo que interesa a la cuestión planteada, resulta pertinente recordar que nuestro ordenamiento jurídico ha previsto efectivamente la imposición de sanciones administrativas por las Administraciones públicas competentes en los supuestos de publicidad ilícita a que se refiere el art. 3 de la Ley general de publicidad, regímenes sancionadores (cuyo control judicial corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa) que no entran en colisión con las acciones de cesación y rectificación de la publicidad ilícita reguladas en los arts. 25 y ss. de la misma Ley (y cuyo conocimiento compete a la jurisdicción civil).

Así, en el ámbito estatal cabe citar la Ley 25/1994, de 12 de julio, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 89/552/CEE, sobre la coordinación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva (modificada por la Ley 22/1999, de 7 de junio, y por la Ley 39/2002, de 28 de octubre) y cuyo capítulo VI incorpora un régimen sancionador (arts. 19 y 20) en el que se tipifican como infracciones graves, entre otras, la contravención de la prohibición de emitir por televisión publicidad ilícita, entendiéndose por tal, además de las formas de publicidad indicadas en el art. 3 de la Ley general de publicidad, la

## JURISPRUDENCIA • TC

publicidad que fomente comportamientos perjudiciales para la salud o la seguridad humanas o para la protección del medio ambiente y la que atente al debido respeto a la dignidad de las personas o a sus convicciones religiosas y políticas o las discriminen por motivos de nacimiento, raza, sexo, religión, nacionalidad, opinión, o cualquier otra circunstancia personal o social, así como el resto de supuestos indicados en el art. 8.1 de la Ley 25/1994, de 12 de julio. La comisión de estas infracciones será sancionada por la Administración competente, estatal o autonómica, conforme a lo dispuesto en el art. 19 de la Ley 25/1994, siendo este régimen administrativo sancionador en materia de publicidad ilícita en televisión compatible con el ejercicio de la acción de cesación por parte de los legitimados, a sustanciar ante la jurisdicción ordinaria, conforme establece el art. 20 de la propia Ley 25/1994.

A su vez, las Comunidades Autónomas pueden establecer también, en el marco de las competencias estatutariamente asumidas, específicos regímenes sancionadores en relación con la publicidad ilícita.

Como acertadamente ha puesto de relieve en sus alegaciones el Fiscal General del Estado, dado el carácter instrumental de la potestad sancionadora de las Administraciones públicas respecto del ejercicio de las competencias sustantivas (STC 157/2004, de 21 de septiembre, FJ 15), las Comunidades Autónomas pueden aprobar normas administrativas sancionadoras cuanto tengan competencia sobre la materia sustantiva de que se trate, debiendo acomodarse tales normas a las garantías constitucionales sobre el Derecho administrativo sancionador (art. 25.1 CE) y a los principios básicos del ordenamiento estatal, sin que quepa introducir divergencias irrazonables y desproporcionadas al fin perseguido respecto del régimen jurídico aplicable en otras partes del territorio nacional, por exigencia derivada del art. 149.1.1 CE (SSTC 87/1985, de 16 de julio, FJ 8; 227/1988, de 29 de noviembre, FJ 29; y 196/1996, de 28 de noviembre, FJ 3, por todas), del mismo modo que el procedimiento sancionador autonómico habrá de ajustarse al procedimiento administrativo común (art. 149.1.18 CE).

Así, en lo que atañe a la presente cuestión, la Comunidad Autónoma del País Vasco, en el legítimo ejercicio de la competencia que le atribuye el art. 10.27 de su Estatuto de Autonomía en materia de publicidad «en colaboración con el Estado», fórmula estatutaria que implica «una actuación que debe ser realizada bilateralmente en régimen de cooperación específica, sin que ello suponga duplicidades o actuaciones intercambiables» o, lo que es igual, «una regla de deslinde de funciones consistente en que lo que puede hacer uno de los entes colaboradores no lo debe hacer el otro, de manera que sus actuaciones no son intercambiables, sino complementarias» (STC 146/1996, de 19 de septiembre, FJ 5), ha establecido en el art. 26.2 de la Ley del Parlamento Vasco 4/2005, de 18 de febrero, para la igualdad de mujeres y hombres, la prohibición de la publicidad sexista y ha calificado la contravención de esa prohibición como una infracción grave en el art. 77.3 b) de esa misma Ley (sancionable conforme a lo establecido en sus arts. 79 y 80).

Esta regulación contenida en los arts. 26.2 y 77.3 b) de la Ley del Parlamento Vasco 4/2005, de 18 de febrero, para la igualdad de mujeres y hombres, que encuentra su cobertura competencial en el

art. 10.27 del Estatuto de Autonomía para el País Vasco, resulta perfectamente compatible con la establecida por el legislador estatal en el título IV de la Ley general de publicidad, al haber actuado uno y otro legislador en el marco de sus competencias propias (STC 146/1996, FJ 5), por lo que no cabe apreciar que los preceptos autonómicos cuestionados hayan invadido la competencia estatal en materia de legislación procesal (art. 149.1.6 CE).

6. En suma, la atribución por la Ley del Parlamento Vasco 4/2005, de 18 de febrero, para la igualdad de mujeres y hombres, a la Administración autonómica de competencia para sancionar la contravención de la prohibición de realizar, emitir y exhibir anuncios publicitarios sexistas (modalidad cualificada de la publicidad ilícita), no entra en colisión con la atribución por el legislador estatal, con fundamento en el art. 149.1.6 CE, del conocimiento de las controversias derivadas de la publicidad ilícita a la jurisdicción civil, en los términos del título IV de la Ley general de publicidad, por lo que, no cuestionándose por el órgano judicial promotor el contenido prohibitivo material del art. 26.2 de la Ley vasca 4/2005, ni tampoco su art. 77.3 b) en su integridad, sino únicamente en cuanto atribuye la represión de la conducta publicitaria ilícita a la Administración, ha de concluirse que la presente cuestión resulta notoriamente infundada.

Por lo expuesto, el Pleno

## ACUERDA

Inadmitir a trámite la cuestión de inconstitucionalidad núm. 2926-2009, planteada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco.

Publíquese este Auto en el «Boletín Oficial del Estado».

**COMENTARIO AL AUTO DEL PLENO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE 29 DE SEPTIEMBRE DE 2009: CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD SOBRE EL ART. 77.3 B) DE LA LEY DEL PARLAMENTO VASCO 4/2005, DE 18 DE FEBRERO, PARA LA IGUALDAD ENTRE MUJERES Y HOMBRÉS)**

El Auto del Pleno del Tribunal Constitucional de 29 de septiembre, inadmite a trámite la cuestión de inconstitucionalidad presentada por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en relación con el art. 77.3 b) de la Ley del Parlamento Vasco 4/2005, de 18 de febrero, para la igualdad entre mujeres y hombres.

El precepto cuestionado se considera contrario al orden competencial constitucional de competencias regulado en el art. 149.1.6 CE. El art. 77. b) regula las sanciones administrativas para los anuncios publicitarios sexistas, o que banalicen o justifiquen la violencia contra las mujeres. Cuestiona el Tribunal Superior la constitucionalidad de un precepto que debe ser regulado por el Estado, cuanto que la inadmisión *ad limine* deja resuelto un problema importante de regulación en el futuro por parte de las CC.AA. de todos aquellos aspectos de la actividad publicitaria que se relacionan con la imagen de la mujer en los medios de comunicación.

El asunto que genera la cuestión es el recurso de una sanción administrativa a una empresa publicitaria a la que el Gobierno Vasco

## JURISPRUDENCIA · TS

multa con 6000 euros. La Sala considera que en el caso de estimarse la cuestión procedería anular la sanción, dado que el Gobierno Vasco habría sancionado sin tener la competencia para hacerlo.

La Ley estatal que regula la actividad publicitaria, es la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, que en su art. 3 prohíbe la publicidad que presente a las mujeres de forma vejatoria. El art. 28 de esta Ley atribuye el control de la publicidad ilícita a la jurisdicción ordinaria, no a las autoridades administrativas<sup>141</sup>.

En relación con el orden competencial en materia de publicidad, la STC 146/1996, ya determinó con bastante exactitud los términos de la cuestión, cuando desestimó el recurso de inconstitucionalidad instado por el Gobierno Vasco contra la Ley 34/1988, General de Publicidad. En este recurso, el Gobierno Vasco cuestionaba que el establecimiento del orden jurisdiccional civil para la resolución de las controversias presentadas por la publicidad ilícita, era inconstitucional vía competencial, dado que al ser la jurisdicción civil materia necesariamente estatal, hurtaba de manera indirecta competencias las CC.AA. en materia de publicidad. El Tribunal Constitucional consideró entonces que la opción del legislador

estatal para el control de la actividad publicitaria no era inconstitucional y estaba, además, avalada por la normativa europea, entonces contenida en la Directiva del Consejo 84/450/CEE, de 10 de septiembre de 1984, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias, y administrativas de los Estados miembros en materia de publicidad engañosa. La Directiva faculta a cada Estado miembro para optar por la vía jurisdiccional o administrativa para el control y la solución de las reclamaciones en materia de publicidad engañosa, por lo que la opción del legislador estatal no violenta la normativa comunitaria.

Ahora, la Ley Vasca para la igualdad entre mujeres y hombres, ha optado por un control administrativo, lo que es legítimo siempre que no sea contrario al orden de distribución de competencias.

Como decimos, la inadmisión *a limine* de la cuestión de inconstitucionalidad, deja despejada la posibilidad de que la publicidad en las CC.AA. se pueda regular por un sistema diferente del estatal, lo que permitirá la posibilidad de una manera más ágil y posiblemente más efectiva de control de la actividad publicitaria. (María Luisa Balaguer Callejón, Catedrática de Derecho Constitucional y Consejera del Consejo Consultivo de Andalucía).

### SENTENCIA DE 17 DE JULIO DE 2009, DE LA SALA TERCERA (SECCIÓN SÉPTIMA) DEL TRIBUNAL SUPREMO. CUANTÍA DE LA PENSIÓN DE VIUEDAD DEL EXCÓNYUGE POR DIVORCIO

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia dictó sentencia de fecha 30 de mayo de 2007, en cuya parte dispositiva se dice lo siguiente: <<Fallamos: Que estimamos el recurso contencioso-administrativo nº 880/04, con desestimación del Recurso acumulado nº 640/04 (de la Sección Novena), y, anulando las Resoluciones recurridas, reconocemos el derecho de D<sup>a</sup>. X a percibir el 78,4 % de la pensión extraordinaria de viudedad y el 21,06 a D<sup>a</sup>. Y. Sin costas>>.

**SEGUNDO.-** La sentencia recurrida en interés de ley llega a dicha conclusión a través de los razonamientos de su fundamento jurídico segundo que reproducimos a continuación: <<La normativa a tomar en consideración es el art. 38 del Texto Refundido de Clases Pasivas, cuyo apartado 1 dice textualmente: “Tendrán derecho a pensión de viudedad quienes sean o hayan sido cónyuges legítimos del causante de los derechos pasivos, siempre en proporción al tiempo que hubieran vivido con el cónyuge fallecido y con independencia de las causas que hubieran determinado la anulación o el divorcio en cada caso”.

Del expresado precepto -a nuestro juicio meridianamente claro, al margen y con independencia de la opinión que a cada cual pueda merecer- se infiere que cuando, como en el caso de autos, el causante ha tenido más de un cónyuge legítimo, la pensión de viudedad es siempre proporcional al tiempo de convivencia con el fallecido y ello -afirma el precepto- “con independencia de las causas

que hubieran determinado la anulación o el divorcio”. Luego el propio precepto prevé esa proporcionalidad para los supuestos de nulidad del matrimonio que, junto con el divorcio, son las dos causas de disolución del mismo. El expresado precepto tiene como antecedente la Adicional Décima.3ª de la Ley 30/81, por la que se modificó la regulación del Matrimonio en el Código Civil, introduciéndose el divorcio, cuya redacción es idéntica: “El derecho a la pensión de viudedad y demás derechos pasivos o prestaciones por razón de fallecimiento corresponderá a quien sea o haya sido cónyuge legítimo y en cuantía proporcional al tiempo vivido con el cónyuge fallecido, con independencia de las causas que hubieran determinado la separación o el divorcio”. Luego, obviamente y dado que el derecho a pensión de viudedad se hallaba ya reconocido por la legislación anterior al cónyuge supérstite que en el momento del hecho causante de la pensión (fallecimiento del esposo) mantuviera constante matrimonio, la norma 3ª de la referida Adicional tenía por finalidad la de reconocer -dentro de ciertos límites- el derecho a la pensión de viudedad a quien, habiendo sido cónyuge del causante, hubiera dejado de serlo, cualquiera que fueran las causas determinantes de la nulidad o el divorcio. Y tal derecho se reconoce, sin distinción entre pensiones ordinarias o extraordinarias de viudedad (donde la ley no distingue no cabe distinguir). La cuantía de la pensión que corresponde al divorciado es proporcional al tiempo de convivencia matrimonial con el causante. Como dice la STS, Sala Cuarta, de 21 de marzo de 1995 -

<sup>141</sup> El control administrativo de la publicidad en España, antes de la promulgación de la Constitución, se atribuyó a las autoridades administrativas, lo que se llevó a cabo por parte del Estatuto de publicidad de 1964.

## JURISPRUDENCIA • TS

con alcance de generalidad, al margen del supuesto concreto allí analizado- “la cuantía de la pensión que corresponde al divorciado, consistente en la parte proporcional al tiempo de su convivencia matrimonial con el causante, actuando como módulo temporal de referencia el periodo que inicia el matrimonio que después quedó disuelto por divorcio y que termina con el fallecimiento del causante. Por su parte, el derecho a la pensión de viudedad que corresponde al cónyuge superviviente, aún concurriendo con el divorciado, sigue siendo pleno, bien que restando de la cuantía de su pensión la porción que ha de asignarse a este último. Consecuentemente y una vez determinada la base reguladora de la pensión de viudedad (en este caso extraordinaria) conforme al art. 49.2 del Texto de Clases de Pasivas de 1987: “tomándose, en todo caso, los años completos que faltaran al causante de los derechos para alcanzar la correspondiente edad de jubilación o retiro forzoso como años de servicios efectivos prestados en el Cuerpo, Escala, plazo, empleo o categoría a que estuviera adscrito al momento del fallecimiento a efectos de la determinación de la base reguladora correspondiente, con la particularidad de que dicha base reguladora se tomará al 200 por 100 para el señalamiento de la correspondiente pensión”, se descontará de la pensión de viudedad que así se obtenga, como reza la precitada Sentencia: “la cuantía de la pensión que corresponde al divorciado, consistente en la parte proporcional al tiempo de su convivencia matrimonial con el causante, actuando como módulo temporal de referencia el periodo que inicia el matrimonio que después quedó disuelto por divorcio y que termina con el fallecimiento del causante.....”. Y ese módulo temporal de referencia abarca, en el caso de autos, desde el 30 de abril de 1995 (fecha del primer matrimonio) hasta el 29 de noviembre de 2003 (fecha del fallecimiento del causante): 8 años y 7 meses. De este módulo temporal de referencia (3.133 días), el primer matrimonio tuvo una duración de 6 años, 8 meses y 9 días (2.445 días), lo que equivale, tal como certeramente afirma la actora D<sup>a</sup>. X, al 78,04% del llamado módulo de referencia temporal, cantidad que ha de ser detrída, en perjuicio de la viuda, de su pensión y todo ello, volvemos a insistir, con independencia y al margen del juicio que pueda merecer el régimen instaurado por la norma 3<sup>a</sup> de la Adicional Décima de la Ley 30/81, antecedente normativo de las disposiciones vigentes>>.

**TERCERO.-** Conviene analizar lo dispuesto en la Disposición Adicional décima de la ley 30/1981 de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del Matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de Nulidad, Separación y Divorcio.

En primer lugar, hay que destacar que, entre otras modificaciones de nuestra legislación civil, esta ley introduce la posibilidad de divorcio en nuestra legislación. En consecuencia, no pretende determinar los efectos de los matrimonios válidamente celebrados hasta dicho momento, esto es, de los matrimonios válidos anteriores, sino que se dirige a regular las situaciones que se van a crear como consecuencia de la introducción de la posibilidad nueva de disolver el matrimonio, especialmente la concurrencia de varios matrimonios válidamente celebrados por un ciudadano o ciudadana, así como la concurrencia con situaciones de hecho asimilables a

la unión matrimonial, anteriores a la citada ley, en un momento en que no existía el divorcio, y en consecuencia no existía la posibilidad de contraer válidamente nuevo matrimonio, salvo los casos de nulidad que la legislación establecía. En este contexto hay que interpretar la disposición adicional décima de dicha ley, y lo primero que hay que destacar es su carácter provisional, o como dice la propia disposición <<en tanto se dé una regulación definitiva en la correspondiente legislación, en materia de pensiones y Seguridad Social>>. En consecuencia, aun cuando este antecedente legislativo es un elemento interpretativo importante para la resolución del presente recurso en interés de ley, no hemos de olvidar que es la propia norma la que le da un carácter temporal, por lo que el núcleo de la cuestión no es interpretar esta disposición, sino la que la ha sustituido, en concreto, el artículo 39.1 del Texto Refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado. En cualquier caso, aunque no se hubiera establecido esta previsión en dicha disposición adicional décima como norma legislativa, sería derogada en cuanto se le opusiera por otra norma del mismo rango legal posterior, tal como dispone el artículo 3.2 del Código Civil. Por otra parte, de la frase que hemos puesto en cursiva, se desprende que no ha de ser necesariamente la misma solución la que se de en el régimen general de la Seguridad Social y en el régimen de Derechos Pasivos, sino que habrá que estar a la legislación definitiva correspondiente en cada caso. En consecuencia, ni la *disposición adicional décima* citada vincula el contenido del desarrollo legislativo posterior, cuyo contenido hay que interpretar, ni por otro lado la sentencia de la Sala cuarta de este Tribunal, de 21 de marzo de 1995, dictada interpretando la legislación reguladora del régimen general de la Seguridad Social ha de determinar el contenido de la interpretación que por este Tribunal se haga de una legislación distinta, como es la del régimen de derechos pasivos. Todo ello, sin perjuicio de que como sostiene acertadamente el Abogado del Estado en su recurso, es cierto que esta sentencia sostiene que “la pensión que corresponde al divorciado consistente en la parte proporcional al tiempo de su convivencia matrimonial con el causante actuando como módulo temporal de referencia el periodo que inicia el matrimonio que después quedó disuelto por divorcio y que termina con el fallecimiento del causante. Por su parte el periodo que corresponde al cónyuge superviviente, aun concurriendo con el divorciado, sigue siendo pleno, bien que restando de la cuantía de su pensión la porción que ha de designarse a éste último”. Sin embargo, cita la recurrente el dictamen de la Comisión Permanente del Consejo de Estado de 26 de julio de 1997 que destaca que nada dice la citada sentencia sobre cual deba ser el módulo temporal de referencia en el caso de que el causante de la pensión fallezca antes de haber alcanzado la edad de jubilación o retiro forzoso. Y tomando como base lo dispuesto en el artículo 39.1 del Texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado según el cual al estar determinada la base reguladora de la pensión de viudedad por la pensión de jubilación del fallecido o declarado fallecido, para el caso específico de que éste se hubiese producido con anterioridad al cumplimiento de la edad correspondiente y no hubiera llegado a ser declarado jubilado o retirado, “se tomará la pensión de jubilación o retiro que efectivamente se hubiera señalado al causante

## JURISPRUDENCIA • TS

debidamente actualizada en su caso, o la que le hubiera podido corresponder al momento de su jubilación o retiro forzoso si hubiera fallecido con anterioridad al cumplimiento de la edad correspondiente y no hubiera llegado a ser declarado jubilado o retirado". En consecuencia, el Consejo de Estado llega a la conclusión de que el módulo temporal de referencia para calcular la pensión que pudiera corresponder al excónyuge (y que minorará el derecho pleno correspondiente al cónyuge en el momento del fallecimiento), viene determinado por la fecha del matrimonio y por la fecha en que el causante hubiese alcanzado la edad de jubilación o retiro. Esta Sala comparte este criterio, pues el citado artículo 39.1 ha elevado el cálculo del periodo temporal para la base de la pensión generada por el fallecido antes de la jubilación hasta el momento en que se hubiera jubilado, de haber permanecido en situación de activo, y es evidente que este derecho corresponde al cónyuge superviviente, al que corresponde en pleno la pensión de viudedad, sin perjuicio de ser minorado por los derechos de los excónyuges concurrentes en relación al tiempo de convivencia con el fallecido. Entendemos ajustada a derecho la tesis propuesta por el Abogado del Estado, pues de otra manera se favorecería sin razón justificada al primer cónyuge de quien fallece antes de llegar a la jubilación, que pasaría a percibir una pensión de viudedad que, en el caso de que el fallecimiento fuere en fecha próxima a la del último matrimonio, se le atribuiría en su mayor parte. No parece razonable que, una vez disuelto el matrimonio, quien ha dejado de tener una relación matrimonial, (con independencia de la situación económica que resulte de dicha resolución) pueda beneficiarse del fallecimiento de su excónyuge, ocurrido antes de la jubilación o retiro. Es evidente que el excónyuge tiene derecho en el momento de la disolución a una pensión proporcional al periodo de convivencia, en relación al periodo previsible de la vida funcional, pero no a beneficiarse de una disposición que va dirigida a beneficiar al cónyuge superviviente, (consistente en alargar el periodo temporal para el cálculo de la pensión hasta el momento de la jubilación), como se hace con las pensiones de ciudadanos supervivientes a su cónyuge fallecido antes de la jubilación, que no concurren con otros excónyuges. En efecto, es el cónyuge superviviente el que experimenta en el momento del fallecimiento del otro cónyuge, el daño material y moral, y a favor del cual el fallecido venía devengando los derechos pasivos. Por otra parte la propia legislación prevé la pérdida del derecho del excónyuge si contrae nuevo matrimonio, en cuyo caso no minoraría la pensión que pudiera corresponder por completo al cónyuge superviviente en el momento del fallecimiento. En consecuencia, si para los cónyuges supervivientes no concurrentes con otros anteriores con derecho a la pensión de viudedad, el legislador en el artículo 39.1 citado calcula la base sobre el tiempo que faltaba al funcionario para su jubilación, imputándoles todo ese periodo de hipotética cotización, no tendría sentido que no se hiciera lo mismo para los supervivientes que concurrían con otros excónyuges anteriores, sin perjuicio del derecho a aminorar las pensiones correspondientes a éstos por el tiempo convivido con el fallecido, pero calculando la proporción sobre la base temporal fijada por la ley.

**CUARTO.-** Como sostiene el Abogado del Estado, la cuestión afec-

ta a un número indeterminado de ciudadanos, por lo que afecta al interés general, y en consecuencia procede declarar gravemente dañosa para el mismo el contenido de la sentencia recurrida, y acoger la doctrina propuesta por Abogado del Estado, sin que esta sentencia afecte a la situación individualizada objeto de la sentencia, y sin que proceda hacer expreso pronunciamiento sobre las costas procesales, a tenor de lo dispuesto en el artículo 139 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Procede publicar esta sentencia en el Boletín Oficial del Estado, a tenor de lo dispuesto en el artículo 100.7 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

**FALLAMOS**

- 1.- Estimando el recurso de casación en interés de ley número 50/2007 interpuesto por el Abogado del Estado, contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 30 de mayo de 2007, recaída en el recurso contencioso-administrativo número 880/2004, y respetando la situación jurídica individualizada derivada de la sentencia, demos establecer la siguiente doctrina: *"El módulo temporal de referencia que debe utilizarse para determinar la cuantía de la pensión de viudedad por Clases Pasivas del ex cónyuge por divorcio o nulidad de matrimonio así como la del cónyuge actual de un funcionario, cuando el fallecimiento del causante de los derechos se haya producido con anterioridad al momento de alcanzar la edad de jubilación o retiro forzoso, debe tomarse desde la celebración del matrimonio hasta la fecha en que el causante hubiese alcanzado la edad de jubilación o retiro"*.
- 2.- No ha lugar a hacer expresa imposición de las costas procesales.
- 3.- Publíquese este fallo en el Boletín Oficial del Estado a los efectos previstos en el artículo 100.7 de la Ley 29/1988, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

**COMENTARIO A LA SENTENCIA DE LA SALA TERCERA (SECCIÓN SÉPTIMA) DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 17 DE JULIO DE 2009**

La sentencia de la Sección Séptima de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2009 estima el Recurso de Casación en Interés de Ley número 50/2007 interpuesto por el Abogado del Estado (conforme art.100 y 101 LJCA), contra la Sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 30 de mayo de 2007, recaída en recurso contencioso-administrativo número 880/2004, y en ella respetando en todo caso la situación jurídica particular derivada de la sentencia recurrida, fija en el fallo como doctrina legal que:

*"El módulo temporal que debe tomarse como referencia para determinar la cuantía de la pensión de viudedad por Clases Pasivas del excónyuge por divorcio o nulidad de matrimonio así como la del cónyuge actual de un funcionario, cuando el fallecimiento del causante de los derechos se produce con anterioridad al momento de alcanzar la edad de jubilación o retiro forzoso, debe ser desde la celebración del matrimonio hasta la fecha en que el causante hubiese alcanzado la edad de jubilación o retiro"*.

Llega a esta conclusión basándose en varios razonamientos jurídicos en los que toma en consideración:

Primero. Los cambios introducidos por la Ley 30/1981, de 7 de julio en su Disposición Adicional décima 3ª, que modificó la regu-

## JURISPRUDENCIA • TS

lación del matrimonio en el Código Civil y determinó el procedimiento a seguir en las causas de Nulidad, Separación y Divorcio. La enorme importancia de esta ley -ampliamente demandada por la sociedad-, radicó en que permitió introducir en nuestra legislación el divorcio como otra causa de disolución del matrimonio, ya que, hasta esos momentos, sólo la muerte de uno de los cónyuges o la declaración de fallecimiento producía tal efecto.

Su principal finalidad era regular -o más bien regularizar- las situaciones que tras su entrada en vigor se podían originar: varios matrimonios válidamente celebrados, o situaciones asimilables a la unión matrimonial, anteriores a esta ley. Por tal motivo, su Disposición Adicional Décima 3ª, contempló la posibilidad de que pudiera darse la *conurrencia* en el derecho a percibir una pensión de viudedad. Ante tales situaciones, instauró el criterio de que "el derecho a la pensión de viudedad y demás derechos pasivos o prestaciones por razón de fallecimiento *corresponderá a quien sea o haya sido cónyuge legítimo y en cuantía proporcional al tiempo vivido con el cónyuge fallecido, con independencia de las causas que hubieran determinado la separación o el divorcio*".

Sin embargo, al estar ya reconocido por la legislación anterior el derecho a la pensión de viudedad del cónyuge supérstite que en el momento del fallecimiento del causante de la pensión mantuviera constante matrimonio, lo que pretendió dicha disposición Adicional Décima 3ª de esta referida ley 30/81, de 7 de julio fue mostrar su conformidad en reconocer -dentro de ciertos límites- el derecho a la pensión de viudedad que también posee el que habiendo sido cónyuge del causante, hubiera dejado de serlo, cualquiera que hubieran sido las causas que hubieran provocado la separación o el divorcio, en tanto no se diera una regulación definitiva en la correspondiente legislación en materia de pensiones y Seguridad Social y sin que vincule el contenido del desarrollo legislativo posterior. Y, ello sin distinguir entre pensiones ordinarias o extraordinarias de viudedad.

Segundo. Posteriormente, el R/D legislativo 670/1987, de 30 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, teniendo en cuenta lo dispuesto en la referida ley, en su art. 38 contempla el supuesto de que el causante de los derechos pasivos al tiempo del fallecimiento hubiera tenido más de un cónyuge legítimo y mantiene el mismo *criterio de la proporcionalidad en orden al tiempo de convivencia con el causante con independencia de cuál sea la causa que haya determinado la anulación o el divorcio*.

El Tribunal Supremo (Sala Cuarta) emitió Sentencia de 21 de marzo de 1995, en la que interpretando la legislación reguladora del régimen general de la Seguridad Social estableció que: "la cuantía de la pensión que corresponde al divorciado, consiste en la parte proporcional al tiempo de su convivencia matrimonial con el causante, actuando como módulo temporal de referencia el periodo que

inicia el matrimonio que después quedó disuelto por divorcio y que termina con el fallecimiento del causante. Por su parte, el derecho a la pensión de viudedad que correspondiente al cónyuge supérstite, aún concurriendo con el divorciado, sigue siendo pleno, bien que restando la cuantía de su pensión la porción que ha de asignarse a este último".

Tercero. No obstante, entiende el Tribunal que ni la Disposición adicional décima vincula el contenido del desarrollo legislativo posterior, ni tampoco la Sentencia de la Sala Cuarta de 25 de marzo de 1995, dictada interpretando la legislación reguladora del régimen general de la Seguridad Social, ha de determinar la interpretación que se haga de una legislación distinta, como es la de Régimen de Derechos Pasivos. Es más, el Dictamen emitido por la Comisión Permanente del Consejo de Estado de 26 de julio de 1997, advierte que la referida sentencia nada dice sobre cuál deba ser el módulo temporal de referencia en el caso de que el causante de la pensión fallezca antes de haber alcanzado la edad de jubilación o retiro forzoso.

Cuarto. Por ello, considera el Tribunal Supremo que resulta clave para la resolución de la cuestión lo dispuesto en el art. 39.1 -que sustituye la disposición Adicional Décima 3ª que la propia ley preveía con carácter temporal y que sería derogada en cuanto se le opusiera por otra norma del mismo rango legal posterior-: elevar el cálculo del periodo temporal para la base de la pensión generada por el fallecido antes de la jubilación hasta el momento en que se hubiera jubilado, de haber permanecido en situación de activo, y es evidente que este derecho corresponde al cónyuge supérstite, al que corresponde en pleno la pensión de viudedad, sin perjuicio de ser minorado por los derechos de los excónyuges concurrentes en relación al tiempo de convivencia con el fallecido. Y ello porque considera -coincidiendo con la tesis mantenida con el Abogado del Estado- que si esto no fuera así se estaría favoreciendo sin ninguna razón que lo justifique al primer cónyuge de quien fallece antes de haber llegado a la edad de jubilación, que pasaría a percibir una pensión de de viudedad que, en el caso de que el fallecimiento fuera en fecha próxima a la del último matrimonio, quien ha dejado de tener una relación matrimonial pueda beneficiarse del fallecimiento de su excónyuge, ocurrido antes de la jubilación o retiro.

Quinto. Se trata de una estimación que entendemos muy acertada ya que es el cónyuge supérstite el que experimenta en el momento del fallecimiento del otro cónyuge, el daño material y moral. Además, la legislación prevé la pérdida del derecho del excónyuge si contrae de nuevo matrimonio, por lo que en el caso de producirse tal circunstancia no minoraría el importe de la pensión que pudiera corresponder por completo al cónyuge supérstite en el momento en que se produce el fallecimiento. (Dra. Ángeles Liñán García, Facultad de Derecho, Universidad de Málaga).

## **Instituto Andaluz de la Mujer**

CONSEJERÍA PARA LA IGUALDAD Y BIENESTAR SOCIAL

[www.juntadeandalucia.es/institutodelamujer](http://www.juntadeandalucia.es/institutodelamujer)

**Teléfono de Información a la Mujer**

**900 200 999**