

# ARTICULO

# 14

## UNA PERSPECTIVA DE GÉNERO

Boletín de Información  
y Análisis Jurídico

NÚM. 19 • SEPTIEMBRE DE 2005

### DOCTRINA

- La reforma del Código Civil en materia de separación y divorcio

### LEGISLACIÓN

- Nueva regulación de la separación y divorcio.
- Persecución extraterritorial de la práctica de la mutilación genital femenina.
- Modificación del Registro Central para la protección de las víctimas de la violencia doméstica.
- Plan estatal de la vivienda.
- La Igualdad de Género en la elaboración del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2006, y en el Plan de Innovación y Modernización.

### JURISPRUDENCIA

- Igualdad de retribución. Plan social, concesión de asignación a partir de una edad diferente en función del sexo.
- Prohibición del empleo a mujeres para trabajos de buceo, subterráneos en el sector minero y en medio hiperbárico.
- Discriminación por razón de sexo de trabajadora embarazada.

Delitos de malos tratos habituales y de asesinato en grado de tentativa.



Instituto Andaluz de la Mujer

CONSEJERÍA PARA LA IGUALDAD Y BIENESTAR SOCIAL

# ARTÍCULO 14

## Junta de Andalucía Instituto Andaluz de la Mujer

### Dirección:

Ana Soledad Ruiz Seguí

### 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

### Edita:

Instituto Andaluz de la Mujer

C/ Alfonso XII, 52

41002 Sevilla

Tel.: 955 03 49 53

Fax: 955 03 49 56

Puede consultarse "Artículo 14" en:

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

### Diseño y Maquetación:

Fotomecánica Magenta

### Imprime:

Tecnographic

### Dep. Legal:

SE-2460-01

ISSN:

1696-6988

## Sumario:

### DOCTRINA

La reforma del Código Civil en materia de separación y divorcio.  
BLANCA SILLERO CROVETTO. Profesora Titular de Derecho  
Civil. Universidad de Málaga. .... 4

### LEGISLACIÓN

Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y  
la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio. .... 19

Ley Orgánica 3/2005, de 8 de julio, de modificación de la Ley  
Orgánica 6/1985, e 1 de julio, del Poder Judicial, para perseguir  
extraterritorialmente la práctica de la mutilación genital femenina. .... 24

Real Decreto 513/2005, de 9 de mayo, por el que se modifica el Real  
Decreto 355/2004, de 5 de marzo, por el que se regula el Registro  
central para la protección de las víctimas de la violencia doméstica. .... 27

Real Decreto 801/2005, de 1 de julio, por el que se aprueba el Plan  
estatal para favorecer el acceso de los ciudadanos a la vivienda. .... 30

Orden de 25 de mayo de 2005, de la Junta de Andalucía, por la que  
se dictan normas para la elaboración del Presupuesto de la  
Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2006. .... 34

Acuerdo de 7 de junio de 2005 de la Junta de Andalucía, Plan de  
Innovación y Modernización. .... 34

### JURISPRUDENCIA JCE

Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 9 de diciembre  
de 2004. Igualdad de retribución - Plan social - Asignación concedi-  
da a los trabajadores que hayan alcanzado una cierta edad en el  
momento de su despido - Concesión de la asignación a partir de una  
edad diferente en función del sexo de los trabajadores despedidos  
-edad legal de jubilación, diferente en función del sexo. .... 36

Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 1 de febrero de  
2005. Incumplimiento de las obligaciones que le incumben en virtud  
de los artículos 2 y 3 de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9  
de febrero de 1976. Incumplimiento por prohibición del empleo a  
mujeres para trabajos de buceo, subterráneos en el sector minero y  
en medio hiperbárico. .... 44

### JURISPRUDENCIA TC

Sentencia del Tribunal Constitucional 182/2005, de 4 de julio.  
Discriminación por razón de sexo de trabajadora embarazada. .... 52

Sentencia del Tribunal Constitucional 175/2005, de 4 de julio.  
Discriminación por razón de sexo. Despido nulo de trabajadora  
embarazada. .... 64

### JURISPRUDENCIA TS

Auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal de diecisiete de febre-  
ro de Dos mil cinco. Delitos de Malos Tratos Habituales y de  
Asesinato en grado de tentativa. .... 73

## PRESENTACIÓN

En los últimos años se han producido importantes avances en la situación social de las mujeres, fruto de los numerosos esfuerzos que se vienen realizando por las distintas instituciones, organizaciones y la decidida voluntad del Gobierno Andaluz, dirigida a favorecer los cambios necesarios para asegurar que la igualdad formal que recoge el artículo 14 de la Constitución y el 12.2 del Estatuto de Autonomía para Andalucía constituya una realidad. En este sentido, se han venido impulsando el desarrollo de Planes de Igualdad y Planes de Acción contra la violencia de género, y numerosas propuestas y líneas de actuación para fomentar la igualdad de derechos y oportunidades de mujeres y hombres.

No obstante, aunque podemos afirmar que los logros, son considerables, aún queda mucho camino por recorrer, ya que la discriminación de género sigue condicionando el pleno desarrollo de las mujeres en los distintos ámbitos de la vida, por ello, consideramos de suma importancia reforzar las estrategias para la promoción de la igualdad de género, con el objetivo de avanzar hacia un modelo de sociedad que ponga fin a todas las situaciones de desigualdad que todavía sufren las mujeres.

En este sentido, y teniendo en cuenta que el debate sobre la igualdad esta permanentemente abierto, son poderosas las razones que sostienen la necesidad de acelerar el proceso de consecución de la igualdad real y efectiva, que contribuya a reforzar la realización práctica del principio de igualdad asumido en el Estatuto de Autonomía y acortar el lento proceso histórico de incorporación de las mujeres a la sociedad, en el pleno ejercicio de sus derechos de ciudadanía en el plano laboral, cultural, económico y político.

Pero también es necesario, afianzar los logros conseguidos en los años de desarrollo de las políticas de igualdad y remover todos los obstáculos que aún dificultan la plena igualdad de género, con estos dos ejes, la apuesta por las estrategias de acción positiva en Andalucía representa, en estos momentos y para el futuro un objetivo común de enorme fuerza y utilidad, para intensificar los esfuerzos adoptados por los poderes públicos para promover la igualdad de género, que sirva al fin común de una sociedad andaluza más igualitaria.

*Ana Soledad Ruiz Segúin*  
*Directora del Instituto Andaluz de la Mujer*

## DOCTRINA

# LA REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL EN MATERIA DE SEPARACIÓN Y DIVORCIO

BLANCA SILLERO CROVETTO

PROFESORA TITULAR DE DERECHO CIVIL. UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

**SUMARIO:**

**I. INTRODUCCIÓN.-**

**II. LA SUPRESIÓN DE LAS CAUSAS DE SEPARACIÓN Y DIVORCIO.-**

**III. LA REFORMA EN MATERIA DE GUARDA Y CUSTODIA.-**

*III.1. Visitas y estancias en los casos de guarda y custodia compartida.-*

*III.2. Alimentos.-*

**IV. MATIZACIONES A LA PENSIÓN COMPENSATORIA.-**

**V. LOS DERECHOS LEGITIMARIOS DEL CÓNYUGE VIUDO.- VI. CONCLUSIONES.**

## I. INTRODUCCIÓN

Contiene la Constitución de 1978 en su artículo 32 un mandato al legislador para que regule los derechos y deberes de los cónyuges con plena igualdad jurídica, así como las causas de separación y disolución del matrimonio y sus efectos.

Fue la Ley 30/1981, de 7 de julio, la que modificó la regulación del matrimonio en el Código Civil, así como el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, de conformidad con los entonces nuevos principios. Ello va a suponer promover y proteger la dignidad de los cónyuges y sus derechos, y procurar que mediante el matrimonio se favorezca el libre desarrollo de la personalidad de ambos.

A tal fin, la ley tiene en consideración que, sistemáticamente, el derecho a contraer matrimonio se configura como un derecho constitucional, cuyo ejercicio no puede afectar, ni desde luego, menoscabar la posibilidad jurídica de ninguno de los esposos en el matrimonio, y que, por último da lugar a una relación jurídica disoluble por las causas que la ley dispone.

La determinación de tales causas y, en concreto, la admisión del divorcio constituyó el núcleo de la elaboración de la ley, en la que, tras un complejo y tenso proceso, aún pueden advertirse rasgos del antiguo modelo de la separación-sanción.

Estas disposiciones han estado en vigor durante casi un cuarto de siglo, tiempo durante el cual han puesto de manifiesto de modo suficiente tanto sus carencias como las disfunciones por ellas provocadas. De ahí la necesidad de su reforma que se acomete con la promulgación de la *Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio*, reforma que pretende que la libertad como valor superior de nuestro ordenamiento jurídico tenga su más adecuado reflejo en el matrimonio. El reconocimiento por la Constitución de esta institución jurídica posee una innegable trascendencia, en tanto que contribuye al orden público y la paz social, y es cauce a través del cual los ciudadanos pueden desarrollar su personalidad.

Con este propósito, la reforma establece principalmente:

La obligación de los cónyuges de compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Artículo 68 CC. Junto a la obligación de los cónyuges de vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente.

## DOCTRINA

Posibilidad de separarse o divorciarse a los tres meses desde la celebración del matrimonio, incluso antes, si existen malos tratos<sup>2</sup>.

Eliminación de las causas de separación y divorcio<sup>3</sup>.

Obligación de comunicar al Juzgado que entienda o haya entendido de la separación, la reconciliación por ambos cónyuges de forma separada<sup>4</sup>.

Posibilidad de establecer el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos mediando acuerdo entre los padres. Excepcionalmente, el Juez, a instancia de una de las partes, podrá acordar la custodia compartida, con informe favorable del Ministerio Fiscal y en aras del interés superior del menor<sup>5</sup>.

Posibilidad de fijar la pensión compensatoria con carácter temporal o por tiempo indefinido o mediante una prestación única, determinándose su importe en función de las circunstancias establecidas en el artículo 97 del Código Civil y cualquier otra circunstancia relevante<sup>6</sup>.

Establecimiento de un fondo de garantía de pensiones de alimentos reconocidas e impagadas, a cargo del Estado<sup>7</sup>.

Posibilidad de plantear reconversión cuando el cónyuge demandado de separación o nulidad pretenda el divorcio, cuando el cónyuge demandado de nulidad pretenda la separación, cuando se funde en alguna de las causas que pueden dar lugar a la nulidad del matrimonio, o cuando el cónyuge demandado pretenda la adopción de medidas definitivas no solicitadas en la demanda y sobre las que el Juez no deba pronunciarse de oficio<sup>8</sup>.

Posibilidad de solicitar la suspensión del proceso de separación o divorcio para someterse a mediación<sup>9</sup>.

Tramitación del procedimiento de modificación de medidas conforme a lo dispuesto en el artículo 770 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en caso de ser contencioso, o conforme al artículo 777 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en caso de ser de mutuo acuerdo<sup>10</sup>.

Eliminación de la obligación de oír a los menores mayores de doce años en los procesos de separación o divorcio solicitados de mutuo acuerdo o por uno de los cónyuges con el consentimiento del otro<sup>11</sup>.

Obligación del Gobierno de elaborar un proyecto de ley sobre mediación<sup>12</sup>.

## II. LA SUPRESIÓN DE LAS CAUSAS DE SEPARACIÓN Y DIVORCIO

Constituye ésta la principal novedad sobre la que se asienta la reforma legal. A través de ella se pretende que el acceso a la separación o al divorcio esté legalmente desprovista de motivo alguno, quedando los cónyuges en plena situación de libertad para interrumpir su convivencia marital por medio de la separación judicial o romper definitivamente el vínculo matrimonial instando el divorcio.

A tales efectos, quedan sin contenido expresamente el artículo 82 del Código Civil que regulaba las causas de separación, el artículo 87, en cuanto a las puntualizaciones legales realizadas a las circunstancias del “cese efectivo de la convivencia conyugal” a los efectos de constituir causa de separación o divorcio, y pasan a tener una nueva redacción los artículos 81 y 86.

Dispone el artículo 81 lo siguiente:

*“Se decretará judicialmente la separación, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio:*

<sup>2</sup> Artículo 81 CC.

<sup>3</sup> Queda sin contenido el artículo 82 CC y se modifica el contenido del artículo 86.

<sup>4</sup> Artículo 84, párrafo 1º.

<sup>5</sup> Apartados 4 a 9 del artículo 92 CC.

<sup>6</sup> Artículo 97 CC.

<sup>7</sup> Disposición Adicional Única, “El Estado garantizará el pago de alimentos reconocidos e impagados a favor de los hijos e hijas menores de edad en convenio judicialmente aprobado o en resolución judicial, a través de una legislación específica que concretará el sistema de cobertura en dichos supuestos”.

<sup>8</sup> Regla 2ª del artículo 770 LEC.

<sup>9</sup> Regla 7ª del artículo 770 LEC: “Las partes de común acuerdo podrán solicitar la suspensión del proceso de conformidad con lo previsto en el artículo 19.4 de esta Ley, para someterse a mediación”.

<sup>10</sup> Apartado 2 del artículo 775, que queda redactado del siguiente modo: “Estas peticiones se tramitarán conforme a lo dispuesto en el artículo 770. No obstante si la petición se hiciera por ambos cónyuges de común acuerdo o por uno con el consentimiento del otro y acompañando propuesta de convenio regulador, regirá el procedimiento establecido en el artículo 777”.

<sup>11</sup> Dispone el apartado 5 del artículo 777 LEC que: “Si hubiera hijos menores o incapacitados, el Tribunal recabará informe del Ministerio Fiscal sobre los términos del convenio relativos a los hijos y oír a los menores si tuvieran suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Ministerio Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial o del propio menor. Estas actuaciones se practicarán durante el plazo a que se refiere el apartado anterior o, si éste no se hubiera abierto, en el plazo de cinco días”. Se justifica la reforma por los efectos negativos que la exploración judicial produce en los menores, por lo que la misma debe reservarse para los casos en que exista una necesidad real de conocer su testimonio, por existir un acuerdo entre los cónyuges que perjudique al menor, resulte extravagante o se disponga de información que justifique tal intervención. Por otra parte se ha añadido un nuevo párrafo al final de la regla 4ª del artículo 770 LEC, con la siguiente redacción: “En las exploraciones de menores en los procedimientos civiles se garantizará por el Juez que el menor pueda ser oído en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses, sin interferencias de otras personas, y recabando excepcionalmente el auxilio de especialistas cuando ello sea necesario”.

<sup>12</sup> Disposición Final Tercera, “El Gobierno remitirá a las Cortes un proyecto de ley sobre mediación basada en los principios establecidos en las disposiciones de la Unión Europea, y en todo caso en los de voluntariedad, imparcialidad, neutralidad y confidencialidad y en el respeto a los servicios de mediación creados por las Comunidades Autónomas”.

Por otra parte, el apartado 2 del artículo 777 LEC contempla el supuesto de un “acuerdo final alcanzado en el procedimiento de mediación familiar”. Y en el párrafo primero del apartado 2 del artículo 771 LEC con la finalidad de alcanzar un acuerdo se dispone que “A la vista de la solicitud, el Tribunal mandará citar a los cónyuges y, si hubiere hijos menores o incapacitados al Ministerio Fiscal, a una comparecencia, en la que se intentará un acuerdo de las partes y que se celebrará en los diez días siguientes. A dicha comparecencia deberá acudir el cónyuge demandado asistido por su Abogado y representado por su Procurador”.

## DOCTRINA

1º. *A petición de ambos cónyuges o de uno con el consentimiento del otro, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio. A la demanda se acompañará una propuesta de convenio regulador redactada conforme al artículo 90 de este Código.*

2º. *A petición de uno solo de los cónyuges, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio. No será preciso el transcurso de este plazo para la interposición de la demanda cuando se acredite la existencia de un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o libertad e indemnidad sexual del cónyuge demandante o de los hijos de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio.*

*A la demanda se acompañará propuesta fundada de las medidas que hayan de regular los efectos derivados de la separación”.*

El artículo 86 queda redactado del siguiente modo:

*“Se decretará judicialmente el divorcio, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio, a petición de uno solo de los cónyuges, de ambos o de uno con el consentimiento del otro, cuando concurran los requisitos y circunstancias exigidos en el artículo 81”.*

Se conciben la separación y el divorcio como dos opciones, a las que los cónyuges tienen plena libertad de acceso para solucionar las vicisitudes de su vida en común, sin existencia de traba o impedimento alguno, lo que no es más que fruto del libre desarrollo de la personalidad de cada uno de ellos que justifica reconocer una mayor trascendencia a la voluntad individual de los mismos y al simple hecho de no desear seguir vinculado al otro. Son los propios cónyuges, bien unilateralmente o bien de mutuo acuerdo, los que deciden ahora cuál de las dos soluciones legales (separación o divorcio) es la que responde o es más acorde a su problema convivencial, todo ello sin necesidad de alegar causa alguna que justifique tal petición judicial y sin más condicionamiento que el dato objetivo que supone el transcurso de tres meses desde la celebración del matrimonio<sup>13</sup>.

La circunstancia consistente en el transcurso de los tres meses desde la celebración del matrimonio es dispensable con respecto a las demandas de separación o divorcio que se tramiten por vía contenciosa cuando el interés de los hijos o del cónyuge demandante justifique la suspensión de la convivencia con antelación, y que en ella se haga solicitud y propuesta de las medidas que hayan de regular los efectos derivados de la separación.

A las demandas de separación o divorcio consensual será necesario adjuntar, como hasta ahora, la propuesta de convenio regulador a que se refiere el artículo 90 del Código Civil, y que establece un contenido que se ha de reputar mínimo<sup>14</sup>.

Como novedad, sin embargo, en las demandas contenciosas de separación o divorcio, obliga la Ley a instar por parte del actor a la autoridad judicial, una propuesta fundada de las medidas que hayan de regular los efectos derivados de la separación. Se pretende así que el demandado no sólo conteste a las medidas solicitadas por el demandante, sino que también tenga la oportunidad de proponer las que considere más conveniente, y que, en definitiva, el Juez pueda propiciar que los cónyuges lleguen a un acuerdo respecto de todas o el mayor número de ellas<sup>15</sup>.

<sup>13</sup> “El ejercicio del derecho a no continuar casado, afirma la Exposición de Motivos, no puede hacerse depender de la demostración de la concurrencia de causa alguna, pues la causa determinante no es mas que el fin de esa voluntad expresada en su solicitud, ni, desde luego de una previa e ineludible situación de separación. En este sentido, se pretende evitar la situación actual que, en muchos casos conlleva un doble procedimiento, para lo cual se admite la disolución del matrimonio por divorcio sin necesidad de la previa separación de hecho o judicial, con un importante ahorro de coste a las partes, tanto económico como, sobre todo, personales. No obstante, y de conformidad con el artículo 32 de la Constitución, se mantiene la separación judicial como figura autónoma, para aquellos casos en los que los cónyuges, por las razones que les asistan, decidan no optar por la disolución de su matrimonio... Basta con que uno de los esposos no desee la continuación del matrimonio para que pueda demandar el divorcio, sin que el demandado pueda oponerse a la petición por motivos personales, y sin que el Juez pueda rechazar la petición, salvo por motivos materiales. La intervención judicial queda reservada para cuando sea imposible el acuerdo, o el contenido del propuesto sea lesivo para los intereses de los menores o incapacitados, o uno de los cónyuges, y las partes no hayan atendido a sus requerimientos de modificación. Sólo en estos casos deberá dictarse una resolución en la que imponga las medidas que sean precisas”.

<sup>14</sup> Artículo 90 que ha sido reformado en su primer párrafo y apartado a) quedando redactado en los siguientes términos: “El convenio regulador a que se refieren los artículos 81 y 86 de este Código deberá contener, al menos, los siguientes extremos: a) El cuidado de los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, el ejercicio de ésta y, en su caso, el régimen de comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva habitualmente con ellos”.

<sup>15</sup> En este sentido dispone el artículo 771 LEC: “1. El cónyuge que se proponga demandar la nulidad, separación o divorcio de su matrimonio puede, solicitar los efectos y medidas a que se refieren los artículos 102 y 103 del Código Civil ante el Tribunal de su domicilio. Para formular esta solicitud no será precisa la intervención de procurador y abogado, pero sí será necesaria dicha intervención para todo escrito y actuación posterior.

2. *A la vista de la solicitud, el Tribunal mandará citar a los cónyuges y, si hubiere hijos menores o incapacitados, al Ministerio Fiscal, a una comparecencia, en la que se intentará un acuerdo de las partes y que se celebrará en los diez días siguientes. A dicha comparecencia deberá acudir el cónyuge demandado asistido por su abogado y representado por su Procurador”. Párrafo éste primero del apartado 2 que ha sido modificado en virtud de la Disposición Final Primera de la Ley. Así como el párrafo primero de la medida 1ª del artículo 103 del Código Civil que queda redactado como sigue: “1ª Determinar, en interés de los hijos, con cuál de los cónyuges han de quedar los sujetos a la patria potestad de ambos y tomar las disposiciones apropiadas de acuerdo con lo establecido en este Código y, en particular, la forma en que el cónyuge que no ejerza la guarda y custodia de los hijos podrá cumplir el deber de velar por éstos y el tiempo, modo y lugar en que podrá comunicar con ellos y tenerlos en su compañía”.*

## DOCTRINA

De lo hasta ahora expuesto, consideramos muy positiva la reforma que se articula en el Código Civil en torno a la supresión de los motivos legales existentes hasta ahora para poder separarse o divorciarse dado que, son precisamente los cónyuges los que principalmente han de valorar la conveniencia o no de seguir adelante con el proyecto existencial que supone el matrimonio y no, por el contrario, el Estado<sup>16</sup>.

La regulación recientemente derogada partía de una idea demasiado proteccionista de la familia y que bajo el espíritu a veces utópico de dar cabida en las propias desavenencias conyugales a una futura enmienda o reconciliación venía regulando la separación judicial y el divorcio sometiéndolos inexplicablemente a un causalismo a veces exasperante a la par que absurdo, que además ha resultado improductivo al ahondar judicialmente en motivos de índole subjetivo.

De ahí que la jurisprudencia menor<sup>17</sup>, haciéndose eco de lo comentado, pacificara soluciones y procesos familiares bajo la fórmula de erigir a “la pérdida del afecto marital” (*affectio maritalis*) en motivo suficiente para poder separarse argumentándose en no pocas ocasiones que el simple hecho de acudir un cónyuge a los tribunales formulando una demanda frente al otro ya era revelador de la ausencia de dicho cariño o afecto predicable de las personas que se unen en matrimonio y, por ende, suficiente para justificar la separación de cuerpos<sup>18</sup>.

En lo que hace referencia a la posibilidad de disolver el matrimonio en virtud de divorcio, nuestra legislación ha sido inflexible reflejándose con mayor intensidad en la defensa del vínculo matrimonial sin reparar en costes personales y bajo un desprecio injustificado de la libre voluntad de los cónyuges que, por los motivos que fueran, decidieran romper con sus lazos afectivos y legales<sup>19</sup>.

La reforma legal acaba con todo lo anterior y posibilita tanto la separación judicial como el divorcio sin necesidad de alegación de causa alguna, si bien condicionando dichas decisiones unilaterales o conjuntas de los cónyuges al dato objetivo que supone el transcurso del plazo de tres meses desde la celebración del matrimonio. Plazo que a juicio de CAÑETE QUESADA, “se encuentra inmotivado y en cierta forma no es acorde a los principios que se señalan en la Exposición de Motivos dado que partiendo de la base de que en el contrato matrimonial priman las decisiones unilaterales de los contrayentes sobre la idea de permanencia del vínculo conyugal no existen razones que impidan cuestionar judicialmente la ruptura del matrimonio y sus consecuencias antes de transcurridos tres meses desde su celebración, por lo que debiera de haberse suprimido dicho condicionamiento”<sup>20</sup>.

Por último se ha dicho que esta reforma pone en jaque a la institución del matrimonio que pierde la seriedad de la que estaba dotado antaño, bajo el fomento excesivo del individualismo que alcanza sus más altas cotas mediante el ya denominado coloquialmente “divorcio express”. Todo este tipo de opiniones, respetables sin duda, tratan de imponer una idea del matrimonio obtenida desde el exterior y que en cierta forma pasa a ser artificial acaecida la crisis convivencial en la pareja, creemos menos gravoso establecer medios rápidos, aptos y definitivos para dar solución a dichas desavenencias conyugales que no empecinarse en la defensa a ultranza de un mero estereotipo de familia que bien pudiera predicarse por algunos como el deseable a nivel general pero no por ello debe imponerse a quien o quienes no estén dispuestos a aceptarlo y así lo manifiesten.

<sup>16</sup> En este sentido CAÑETE QUESADA, A., “El anteproyecto de Ley por el que se modifica el Código Civil en materia de separación y divorcio”, *La Ley*, núm. 6140, 2 de diciembre de 2004. Sin embargo CARRIÓN OLMOS, S., se pregunta “si tras la reforma no se ha convertido el matrimonio en un negocio jurídico resoluble *ad nutum*, con todas las consecuencias que ello necesariamente comporta por cuanto a la estabilidad misma de la relación que se refiere. Temiéndose mucho que la nueva regulación, lejos de ser un estímulo para contraer matrimonio, sirva para incrementar sensiblemente las uniones de hecho. Y ello porque en definitiva, la voluntad de uno de los cónyuges de romper el vínculo puede acarrear, de inmediato, su destrucción”, “Reflexiones de urgencia en torno a las Leyes 13 y 15/2005 por las que se modifica el Código Civil en materia de separación y divorcio y derecho a contraer matrimonio”, *La Ley*, núm. 6298, 19 de julio de 2005.

<sup>17</sup> Declara la SAP de Valencia de 29 de junio de 1992 que “La complejidad y la profunda intimidad de las relaciones matrimoniales no siempre permiten llegar a conocer cuales fueron los hechos determinantes de la quiebra familiar, ni a quien sea imputable ésta...La naturaleza de la relación conyugal y de las prestaciones que comporta es incompatible con el mantenimiento a ultranza de la convivencia no querida”. En el mismo sentido, entre otras, SAP de Badajoz de 23 de enero de 1998, SAP de Málaga de 21 de julio de 1998, SAP de Palencia de 23 de marzo de 2000.

<sup>18</sup> Vid. ALGABA ROS, S., “La falta de *affectio maritalis* como causa de separación matrimonial y la función creativa de la jurisprudencia”, *La Ley*, núm. 5505, 19 de marzo de 2002, para quien “la justificación de la subsunción de la falta de la *affectio maritalis* en el artículo 82.1 del Código Civil se debe esencialmente a que en este momento social no tiene sentido mantener una relación matrimonial que no es deseable por los propios cónyuges”.

<sup>19</sup> “El divorcio – dice la Exposición de Motivos– se concebía como último recurso al que podían acogerse los cónyuges y sólo cuando era evidente que, tras un dilatado periodo de separación, su reconciliación ya no era factible. Por ello, se exigía la demostración del cese efectivo de la convivencia conyugal, o de la violación grave o reiterada de los deberes conyugales, una suerte de pulso impropio tendido por la ley a los esposos, obligados bien a perseverar públicamente en su desunión, bien a renunciar a tal expresión reconciliándose. En ningún caso, el matrimonio podía disolverse como consecuencia de un acuerdo en tal sentido de los cónyuges... disposiciones que a modo de ejemplo, antes que resolver la situación de crisis matrimonial, han terminado agravándola o en los que la duración del proceso ha llegado a ser superior a la de la propia convivencia conyugal”.

<sup>20</sup> “El Anteproyecto...”, cit. Pág. 4.

## DOCTRINA

## III. LA REFORMA EN MATERIA DE GUARDA Y CUSTODIA

Se ocupa también la Ley de determinadas cuestiones que afectan a la patria potestad y guarda y custodia de los hijos menores o incapacitados, recordando principios generales ya existentes como los relativos al favor *fili* y corresponsabilidad en el ejercicio de dichas funciones por parte de los progenitores, a los que exige un mayor grado de diligencia y atención para con ellos, a pesar de la separación o el divorcio.

Con el fin de reducir las consecuencias derivadas de una separación y divorcio para todos los miembros de la familia, mantener la comunicación y el diálogo, y en especial garantizar la protección del interés superior del menor, se establece la mediación como un recurso voluntario alternativo de solución de los litigios familiares por vía de mutuo acuerdo con la intervención de un mediador, imparcial y neutral<sup>21</sup>.

Resulta llamativa la crítica que en la Exposición de Motivos se realiza respecto de la interpretación efectuada de la Ley 30/1981, de 7 de julio, en el sentido relativo a la práctica forense. Se expresa que dicha legislación, de modo objetivamente incomprensible, ha sido entendida sobre moldes pretéritos<sup>22</sup> que “materialmente ha impedido en muchos casos, que tras la separación o el divorcio, los hijos continúen teniendo una relación fluida con ambos progenitores, y es que en el antiguo modelo de la separación-sanción, la culpabilidad del cónyuge justificaba que éste quedase alejado de la prole. La consecuencia de esta práctica ha sido que los hijos sufran innecesariamente un perjuicio que puede evitarse”.

Con base en lo anterior, se recuerda la imposibilidad de poner trabas o dificultades a la relación de un progenitor con sus descendientes salvo que se encuentre amparada en serios motivos, y ha de tener por justificación su protección ante un mal cierto, o la mejor realización de su beneficio e interés.

Consiguientemente, los padres deberán decidir si la guarda y custodia se ejercerá sólo por uno de ellos o bien por ambos de forma compartida. En todo caso, determinarán, en beneficio del menor, como éste se relacionará del mejor modo con el progenitor que no conviva con él y procurarán la realización del principio de corresponsabilidad en el ejercicio de la potestad.

Estos puntos esenciales de la reforma se plasman en la nueva redacción dada al artículo 92 del Código Civil, que expresa lo siguiente:

1. *La separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos.*
2. *El Juez, cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos.*
3. *En la sentencia se acordará la privación de la patria potestad cuando en el proceso se revele causa para ello.*
4. *Los padres podrán acordar en el convenio regulador o el Juez podrá decidir, en beneficio de los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges.*
5. *Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. El Juez, al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos.*
6. *En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, y oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Ministerio Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial o, del propio menor, valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda.*
7. *No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivían con ambos. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica.*

<sup>21</sup> Aunque se cita en la Exposición de Motivos la mediación familiar como vía de solución de conflictos, así como en el apartado 2 del artículo 777 de la LEC, encontramos una referencia al “acuerdo final alcanzado en el procedimiento de mediación familiar”, sin embargo no se llega a desarrollar.

<sup>22</sup> No podemos olvidar que esta materia se reguló originariamente bajo criterios culpabilísticos concediéndose a modo de premio la custodia de los hijos al cónyuge inocente al tiempo que tal circunstancia se instituía en castigo para el cónyuge que se reputaba culpable del fracaso matrimonial. El criterio del sexo de los hijos y de la edad de los mismo también fue determinante para la atribución de las funciones de custodia en la legislación pretérita a la Ley de Divorcio de 1981 –Ley de Matrimonio Civil de 1870 y Ley de 24 de abril de 1958-, considerándose hasta la entrada en vigor de la Ley 11/1990, de 15 de octubre, sobre reforma del Código Civil en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo, que derogó el artículo 159 del Código Civil que, “en caso de separación y a falta de acuerdo de los padres, los hijos e hijas menores de siete años quedasen al cuidado de la madre, salvo que el Juez, por motivos especiales, proveyera de otro modo”. Como tampoco que en la redacción que el Código Civil tuvo desde 1889 hasta 1981, la patria potestad se dibujaba con unos contornos o perfiles romanistas y patriarcales, correspondiendo al padre y sólo de una manera subsidiaria pasaba a la madre.

## DOCTRINA

8. Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor.

9. El Juez, antes de adoptar alguna de las decisiones a que se refieren los apartados anteriores, de oficio o a instancia de parte, podrá recabar dictamen de especialistas debidamente cualificados, relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de los menores”.

El criterio o la línea directriz a seguir en materia relativa al ejercicio de la patria potestad, ahora como desde la reforma de 1981 es el del “interés o beneficio del menor”<sup>23</sup>, lo que conduce a la necesidad de que se tenga en cuenta en todo momento la personalidad del sujeto sometido<sup>24</sup>. En esta misma línea se puede hablar de una preponderancia de la esfera personal y de un aumento de los controles públicos, lo que no significa tanto un aumento de las limitaciones de la potestad, que ha dejado de ser omnímoda y absoluta, cuanto un avance de las competencias y de los poderes públicos del Estado frente a los estrictamente familiares<sup>25</sup>. Ahora bien, en palabras de RIVERO HERNÁNDEZ, “la idea de interés o beneficio del menor no es absoluta sino relativa dado que varía según la evolución de la vida social y sus valores preponderantes en un sistema de organización social y jurídica determinada, y según el lugar, el tiempo, las tradiciones y las costumbres”<sup>26</sup>. En este sentido, manifiesta NAVAS NAVARRO que, “existe una confusión terminológica entre los conceptos *bien e interés del menor*. Conceptos jurídicos indeterminados, pero distintos, proponiendo como definición objetiva la siguiente: “el bien del menor es el desarrollo óptimo de la personalidad del menor a través del ejercicio de sus derechos fundamentales”. Este desarrollo óptimo de la personalidad del menor concierne a diferentes esferas, aunque la legislación solamente reseña la esfera física, psíquica y la esfera moral. Debiéndose ajustar además a la esfera social. La expresión interés del menor tiene un sentido específico, diferente de la noción bien del menor, en cuanto la legislación quiere garantizar con el interés del menor, “el desarrollo de la personalidad del menor a través del ejercicio de sus derechos fundamentales”, esta garantía es la que se conoce como principio del interés del menor, principio que se aplica cuando uno de sus derechos se opone a otro derecho, generalmente un derecho de los titulares del derecho de la protección. En este caso, la solución al conflicto debe darse a partir de un criterio que responde a la siguiente cuestión: ¿Qué derecho debe ser prioritario, el del menor o el de sus padres o tutores? Atender al interés del menor, significa que, cuando el derecho afectado del menor es un derecho fundamental, el ejercicio de este derecho será prioritario. En cambio, cuando el derecho afectado del menor no concierna a un derecho fundamental, habrá que analizar el supuesto de hecho concreto. Desde este punto de vista, el derecho del menor no será siempre prioritario”<sup>27</sup>.

Con la finalidad de procurar la mejor realización del beneficio e interés de los hijos menores o incapacitados, así como reforzar la libertad de decisión de los padres respecto del ejercicio de la patria potestad, se prevé expresamente la posibilidad de que el ejercicio se atribuya a ambos de forma compartida. Incluso, también el Juez,

<sup>23</sup> Principio éste, reconocido en declaraciones programáticas de algunos documentos supranacionales en esta materia como son: la Declaración del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas de 1959, que proclamó que el niño, entre otros derechos tenía el de crecer en un ambiente de afecto y seguridad, siempre que sea posible al amparo y bajo la responsabilidad de los padres, así como a recibir educación; la Resolución de 29 de mayo de 1987 del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas que subrayó que “en todos los casos el interés de los hijos, debe ser la consideración primordial y más concretamente en los procedimientos relativos a la custodia de éstos...” y el Consejo de Europa en la convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Decisiones en materia de Guarda de Niños y el Restablecimiento de la Guarda de Niños, de 1980, que basa su contenido en que la institución de medidas destinadas a facilitar el reconocimiento y la ejecución de decisiones concernientes a la guarda de un niño tendrá por efecto asegurar una mejor protección del interés del mismo.

Sobre el interés del menor vid. ARMENTEROS CHAPARRO, *Protección jurídica del menor*, Granada, 1997; HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *La situación jurídica del menor en el marco de las leyes de las Comunidades Autónomas*, Madrid, 1998; LÁZARO GONZÁLEZ, *Los menores en el Derecho español*, Madrid, 2002; LINACERO DE LA FUENTE, *Protección jurídica de personas con discapacidad, menores desfavorecidos y personas mayores*, Madrid, 2004; GARIBO PEYRO, *Los derechos de los niños: Una fundamentación*, Madrid, 2004, y ZARRALUQUI, *Actualización del Derecho de Familia y Sucesiones*, Madrid, 2005.

<sup>24</sup> Declara el Tribunal Supremo en Sentencia de 17 de septiembre de 1996 que “... el interés superior del menor como principio inspirador de todo lo relacionado con él, que vincula al juzgador, a todos los poderes públicos e, incluso, a los padres y ciudadanos, con reconocimiento pleno de la titularidad de derechos en los menores de edad y de una capacidad progresiva para ejercerlos, de manera que han de adoptarse aquellas medidas que sean más adecuadas a la edad del sujeto, para ir construyendo progresivamente el control de acerca de su situación personal y proyección de futuro, evitando siempre que el menor pueda ser manipulado, buscando, por el contrario, su formación integral y su integración familiar y social...”

<sup>25</sup> DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, Madrid, 2004, pág. 266.

<sup>26</sup> *El interés del menor*, Madrid, 2000, pág. 54. En el mismo sentido ZERMATTEN, pone de manifiesto que “la noción de interés del menor (o de bien del menor) es una noción relativamente antigua que se remonta al derecho romano y que en su acepción moderna es heredera de los movimientos proteccionistas o “Welfare” de principio del siglo pasado, a pesar de ello es muy difícil definir por lo que ha sido objeto de críticas extremadamente virulentas. Sin embargo la noción “interés superior del menor” es nueva y se remonta a la Convención de los Derechos del Niño, puesto que es el artículo 3.1 de este texto en el que se funda esta expresión. Se trata de una regla nueva cuyos efectos se hacen sentir de una manera puntual en todas las situaciones en que los menores se encuentren en un conflicto. Se convierte en la aplicación práctica y cotidiana del interés del menor. Aunque dicho interés superior del menor, va más lejos de esta función, en cuanto inspira todo el movimiento a favor de una verdadera política que reconozca al menor en su justo lugar. Desde este punto de vista, atribuye a “la noción de interés superior del menor” dos funciones “clásicas”: controlar y encontrar soluciones (criterio de control y criterio de solución) y la revista de las siguientes características: 1. No constituye ni un derecho ni un deber, sino un principio de interpretación que debe ser utilizado en todas los ámbitos de intervención de los menores. 2. Se trata de un concepto jurídico indeterminado que debe ser precisado por la práctica. 3. Se trata de un criterio relativo en el tiempo y en el espacio: en el tiempo, en cuanto depende de los conocimientos científicos sobre la infancia; relativo en el espacio, puesto que este criterio deberá tener en cuenta las normas aplicables en el país. 4. Es un criterio evolutivo, doctrina y jurisprudencia deberán hacer evolucionar esta noción. 5. Es un criterio subjetivo. Concluyendo que a pesar, de que el interés del menor se un concepto indeterminado que tiene defectos como, la imprecisión, subjetividad, relatividad. Tiene enormes cualidades; como son su adaptabilidad y su riqueza para respetar contextos jurídicos, culturales, socio-económicos completamente diferentes”, “L’interet supérieur de l’Enfant”, *Le bien de l’enfant. Une approche interdisciplinaire*, Zurich, 2003, pp. 289 y ss.

<sup>27</sup> “Le bien et l’intérêt du mineur dans la société inter-culturelle”, *Le bien de l’enfant. Une approche interdisciplinaire*, Zurich, 2003, pp 175 y ss. Considera que la confusión mencionada entre los conceptos bien e interés del menor está provocada por las diferentes traducciones de la expresión “intéret” citada por el artículo 3 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989. Expresión que en el mundo anglosajón ha sido traducido por “the best interest of the child”; en Francia por “le bien de l’enfant” y en España por “interés del menor”.

## DOCTRINA

en los procesos incoados a instancia de uno solo de los cónyuges, y en atención a lo solicitado por las partes, puede adoptar una decisión con ese contenido.

La opción por la custodia compartida implica reconocer que cada progenitor tiene los mismos derechos y los mismos deberes ante sus hijos<sup>28</sup>. Se puede definir como “la asunción compartida de autoridad y responsabilidad entre los padres separados en relación a todo cuanto concierna a los hijos comunes; el respeto al derecho de los niños a continuar contando, efectiva y realmente con un padre y una madre, y el aprendizaje de los modelos solidarios entre ex-esposos pero aún socios parentales”<sup>29</sup>.

Nuestro legislador no se ha decantado en la Ley por ningún modelo concreto a seguir respecto la custodia compartida<sup>30</sup>, y es cierto que existen tantas modalidades de custodia compartida como se pretenda, cada caso es particular, y es necesario atender a factores cómo: la ubicación geográfica, el horario escolar, la carga laboral de los padres, el número de hijos, ... No obstante, existe una subclasificación que de algún modo engloba muchas otras y es que dirime entre:

**Custodia física conjunta:** cuando se divide en intervalos similares la permanencia del hijo con uno u otro progenitor. A la vez esta puede presentar muchas manifestaciones, llegando incluso a situaciones tan creativas como que el menor habite en una misma casa y sean los padres quienes roten de domicilio<sup>31</sup>.

**Custodia legal conjunta:** el menor reside exclusivamente con uno de los progenitores pero tiene una relación fluida con el otro, sin los rigores del régimen de visitas. Los padres comparten el derecho de decisión, la responsabilidad y la autoridad respecto a todas las cuestiones de importancia que afecten al menor<sup>32</sup>.

El reconocimiento expreso de una solución de guarda compartida dentro del Derecho de Familia español, en el artículo 92 del Código Civil, sin embargo, va a convivir, y ello es importante, con el resto de medidas inherentes a los conflictos familiares, como los artículos 93, 94 y 96 del Código Civil, que se asientan sobre la base de hipótesis de modelos de custodia exclusiva; por otra parte impera el concepto de interés superior del menor, lo que puede conllevar en esta conflictiva materia a aumentar la discrecionalidad judicial, de ahí que nos planteemos las siguientes cuestiones.

### III.1. Visitas y estancias en los casos de guarda y custodia compartida

Si los padres acuerdan el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos, habrán de presentar al Juez un convenio en el que se delimite con exactitud el modelo elegido, en el que se precise el tiempo de estancia del menor con cada uno de los progenitores, partiendo del dato incuestionable que la relación con ambos progenitores es fundamental. Como presupuesto necesario, deberá acreditarse que los progenitores muestran criterios y pautas de actuación adecuadas en el cuidado y educación de los menores, así como que ambos progenitores están capacitados para atender a las necesidades de los hijos y para ejercitar una coparentalidad responsable hacia ellos.

Establece el artículo 92, una serie de condiciones a cumplir que son las siguientes:

1. El Juez deberá velar por el cumplimiento del derecho de los hijos menores a ser oídos.
2. Deberá recabar informe del Ministerio Fiscal.
3. Valorar la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos, tras oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial o del propio menor.

<sup>28</sup> DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, “Guarda y custodia compartida: De su negación jurisprudencial a su admisión en el Proyecto de Ley de modificación del Código Civil en materia de separación y divorcio”, en *Familia, matrimonio y divorcio en los albores del siglo XXI*, Madrid, 2005.

<sup>29</sup> SALBERG, cit. en RODRÍGUEZ, “Custodia compartida: una alternativa que apuesta por la no disolución de la familia”, *Revista Futuros*, n° 1, 2005, pág. 1. Vid. POUSSIN y LAMY, *Custodia compartida: Cómo aprovechar sus ventajas y evitar tropiezos*, Madrid, 2004; BANDERA, *Custodia compartida: Cómo evitar que tus hijos se conviertan en arma arrojadiza*, Madrid, 2005.

<sup>30</sup> Es por esto que CAÑETE QUESADA, califica a “la reforma legal, sin demeritar sus aciertos, de insatisfactoria y en cierto modo, propagandística, y propone un modelo concreto de custodia que funcionase a modo de presunción *ius tantum* en todos los casos. Pues si el modelo de custodia compartida se erigiese como el que responde mejor o es más acorde a los intereses de los hijos menores de edad implicados en las crisis conyugales de los padres, se dejaría el peso de la carga probatoria que en sentido contrario pudiera aparecer a los progenitores que no quieran admitirla. El asentar las bases legales sobre tales postulados fomentaría el diálogo, la negociación, el consenso y el sentido de corresponsabilidad que cita la reforma”, “*El Anteproyecto...*”, cit., pág. 5. En esta línea encontramos leyes anglosajonas que han llegado a establecer la presunción de que la custodia compartida es siempre coincidente con el mejor interés del menor (California artículo 3080, Louisiana 131c, Idaho, Missouri, Nevada 125490.1), por supuesto sujeto a prueba en contrario. Otros Estados –sin llegar a la presunción– manifiestan su beneplácito por la Point Custody o Shared Custody (Alaska, Texas, Florida). En Europa Suecia, introduce en el Código de los Niños y los Padres la siguiente disposición: “el mejor interés del niño deberá ser la consideración fundamental en las decisiones sobre cualquier arbitraje relacionada con la custodia y según la cual el niño ha de compartir su tiempo de residencia y contacto con ambos padres”. Y Francia dispone desde marzo de 2002 de una legislación sobre Custodia Compartida.

<sup>31</sup> Es la más usual en Francia, también en Estados Unidos, en Estados como Montana, Kansas y Connecticut.

<sup>32</sup> Es la seguida en California.

## DOCTRINA

## 4. Procurar no separar a los hermanos.

Igualmente deberá comprobar que no concurre ninguno de los requisitos que impiden acordar la guarda conjunta, esto es los previstos en el apartado 7º del artículo 92, y es que de concurrir tales presupuestos nos encontraríamos dentro del ámbito de aplicación de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de protección integral contra la violencia de género.

¿Cómo valora el Juez la relación que los padres mantienen entre sí o si efectivamente es la solución más idónea para los menores? Tanto el Juez como el Ministerio Fiscal habrán de valorar que existe un nivel de comunicación adecuado entre ambos progenitores, para que puedan abordar el cuidado de los hijos.

Añade el apartado 9 del artículo 92 que “El Juez antes de adoptar alguna de las decisiones a que se refieren los apartados anteriores, de oficio o a instancia de parte, podrá recabar dictamen de especialistas debidamente cualificados, relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de los menores”. Sin embargo, y a pesar de que se aprovecha la Disposición Final Primera de la Ley para modificar algunos artículos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no se ha hecho del apartado 4º del artículo 777 el cual hace notar que tras la ratificación, si la documentación aportada fuera insuficiente, el tribunal concederá mediante providencia un plazo de diez días para completarla; plazo durante el que se practicará, en su caso la prueba que los cónyuges hubieren propuesto y las demás que el tribunal considere necesaria para acreditar la concurrencia de las circunstancias en cada caso exigidas por el Código Civil y para apreciar la procedencia de aprobar la propuesta de convenio regulador, luego se ha olvidado que, de ser preciso recabar el dictamen de un especialista, el periodo para su práctica impediría cumplir los términos procesales.

Una fórmula que el legislador ha considerado acertada en orden a acreditar la conveniencia de aprobar ese convenio, por garantizar debidamente el interés del menor es la prevista en el modificado apartado 2 del artículo 777 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al establecer que “Al escrito por el que se promueve el procedimiento deberá acompañarse la certificación de la inscripción de matrimonio y, en su caso, las de inscripción de nacimiento de los hijos en el Registro Civil y el documento o documentos en que el cónyuge o cónyuges funden su derecho incluyendo, en su caso **el acuerdo final alcanzado en el procedimiento de mediación familiar**. Si algún hecho relevante no pudiera ser probado mediante documentos, en el mismo escrito se propondrá la prueba de que los cónyuges quieran valerse para acreditarlo”.

Sentado lo anterior, de acordarse la guarda conjunta deberá concretarse el domicilio en que en cada temporada va a permanecer el menor, fijando el tiempo y lugar en que se producirá la alternancia. En función de la mayor o menor duración de esos periodos de alternancia con uno u otro progenitor, se deberá concretar la forma de ver y estar con el otro progenitor. Indudablemente no es lo mismo que la alternancia se estipule por días o semanas que por meses o cursos escolares, en cuyo caso, deberá fijarse con claridad la posibilidad de que el menor esté con el otro progenitor,... todo ello en función además de la capacidad del propio menor, donde cobrará especial trascendencia la edad.

Por último señalar que el Juez al acordar la guarda conjunta, y tras fundamentar su resolución, adoptará las cauteles procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido.

Excepcionalmente, se contempla en el apartado 8º del artículo 92, la posibilidad de acordar por el Juez la custodia compartida en defecto de acuerdo por parte de los cónyuges, aunque supeditada al requisito que supone la “instancia rogada”, de forma que **el Juez a instancia de una de las partes, con informe del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida**, fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor<sup>33</sup>. En este punto y remitiéndonos a las cuestiones anteriormente tratadas respecto de las medidas que el Juez debe adoptar, la Ley únicamente le impone al Juez la obligación de adoptar tales medidas judiciales sobre la base *del interés superior del menor*.

<sup>33</sup> Inicialmente el Proyecto de Ley de 1 de diciembre de 2004 introdujo un apartado 5º en el artículo 92 del Código Civil que reconocía legitimación al Juez para instaurar el régimen de custodia compartida a solicitud de uno o de ambos progenitores. En el Informe de la Ponencia de 12 de abril de 2005 se propone a la Comisión de Justicia incorporar una serie de enmiendas, entre las que destaca la nº 48 presentada por el Grupo Socialista que propone una nueva redacción del artículo 92, destacando como aspecto más novedoso la posibilidad de que “sea el Juez de oficio, previo informe favorable del Ministerio Fiscal el que acuerde la guarda y custodia compartida del menor en orden a incrementar las garantías de prevalencia del interés del menor en la decisión del régimen de la custodia”. El Grupo Parlamentario Mixto, en su enmienda nº 30, propone que la guarda y custodia conjunta venga precedida de un acuerdo entre ambos progenitores”, ya que consideran que este instrumento ha de sustentarse en un consenso diario sobre las cuestiones relativas a la educación y formación de los hijos, excluye por tanto la posibilidad de ser declarada de oficio por el juez. En el mismo sentido, enmienda nº 40 del Grupo Parlamentario Vasco. Días más tarde, en el Dictamen de la comisión correspondiente al Proyecto de Ley de 19 de abril de 2005, desaparece la opción de declaración de oficio que el Proyecto anterior reconocía al Juez.

## DOCTRINA

En la actualidad y respecto a la práctica forense relativa a esta conflictiva materia, encontramos que en nuestra jurisprudencia menor, con base en la interpretación de los artículos 90, 92, 94 y 96 del Código Civil, el criterio mayoritario de las Audiencias Provinciales es excluyente de la custodia compartida, así las SS AP Madrid de 31 de octubre de 1995; AP Cádiz 18 de enero de 2001; AP Granada 11 de marzo de 1999 y 30 de mayo de 2000; AP Asturias de 15 de junio de 2000; AP Barcelona 15 de febrero de 1999; AP de Sevilla de 30 de diciembre de 1998; AP Guadalajara de 9 de abril de 2002; AP Valencia de 20 de mayo de 2002 y AP Córdoba de 12 de enero de 2002 y 4 de julio de 2003. Se reitera que salvo supuestos puntuales que pudieran presentarse y que pudieran aconsejarla, es criterio la no concesión a los padres en situación de separación o divorcio, de la guarda y custodia compartida de los hijos, poniendo de relieve que “las medidas judiciales como el cuidado y la educación de los hijos serán adoptadas en beneficio de ellos. Beneficio para los menores que ha de entenderse en relación a la determinación de la guarda y custodia, con el interés judicialmente protegible. Interés del menor que constituye el límite y punto de referencia de ambas instituciones y de su propia operatividad y eficacia, y aun cuando es cierto que no cabe confundir los términos, esto es, el interés de los menores no siempre tiene que coincidir con lo que estos consideren para ellos, también es al juzgador al que le corresponde, teniendo en cuenta todos los elementos probatorios que obren en las actuaciones, determinar cuál es la mejor manera de satisfacer y proteger dicho interés”.

A la hora de decidir la atribución a los progenitores de la guarda y custodia, añaden, hay que tener en cuenta que la regulación de cuantos deberes y obligaciones configuran la patria potestad siempre está pensada y orientada en beneficio de los hijos, finalidad que es común para el conjunto de las relaciones paterno-filiales, y ese criterio proteccionista se refleja en las medidas judiciales que han de adoptarse en relación con el cuidado y educación de los hijos cuando su padres se separan. Así la STS de 9 de marzo de 1989 declara que “es una exigencia de las orientaciones legislativas y doctrinales modernas, muy en armonía con la tradición ética y jurídica de la familia española, la que obliga a atemperar el contenido de la patria potestad en materia de los hijos y la sociedad”. En el mismo sentido se pronuncia el Tribunal Supremo en SS de 11 de octubre de 1991 y 12 de febrero de 1992, al afirmar que “informada toda la normativa relativa a los hijos en caso de separación de los padres en el criterio fundamental del relevante *favor filii* (artículos 92, 103, 154 y 159 del Código Civil) los acuerdos sobre su cuidado y educación y demás cuestiones que les afecten habrán de ser tomadas siempre en beneficio de los hijos como taxativamente expresa el último de los preceptos legales citados”.

Asimismo se argumenta en la SAP Madrid de 23 de abril de 1996 que “no encuentra la Sala motivos de entidad jurídica suficiente que permitan amparar la pretensión revocatoria, ni a declarar en modo alguno, la vulneración, con el pronunciamiento impugnado del artículo 14 de la Constitución Española. Olvidando dicha parte, que no es dicho precepto constitucional el que ha de prevalecer en la resolución de contiendas cual la que nos ocupa, sino el de protección de la prole que consagra el artículo 39 de dicho texto fundamental, en armonía con el artículo 32 del Código Civil y 2º de la Ley de Protección Jurídica del Menor”.

En la SAP Córdoba de 14 de julio de 2003, se advierte que “el interés del menor no debe ser medido, bajo parámetros de confort material. A nivel de derecho comparado se valora dándose preferencia la aspecto psíquico (derecho francés “son besoin de paix, de stabilité, de tranquillité... est son équilibre psyquique quel faut mettre au premier rang”) o al amplio concepto de bienestar aplicando el “Welfare principle” anglosajón, mientras que en la doctrina y jurisprudencia española se toman en consideración tanto el interés objetivo, en el que se incluye cualquier utilidad como las mayores ventajas que ofrecen uno u otro progenitor para la formación y educación de los menores, como el interés subjetivo, cualquier ventaja que corresponda a una inclinación de los propios hijos y a sus deseos o aspiraciones, atendiendo a las circunstancias personales de cada menor”.

En otras ocasiones se considera que el establecimiento de un régimen alterno de custodia “conllevará, por lo general, consecuencias negativas al someter a los menores a la necesidad de adaptarse a cambios de todo orden derivados de la convivencia temporal con uno y otro progenitor, lo que no puede considerarse que facilite la educación, ni la formación integral, al privarle de una estabilidad que se torna necesaria, más cuando a la vista del distinto lugar de residencia de ambos progenitores, se obligaría al menor a cambiar de localidad, con todo lo que ello conlleva.” O que “supondría una invasión de la esfera privada de un progenitor en la del otro, o en otro caso un continuo peregrinaje de los hijos de un hogar al otro, siendo entonces más correctamente denominarla en este supuesto, custodia periódicamente alternativa”.

## DOCTRINA

Los argumentos utilizados para negar el régimen de custodia compartida giran fundamentalmente en torno a:

El alto grado de hostilidad entre los progenitores.

La falta de relación fluida entre los progenitores

La privación a los menores de una estabilidad en los aspectos más elementales de la vida.

### III.2. Alimentos

Resulta incuestionable que la fijación de un régimen de relación de los hijos con cada uno de los progenitores que prácticamente equipare la estancia de dicha descendencia con uno y otro, ha de tomarse necesariamente en consideración al tiempo de fijar el importe de la pensión alimenticia, dado que en este caso los padres van a ocuparse del cuidado de los hijos de forma distinta a la que puede considerarse habitual. No conviene olvidar que, pese a la separación, ambos progenitores están obligados a satisfacer alimentos a los hijos<sup>34</sup>, de tal manera que:

Resulta necesario que en el convenio regulador se incluya una cláusula relativa a la prestación de alimentos así como su forma de actualización (artículo 90 del Código Civil).

El artículo 93 del Código Civil dispone que el Juez en todo caso determinará la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos.

El artículo 142 del Código Civil recoge una definición legal de los alimentos, que no se modifica para los casos de guarda conjunta.

Que se fije un régimen de custodia conjunta o compartida no exige de la aplicación del criterio de proporcionalidad que fija el artículo 146 del Código Civil entre los medios del alimentante y las necesidades del alimentista a la hora de fijar la pensión. Debe valorarse la atención similar que les presta cada uno de los progenitores directamente al tenerlos en su compañía en periodos similares como los medios materiales que debe cubrir con su caudal. Las contribuciones de uno y otro progenitor se establecen no sólo en proporción a sus caudales respectivos, sino también en función de las necesidades de los descendientes<sup>35</sup>. Ello implica un análisis de las circunstancias concretas en cada caso.

Debe tenerse en cuenta que el artículo 151 del Código Civil establece que la pensión de alimentos es una cuestión de orden público, sustraída al principio de autonomía de la voluntad, por ello, no es renunciable ni transmisible a un tercero.

Todo ello implica necesariamente que habrá de concretarse el modo en que se van a satisfacer por ambos progenitores las necesidades de los hijos, ya que lo contrario, llevará a constantes litigios en orden a determinar quien ha de asumir determinados gastos. En el convenio regulador o en su caso, en la resolución judicial, deberá fijarse con claridad la medida y modo en que cada progenitor debe asegurar el sostenimiento del hijo<sup>36</sup>.

En función de las necesidades concretas de cada caso, pueden adoptarse según SANTANA PÁEZ<sup>37</sup> diversas soluciones:

1. Fijar la obligación de contribuir cada uno de los padres a abonar los gastos del hijo durante el periodo que éste permanezca bajo su custodia y compartiendo en forma proporcional a los gastos extraordinarios. Sistema que sólo resultaría aplicable, cuando la alternancia sea por periodos largos que coincidan esencialmente con el devengo de los gastos más importante<sup>38</sup> (ejemplo, por cursos escolares).

<sup>34</sup> En este sentido encontramos las siguientes afirmaciones en las SSAP Córdoba de 16 de julio de 1998, 24 de junio de 1999, 25 de abril de 2000 y 14 de julio de 2003: "Ciertamente la obligación de prestar alimentos recae tanto en el progenitor no custodio como en el que tiene atribuida la guarda del hijo, aun cuando habitualmente ni en los convenios reguladores se haga mención expresa y cuantitativa de los alimentos que debe prestar el progenitor que asume la custodia del hijo, ello no quiere decir que quede exonerado de tal obligación de alimentos ni, por supuesto que el hijo deba ser alimentado sólo con lo que percibe por pensión alimenticia del progenitor no custodio. Muy al contrario, al cuantificarse la pensión alimenticia del hijo deben tenerse en cuenta todas las circunstancias que afectan a ambos padres y al hijo, estableciéndose así una proporción entre los ingresos de aquellos y las funciones que el progenitor custodio tiene que asumir, ya que es evidente que la custodia y la convivencia suponen sus cuidados, gastos y desvelos, que aunque no se pueden cuantificar económicamente, se consideran como una suerte de prestación de alimentos en el seno de la vivienda familiar a través de la permanente dedicación del hijo, artículo 103-3 del Código Civil. Resultaría absurdo, dice la doctrina más autorizada, que en una sentencia se estableciese la obligación del progenitor de pagarse a sí mismo una pensión alimenticia destinada al hijo que convive con éste, razón por la cual se fija la pensión alimenticia, independientemente de tener presente que el progenitor custodio asume las funciones que hemos indicado anteriormente, también se tiene en cuenta los ingresos de estos y lo que se estima necesario para atender las necesidades del hijo".

<sup>35</sup> Señala la SAP Madrid de 5 de febrero de 2003, que "las necesidades de los descendientes están en relación con el medio socioeconómico familiar".

<sup>36</sup> En la legislación francesa el artículo 373.2.2, establece que "en caso de separación entre los padres o entre estos y el niño, la contribución a su mantenimiento y educación adoptará la forma de pensión alimenticia, que será entregada, según sea el caso, por uno de los padres al otro, o a la persona a quien se haya confiado el cuidado del niño". Las modalidades y las garantías de esa pensión se fijarán en el convenio ratificado previsto en el artículo 373.2.7 o en su defecto, mediante resolución del Juez. Tal pensión podrá adoptar, en su totalidad o en parte, la forma de pago directo de los gastos en que incurra el niño. Asimismo, podrá pagarse, en su totalidad, o en parte, en forma de derecho de uso o de habitación. Incluso cuando la consistencia de los bienes del deudor lo permita, la pensión alimenticia podrá sustituirse, en su totalidad o en parte, y de acuerdo con las modalidades y garantías previstas en el convenio ratificado o establecidas por el Juez, por el depósito de una suma de dinero en un organismo acreditado que se encargará de entregar al niño en contrapartida una renta ajustada a las variaciones de los precios, por la cesión.

<sup>37</sup> "Pensión Alimenticia, régimen de visitas y custodia compartida", *Boletín de Derecho de Familia*, núm. 46, mayo 2005, pág. 5

<sup>38</sup> Solución ofrecida por la Audiencia Provincial de Barcelona en Sentencia de fecha 21 de diciembre de 2001.

## DOCTRINA

2. En caso de importante desigualdad de ingresos entre ambos progenitores, se determina que cada uno de ellos se ocupe de los alimentos necesarios de los hijos en el periodo en que los tenga en su guarda. De los restantes gastos correspondientes a los hijos, uno de los progenitores deberá entregar al otro, en el periodo que esté con él, una cantidad.

3. Que cada uno de los progenitores asuma el gasto de alimentación del hijo en los tiempos de residencia con él, y se fijen pagos directos a cargo de uno u otro, de determinados gastos, delimitando claramente quien paga y qué conceptos se incluyen en el mismo de forma que de lugar a incidentes posteriores.

4. Si uno de los padres carece de ingresos o son insuficientes, el otro progenitor deberá hacerse cargo de los gastos del hijo mediante el abono de una pensión o acumuladamente, el pago directo de ciertos gastos.

No se debería admitir una fórmula genérica de que cada padre asumirá los gastos de los hijos en los tiempos de permanencia del mismo, por cuanto ello generaría innumerables incidentes posteriores, ya que si esa cláusula parece válida para los gastos de alimentación, *stricto sensu*, no lo parece para aquellos gastos que se generan en cualquier otro momento, con independencia de con quien se encuentre el hijo. Basta remitirse al sinfín de ejecuciones que desbordan el Juzgado de Familia, por las discrepancias entre los padres sobre la naturaleza ordinaria o extraordinaria de ciertos gastos.

Íntimamente relacionada con esta cuestión de la determinación de la pensión alimenticia, está la necesidad de valorar que el uso de la vivienda familiar constituye una importante forma de colaborar al sostenimiento de los hijos, así conforme a reiterada jurisprudencia el uso de la vivienda para el cónyuge e hijos a su cargo tiene un marcado carácter asistencial, lo que equivale a considerarlo una contribución a las cargas. A ello es preciso añadir, que salvo en el caso de que los progenitores alternen el uso del domicilio, permaneciendo en él los menores -fórmula a nuestro parecer difícil de sostener y conseguir un exitoso resultado- en los demás casos, habrá de valorarse el hecho de que uno de los progenitores ha de salir del domicilio familiar, debiendo subvenir a los gastos de un nuevo alojamiento.

Por último, nada nos dice la Ley sobre la atribución del uso del domicilio familiar en estos casos de custodia compartida, en cuanto no se ha modificado el artículo 96 del Código Civil, precepto según el cual la atribución del uso lo es en razón a la existencia de hijos menores que quedan bajo la guarda y custodia de uno de los cónyuges<sup>39</sup> y son numerosos los procedimientos contenciosos en los que la custodia está condicionada por el uso del domicilio familiar. Resultará por tanto que en defecto de acuerdo de los cónyuges si se otorga la guarda conjunta a ambos ¿quién va a ser merecedor de que se le otorgue el uso del domicilio? Quizá convendrá atender a la situación real familiar, en aras a fijar las medidas más acordes a la realidad socio-económica de ambas partes y de los menores.

#### IV. MATIZACIONES A LA PENSIÓN COMPENSATORIA

La Ley, manteniendo con el mismo contenido los artículos 99, 100 y 101, ofrece una nueva redacción del artículo 97 del Código Civil, en los siguientes términos<sup>40</sup>:

*“El cónyuge al que la separación o divorcio produzca un desequilibrio en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior al matrimonio, tendrá derecho a una compensación que podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia.*

*A falta de acuerdo de los cónyuges, el Juez, en sentencia, determinará su importe teniendo en cuenta las siguientes circunstancias:*

*1ª Los acuerdos a que hubieran llegado los cónyuges.*

*2ª La edad y el estado de salud.*

*3ª La cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo.*

*4ª La dedicación pasada y futura a la familia.*

<sup>39</sup> Vid. al respecto CERVILLA GARZÓN, *La atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular*, Madrid, 2005.

<sup>40</sup> Llama la atención el hecho de que en la Exposición de Motivos de la Ley no se haga referencia alguna a los supuestos cambios que se desarrollan en torno a la siempre controvertida figura de la pensión compensatoria y que explicarían la razón de ser y el interés de la reforma en este particular aspecto.

## DOCTRINA

5ª La colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge.

6ª La duración del matrimonio y de la convivencia conyugal.

7ª La pérdida eventual de un derecho de pensión.

8ª El caudal y los medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge.

9ª Cualquier otra circunstancia relevante.

*En la resolución judicial se fijarán las bases para actualizar la pensión y las garantías para su efectividad”.*

Conforme a esta redacción podemos destacar tres matizaciones de importancia en torno a esta figura jurídica:

El reforzamiento de su naturaleza jurídica de índole indemnizatorio.

La posibilidad de establecer judicialmente diferentes modos de pago de la misma, todo ello sin perjuicio de la facultad de sustitución que para el obligado dispone el artículo 99 del Código Civil.

La suavización del principio dispositivo en esta materia.

La nueva redacción del precepto parece reforzar el carácter indemnizatorio de esta figura, alejándola de tintes asistenciales para la que nunca fue pensada, ni tampoco legislada. Esta conclusión cabe deducirla de la nueva redacción en la que tras explicarse el supuesto de hecho originador de la aplicación de la norma jurídica, es decir “el cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio...”, se establece ahora que el mismo “... tendrá derecho a una compensación que podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única...”, frente a la norma derogada en la que se atribuía “... el derecho a una pensión ...”.

La introducción en el precepto del término “compensación” aclara y califica la razón de ser del derecho que se reconoce y cierra, suponemos definitivamente, un asunto hasta ahora bastante polémico a nivel doctrinal y que incidía de manera evidente en las resoluciones judiciales a adoptar en torno a la concesión de este tipo de pensiones, apartándose, muchas de ellas, de su verdadero sentido o alcance y ello a pesar de que las Sentencias del Tribunal Supremo de fecha 2 de diciembre de 1987 y 29 de junio de 1988 se decantaron por su perfil resarcitorio que no asistencial<sup>41</sup>.

La aparición en la Ley del término “compensación” acaba con interpretaciones que en virtud de la circunstancia última establecida en el derogado artículo 97 del Código Civil (el caudal y medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge) veían en esta figura jurídica unas notas asistenciales o alimenticias de las que la misma carecía desde su aparición y originario debate parlamentario. Dichas interpretaciones judiciales ampliaban de manera improcedente el deber de socorro y ayuda mutua que únicamente resulta predicable de forma recíproca entre los cónyuges. La acción de compensar entendida en el sentido de “dar algo o hacer un beneficio en resarcimiento del daño o perjuicio que se ha causado” es la que utiliza la Ley para calificar la naturaleza jurídica del derecho que se reconoce y que, por lo tanto, es diferente de la obligación de alimentar que se asienta no en la existencia de un daño o perjuicio (desequilibrio que implica un empeoramiento) sino en la aparición de un estado de necesidad, pero no a la inversa. No obstante lo anterior, hubiera sido deseable para adecuada solución de los problemas que plantea el régimen legal relativo a la pensión compensatoria, que la Ley hubiera afrontado la reforma no sólo del artículo 97 del Código Civil, sino una reforma completa de esta figura jurídica, perfilando de una manera clara su concepto, límites y circunstancias especiales. La actuación llevada a cabo perpetuará muchas de las dificultades interpretativas que hoy suscita el referido régimen legal.

En segundo lugar, cabe advertir que la nueva redacción dada al artículo 97 del Código Civil especifica la forma de dar satisfacción a dicho derecho a ser compensado, todo ello por medio del devengo de una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única. Este establecimiento de distintas modalidades de compensación permitirá según SÁNCHEZ GONZÁLEZ que, tras aquilatar convenientemente las circunstan-

<sup>41</sup> Como muy bien ha precisado de forma mayoritaria la jurisprudencia, el fundamento de la pensión compensatoria no es alimenticio, ya que “el concepto de desequilibrio constituye un presupuesto más amplio que el de necesidad ya que abarca no sólo las necesidades vitales y se dirige... a restablecer el perjuicio económico derivado de las supuestas crisis...”, SAP Guipúzcoa, 30 de diciembre de 1999. Como muy claramente se señala en la SAP de Málaga de 21 de octubre de 1998 “... no puede confundirse dicha pensión regulada en el artículo 97 del Código Civil, con los alimentos del artículo 142 del mismo texto legal, pues éstos últimos tienen un carácter necesario de auxilio indispensable en los casos extremos en que el interesado no pueda hacer frente a los mismos, y se precisan para subsistir, y comprenden sólo lo que sea indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, mientras que los primeros, a los que se refiere el presente pleito no precisan de ninguna circunstancia externa, pudiendo tener el cónyuge solicitante cubiertas sus necesidades esenciales, bastando con que se produzca un desequilibrio respecto al otro cónyuge, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio...”. Son muchos los pronunciamientos judiciales en los que se hace referencia a la distinción entre una y otra prestación, a título de ejemplo, STS 23 de septiembre de 1996, SAP de Toledo de 4 de mayo de 1998, SAP de Cádiz 9 de febrero de 1999, SAP de Sevilla de 20 de julio de 2000.

## DOCTRINA

cias concurrentes, la solución por la que se opte sea las más ajustada a la economía de las partes; al ser tres las opciones posibles, el grado de flexibilidad será notablemente mayor. Por otra parte, con el recurso a la entrega de una prestación única, se resolverán en parte los problemas planteados por el régimen extintivo hasta ahora vigente; de otro lado, la expresa admisión de pensiones con duración tasada pondrá fin a la polémica suscitada en torno a la posibilidad de concesiones judiciales de pensiones temporales<sup>42</sup>.

Respecto a las formas de dar satisfacción a dicho derecho cabe tener presente que nuestra jurisprudencia menor, ya se decantaba por la temporalidad de la pensión compensatoria, constituyendo hoy en día una excepción el devengo de una pensión vitalicia, solución ésta que es más propia de concepciones basadas en la indisolubilidad del vínculo matrimonial<sup>43</sup>.

Por último, y con referencia a la denominada “suavización del principio dispositivo de esta materia”, hay que señalar que la nueva redacción del artículo 97 podría hacer revivir una vieja polémica que quedó zanjada a raíz de la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 1987, que resuelve un recurso de casación en interés de ley, y es la relativa a la configuración de esta pensión entendida como parte integrante de un derecho necesario o imperativo o, por el contrario, sometida al principio dispositivo o de instancia rogada. Tal polémica quedó dilucidada sobre la última de las opciones y haciéndose una interpretación de los artículos 91 y 103 del Código Civil en los cuales no se instituía a la pensión compensatoria como medida inherente a los procesos matrimoniales que resultara de obligada resolución para los órganos judiciales, y ello a pesar de que el artículo 90 del Código Civil sí configura esta consecuencia legal dentro del contenido mínimo del llamado convenio regulador y el carácter semipúblico de los procesos matrimoniales.

No obstante lo anterior, la nueva redacción que se hace del artículo 97 nos puede hacer pensar que existe un cambio de postura del que se pretende dejar constancia legislativa y ello se deduce de la imposición legal que, sin referencia alguna al principio de rogación, se articula en defecto de acuerdo en el precepto reformado. Se expresa literalmente en la Ley: “A falta de acuerdo de los cónyuges, el Juez, en sentencia determinará su importe teniendo en cuenta las siguientes circunstancias:...”. Es decir con carácter previo a la relación de circunstancias que de manera abierta van a servir para cuantificar la compensación económica, la reforma legal impone al Juez fallar dicha cuestión en defecto de acuerdo, lo que no deja de ser un complemento normativo de las medidas definitivas que se articulan en el artículo 91 del Código Civil bajo dicho carácter imperativo, que no dispositivo<sup>44</sup>. Dicha interpretación llevaría a sostener que no sólo en caso de desacuerdo y constando una petición expresa en tal sentido podría el juzgador valorar y fallar este tipo de cuestiones.

## V. LOS DERECHOS LEGITIMARIOS DEL CÓNYUGE VIUDO

Modifica la Ley 15/2005, la regulación de los derechos del cónyuge viudo al redactar los artículos 834 y 835 del Código Civil en los siguientes términos. Dispone la nueva redacción del artículo 834 lo siguiente: “*El cónyuge que al morir su consorte no se hallase separado de éste judicialmente o de hecho, si concurre a la herencia con hijos o descendientes, tendrá derecho al usufructo del tercio destinado a mejora*”. Por su parte el artículo 835 pasa a tener la siguiente redacción: “*Si entre los cónyuges separados hubiera mediado reconciliación notificada al Juzgado que conoció de la separación de conformidad con el artículo 84 de este Código, el sobreviviente conservará sus derechos*”.

El artículo 840 queda bajo el siguiente tenor literal: “*Cuando el cónyuge viudo concorra con hijos sólo del causante, podrá exigir que su derecho de usufructo le sea satisfecho, a elección de los hijos, asignándole un capital en dinero o un lote de bienes hereditarios*”.

<sup>42</sup> La extinción del derecho a la pensión compensatoria, Granada, 2005, pág. 3.

<sup>43</sup> La fijación de límites temporales a la pensión compensatoria resultaba ya legalmente admisible, desde la orientación conceptual del desequilibrio económico, ya que desde esta perspectiva, la pensión compensatoria funcionaría según SÁNCHEZ GONZÁLEZ, a la manera de una “financiación del reciclaje profesional”, *La extinción...*, cit., pág. 236. A título de ejemplo puede citarse la SAP Álava de 14 de junio de 1999, en la que se fijó una pensión compensatoria por periodo de un año. Para llegar a semejante decisión, el Tribunal tuvo en cuenta que la demandada se encontraba en disposición de superar con su propio trabajo la situación de desequilibrio apreciada en el momento de la separación, al afirmar “...la demandada con su trabajo y esfuerzo personal ha mantenido una fuente de ingresos propios que permiten afirmar ya un equilibrio económico suficiente para considerar que aquel desequilibrio inicialmente tenido en cuenta, se encuentra indemnizado, por lo que carece de objeto mantener indefinidamente la pensión compensatoria, conforme a la interpretación que progresivamente, abandonando el carácter vitalicio de la misma, incide más en ese aspecto real de sufragar un desequilibrio que cause empeoramiento respecto a la situación anterior...”, a la misma conclusión llega la SAP Barcelona de 19 de noviembre de 1999. Las SSAP Madrid de 1 de julio de 1999 y Almería de 5 de julio de 1999, concluyen que “procederá la limitación temporal de la pensión si de las circunstancias del caso concreto se extrae que el cónyuge beneficiario está en disposición objetiva de superar la situación de desequilibrio en un plazo razonable”.

<sup>44</sup> CAÑETE QUESADA, se manifiesta contrario a esta posibilidad, por cuanto supondría otorgar al juzgador una facultad perniciosa de intromisión en la autonomía privada de los cónyuges que por las razones que fuere no quieren o no ven conveniente discutir tal consecuencia propia de las rupturas conyugales como es el devengo de la llamada pensión compensatoria. Debiendo quedar proscrita toda actividad que “de oficio” pudiera concebirse, en “*El Anteproyecto...*”, cit., pág. 8. Por otra parte este cambio de parecer sería acorde con el pensamiento e intenciones del Grupo Parlamentario Socialista según ya se verificó en la Proposición de Ley presentada para la modificación de determinados artículos del Código Civil en relación con la Ley 38/1981, de 7 de julio y el artículo 91 del Código Civil (BOCG 20 septiembre de 1985).

## DOCTRINA

Se suprime el párrafo 2º del artículo 837, que con la nueva redacción dada al artículo 840 acaba con la diferencia de trato en la extensión de los derechos legitimarios del cónyuge viudo cuando concurre a la herencia con hijos sólo del causante, dado que en este caso dicho cónyuge ya no tendrá derecho al usufructo sobre la mitad de la herencia, sino sólo sobre el tercio destinado a mejora<sup>45</sup>, manteniéndose no obstante la facultad de exigir que su derecho legitimario le sea adelantado, a elección de dichos hijos no comunes, mediante la entrega de un capital en dinero o un lote de bienes hereditarios.

El artículo 945 queda redactado en los siguientes términos: “No tendrá lugar el llamamiento a que se refiere el artículo anterior si el cónyuge estuviera separado judicialmente o de hecho”.

Afronta la Ley una reforma que en cierto modo resultaba obligada a tenor de lo dispuesto para la sucesión intestada en los artículos 944 y 945 del Código Civil después de la reforma operada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico.

Esta Ley introdujo dos novedades importante: a) el llamamiento del cónyuge viudo a la herencia del finado con preferencia a los parientes colaterales, y de este modo, el artículo 944 del Código Civil dispone que “en defecto de ascendientes y descendiente, y antes que los colaterales, sucederá en todos los bienes del difunto el cónyuge sobreviviente”; y b) la exclusión de dicho llamamiento en los casos en que el cónyuge estuviere separado de hecho o de derecho, y así el artículo 945 venía disponiendo que “No tendrá lugar el llamamiento a que se refiere el artículo anterior, si el cónyuge estuviere separado por sentencia firme, o separado de hecho por mutuo acuerdo que conste fehacientemente”<sup>46</sup>. La reforma operada en 1981 no tuvo en consideración la redacción de los artículos 834 y 835 que han mantenido inalterada su redacción originaria (Ley 24 de abril de 1958) disponiendo el artículo 834 que “El cónyuge que al morir su consorte no se hallare separado o lo estuviera por culpa del difunto, si concurre a la herencia con hijos o descendientes, tendrá derecho al usufructo del tercio destinado a mejora”. Y por su parte, el artículo 835: “Cuando estuvieren los cónyuges separados en virtud de demanda, se esperará al resultado del pleito. Si entre los cónyuges separados hubiere mediado perdón o reconciliación, el sobreviviente conservará sus derechos”.

La omisión de la separación de hecho como factor detonante para la pérdida de tales derechos legitimarios y la exigencia de la nota de culpabilidad de la separación judicial para poder descartar la cuota viudal no son descendientes con la reforma operada en el año 1981. Tanto la separación como el divorcio instaurado en España a partir de la Ley 30/1981, de 7 de julio, respondían a dar solución o remedio a las crisis matrimoniales, no pudiendo considerarse en ningún caso tales instrumentos legales como una sanción o castigo para nadie y ello, aun cuando las causas de separación se hayan asentado en criterios culpabilísticos.

Con respecto a esta particular materia cabe reseñar que en lo que a la separación de hecho como factor detonante de exclusión de los derechos hereditarios del cónyuge viudo, la nueva redacción dada al artículo 945, permite afirmar que tanto en la sucesión testada como en la intestada, tan sólo se exige el dato objetivo de la separación de hecho, sin más condicionamiento, para excluir los derechos legitimarios del cónyuge viudo en concurrencia con hijos o descendientes, quedando superada la contradicción que hubiera supuesto no modificar el contenido del artículo 945, lo que no se contemplaba en el Anteproyecto de Ley, con lo cual se mantenía supeditada la sucesión intestada del cónyuge viudo a que dicha separación de hecho hubiese sido consensuada, y además, dicho acuerdo constase fehacientemente.

## VI. CONCLUSIONES

Valoramos positivamente la reforma operada en el Código Civil en los aspectos relativos a la supresión de los motivos de separación y el acceso rápido a tales remedios legales por parte de los directamente afectados, sin existencia de trabas o inconvenientes, lo que resulta esencial no sólo por cuanto proporciona una mayor agilidad y menor coste económico a los procesos matrimoniales, sino también por descargarlos de todo el peso de contenido controvertido al que en la práctica suelen estar asociados y que a nadie beneficia y a todos perjudica.

<sup>45</sup> Reforma que estimamos correcta, por cuanto que la diferencia de trato, hasta ahora vigente resultaba injustificada e impropia, además de abiertamente discriminatoria por razones de filiación, pudiéndose tachar y a juicio de CAÑETE QUESADA, de “inconstitucional”, *op. cit.*, pág. 9.

<sup>46</sup> A la separación de hecho se le da un efecto jurídico muy importante en el artículo 945 de la Ley de 13 de mayo de 1981, introducido en el Senado, suponiendo que en esta situación el cónyuge premuerto no quiere llamar al supérstite antes que a los otros parientes. La exclusión de la llamada al cónyuge supérstite separado es total, es decir no consiste sólo en su posición a los parientes colaterales dentro del cuarto grado.

## DOCTRINA

Respecto de las cuestiones que afectan al ejercicio de la patria potestad y la guarda y custodia de los hijos una vez acaecida la crisis conyugal, sobre la base del interés superior del menor y, la necesidad de reforzar en esta materia, la libertad de decisión de los padres, se introduce como principal novedad la posibilidad de atribuir dicho ejercicio de forma compartida, a propuesta de ambos padres, y excepcionalmente, en defecto de acuerdo, también podrá acordarlo el Juez, a instancia de uno solo de los cónyuges. El reconocimiento expreso de esta solución, sin embargo como hemos puesto de manifiesto, convive con otra serie de medidas inherentes a los conflictos familiares que, se asientan sobre la hipótesis de modelos de custodia exclusiva, lo que nos plantea numerosas dudas respecto de la interpretación y aplicación del régimen establecido en esta conflictiva materia que viene, además, en cierta forma, a aumentar la discrecionalidad judicial.

Por lo que respecta a otra figura propia de las rupturas de pareja como es la pensión compensatoria, en la medida que no se ha llevado a cabo una reforma completa de los preceptos reguladores de este instituto, se seguirán planteando muchas de las dudas interpretativas que hoy suscita el régimen legal vigente.

En lo que hace referencia a los derechos legitimarios del cónyuge viudo, la reforma era obligada tras años de contradicción. No obstante, habrá que estar atento a la interpretación de las situaciones que impliquen separación de hecho, en cuanto justifican la exclusión de tales derechos tanto en la sucesión testada como intestada.

Por último cabe mencionar otro aspecto de la reforma no comentado, pero no por ello menos importante y necesario como es la previsión de un Fondo de Garantía de Pensiones, en virtud del cual, “El Estado garantizará el pago de alimentos reconocidos e impagados a favor de los hijos e hijas menores de edad en convenio judicialmente aprobado o en resolución judicial, a través de una legislación específica que concretará el sistema de cobertura en dichos supuestos”.

## LEGISLACIÓN

# LEY 15/2005, DE 8 DE JULIO, POR LA QUE SE MODIFICAN EL CÓDIGO CIVIL Y LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL EN MATERIA DE SEPARACIÓN Y DIVORCIO<sup>47</sup>

## EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

La Constitución de 1978 contiene en su artículo 32 un mandato al legislador para que regule los derechos y deberes de los cónyuges con plena igualdad jurídica, así como las causas de separación y disolución del matrimonio y sus efectos.

La Ley 30/1981, de 7 de julio, modificó la regulación del matrimonio en el Código Civil, así como el procedimiento seguido en las causas de nulidad, separación y divorcio, de conformidad con los entonces nuevos principios. Ello suponía promover y proteger la dignidad de los cónyuges y sus derechos, y procurar que mediante el matrimonio se favoreciera el libre desarrollo de la personalidad de ambos.

A tal fin, la ley habría de tener en consideración que, sistemáticamente, el derecho a contraer matrimonio se configuraba como un derecho constitucional, cuyo ejercicio no podía afectar, ni desde luego, menoscabar la posición jurídica de ninguno de los esposos en el matrimonio, y que, por último, daba lugar a una relación jurídica disoluble, por las causas que la ley dispusiera.

La determinación de tales causas y, en concreto, la admisión del divorcio como causa de disolución del matrimonio constituyó el núcleo de la elaboración de la ley, en la que, tras un complejo y tenso proceso, aún podían advertirse rasgos del antiguo modelo de la separación- sanción.

El divorcio se concebía como último recurso al que podían acogerse los cónyuges y sólo cuando era evidente que, tras un dilatado período de separación, su reconciliación ya no era factible. Por ello, se exigía la demostración del cese efectivo de la convivencia conyugal, o de la violación grave o reiterada de los deberes conyugales, una suerte de pulso impropio tendido por la ley a los esposos, obligados bien a perseverar públicamente en su desunión, bien a renunciar a tal expresión reconciliándose. En ningún caso, el matrimonio podía disolverse como consecuencia de un acuerdo en tal sentido de los consortes.

Estas disposiciones han estado en vigor durante casi un cuarto de siglo, tiempo durante el que se han puesto de manifiesto de modo suficiente tanto sus

carencias como las disfunciones por ellas provocadas. Sirvan sólo a modo de ejemplo los casos de procesos de separación o de divorcio que, antes que resolver la situación de crisis matrimonial, han terminado agravándola o en los que su duración ha llegado a ser superior a la de la propia convivencia conyugal.

El evidente cambio en el modo de concebir las relaciones de pareja en nuestra sociedad ha privado paulatinamente a estas normas de sus condicionantes originales.

Los tribunales de justicia, sensibles a esta evolución, han aplicado en muchos casos la ley y han evitado, de un lado, la inconveniencia de perpetuar el conflicto entre los cónyuges, cuando en el curso del proceso se hacía patente tanto la quiebra de la convivencia como la voluntad de ambos de no continuar su matrimonio, y de otro, la inutilidad de sacrificar la voluntad de los individuos demorando la disolución de la relación jurídica por razones inaprensibles a las personas por ella vinculadas.

La reforma que se acomete pretende que la libertad, como valor superior de nuestro ordenamiento jurídico, tenga su más adecuado reflejo en el matrimonio. El reconocimiento por la Constitución de esta institución jurídica posee una innegable trascendencia, en tanto que contribuye al orden político y la paz social, y es cauce a través del cual los ciudadanos pueden desarrollar su personalidad.

En coherencia con esta razón, el artículo 32 de la Constitución configura el derecho a contraer matrimonio según los valores y principios constitucionales. De acuerdo con ellos, esta ley persigue ampliar el ámbito de libertad de los cónyuges en lo relativo al ejercicio de la facultad de solicitar la disolución de la relación matrimonial.

Con este propósito, se estima que el respeto al libre desarrollo de la personalidad, garantizado por el artículo 10.1 de la Constitución, justifica reconocer mayor trascendencia a la voluntad de la persona cuando ya no desea seguir vinculado con su cónyuge. Así, el ejercicio de su derecho a no continuar casado no puede hacerse depender de la demostración de la concu-

<sup>47</sup> Publicada en el BOE núm. 163, de 9 de julio de 2005.

## LEGISLACIÓN

rrencia de causa alguna, pues la causa determinante no es más que el fin de esa voluntad expresada en su solicitud, ni, desde luego, de una previa e ineludible situación de separación.

En este último sentido, se pretende evitar la situación actual que, en muchos casos, conlleva un doble procedimiento, para lo cual se admite la disolución del matrimonio por divorcio sin necesidad de la previa separación de hecho o judicial, con un importante ahorro de coste a las partes, tanto económico como, sobre todo, personales.

No obstante, y de conformidad con el artículo 32 de la Constitución, se mantiene la separación judicial como figura autónoma, para aquellos casos en los que los cónyuges, por las razones que les asistan, decidan no optar por la disolución de su matrimonio.

En suma, la separación y el divorcio se concibe como dos opciones, a las que las partes pueden acudir para solucionar las vicisitudes de su vida en común. De este modo, se pretende reforzar el principio de libertad de los cónyuges en el matrimonio, pues tanto la continuación de su convivencia como su vigencia depende de la voluntad constante de ambos.

Así pues, basta con que uno de los esposos no desee la continuación del matrimonio para que pueda demandar el divorcio, sin que el demandado pueda oponerse a la petición por motivos materiales, y sin que el Juez pueda rechazar la petición, salvo por motivos personales. Para la interposición de la demanda, en este caso, sólo se requiere que hayan transcurrido tres meses desde la celebración del matrimonio, salvo que el interés de los hijos o del cónyuge demandante justifique la suspensión o disolución de la convivencia con antelación, y que en ella se haga solicitud y propuesta de las medidas que hayan de regular los efectos derivados de la separación.

Se pretende, así, que el demandado no sólo conteste a las medidas solicitadas por el demandante, sino que también tenga la oportunidad de proponer las que considere más convenientes, y que, en definitiva, el Juez pueda propiciar que los cónyuges lleguen a un acuerdo respecto de todas o el mayor número de ellas.

De esta forma, las partes pueden pedir en cualquier momento al Juez la suspensión de las actuaciones judiciales para acudir a la mediación familiar y tratar de alcanzar una solución consensuada en los temas objeto de litigio.

La intervención judicial debe reservarse para cuando haya sido imposible el pacto, o el contenido de las propuestas sea lesivo para los intereses de los hijos menores o incapacitados, o uno de los cónyuges, y las partes no hayan atendido a sus requerimientos de modificación. Sólo en estos casos deberá dictar una

resolución en la que imponga las medidas que sean precisas.

La ley prevé, junto a la anterior posibilidad, que ambos cónyuges soliciten conjuntamente la separación o el divorcio. En este caso, los requisitos que deben concurrir, así como los trámites procesales que deberán seguirse, son prácticamente coincidentes con los vigentes hasta ahora, pues sólo se ha procedido a reducir a tres meses el tiempo que prudentemente debe mediar entre la celebración del matrimonio y la solicitud de divorcio. Por lo demás, las partes, necesariamente, deben acompañar a su solicitud una propuesta de convenio regulador redactada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 90 del Código Civil.

Por último, esta reforma legislativa también ha de ocuparse de determinadas cuestiones que afectan al ejercicio de la patria potestad y la guarda y custodia de los hijos menores o incapacitados, cuyo objeto es procurar la mejor realización de su beneficio e interés, y hacer que ambos progenitores perciban que su responsabilidad para con ellos continúa, a pesar de la separación o el divorcio, y que la nueva situación les exige, incluso, un mayor grado de diligencia en el ejercicio de la potestad.

Se pretende reforzar con esta ley la libertad de decisión de los padres respecto del ejercicio de la patria potestad. En este sentido, se prevé expresamente que puedan acordar en el convenio regulador que el ejercicio se atribuya exclusivamente a uno de ellos, o bien a ambos de forma compartida. También el Juez, en los procesos incoados a instancia de uno solo de los cónyuges, y en atención a lo solicitado por las partes, puede adoptar una decisión con ese contenido.

Con el fin de reducir las consecuencias derivadas de una separación y divorcio para todos los miembros de la familia, mantener la comunicación y el diálogo, y en especial garantizar la protección del interés superior del menor, se establece la mediación como un recurso voluntario alternativo de solución de los litigios familiares por vía de mutuo acuerdo con la intervención de un mediador, imparcial y neutral.

En el antiguo modelo de la separación-sanción, la culpabilidad del cónyuge justificaba que éste quedase alejado de la prole. Al amparo de la Ley 30/1981, de 7 de julio, de modo objetivamente incomprensible, se ha desarrollado una práctica coherente con el modelo pretérito, que materialmente ha impedido en muchos casos que, tras la separación o el divorcio, los hijos continúen teniendo una relación fluida con ambos progenitores. La consecuencia de esta práctica ha sido que los hijos sufran innecesariamente un perjuicio que puede evitarse.

Así pues, cualquier medida que imponga trabas o dificultades a la relación de un progenitor con sus des-

## LEGISLACIÓN

endientes debe encontrarse amparada en serios motivos, y ha de tener por justificación su protección ante un mal cierto, o la mejor realización de su beneficio e interés.

Consiguientemente, los padres deberán decidir si la guarda y custodia se ejercerá sólo por uno de ellos o bien por ambos de forma compartida. En todo caso, determinarán, en beneficio del menor, cómo éste se relacionará del mejor modo con el progenitor que no conviva con él, y procurarán la realización del principio de corresponsabilidad en el ejercicio de la potestad.

**Artículo primero.** *Modificación del Código Civil en materia de separación y divorcio.*

El Código Civil se modifica en los siguientes términos:

Uno.—El artículo 68 queda redactado de la siguiente forma:

Artículo 68.

Los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente. Deberán, además, compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo.

Dos.—El artículo 81 queda redactado de la siguiente forma:

Artículo 81.

Se decretará judicialmente la separación, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio:

1.º A petición de ambos cónyuges o de uno con el consentimiento del otro, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio. A la demanda se acompañará una propuesta de convenio regulador redactada conforme al artículo 90 de este Código.

2.º A petición de uno solo de los cónyuges, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio. No será preciso el transcurso de este plazo para la interposición de la demanda cuando se acredite la existencia de un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o libertad e indemnidad sexual del cónyuge demandante o de los hijos de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio.

A la demanda se acompañará propuesta fundada de las medidas que hayan de regular los efectos derivados de la separación.

Tres.—El artículo 82 queda sin contenido.

Cuatro.—Se modifica el párrafo primero del artículo 84, que tendrá la siguiente redacción:

La reconciliación pone término al procedimiento de separación y deja sin efecto ulterior lo resuelto en él, pero ambos cónyuges separadamente deberán ponerlo en conocimiento del Juez que entienda o haya entendido en el litigio.»

Cinco.—El artículo 86 queda redactado del siguiente modo:

Artículo 86.

Se decretará judicialmente el divorcio, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio, la petición de uno solo de los cónyuges, de ambos o de uno con el consentimiento del otro, cuando concurren los requisitos y circunstancias exigidos en el artículo 81.

Seis.—El artículo 87 queda sin contenido.

Siete.—El primer párrafo del artículo 90 y su apartado a) quedan redactados en los siguientes términos:

El convenio regulador a que se refieren los artículos 81 y 86 de este Código deberá contener, al menos, los siguientes extremos:

a) El cuidado de los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, el ejercicio de ésta y, en su caso, el régimen de comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva habitualmente con ellos.

Ocho.—Se da una nueva redacción al artículo 92, que queda redactado de la siguiente forma:

Artículo 92

1. La separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos.

2. El Juez, cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos.

3. En la sentencia se acordará la privación de la patria potestad cuando en el proceso se revele causa para ello.

4. Los padres podrán acordar en el convenio regulador o el Juez podrá decidir, en beneficio de los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por unos de los cónyuges.

5. Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. El Juez, al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos.

6. En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, y oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda.

7. No procederá la guarda conjunta cuando cualquie-

## LEGISLACIÓN

ra de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica.

8. Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor.

9. El Juez, antes de adoptar alguna de las decisiones a que se refieren los apartados anteriores, de oficio o a instancia de parte, podrá recabar dictamen de especialistas debidamente cualificados, relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de los menores.

Nueve.—El artículo 97 queda redactado de la siguiente forma:

Artículo 97.

El cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tendrá derecho a una compensación que podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia.

A falta de acuerdo de los cónyuges, el Juez, en sentencia, determinará su importe teniendo en cuenta las siguientes circunstancias:

- 1.<sup>a</sup> Los acuerdos a que hubieran llegado los cónyuges.
- 2.<sup>a</sup> La edad y el estado de salud.
- 3.<sup>a</sup> La cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo.
- 4.<sup>a</sup> La dedicación pasada y futura a la familia.
- 5.<sup>a</sup> La colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge.
- 6.<sup>a</sup> La duración del matrimonio y de la convivencia conyugal.
- 7.<sup>a</sup> La pérdida eventual de un derecho de pensión.
- 8.<sup>a</sup> El caudal y los medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge.
- 9.<sup>a</sup> Cualquier otra circunstancia relevante. En la resolución judicial se fijarán las bases para actualizar la pensión y las garantías para su efectividad.»

Diez.—El párrafo primero de la medida 1.<sup>a</sup> del artículo 103 del Código Civil quedará redactado como sigue:

1.<sup>a</sup> Determinar, en interés de los hijos, con cuál de los cónyuges han de quedar los sujetos a la patria potestad de ambos y tomar las disposiciones apropiadas de acuerdo con lo establecido en este Código y, en particular, la forma en que el cónyuge que no ejerza la guarda y custodia de los hijos podrá cumplir el deber de velar por éstos y el tiempo, modo y lugar en que podrá comunicar con ellos y tenerlos en su compañía.

**Artículo segundo.** *Modificación de la regulación de los derechos del cónyuge viudo en el Código Civil.*

En el Código Civil se modifica en los siguientes términos:

Uno.—Los artículos 834 y 835 quedan redactados de la siguiente forma:

Artículo 834.

El cónyuge que al morir su consorte no se hallase separado de éste judicialmente o de hecho, si concurre a la herencia con hijos o descendientes, tendrá derecho al usufructo del tercio destinado a mejora.

Artículo 835.

Si entre los cónyuges separados hubiera mediado reconciliación notificada al Juzgado que conoció de la separación de conformidad con el artículo 84 de este Código, el sobreviviente conservará sus derechos.

Dos.—Se suprime el párrafo 2.º del artículo 837.

Tres.—Se modifica el artículo 840 que queda redactado en los siguientes términos:

Artículo 840.

Cuando el cónyuge viudo concorra con hijos sólo del causante, podrá exigir que su derecho de usufructo le sea satisfecho, a elección de los hijos, asignándole un capital en dinero o un lote de bienes hereditarios.

Cuatro.—Se modifica el artículo 945, que queda redactado en los siguientes términos:

Artículo 945.

No tendrá lugar el llamamiento a que se refiere el artículo anterior si el cónyuge estuviere separado judicialmente o de hecho.

**Disposición adicional única.** *Fondo de garantía de pensiones.*

El Estado garantizará el pago de alimentos reconocidos e impagados a favor de los hijos e hijas menores de edad en convenio judicialmente aprobado o en resolución judicial, a través de una legislación específica que concretará el sistema de cobertura en dichos supuestos.

**Disposición transitoria única.** *Procesos pendientes de resolución.*

1. Los procesos de separación o divorcio iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de esta ley continuarán sustanciándose durante la instancia conforme a las normas procesales vigentes en la fecha de la presentación de la demanda.

## LEGISLACIÓN

2. Lo dispuesto en el artículo primero, en cuanto a las causas de separación y divorcio y en cuanto al plazo mínimo para interponer la acción a contar desde la fecha de celebración del matrimonio, será de aplicación a los procesos que estén tramitándose en el momento de su entrada en vigor. A este efecto, se otorgará a las partes un plazo común extraordinario de cinco días para que soliciten el divorcio y aleguen cuanto a su derecho convenga. El Juez resolverá las alegaciones formuladas dentro del tercer día.

3. Si la entrada en vigor de la ley tuviera lugar durante el plazo para dictar sentencia, lo previsto en el artículo primero, en cuanto a las causas de separación y divorcio y en cuanto al plazo mínimo para interponer la acción a contar desde la fecha de celebración del matrimonio, será de aplicación a la resolución del litigio. En este caso, el Juez, previa suspensión del plazo para dictar sentencia, acordará otorgar a las partes un plazo común extraordinario de cinco días para que soliciten y aleguen cuanto a su derecho convenga.

**Disposición final primera.** *Modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.*

La Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, se modifica en los siguientes términos:

Uno.—La regla 2.<sup>a</sup> del artículo 770 queda redactada del siguiente modo:

«2.<sup>a</sup> La reconversión se propondrá con la contestación a la demanda. El actor dispondrá de 10 días para contestarla.

Sólo se admitirá la reconvencción:

- Cuando se funde en alguna de las causas que puedan dar lugar a la nulidad del matrimonio.
- Cuando el cónyuge demandado de separación o de nulidad pretenda el divorcio.
- Cuando el cónyuge demandado de nulidad pretenda la separación.
- Cuando el cónyuge demandado pretenda la adopción de medidas definitivas, que no hubieran sido solicitadas en la demanda, y sobre las que el tribunal no deba pronunciarse de oficio.»

Dos.—Se añade un nuevo párrafo al final de la regla 4.<sup>a</sup> del artículo 770, con la siguiente redacción:

En las exploraciones de menores en los procedimientos civiles se garantizará por el Juez que el menor pueda ser oído en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses, sin interferencias de otras personas, y recabando excepcionalmente el auxilio de especialistas cuando ello sea necesario.

Tres.—Se introduce una nueva regla 7.<sup>a</sup> al artículo 770 con la siguiente redacción:

7.<sup>a</sup> Las partes de común acuerdo podrán solicitar la suspensión del proceso de conformidad con lo previsto en el artículo 19.4 de esta Ley, para someterse a mediación.

Cuatro.—El párrafo primero del apartado 2 del artículo 771 queda redactado del siguiente modo:

2. A la vista de la solicitud, el Tribunal mandará citar a los cónyuges y, si hubiere hijos menores o incapacitados, al Ministerio Fiscal, a una comparecencia, en la que se intentará un acuerdo de las partes y que se celebrará en los diez días siguientes. A dicha comparecencia deberá acudir el cónyuge demandado asistido por su abogado y representado por su Procurador.

Cinco.—Se modifica el apartado 2 del artículo 775, que queda redactado del siguiente modo:

2. Estas peticiones se tramitarán conforme a lo dispuesto en el artículo 770. No obstante, si la petición se hiciera por ambos cónyuges de común acuerdo o por uno con el consentimiento del otro y acompañando propuesta de convenio regulador, regirá el procedimiento establecido en el artículo 777.

Seis.—Se modifica el apartado 2 del artículo 777, que queda redactado del siguiente modo:

2. Al escrito por el que se promueva el procedimiento deberá acompañarse la certificación de la inscripción del matrimonio y, en su caso, las de inscripción de nacimiento de los hijos en el Registro Civil, así como la propuesta de convenio regulador conforme a lo establecido en la legislación civil y el documento o documentos en que el cónyuge o cónyuges funden su derecho, incluyendo, en su caso, el acuerdo final alcanzado en el procedimiento de mediación familiar. Si algún hecho relevante no pudiera ser probado mediante documentos, en el mismo escrito se propondrá la prueba de que los cónyuges quieran valerse para acreditarlo.

Siete.—Se modifica el apartado 5 del artículo 777, que queda redactado del siguiente modo:

5. Si hubiera hijos menores o incapacitados, el Tribunal recabará informe del Ministerio Fiscal sobre los términos del convenio relativos a los hijos y oír a los menores si tuvieran suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial o del propio menor. Estas actuaciones se practicarán durante el plazo a que se refiere el apartado anterior o, si éste no se hubiera abierto, en el plazo de cinco días.

**Disposición final segunda.** *Modificación de la Ley de 8 de junio de 1957, reguladora del Registro Civil.*

El párrafo 1.<sup>o</sup> del artículo 20 de la Ley de 8 de junio de 1957, reguladora del Registro Civil, queda redactado del siguiente modo:

1.<sup>o</sup> Las de nacimiento, al Registro del domicilio del nacido o de sus representantes legales. En caso de adopción internacional, el adoptante o adoptantes de común acuerdo podrán solicitar que en la nueva inscripción conste su domicilio en España como lugar de nacimiento del adoptado. A las inscripciones así

## LEGISLACIÓN

practicadas les será de aplicación lo dispuesto en el párrafo final del artículo 16.

**Disposición final tercera.**

El Gobierno remitirá a las Cortes un proyecto de ley sobre mediación basada en los principios establecidos en las disposiciones de la Unión Europea, y en todo ca-

so en los de voluntariedad, imparcialidad, neutralidad y confidencialidad y en el respeto a los servicios de mediación creados por las Comunidades Autónomas.

**Disposición final cuarta. Entrada en vigor.**

La presente ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

## LEY ORGÁNICA 3/2005, DE 8 DE JULIO, DE MODIFICACIÓN DE LA LEY ORGÁNICA 6/1985, DE 1 DE JULIO, DEL PODER JUDICIAL, PARA PERSEGUIR EXTRATERRITORIALMENTE LA PRÁCTICA DE LA MUTILACIÓN GENITAL FEMENINA<sup>48</sup>.

**EXPOSICIÓN DE MOTIVOS**

La mutilación genital femenina constituye un grave atentado contra los derechos humanos, es un ejercicio de violencia contra las mujeres que afecta directamente a su integridad como personas. La mutilación de los órganos genitales de las niñas y las jóvenes debe considerarse un trato *inhumano y degradante* incluido, junto a la tortura, en las prohibiciones del artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Los Estados miembros de la Unión Europea, cuyas Constituciones reconocen el derecho a la integridad personal, tanto física como mental, como un derecho fundamental, se han visto enfrentados a un fenómeno de exportación de la práctica de mutilaciones genitales femeninas debido a la inmigración de personas procedentes de países donde estas prácticas constituyen una costumbre tradicional aún en vigor.

El hecho de que las mutilaciones sexuales sean una práctica tradicional en algunos países de los que son originarios los inmigrantes en los países de la Unión Europea no puede considerarse una justificación para no prevenir, perseguir y castigar semejante vulneración de los derechos humanos. La OMS estima que en el mundo hay 130 millones de mujeres víctimas de mutilaciones genitales practicadas en nombre de culturas y tradiciones religiosas.

La Convención de las Naciones Unidas para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, en su artículo 2.f prevé que los Estados parte adopten medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan una discriminación contra las mujeres.

Asimismo, el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo (Cairo 1994) y el Programa de Pekín (1995) incluyen reco-

mendaciones a los Estados a fin de erradicar las mutilaciones genitales femeninas y para modificar los comportamientos sociales y culturales y acabar así con los perjuicios y prácticas lesivos para las personas.

En esta línea se inscribe la presente Ley Orgánica al posibilitar la persecución extraterritorial de la práctica de la mutilación genital femenina cuando la comisión del delito se realiza en el extranjero, como sucede en la mayor parte de los casos, aprovechando viajes o estancias en los países de origen de quienes se encuentran en nuestro país.

**Artículo único.**

Se añade un nuevo epígrafe g al apartado 4 del artículo 23 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, que queda redactado como sigue:

*4. Igualmente será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la Ley penal española, como alguno de los siguientes delitos:*

*Genocidio.*

*Terrorismo.*

*Piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves.*

*Falsificación de moneda extranjera.*

*Los delitos relativos a la prostitución y los de corrupción de menores o incapaces.*

*Tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes.*

*Los relativos a la mutilación genital femenina, siempre que los responsables se encuentren en España.*

*Y cualquier otro que, según los tratados o convenios internacionales, deba ser perseguido en España.*

**DISPOSICIÓN DEROGATORIA ÚNICA.**

Quedan derogadas cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo establecido en la presente Ley Orgánica.

<sup>48</sup> Publicada en el BOE número 163, de 9 de julio de 2005.

## LEGISLACIÓN

**DISPOSICIÓN FINAL PRIMERA.**

Se añade al apartado 1 del artículo 87 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial un nuevo epígrafe e con la siguiente redacción:

*Dictar sentencia de conformidad con la acusación en los casos establecidos por la Ley.*

**DISPOSICIÓN FINAL SEGUNDA.**

La presente Ley Orgánica entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*.

**COMENTARIO A LA LEY ORGÁNICA 3/2005, DE 8 DE JULIO, DE MODIFICACIÓN DE LA LEY ORGÁNICA 6/1985, DE 1 DE JULIO, DEL PODER JUDICIAL, PARA PERSEGUIR EXTRATERRITORIALMENTE LA PRÁCTICA DE LA MUTILACIÓN GENITAL FEMENINA.**

Como se indica en la Exposición de motivos de la Ley Orgánica 3/2005, de 8 de julio, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para perseguir extraterritorialmente la práctica de la mutilación genital femenina, dicha práctica “la mutilación de los órganos genitales de las niñas y las jóvenes debe considerarse un trato “inhumano y degradante” incluido, junto a la tortura, en las prohibiciones del artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos”.

Se estima que alrededor de 130 millones de niñas y mujeres en todo el mundo han sido sometidas a alguna forma de mutilación genital<sup>49</sup>, y que al menos dos millones de niñas anualmente son víctimas potenciales de este tipo de comportamiento criminal. En la actualidad la mutilación genital femenina es practicada en 28 países africanos de la región sub-sahariana y de la zona nor-oriental del continente, y existen informes que indican la realización de las referidas conductas de manera esporádica en algunos países de Oriente Medio, en algunos grupos étnicos en India y Sri Lanka, así como en el seno de comunidades inmigrantes establecidas en Europa, Estados Unidos, Canadá, Australia y Nueva Zelanda que provienen de los países africanos o asiáticos antes aludidos.

La realización de una mutilación genital en cualquiera de sus manifestaciones es castigada con pena de

prisión de seis a doce años por el artículo 149 del Código Penal español, que tras la reforma operada por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, menciona de forma expresa en su nuevo apartado segundo este comportamiento criminal<sup>50</sup>. La referida modificación introdujo además la posibilidad de aplicar una pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de cuatro a diez años cuando la víctima sea menor o incapaz. Esta previsión cobra particular importancia, dado que, como se indica en la Exposición de motivos de la Ley Orgánica 11/2003, “en la mayoría de las ocasiones, son los padres o familiares directos de la víctima quienes la obligan a someterse a este tipo de mutilaciones aberrantes, por lo cual la inhabilitación especial resulta absolutamente necesaria para combatir estas conductas y proteger a la niña de futuras agresiones o vejaciones”.

Ahora bien, la aplicación judicial del art. 149.2 CP, como la de cualquier ley española, sólo resulta posible en aquellos supuestos en los que los tribunales españoles sean competentes con arreglo a lo establecido en el art. 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial para enjuiciar la mutilación genital realizada. Ello implicaba que hasta ahora, sólo pudiesen castigarse en España las mutilaciones genitales realizadas en territorio español cualquiera sea la nacionalidad de la víctima o de los autores (principio de territorialidad previsto en el párrafo 1 del referido art. 23 LOPJ) o bien cometidas en el extranjero por españoles cualquiera sea la nacionalidad de la víctima (principio de personalidad), quedando impunes -pese a las recomendaciones de los organismos internacionales<sup>51</sup>- debido a la falta de regulación sobre la aplicación extraterritorial de la ley penal española las conductas desplegadas fuera del territorio español por extranjeros residentes (legal o ilegalmente) en España aprovechando viajes y estancias en sus países de origen, o con carácter previo al momento de establecerse en suelo español.

La Ley Orgánica 3/2005 viene a colmar esta laguna añadiendo un nuevo epígrafe g) al apartado 4 del ar-

<sup>49</sup>La Organización Mundial de la Salud agrupa en cuatro categorías básicas las diversas formas o procedimientos de mutilación genital femenina:

**Tipo I:** Clitoridectomía - Extirpación del prepucio con o sin escisión parcial o total del clitoris.

**Tipo II:** Escisión - Extirpación del prepucio y del clitoris junto con la escisión parcial o total de los labios menores.

**Tipo III:** Infibulación - Extirpación parcial o total de los genitales externos y sutura/estrechamiento de la apertura vaginal.

**Tipo IV:** Sin clasificación - Todos los demás procedimientos que impliquen extirpación total o parcial de los genitales femeninos y/o lesiones de los órganos genitales femeninos ya sea por razones culturales o por cualquier otra razón no terapéutica.

<sup>50</sup> Que, como cualquier mutilación de un órgano principal, ya estaba comprendida en el apartado 1 del mismo precepto y sancionada con la misma pena privativa actualmente imponible. Como señala CEREZO MIR, J.: Curso de Derecho penal español. Parte General I, 6ª ed., Tecnos, Madrid, 2004, pág. 176, aunque la figura recogida en el nuevo párrafo segundo parece superflua, “el precepto tiene el sentido de una interpretación auténtica para evitar la impunidad de estas conductas (especialmente la de la ablación del clitoris en la mujer) al amparo de un multiculturalismo radical”.

<sup>51</sup> En la propia Exposición de motivos de la Ley Orgánica objeto de comentario se señala a este respecto: “La Convención de las Naciones Unidas para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, en su artículo 2.f prevé que los Estados parte adopten medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan una discriminación contra las mujeres.

Asimismo, el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo (Cairo 1994) y el Programa de Pekín (1995) incluyen recomendaciones a los Estados a fin de erradicar las mutilaciones genitales femeninas y para modificar los comportamientos sociales y culturales y acabar así con los perjuicios y prácticas lesivos para las personas”.

## LEGISLACIÓN

título 23 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial<sup>52</sup>, que queda redactado como sigue: “4. Igualmente será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como alguno de los siguientes delitos:

- a) Genocidio
  - b) Terrorismo.
  - c) Piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves.
  - d) Falsificación de moneda extranjera.
  - e) Los delitos relativos a la prostitución y los de corrupción de menores o incapaces.
  - f) Tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes.
  - g) Los relativos a la mutilación genital femenina, siempre que los responsables se encuentren en España.
  - h) Y cualquier otro que, según los tratados o convenios internacionales, deba ser perseguido en España.”
- Por su parte, el art. 23.5 LOPJ, cuyo contenido no ha sido modificado por la reforma legal objeto de estas líneas, supedita el ejercicio de la jurisdicción española en relación con los delitos mencionados en los apartados anteriores a que “el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, o, en este último caso, no haya cumplido la condena. Si sólo la hubiere cumplido en parte, se le tendrá en cuenta para rebajarle proporcionalmente la que le corresponda”.

Conviene reparar en que este nuevo epígrafe g) relativo a la mutilación genital femenina es el único del art. 23.4 en el que se establece de forma expresa el requisito de que los responsables se encuentren en España. Como seguidamente paso a explicar, esta exigencia adicional, no es una cuestión baladí.

Unánimemente se reconoce que el apartado 4 del art. 23 LOPJ consagra el denominado principio de la justicia universal, que permite el castigo de un exiguo número de delitos que lesionan los intereses de la comunidad internacional. Con arreglo a dicho principio, que establece la competencia del *iudex deprehensionis*, aquel Estado en cuyo territorio es detenido un delincuente resulta competente para juzgarle cualesquiera sean su nacionalidad, el país en el que haya cometido el delito y la nacionalidad de la víctima. Ahora bien, el legislador español, cuando redactó el

referido apartado en 1985 omitió la tradicional exigencia de que el delincuente haya sido detenido en España, de manera que, de conformidad con el precepto, la competencia de nuestros jueces y tribunales no queda supeditada, a diferencia de lo que se establece en otros países, al requisito de la presencia de aquél en nuestro territorio. En otras palabras, el texto de la LOPJ amplía enormemente el radio de actuación del principio de Justicia universal, permitiendo atribuir a los jueces y tribunales españoles competencia para juzgar a delincuentes extranjeros que no se encuentran en España, cuya extradición deberá obtener a tal fin el Estado español, y a los que se imputan delitos cometidos en el extranjero de genocidio, terrorismo, piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves, falsificación de moneda extranjera, delitos relativos a la prostitución y de corrupción de menores o incapaces, o tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes<sup>53</sup>. En lo tocante a cualquier otro delito que, según los tratados o convenios internacionales, deba ser perseguido en España, la cuestión queda abierta, debiendo atenderse a lo establecido en el correspondiente tratado o convenio. Por el contrario, y aunque- como parece desprenderse del examen del *iter* parlamentario del nuevo epígrafe g)- la razón por la que se establece de forma expresa el mencionado requisito no fuese el apego parlamentario al contenido tradicional del principio de Justicia universal, sino la voluntad de abarcar tanto a los residentes legales como a los ilegales que toman parte en mutilaciones genitales femeninas en sus países de origen, cabe afirmar que la competencia de los jueces y tribunales españoles en esta materia es la propia del *iudex deprehensionis*, pues la ha supeditado de forma expresa el legislador de 2005 a la presencia (legal o ilegal) en España de los responsables.

Ahora bien, debe reseñarse que la referida ampliación del principio de Justicia universal operada por el legislador de 1985 en los epígrafes a) al f) ha sido valorada críticamente por la doctrina, y también por un sector jurisprudencial, cuya postura más extrema, que sirve de base a una interpretación *contra legem* del art. 23.4 LOPJ, ha encontrado reflejo en la STS de 25 de febrero de 2003<sup>54</sup>, relativa al presunto delito de genocidio contra el pueblo maya cometido en Guatemala. Así, en los fundamentos jurídicos 7º-

<sup>52</sup> Asimismo se añade al apartado 1 del artículo 87 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial un nuevo epígrafe e) con la siguiente redacción: “e) Dictar sentencia de conformidad con la acusación en los casos establecidos por la ley.”

<sup>53</sup> Como con acierto se indica en el voto particular a la STS de 25 de febrero de 2003 (vid infra nota 6), que suscriben 7 de los 15 magistrados de la Sala Segunda, “la apertura de un procedimiento para la persecución penal de un delito contra la comunidad internacional conforme a lo prevenido en el art 23.4º de la LOPJ no exige necesariamente la presencia de los responsables del delito en España. Esta presencia solo es necesaria para su enjuiciamiento, al no ser conforme al ordenamiento español el enjuiciamiento en rebeldía de estos crímenes. En definitiva la presencia de los responsables en España no constituye una condición general para el ejercicio de la jurisdicción penal universal, sino un presupuesto de su practicabilidad, que puede alcanzarse mediante la extradición”.

<sup>54</sup> Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo nº 327/2003 (recurso de casación nº 803/2001). Ponente Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Lurcar. Vid, en sentido crítico CERZO MIR, J.: Curso de Derecho penal español, op. cit., pág. 256.

## LEGISLACIÓN

11 ° de dicha sentencia se exigen como condiciones adicionales para el ejercicio de la jurisdicción de los tribunales españoles que los delitos a los que se refiere el art. 23.4 LOPJ afecten a ciudadanos o intereses españoles, o que los responsables se encuentren en territorio español. Como puede comprobarse, de imponerse esta exégesis restrictiva y contraria a lo

que establece la LOPJ, *de facto*, no serían los delitos relativos a la mutilación genital femenina los únicos en los que la apertura de un procedimiento penal en España sólo resulta posible si los justiciables se encuentran en España. (ANA MARÍA PRIETO DEL PINO. Profesora Asociada del área de Derecho Penal de la UMA).

## **REAL DECRETO 513/2005, DE 9 DE MAYO, POR EL QUE SE MODIFICA EL REAL DECRETO 355/2004, DE 5 DE MARZO, POR EL QUE SE REGULA EL REGISTRO CENTRAL PARA LA PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE LA VIOLENCIA DOMÉSTICA<sup>55</sup>.**

El apartado 8 del artículo 544 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, introducido por la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica, establece la obligación de que dicha orden de protección sea notificada a las partes, y comunicada por el juez, mediante testimonio íntegro, a la víctima y a las Administraciones públicas competentes para la adopción de medidas de protección, sean estas de seguridad o de asistencia social, jurídica, sanitaria, psicológica o de cualquier otra índole, para lo que reglamentariamente deberá establecerse un sistema integrado de coordinación administrativa que garantice la agilidad de estas comunicaciones.

Por el Real Decreto 355/2004, de 5 de marzo, se reguló el Registro central para la protección de las víctimas de la violencia doméstica, que estableció un sistema de coordinación según el cual los secretarios de los juzgados y tribunales deberán comunicar las órdenes de protección de las víctimas de violencia doméstica que se adopten y sus respectivas solicitudes a aquel o aquellos puntos de coordinación designados por la comunidad autónoma correspondiente, que constituirán el canal único de notificación de estas resoluciones a centros, unidades, organismos e instituciones competentes en materia de protección social en relación con estas víctimas.

La implantación de un sistema de comunicaciones telemáticas aconseja que este modelo sea sustituido por otro más integrado de coordinación administrativa, que elimine las duplicidades en la transmisión de los datos y asegure una información actualizada, ágil y veraz. A la vista de las funciones que la legislación asigna a los puntos de coordinación, parece incuestionable que esta tarea ha de verse notablemente fa-

vorecida si existe, coordinadamente y con las limitaciones que una información tan sensible aconseja, un acceso directo a la información contenida en el registro. Esta cesión, además, se encuentra amparada en los artículos 11.2.a) y 11.2.d) de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, el primero en relación con los apartados 5 y 8 del artículo 544 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en la redacción dada a este por la Ley 27/2003, de 31 de julio.

En otro orden de cosas, las reformas operadas por el Real Decreto 1475/2004, de 18 de Junio, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Justicia, unidas al hecho de que persiste la obligación de los secretarios judiciales de comunicar al Registro central de penados y rebeldes las sentencias condenatorias firmes, hacen innecesaria, por redundante, la comunicación desde el Registro central de protección de las víctimas de la violencia doméstica al Registro central de penados y rebeldes de las sentencias firmes en materia de violencia doméstica a que se refiere el artículo 5.2 del Real Decreto 355/2004, de 5 de marzo, y la necesaria agilidad en la gestión procesal de juzgados y tribunales aconsejan ampliar el acceso a la base de datos del registro a un funcionario especialmente designado al efecto (actualmente este acceso se limita al secretario judicial), sin perjuicio de la obligación del secretario de transmitir personalmente la información que debe operar en el registro. Idéntico significado debe darse a la posibilidad no prevista hasta el momento de que la transmisión de los datos pueda realizarse directamente desde las aplicaciones de gestión procesal, cuando técnicamente se encuentre disponible esta opción.

<sup>55</sup> Publicado en el BOE núm. 119, de 19 mayo 2005.

## LEGISLACIÓN

En su virtud, a propuesta del Ministerio de Justicia, con la aprobación previa del Ministro de Administraciones Públicas, de acuerdo con el Consejo de Estado y previa deliberación del Consejo de Ministros en su reunión del día 6 de mayo de 2005,

**DISPONGO:**

Artículo único. Modificación del Real Decreto 355/2004, de 5 de marzo, por el que se regula el Registro central para la protección de las víctimas de la violencia doméstica.

El Real Decreto 355/2004, de 5 de marzo, por el que se regula el Registro central para la protección de las víctimas de la violencia doméstica, se modifica en los siguientes términos:

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

«2. La finalidad del Registro central para la protección de las víctimas de la violencia doméstica es facilitar a los órganos judiciales del orden penal, los del orden civil que pudieran conocer de los procedimientos de familia, los juzgados de violencia sobre la mujer, al Ministerio Fiscal, a la policía judicial y a las Administraciones públicas competentes la información necesaria para el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales y para la prestación de los servicios públicos dirigidos a la protección de las víctimas.»

Dos. Se suprime el apartado 2 del artículo 5, por lo que el actual apartado 1 queda como apartado único.

Tres. El artículo 8 queda redactado en los siguientes términos:

«Artículo 8. Acceso a la información contenida en el Registro central.

1. El acceso a la información contenida en el Registro central quedará limitado a los sujetos y finalidades siguientes:

Los órganos judiciales del orden penal, los del orden civil que conozcan de los procedimientos de familia y los juzgados de violencia sobre la mujer podrán acceder a la información que precisen para la tramitación de causas penales y civiles, así como para la adopción, modificación, ejecución y seguimiento de medidas de protección de dichas víctimas, a través del correspondiente secretario judicial o de un funcionario adscrito a la oficina judicial por él designado. En ningún caso esta designación afectará a los deberes y responsabilidades que los artículos 5 y 6 imponen a los secretarios judiciales.

El Ministerio Fiscal podrá acceder a la información precisa para la tramitación de causas penales y civiles,

así como para la adopción, modificación, ejecución y seguimiento de medidas de protección de dichas víctimas, a través de los fiscales destinados en las fiscalías de los órganos jurisdiccionales competentes.

La policía judicial podrá acceder a la información necesaria para el desarrollo de las actuaciones que le estén encomendadas en relación con la persecución y seguimiento de las conductas que tienen acceso a este Registro central, a través de los funcionarios autorizados que desempeñen estas funciones.

Las comunidades autónomas podrán acceder a la información necesaria para garantizar el efectivo cumplimiento de las medidas de protección, provisionales o definitivas, adoptadas por los órganos jurisdiccionales, a través del responsable designado en cada punto de coordinación a que se refiere la disposición adicional primera.

2. Corresponde al encargado del Registro central la elaboración de una relación actualizada de usuarios autorizados, con especificación de los datos a que puedan acceder.

3. El acceso a los datos del Registro central se llevará a cabo telemáticamente, mediante procedimientos de identificación y autenticación. El sistema de acceso deberá dejar constancia de la identidad de los usuarios que accedan, de los datos consultados, del momento de acceso y del motivo de la consulta.

4. La Administración General del Estado y las comunidades autónomas con competencias en materia de justicia, en el marco del Plan de Transparencia Judicial, podrán elaborar estadísticas de los datos contenidos en el registro, eludiendo toda referencia personal en la información y teniendo en cuenta lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, y sus disposiciones complementarias.»

Cuatro. La disposición adicional única pasa a ser la disposición adicional primera y se añade una disposición adicional segunda, con la siguiente redacción:

«Disposición adicional segunda Transmisión automática de datos al Registro central. Cuando el desarrollo de los sistemas de gestión procesal lo permita, el Ministerio de Justicia podrá autorizar que la forma de comunicación telemática de datos al Registro central se realice automáticamente desde los sistemas de gestión procesal, garantizando en todo caso la confidencialidad, autenticidad, veracidad e integridad de la información. En estos casos, el acceso de los usuarios al registro tendrá perfiles de consulta.»

Disposición final única. Entrada en vigor.

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

## LEGISLACIÓN

**COMENTARIO AL REAL DECRETO 513/2005, DE 9 DE MAYO, POR EL QUE SE MODIFICA EL REAL DECRETO 355/2004, DE 5 DE MARZO, POR EL QUE SE REGULA EL REGISTRO CENTRAL PARA LA PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE LA VIOLENCIA DOMÉSTICA.**

La Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la orden de protección de las víctimas de violencia doméstica introdujo el apartado 8 del artículo 544 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Con arreglo al referido precepto, las órdenes de protección han de ser notificadas a las partes y comunicadas por el juez, mediante testimonio íntegro, a la víctima y a las Administraciones públicas competentes para la adopción de medidas de protección, sean éstas de seguridad o de asistencia social, jurídica, sanitaria, psicológica o de cualquier otra índole, y a tal fin prevé el establecimiento por vía reglamentaria de “un sistema integrado de coordinación que garantice la agilidad de esas comunicaciones”. El Real Decreto 355/2004, de 5 de marzo, por el que se regula el Registro central para la protección de las víctimas de violencia doméstica, que fue objeto de comentario en el número 15 de esta revista, estableció un sistema de coordinación conforme al cual los secretarios de los juzgados y tribunales, además de remitir información sobre todas las penas y medidas de seguridad acordadas tanto en sentencia firme como sobre las medidas cautelares y Órdenes de Protección acordadas en procedimientos penales en tramitación al Registro Central y a la Policía Judicial (arts. 5 y 6), debían comunicar, de acuerdo con lo establecido en la Disposición Adicional Única, las órdenes de protección de las víctimas de violencia doméstica adoptadas y sus respectivas solicitudes<sup>56</sup> a aquel o aquellos puntos de coordinación designados por la comunidad autónoma correspondiente, constituyendo los mismos la única vía de notificación de las resoluciones aludidas

a centros, unidades, organismos e instituciones competentes para la protección social respecto de las mencionadas víctimas<sup>57</sup>. Así las cosas, en virtud de lo preceptuado por el art. 8, mientras que los Juzgados y Tribunales, la Fiscalía y la Policía Judicial podían acceder a los datos del Registro Central, la posibilidad de dicho acceso no se reconocía a los puntos de coordinación de las Comunidades autónomas<sup>58</sup>.

Este sistema resultaba poco ágil, traía consigo duplicidades en la transmisión de información, y no garantizaba siempre la disponibilidad de datos actualizados, deficiencias éstas que el Real Decreto 513/2005, de 9 de mayo, cuya entrada en vigor se produjo el pasado 20 de mayo, aspira a remediar modificando algunos preceptos del Real Decreto 355/2004 en el sentido que a continuación se detalla. En primer lugar, se autoriza en el artículo 8 el acceso telemático directo -aunque limitado tanto en cuanto al sujeto autorizado como en cuanto al objeto, de acuerdo con lo preceptuado por los artículos 11.2.a) y 11.2.d) de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de carácter personal- a la información obrante en el Registro central, de determinados representantes o miembros designados al efecto de los órganos judiciales, del Ministerio Fiscal, de la policía judicial y ahora también de los puntos de coordinación de las Comunidades Autónomas. Esta ampliación encuentra reflejo en el nuevo contenido del art. 2.2., en el que se establece la finalidad del registro central<sup>59</sup>. De esta forma, los órganos judiciales del orden penal, los del orden civil que conozcan de los procedimientos de familia y los juzgados de violencia sobre la mujer podrán acceder a la información que precisen para la tramitación de causas penales y civiles, así como para la adopción, modificación, ejecución y seguimiento de medidas de protección de dichas víctimas, a través del correspondiente secreta-

<sup>56</sup> De conformidad con los datos ofrecidos por Charo Nogueira en Diario El País de 3 de septiembre de 2005, citando como fuente el Ministerio de Justicia, en el Registro central se contabilizan 55.138 órdenes de protección concedidas, 5.732 denegadas y un total de 94.669 denuncias admitidas en dos años (desde agosto de 2003 hasta el 2 de septiembre de 2005), cifras que -señala Nogueira- son inferiores a las que maneja el Poder Judicial.

<sup>57</sup> Disposición adicional única. Comunicación de las órdenes de protección a las Administraciones públicas competentes en materia de protección social: 1. Los secretarios de los juzgados y tribunales comunicarán las órdenes de protección de las víctimas de violencia doméstica que se adopten y sus respectivas solicitudes, mediante testimonio íntegro, a aquel o aquellos puntos de coordinación designados por la comunidad autónoma correspondiente, que constituirán el canal único de notificación de estas resoluciones a centros, unidades, organismos e instituciones competentes en materia de protección social en relación con estas víctimas, de acuerdo con lo establecido en el apartado 8 del artículo 544 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

La comunicación del secretario judicial se remitirá en un plazo nunca superior a 24 horas desde su adopción, por vía telemática o electrónica o, en su defecto, por medio de fax o correo urgente.

2. El punto de coordinación designado hará referencia al centro, unidad, organismo o institución que centraliza la información, su dirección postal y electrónica, números de teléfono y fax, régimen horario y persona o personas responsables de aquél. En el caso de comunidades autónomas pluriprovinciales, podrá identificarse un punto de conexión específico para cada provincia.

3. El Consejo General del Poder Judicial mantendrá una relación actualizada de los puntos de coordinación designados, remitirá tal identificación en su integridad y sus modificaciones o actualizaciones a los Ministerios de Justicia, de Trabajo y Asuntos Sociales y del Interior, así como a la Fiscalía General del Estado y al Tribunal Superior de Justicia, decanatos y juzgados de instrucción del ámbito autonómico correspondiente.

<sup>58</sup> Artículo 8. Acceso a la información contenida en el Registro central: 1. Podrán acceder a la información contenida en el Registro central los órganos judiciales del orden penal, el Ministerio Fiscal y los órganos judiciales del orden civil que conozcan de procedimientos de familia, a los efectos de su utilización en los procesos o actuaciones en los que intervengan. Asimismo, la Policía Judicial podrá acceder a esta información para el desarrollo de las actuaciones que le estén encomendadas en relación con la persecución y seguimiento de las conductas que tienen acceso a este Registro central.

2. El acceso a los datos del Registro central se llevará a cabo telemáticamente por el secretario judicial del correspondiente órgano judicial, por los fiscales integrantes de las distintas fiscalías y por aquellos miembros de la Policía Judicial que se determinen. En todo caso, quedará constancia de la identidad de las personas que accedan al Registro central, de los datos consultados y del motivo de la consulta.

3. La Administración General del Estado podrá elaborar estadísticas de los datos contenidos en el registro, eludiendo toda referencia personal en la información y teniendo en cuenta lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, y sus disposiciones complementarias.

<sup>59</sup> La finalidad del Registro central para la protección de las víctimas de la violencia doméstica es facilitar a los órganos judiciales del orden penal, los del orden civil que pudieran conocer de los procedimientos de familia, los juzgados de violencia sobre la mujer, al Ministerio Fiscal, a la policía judicial y a las Administraciones públicas competentes la información necesaria para el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales y para la prestación de los servicios públicos dirigidos a la protección de las víctimas<sup>60</sup>.

## LEGISLACIÓN

rio judicial o (novedad introducida por el Real Decreto 513) de un funcionario adscrito a la oficina judicial por él designado, sin que en ningún caso dicha designación afecte a los deberes y responsabilidades que los artículos 5 y 6 imponen a los secretarios judiciales en materia de transmisión de la información al Registro. Por su parte, el Ministerio Fiscal podrá acceder a la información precisa para la tramitación de causas penales y civiles, así como para la adopción, modificación, ejecución y seguimiento de medidas de protección de dichas víctimas, a través de los fiscales destinados en las fiscalías de los órganos jurisdiccionales competentes. Asimismo, la Policía Judicial puede acceder a la información necesaria para el desarrollo de las actuaciones que le estén encomendadas en relación con la persecución y seguimiento de las conductas constitutivas de violencia doméstica reflejadas en el Registro central, a través de los funcionarios autorizados que desempeñen estas funciones. Finalmente el precepto, como antes se apuntó, sin perjuicio de lo ordenado por la Disposición Adicional primera, establece que las Comunidades autónomas podrán acceder a la información necesaria para garantizar el efectivo cumplimiento de las medidas de protección, provisionales o definitivas, adoptadas por los órganos jurisdiccionales, a través del responsable designado en cada punto de coordinación a que se refiere la disposición adicional primera, cuyo contenido es el de la anterior disposición adicional única<sup>60</sup>. Para dotar de garantías el acceso al que se viene haciendo referencia, por una parte, el apartado 2 del art. 8 encomienda al encargado del registro central la elaboración de

una relación actualizada de usuarios autorizados, con especificación de los datos a los que puedan acceder. Por otra parte, conforme al apartado 3 el acceso a los datos del Registro central se llevará a cabo telemáticamente, mediante procedimientos de identificación y autenticación. Debiendo el sistema de acceso dejar constancia de la identidad de los usuarios que accedan, de los datos consultados, del momento de acceso y del motivo de la consulta.

En segundo lugar, y con el objetivo de eliminar duplicidades en la remisión de la información se suprime al apartado 2º del art. 5 del Real Decreto 355/2004. En la disposición eliminada se establecía la obligación de comunicar las sentencias firmes en materia de violencia doméstica desde el Registro central de protección de las víctimas de dicha violencia al Registro Central de penados y rebeldes; obligación ésta que también se imponía en el R.D. 355 –y que persiste tras la reforma– a los secretarios judiciales.

Por último, se añade una Disposición adicional segunda, relativa a la transmisión automática de datos al registro central, en virtud de la cual, cuando el desarrollo de los sistemas de gestión procesal lo permita, el Ministerio de Justicia podrá autorizar que la forma de comunicación telemática de datos al Registro central se realice automáticamente desde los sistemas de gestión procesal, garantizando en todo caso la confidencialidad, autenticidad, veracidad e integridad de la información, y teniendo en estos casos el acceso de los usuarios al registro perfiles de consulta. (ANA MARÍA PRIETO DEL PINO. Profesora. Asociada del Área de Derecho Penal de la UMA).

## REAL DECRETO 801/2005, DE 1 DE JULIO, POR EL QUE SE APRUEBA EL PLAN ESTATAL 2005-2008, PARA FAVORECER EL ACCESO DE LOS CIUDADANOS A LA VIVIENDA<sup>61</sup>.

[...]

En cuarto lugar, aunque el Plan tiene un alcance universal, se dirige específicamente a aquellos colectivos con mayores dificultades para acceder a una vivienda digna. De modo especial, el Plan tiene en cuenta a grupos sociales que tienen necesidades específicas por sus circunstancias personales a igualdad de niveles de ingresos, tales como, por ejemplo, los jóvenes, las familias numerosas y las monoparentales, los mayores de 65 años, las personas con discapacidad y sus familias, así como las personas víctimas de la violen-

cia de género y del terrorismo. Y, dentro de estos grupos, las ayudas estatales directas a la compra de viviendas se dirigen básicamente a quienes acceden por primera vez al mercado de vivienda en propiedad.

[...]

El Capítulo II denominado *Acceso de los ciudadanos a viviendas en arrendamiento*, recoge las condiciones que deben reunir los inquilinos, y se da un trato preferencial a determinados colectivos como los jóvenes menores de 35 años, las víctimas de la violencia de género y del terrorismo, las familias numerosas, las fami-

<sup>60</sup> Vid. *supra* nota 2.

<sup>61</sup> Publicado en el BOE número 166, de 13 de julio de 2005. Se publica parcialmente.

## LEGISLACIÓN

lias monoparentales, y las personas con discapacidad. También se regulan la cuantía y la duración de las subvenciones a los inquilinos.  
[...]

**CAPITULO I**

Disposiciones generales

[...]

**Artículo 3.** Ciudadanos beneficiarios de las ayudas del Plan.

Podrán ser beneficiarios de las ayudas, las familias y personas que cumplan los requisitos previstos en este Real Decreto relativos a los niveles de ingresos familiares y a otras circunstancias personales, exigibles en general y para cada tipo de actuación protegida.

Se consideran beneficiarios con derecho a protección preferente, definidos por la legislación específica que, en su caso, les resulte de aplicación, los siguientes:

Compradores que acceden por primera vez a la vivienda en propiedad.

Jóvenes de hasta 35 años.

Personas mayores de 65 años y sus familias.

Víctimas de la violencia de género y víctimas del terrorismo.

Familias numerosas.

Familias monoparentales.

Personas con discapacidad y sus familias.

Otros colectivos en situación o riesgo de exclusión social.

[...]

**Artículo 13.** Destino y ocupación de las viviendas. Prohibiciones y limitaciones a la facultad de disponer. Derechos de tanteo y retracto.

1. Las viviendas promovidas o rehabilitadas para uso propio y las adquiridas, sea para uso propio o para su cesión en régimen de arrendamiento, se destinarán a residencia habitual y permanente del propietario o, en su caso, del inquilino, y deberán ser ocupadas por los mismos dentro de los plazos establecidos en la legislación aplicable. Las viviendas protegidas, así como las viviendas usadas adquiridas para su cesión en régimen de arrendamiento, podrán cederse temporalmente a víctimas de la violencia de género, personas que se encuentren en situaciones de emergencia social, así como a los afectados por actuaciones de remodelación o rehabilitación efectuadas por los organismos públicos en barrios o zonas siempre que de las mismas se derive la necesidad de proceder a realojamientos temporales de toda o parte de la población correspondiente. En estos supuestos, se estará a las normas y procedimientos que se establezcan respecto a la cesión temporal de las viviendas.

2. Los compradores de viviendas acogidas a este Real Decreto, no podrán transmitir las ínter vivos ni ceder

su uso por ningún título, durante el plazo mínimo de diez años desde la fecha de la formalización de la adquisición.

3. La prohibición de transmitir o de ceder el uso de las viviendas podrá dejarse sin efecto en el caso de subasta y adjudicación de la vivienda por ejecución judicial del préstamo. Si se hubieran obtenido ayudas financieras, se requerirá la previa cancelación del préstamo y el reintegro de las ayudas económicas estatales recibidas, más los intereses legales producidos desde el momento de la percepción.

4. También podrá dejarse sin efecto la prohibición de transmitir o de ceder el uso de las viviendas, por cambio de localidad de residencia del titular de la vivienda, o cuando concurran otros motivos justificados, siempre que medie autorización de las Comunidades Autónomas o de las Ciudades de Ceuta y Melilla y se respeten los procedimientos establecidos por éstas. Igualmente, si se hubiera obtenido ayuda financiera, se requerirá la previa cancelación del préstamo y el reintegro de las ayudas económicas directas estatales recibidas a la Administración concedente, en su caso, más los intereses legales producidos desde el momento de la percepción.

5. La prohibición de transmitir o de ceder el uso de las viviendas podrá dejarse sin efecto cuando se trate de cualquiera de los siguientes supuestos:

Familias numerosas que necesiten adquirir una vivienda de mayor superficie por el incremento del número de miembros de su unidad familiar; u otra vivienda más adecuada a sus necesidades específicas, por discapacidad sobrevenida de uno de sus miembros.

Personas mayores de 65 años, que deseen trasladar su domicilio habitual y permanente.

Personas con discapacidad y las víctimas de la violencia de género o del terrorismo que deseen trasladarse a otro alojamiento más adecuado a sus necesidades específicas.

Aquellas personas que por sus circunstancias personales justificadas necesiten trasladar su domicilio habitual y permanente a otra vivienda de menores dimensiones.

En todos estos supuestos, si se hubieran obtenido ayudas financieras, sólo se requerirá la previa cancelación del préstamo.

[...]

**CAPITULO II**

Acceso de los ciudadanos a viviendas en arrendamiento

**Artículo 15.** Condiciones para obtener subvenciones a inquilinos.

1. Para obtener las subvenciones al alquiler, a las que se refiere el apartado 5 del artículo 4, tendrán prefe-

## LEGISLACIÓN

rencia las personas que formalicen un contrato de arrendamiento de vivienda, en los términos de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, y en quienes concurra alguna de las siguientes circunstancias:

Tener una edad no superior a 35 años.

Ser víctima de la violencia de género o del terrorismo. Familias numerosas y las constituidas por el padre o la madre y los hijos.

Personas con discapacidad reconocida oficialmente.

Pertener a un colectivo en situación o riesgo de exclusión social.

Estar inserto en otros grupos de protección preferente, según la normativa propia de las Comunidades Autónomas y de las Ciudades de Ceuta y Melilla.

En los supuestos anteriores, los eventuales beneficiarios habrán de tener unos ingresos familiares que no excedan de 2,5 veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples, y la renta anual que satisfagan ha de oscilar entre el 2 % y el 9 % del precio máximo a que se refiere el artículo 32.1.a para las viviendas protegidas para arrendamiento de renta básica. Los ingresos familiares anuales se referirán, en este caso, a los de todos los ocupantes de la vivienda con independencia de que exista entre los mismos relación de parentesco.

2. La superficie máxima computable para las viviendas será de 90 metros cuadrados de superficie útil y para el garaje y trastero, las previstas en el apartado 4 del artículo 19, aun cuando las superficies reales respectivas sean superiores.

3. Para la concesión de este tipo de ayudas será necesario que el solicitante presente el contrato de arrendamiento para su visado ante el órgano competente en materia de vivienda de las Comunidades Autónomas o de las Ciudades de Ceuta y Melilla, de acuerdo con los procedimientos que éstas establezcan.

[...]

### Capítulo III.

Acceso de los ciudadanos a viviendas en propiedad de nueva construcción y a viviendas usadas.

**Artículo 17.** Condiciones para acceder en propiedad a las viviendas protegidas y a las viviendas usadas.

1. Para acceder en propiedad a las viviendas protegidas para venta y a las usadas a las que se refiere el artículo 27, los beneficiarios han de disfrutar de unos ingresos familiares que correspondan a los siguientes baremos:

Que no excedan de 6,5 veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples si se trata de viviendas protegidas de precio concertado.

Que no excedan de 5,5 veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples si se trata de viviendas protegidas de precio general o de viviendas usadas.

Que no excedan de 2,5 veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples si se trata de viviendas protegidas de régimen especial.

2. Además de los ingresos a que se refiere el apartado anterior, las personas que deseen acceder en propiedad a las viviendas protegidas y a las viviendas usadas no pueden ser titulares del pleno dominio o de un derecho real de uso o de disfrute sobre otra vivienda sujeta a régimen de protección pública, salvo en caso de ocupación temporal de la vivienda por motivo de realojamientos bajo el control de organismos públicos, a que se refiere el artículo 13.1.

3. Quienes deseen acceder en propiedad a las viviendas protegidas y a las viviendas usadas tampoco pueden ser titulares de una vivienda libre, cuando su valor, determinado de acuerdo con la normativa del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, exceda del 40 % del precio máximo total de venta de la vivienda objeto de la actuación protegida. Este valor se elevará al 60 % en los siguientes supuestos:

Cuando se trate de familias numerosas y necesitaran adquirir una vivienda de mayor superficie por el incremento del número de miembros de su unidad familiar.

En el caso de personas mayores de 65 años, de las personas con discapacidad o de víctimas de la violencia de género o del terrorismo.

[...]

**Artículo 25.** Cuantía de la ayuda estatal directa a la entrada.

[...]

4. Si concurren en los solicitantes algunas de las circunstancias que a continuación se reseñan, la ayuda ascenderá a 7.900 euros si los ingresos del solicitante no exceden de 2,5 veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples; o a 4.900 euros si los ingresos del solicitante exceden de 2,5 veces el referido Indicador pero no lo superan en 3,5. Las circunstancias concurrentes pueden ser cualquiera de las siguientes:

Constituir una unidad familiar formada únicamente por el padre o la madre y los hijos.

Formar una unidad familiar en la que haya personas con discapacidad, en las condiciones establecidas en la legislación sobre el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

Constituir una unidad familiar que tenga a su cargo a alguna persona de más de 65 años o cuando el solicitante tenga esa misma edad.

Que entre sus integrantes haya víctimas de la violencia de género o del terrorismo, otros colectivos en situación o riesgo de exclusión social o que pertenezcan a otros grupos de protección preferente según la normativa propia de las Comunidades Autónomas o de las Ciudades de Ceuta y Melilla.

## LEGISLACIÓN

**COMENTARIO DEL REAL DECRETO 801/2005, DE 1 DE JULIO, POR EL QUE SE APRUEBA EL PLAN ESTATAL 2005-2008, PARA FAVORECER EL ACCESO DE LOS CIUDADANOS A LA VIVIENDA.**

La creación del Plan Estatal 2005-2008 obedece a la necesidad de regular la difícil situación económica que actualmente se está produciendo por el aumento de la oferta de viviendas, el enorme incremento sostenido de sus precios, el consiguiente desfase entre éstos y los salarios de los demandantes y la especulación. El mandato dirigido a los poderes públicos en el artículo 47 de la Constitución obliga a éstos a paliar estas consecuencias negativas e intervenir con medidas dirigidas a fomentar la falta de vivienda protegida asequible para los ciudadanos con menos recursos.

El sentido de este comentario y la importancia de este Plan para el caso que nos ocupa radica en que entre estos ciudadanos con menos recursos se incluyen ciertos colectivos especialmente desprotegidos, entre los que se encuentran las víctimas de la violencia de género. El Plan, aunque tiene un alcance universal, a igualdad de niveles de ingresos, facilita el acceso a una vivienda digna y, por tanto, a la independencia de este colectivo, con una serie de normas dispersadas a lo largo de todo su articulado, entre las que destacan las siguientes:

- En primer lugar las mujeres víctimas de la violencia de género, definidas por la LO 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, se considerarán beneficiarias preferentes de ayudas encaminadas a que puedan acceder a una vivienda. Estas ayudas serán tanto de tipo no financiero -entre las cuales se encuentran el establecimiento de precios máximos de venta y de adjudicación de las viviendas protegidas, la fijación de precios máximos de renta de las viviendas en alquiler o la facilitación para crear viviendas protegidas de nueva construcción- como de tipo financiero -préstamos convenidos o ayudas económicas estatales (subsidios de préstamos, subvenciones y ayudas)-. Estas ayudas estatales financieras directas deberán ser reintegradas antes de haber transcurrido los 5 primeros años del período de amortización de los préstamos convenidos.

- En segundo lugar, las viviendas objeto de regulación por este Real Decreto se encuentran sujetas a limitaciones y prohibiciones de disponer en el sentido de que deberán destinarse a residencia habitual y permanente del propietario o del inquilino, no pudiendo transmitirse ni cederse por ningún título (por ejemplo, a través de un contrato de compra-venta) duran-

te un plazo de 10 años. Esta prohibición queda exceptuada para el caso de que las adquirentes o cesionarias sean víctimas de la violencia de género.

- En tercer lugar, como actuación protegida, también podrán las mujeres víctimas de la violencia de género acceder de forma preferente a subvenciones económicas cuando sean inquilinas de viviendas arrendadas, siempre que formalicen sus contratos en los términos de la LAU de 1994 y que cumplan una serie de requisitos referidos a los ingresos familiares, la renta anual a pagar y la superficie máxima de la vivienda, en los términos del artículo 15.

- En cuarto lugar, se establece una limitación para el acceso a la propiedad de las viviendas reguladas (las protegidas y las usadas) cuando la persona que pretende adquirir su propiedad ya es propietaria anterior de una vivienda libre, siempre que su valor, determinado según la normativa del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, exceda del 40% del precio máximo total de venta de la vivienda regulada. La ventaja para las mujeres víctimas de la violencia de género es que esta restricción no se produce mientras el valor de la vivienda libre no supere el 60% de la cantidad antes indicada.

- Por último, el Plan ofrece la posibilidad de acogerse a una ayuda económica estatal destinada a facilitar el pago de la entrada correspondiente al precio de venta o adjudicación de una vivienda protegida siempre que se trate del primer acceso a una vivienda en propiedad, que los ingresos de los solicitantes no superen unos determinados indicadores, y que la cuantía del préstamo convenido no sea inferior al 60% del precio total de la vivienda. (art. 25). En el caso de que se trate de mujeres víctimas de la violencia de género la ayuda asciende a su importe máximo.

La enumeración de este tipo de medidas hace que este Real Decreto merezca la consideración de que cumple con el principio de transversalidad de género<sup>62</sup>. Este camino normativo, desde el punto de vista estatal, como antes se ha dicho, ya ha sido iniciado por la LO 2/2004 que, en su artículo 2, k), conceptúa la transversalidad como un principio general del derecho que, como tal, debería de estar presente e informar el contenido de toda la legislación, y que se puede extraer del artículo 9.2 de la Constitución, pero que quizás debería de tener una identidad propia e incorporarse, como otros principios generales del derecho, al propio texto constitucional, como concepto lo suficientemente importante que pretende la implementación de una nueva cultura que remueva los convencionalismos y los valores en los que se apoya

<sup>62</sup> Consistente, según María Luisa BALAGUER CALLEJÓN "en el entendimiento de que la situación de inferioridad de la mujer no se sitúa en un sector concreto de la actividad política, sino que la erradicación de la desigualdad de género exige que la política adopte soluciones de igualdad en todas y cada una de sus decisiones y normas". Cfr. "La transversalidad y la violencia de género", *Artículo 14. Una perspectiva de género*, número 18, Instituto Andaluz de la Mujer, Sevilla, 2005, p. 7.

## LEGISLACIÓN

un sistema social de dominio masculino y llegar así a una efectiva igualdad real entre hombres y mujeres, para lo que se hace necesario, según M. LUISA BALAGUER, “que la mujer se integre en todos y cada

uno de los sectores de la vida pública y privada”. (JUAN BOZA, Becario de Derecho Constitucional de la Universidad de Málaga).

## ORDEN DE 25 DE MAYO DE 2005, POR LA QUE SE DICTAN NORMAS PARA LA ELABORACIÓN DEL PRESUPUESTO DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA PARA EL AÑO 2006<sup>63</sup>.

[...]

La igualdad entre hombres y mujeres constituye el eje transversal de la cohesión social y el elemento fundamental para el incremento de la productividad de Andalucía. En este ámbito debe lograrse la plena incorporación de las mujeres en el mercado laboral y esto pasa por avanzar en las medidas de conciliación de la vida laboral y familiar de los andaluces.

Asimismo constituye otra prioridad la erradicación de la violencia de género.

[...]

### DISPONGO

1. Criterios de presupuestación.

1.1 Las prioridades en la asignación de recursos del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el ejercicio 2006 serán:

[...]

Los programas destinados a promover la igualdad entre hombres y mujeres, favoreciendo la igualdad de oportunidades y las medidas positivas para corregir las desigualdades que aún se dan por razón de género.

[...]

## ACUERDO DE 7 DE JUNIO DE 2005 DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA, PLAN DE INNOVACIÓN Y MODERNIZACIÓN, MEDIDAS TRANSVERSALES<sup>64</sup>.

PLAN DE INNOVACIÓN Y MODERNIZACIÓN DE ANDALUCÍA

[...]

2. VISION DE FUTURO PARA UNA ANDALUCÍA INNOVADORA

2.1 Filosofía y bases del Plan: Paradigmas.

[...]

2.1.1 Andalucía: un modelo económico y social sostenible basado en la generación de bienestar social, el respeto al medio ambiente y la igualdad de oportunidades.

El futuro de Andalucía tiene su razón de ser en el bienestar económico y social de todos los andaluces y andaluzas.

El contexto global de la nueva economía ha obligado a la Unión Europea a reorientar las estrategias de gobierno hacia un enfoque integrador, que responda a los retos del panorama internacional y europeo y sea capaz de impulsar y fortalecer las capacidades regionales.

[...]

4. ESTRATEGIAS Y POLITICAS DE ACTUACIÓN

POLÍTICA DE IGUALDAD DE OPORTUNIDADES DIGITALES (e-IGUALDAD)

La solidaridad, la igualdad de oportunidades y la inclusión social son metas fundamentales sobre las que se asienta la política social andaluza actual y representan, asimismo, bases inamovibles que el PIMA contribuye a sustentar.

<sup>63</sup> Publicada en el BOJA núm. 105, de 1 de junio de 2005. Se publica parcialmente.

<sup>64</sup> Publicado en el BOJA de 24 de junio de 2005. Se publica parcialmente.

## LEGISLACIÓN

Incidir en el principio de la igualdad de oportunidades en la Sociedad del Conocimiento, adquiere una mayor trascendencia por las dificultades de acceso a la Sociedad de la Información y la complejidad de los entornos y relaciones entre las personas y las instituciones.

El abordaje de una sociedad equitativa en un contexto tecnológico requiere intervenir con métodos de acción y reacción. Desde el punto de vista reactivo las políticas públicas, construidas sobre la Sociedad del Conocimiento, deben ir dirigidas a eliminar las desigualdades allí donde las hubiera y desde la óptica proactiva, el empeño es promover una innovación que no genere nuevas desigualdades y neutralice las existentes.

Por otra parte, la igualdad de oportunidades digitales debe minimizar las desventajas de aquellas personas que presentan dificultades para desenvolverse en su entorno tecnológico, compensar las complicaciones y las situaciones adversas y aportar más recursos y prestaciones a las personas que más lo necesitan.

Una sociedad que proclama el principio de igualdad de oportunidades entre sus valores, se construye sobre las bases de la solidaridad y la equidad, progresa de forma colectiva y asume un destino común sin exclusión, donde todas las personas son necesarias y son importantes.

En este sentido, la Tecnología de la Información y de las Comunicaciones están generando nuevos servicios que sobrepasan los obstáculos y barreras arraigadas en los modelos tradicionales de nuestra sociedad, superando trabas como la distancia geográfica y la movilidad, que dificultaban un desarrollo económico y social, y repartiendo equitativamente las oportunidades posibles para toda la ciudadanía en general.

Por tanto, debe actuarse para eliminar los riesgos de

que, en una sociedad dominada por las TIC, queden excluidos ciudadanos y ciudadanas que no se beneficien de las nuevas oportunidades nacidas de ellas, a causa de determinados factores que obstruyen la accesibilidad a la Sociedad del Conocimiento, y reducen las posibilidades de desarrollo económico y social de las que actualmente disfrutaban muchos países y ciudadanos y ciudadanas del Mundo.

El conjunto de medidas preventivas que incorpora el PIMA, trata de hacer desaparecer las situaciones de desigualdad que impiden el libre acceso a los servicios y prestaciones, y contrarrestar las desventajas que afrontan algunos colectivos para competir en igualdad de oportunidades con el resto de la ciudadanía. Son medidas activas, dirigidas a neutralizar posiciones de desventaja y acciones de promoción de cambios favorecedores hacia la igualdad de oportunidades en la Sociedad de la Información y que, básicamente, se relacionan con:

>> La vertebración territorial y la equidad en lo rural-urbano.

>> Las relaciones con la edad.

>> La existencia de dependencia.

>> La inmigración y los entornos desfavorecidos.

>> Los problemas de la igualdad de género.

[...]

A.2. Línea estratégica de igualdad socio-cultural

[...]

Objetivo 4: Potenciar el proceso de igualdad de género a través de las respuestas de la Tecnología de la Información y de las Comunicaciones.

Acciones:

Fomento del teletrabajo para la conciliación de la vida personal y laboral.

[...]

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (SALA PRIMERA) DE 9 DE DICIEMBRE DE 2004<sup>65</sup>. IGUALDAD DE RETRIBUCIÓN - PLAN SOCIAL - ASIGNACIÓN CONCEDIDA A LOS TRABAJADORES QUE HAYAN ALCANZADO UNA CIERTA EDAD EN EL MOMENTO DE SU DESPIDO - CONCESIÓN DE LA ASIGNACIÓN A PARTIR DE UNA EDAD DIFERENTE EN FUNCIÓN DEL SEXO DE LOS TRABAJADORES DESPIDIDOS –EDAD LEGAL DE JUBILACIÓN, DIFERENTE EN FUNCIÓN DEL SEXO.**

En el asunto C-19/02, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 234 CE, por el Oberster Gerichtshof (Austria), mediante resolución de 20 de diciembre de 2001, recibida en el Tribunal de Justicia el 29 de enero de 2002, en el procedimiento entre: Viktor Hlozek y Roche Austria Gesellschaft mbH,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Primera), integrado por el Sr. P. Jann, Presidente de Sala, y el Sr. A. Rosas (Ponente), la Sra. R. Silva de Lapuerta y los Sres. K. Lenaerts y S. von Bahr, Jueces; Abogado General: Sra. J. Kokott; Secretaria: Sra. M.-F. Contet, administradora principal; habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 12 de febrero de 2004; consideradas las observaciones presentadas: - en nombre del Sr. Hlozek, por los Sres. G. Teicht y G. Jöchl, Rechtsanwälte; - en nombre de Roche Austria Gesellschaft mbH, por el Sr. R. Schuster, Rechtsanwalt; - en nombre de la República de Austria, por la Sra. C. Pesendorfer y el Sr. G. Hesse, en calidad de agentes; - en nombre de la Comisión de las Comunidades Europeas, por el Sr. J. Sack y la Sra. N. Yerrel, en calidad de agentes; oídas las conclusiones del Abogado General, presentadas en audiencia pública el 1 de abril de 2004; dicta la siguiente Sentencia

1. La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación del artículo 141 CE y de la Directiva 75/117/CEE del Consejo, de 10 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos (DO L 45, p. 19; EE 05/02, p. 52), así como la interpretación de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo (DO L 39, p. 40; EE 05/02, p. 70), y de la Directiva 86/378/CEE del Consejo, de 24 de julio de 1986, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de seguridad social (DO L 225, p. 40), en su versión modificada por la Directiva 96/97/CE del Consejo, de 20 de diciembre de 1996 (DO 1997, L 46, p. 20).

2. Dicha petición se ha presentado en el marco de un litigio entre el Sr. Hlozek y Roche Austria Gesellschaft mbH (en lo sucesivo, «Roche»), en relación con la negativa de esta última a concederle el derecho a una asignación de transición que, según el acuerdo cele-

brado con ocasión de una reestructuración de empresa, debía abonarse a los trabajadores que hubiesen alcanzado una cierta edad en el momento de su despido. Marco jurídico Normativa comunitaria 3. El artículo 141 CE consagra el principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor.

4. Los artículos 136 CE a 143 CE sustituyeron a partir del 1 de marzo de 1999, fecha de entrada en vigor del Tratado de Amsterdam, a los artículos 117 a 120 del Tratado CE. El artículo 141 CE, apartados 1 y 2, párrafo primero, es sustancialmente idéntico al artículo 119, párrafos primero y segundo, del Tratado.

5. El artículo 1 de la Directiva 75/117 es del siguiente tenor: «El principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos que figura en el artículo 119 del Tratado, y que, en lo sucesivo, se denominará principio de igualdad de retribución, implica para un mismo trabajo o para un trabajo al que se atribuye un mismo valor, la eliminación, en el conjunto de los elementos y condiciones de retribución, de cualquier discriminación por razón de sexo. [...]»

6. La Directiva 76/207 tiene por objeto la aplicación, en los Estados miembros, del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, incluida la promoción, y a la formación profesional, así como a las condiciones de trabajo, incluidas las condiciones de despido, y, en las condiciones previstas en su artículo 1, apartado 2, a la seguridad social.

7. La Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social (DO L 6, p. 24; EE 05/02, p. 174), fue adoptada según lo previsto en el artículo 1, apartado 2, de la Directiva 76/207. Conforme a su artículo 3, apartado 1, letra a), la Directiva 79/7 se aplica a a los regímenes legales que aseguren una protección, en particular, contra los riesgos de vejez y desempleo.

8. La Directiva 86/378 tiene por objeto la aplicación del principio de igualdad de trato en los regímenes profesionales de seguridad social que aseguren la protección contra los riesgos previstos en el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 79/7, así como en los regímenes que prevean, para los trabajadores por cuenta ajena, cualquier otro tipo de gratificación en dinero o en especie a efectos del Tratado.

9. A tenor del artículo 2 de la Directiva 86/378, en su versión modificada por la Directiva 96/97, se consideran regímenes pro-

<sup>65</sup> Publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea C045, de 19 de febrero de 2005.

fesionales de seguridad social los regímenes no regulados por la Directiva 79/7 cuya finalidad sea proporcionar a los trabajadores, por cuenta ajena o autónomos, agrupados en el marco de una empresa o de un grupo de empresas, de una rama económica o de un sector profesional o interprofesional, prestaciones destinadas a completar las prestaciones de los regímenes legales de seguridad social o a sustituirlas, tanto si la adscripción a dichos regímenes es obligatoria como si es facultativa.

Normativa nacional

10. Según la exposición simplificada que contiene la resolución de remisión, se han de tomar en consideración, en especial, las siguientes normas nacionales.

11. Según el artículo 253 de la Allgemeines Sozialversicherungsgesetz (Ley general de seguridad social; BGBl. n.º 189/1955, en su versión publicada en el BGBl. n.º 33/2001; en lo sucesivo, «ASVG») los hombres que hayan alcanzado la edad de 65 años y las mujeres que hayan alcanzado la edad de 60 años tienen derecho a una pensión de jubilación. En la época de los hechos a que se refiere el procedimiento principal, los artículos 253a, 253b y 253c de la ASVG preveían además el derecho a percibir una pensión de jubilación anticipada, en particular en caso de desempleo, para los hombres de más de 60 años y las mujeres de más de 55 años. Posteriormente, esta edad mínima ha sido aumentada, pasando a ser, en la fecha de la resolución de remisión, de 61,5 años para los hombres y de 56,5 años para las mujeres.

12. El artículo 2, apartado 1, de la Bundesgesetz über die Gleichbehandlung von Frau und Mann im Arbeitsleben (Ley de igualdad de trato laboral entre mujeres y hombres; BGBl. n.º 108/1979, en su versión publicada en el BGBl. n.º 833/1992; en lo sucesivo, «Gleichbehandlungsgesetz») prohíbe toda discriminación directa o indirecta por razón de sexo. Esta prohibición se aplica, entre otras, a las discriminaciones en la celebración del contrato laboral (número 1), en la determinación de la retribución (número 2), en la concesión de prestaciones sociales distintas de la retribución (número 3), en la carrera profesional, en particular en los ascensos (número 5) y en la terminación de la relación laboral (número 7).

13. En virtud del artículo 97, apartado 1, número 4, de la Arbeitsverfassungsgesetz (Ley constitucional del trabajo; BGBl. n.º 22/1974, en su versión publicada en el BGBl. n.º 833/1992 y en el BGBl. n.º 502/1993; en lo sucesivo, «ArbVG»), el órgano electo del personal de la empresa puede obligar al propietario de ésta a celebrar un convenio de empresa sobre medidas destinadas a evitar, suprimir o atenuar las consecuencias de un cambio en la empresa en el sentido del artículo 109, apartado 1, números 1 a 6, de la ArbVG, si el cambio afecta gravemente a todos los trabajadores o a una parte importante del personal. Este convenio de empresa, denominado «plan social» («Sozialplan»), puede incluir cualquier medida destinada a compensar las consecuencias negativas del cambio en la empresa, como por ejemplo, indemnizaciones más elevadas en caso de despido a raíz de una reducción de la actividad o medidas de acompañamiento para los trabajadores despedidos, así como «asignaciones de transición» («Überbrückungsgelder»). Según el órgano jurisdiccional remitente, la Ley no delimita con precisión el contenido de un plan social de ese tipo.

14. A tenor del artículo 31 de la ArbVG, un convenio de empresa es directamente obligatorio en su ámbito de aplicación; así, tiene valor normativo para los trabajadores.

El plan social de 26 de febrero de 1998

15. Según la resolución de remisión, el plan social de 26 de febrero de 1998, que es objeto del procedimiento principal, tiene la naturaleza de un convenio de empresa en el sentido de las disposiciones pertinentes de la ArbVG.

16. El punto 7 de ese plan social trata sobre la indemnización de despido prevista para los trabajadores que, en el momento de terminar su relación de trabajo con la empresa, tengan menos de 55 años de edad en el caso de los hombres, y menos de 50 años de edad en el caso de las mujeres. El importe de esta indemnización se calcula en función de la antigüedad del trabajador en la empresa.

17. El punto 8 de dicho plan social es del tenor siguiente:

«8. Asignación de transición [Überbrückungszahlung]

8.1. Ámbito de aplicación

Tendrán derecho a la asignación de transición aquellos empleados que, en el momento de la extinción de la relación laboral, hayan cumplido 55 años de edad (en el caso de los hombres) o 50 años de edad (en el caso de las mujeres) y todavía no tengan derecho a una pensión con arreglo a la ASVG.

8.2. La asignación de transición comenzará a abonarse el mes siguiente a la extinción de la relación laboral y dejará de abonarse en el momento en que el trabajador pueda acogerse al derecho a una pensión con arreglo a la ASVG, si bien se abonará durante un máximo de cinco años desde la extinción de la relación laboral.

8.3. La cuantía de la asignación de transición ascenderá al 75 % (bruto) del último salario mensual bruto y se abonará catorce veces al año. Durante el período de transición el empleado no tendrá ninguna obligación laboral. Además, se concederá una indemnización voluntaria por despido. Esta indemnización se calculará tomando como base la duración del período de transición:

Hasta dos años: 1 mes de salario. Entre dos y cuatro años: 2 meses de salario. Más de cuatro años: 3 meses de salario. La indemnización voluntaria por despido se abonará de forma simultánea a la indemnización legal por despido.»

18. Por lo que respecta a los derechos relativos a la pensión de jubilación del régimen profesional concedida por la empresa, también se distingue según que los empleados estén incluidos en el punto 7 o en el punto 8 del plan social. Según el punto 12 de éste, los empleados que, en el momento de dejar la empresa, no cumplieren las condiciones para tener derecho a la asignación de transición establecida en el punto 8 del plan social, tendrán garantizado el rescate de sus derechos a pensión por su valor actuarial. En cambio, los empleados incluidos en el punto 8 del plan social tendrán garantizado el derecho a recibir la pensión de jubilación del régimen profesional, abonándoseles las prestaciones respectivas a partir del momento en que reciban una pensión con arreglo a la ASVG. El punto 12.2 del plan social precisa que el período de transición al que se refiere el punto 8 se computará íntegramente como período de actividad.

19. En la resolución de remisión, el Oberster Gerichtshof da algunas indicaciones sobre la aplicación práctica del punto 8 del plan

social. Cuando había que despedir a un trabajador que cumplía las condiciones previstas en dicho punto 8, la empresa celebraba con él un contrato después de rescindir el contrato de trabajo. El nuevo contrato era de duración determinada por un período máximo de cinco años o hasta que el empleado tuviese derecho a la pensión legal con arreglo a la ASVG. Durante ese período, el empleado de que se tratase recibía la asignación de transición, quedaba exento de manera irrevocable de cualquier obligación laboral y podía ejercer otra actividad remunerada.

20. La posibilidad de ejercer otra actividad remunerada a la vez que se percibía la asignación de transición se desprendía directamente del punto 4 del plan social, según el cual «[...] mientras estén exentos de cualquier obligación laboral, los trabajadores estarán autorizados a ocupar otro empleo y a conservar los derechos que les confiere el presente plan social».

Litigio principal y cuestiones prejudiciales

21. Roche se fusionó, con efectos a partir del 1 de julio de 1998, con la sociedad para la que trabajaba el Sr. Hložek desde el 1 de enero de 1982. En vista de esa fusión y con el fin de atenuar las consecuencias negativas para los trabajadores derivadas de las medidas de reestructuración de la empresa proyectadas en el marco de dicha fusión, el empresario y los delegados del personal elaboraron el plan social de 26 de febrero de 1998.

22. El 30 de junio de 1999 despidieron al Sr. Hložek en el contexto de la reestructuración empresarial que conllevó el cierre de la unidad de producción que él dirigía. Dado que el Sr. Hložek tenía 54 años en el momento en que se extinguió la relación laboral con Roche, le era aplicable el punto 7 y no el punto 8 del plan social. Aceptó la indemnización voluntaria por despido que le fue abonada con arreglo al punto 7 del plan social. Habida cuenta de su antigüedad en la empresa, el importe bruto de dicha indemnización se fijó en 1.845.000 ATS, es decir, 1.274.113,75 ATS netos. En una vista celebrada el 7 de diciembre de 1999, el Sr. Hložek declaró que había encontrado otro empleo, con una retribución comparable a la que percibía anteriormente.

23. Si el Sr. Hložek hubiese sido mujer, le hubiese sido aplicable el punto 8 del plan social. En este caso, habría recibido una indemnización voluntaria por despido de menor cantidad que la que se le abonó. No obstante, se le habrían aplicado las disposiciones relativas a la asignación de transición.

24. El Sr. Hložek estimó, por consiguiente, que había sido discriminado por ser hombre, razón que le condujo a solicitar ante el Arbeits- und Sozialgericht Wien (Austria) que se declarase su derecho, frente a Roche, a recibir la asignación de transición prevista en el plan social de 26 de febrero de 1998 hasta que perciba su pensión con arreglo a la ASVG. Con carácter subsidiario, solicitó que se declarase su derecho a recibir la asignación de transición durante los cinco años siguientes a la fecha de la extinción de su relación laboral con Roche y, con carácter subsidiario de segundo grado, por el período en el que no ejerció ninguna actividad profesional.

25. En apoyo de sus pretensiones, el Sr. Hložek sostiene, fundamentalmente, que el régimen relativo a la asignación de transición, tal como figura en el punto 8 del plan social de 26 de febrero

de 1998, es ilegal y nulo con arreglo tanto al Derecho interno como al Derecho comunitario, ya que prevé edades diferentes para los hombres (55 años) y para las mujeres (50 años). En su opinión, la disposición relativa a la menor de esas edades debe ser igualmente válida para los hombres y, habida cuenta de que tenía 54 años en el momento de su despido, tiene derecho a que se le conceda una asignación de transición.

26. Mediante resolución dictada el 17 de octubre de 2000, el Arbeits- und Sozialgericht Wien estimó la demanda del Sr. Hložek y declaró que tenía derecho, frente a Roche, a que se le concediese una asignación de transición hasta recibir su pensión con arreglo a la ASVG, pero sólo durante un período máximo de cinco años a partir del 30 de junio de 1999, fecha en que se extinguió su relación laboral. Estimó que, habida cuenta de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en particular de la sentencia de 17 de mayo de 1990, Barber (C262/88, Rec. p. I1889), habría que considerar que el régimen discutido vulnera el principio de igualdad de trato que figura en el artículo 141 CE, ya que establece condiciones de edad diferentes para conceder la asignación de transición a hombres y a mujeres. Según dicho órgano jurisdiccional, dado que el artículo 141 CE es obligatorio y directamente aplicable, las diferentes condiciones de edad son nulas y el derecho a una asignación de transición debe aplicarse tanto a los hombres como a las mujeres que hayan alcanzado la edad de 50 años en el momento en el que se extingue la relación laboral y que aún no tengan derecho a una pensión con arreglo a la ASVG.

27. El Oberlandesgericht Wien (Austria) confirmó en apelación aquella sentencia, por lo que Roche interpuso un recurso de casación ante el Oberster Gerichtshof. Roche se opone a que la asignación de transición de que se trata deba apreciarse a la luz del artículo 141 CE y niega que haya existido discriminación. Sostiene, en esencia, que se trata de determinar si la condición para tener derecho a la asignación de transición constituye una discriminación y que, conforme a la sentencia de 16 de febrero de 1982, dictada en el asunto Burton (19/81, Rec. p. 555), esta cuestión no debe apreciarse a la luz del artículo 141 CE sino de la Directiva 76/207. Según Roche, se puede modular el derecho a una prestación de esta naturaleza en función de las diferentes edades a las que el régimen legal de seguridad social comienza a abonar las prestaciones. Además, alega que, en la asignación de transición, la prestación laboral y la retribución no están asociadas y que, si la edad a la que se abonan las prestaciones fuese idéntica para hombres y mujeres, se discriminaría a las mujeres.

28. En la resolución de remisión, el Oberster Gerichtshof se refiere a las estadísticas para los años 1998 a 2000 elaboradas por el Arbeitsmarktservice Wien, relativas al reparto del número de desempleados en Austria en función del sexo y la edad. Señala que, según esas estadísticas, el número de desempleados en los tramos de edad inferiores a 49 años es relativamente constante e igual para los dos sexos. Sin embargo, en el tramo de edad de 50 a 54 años, el número de mujeres en desempleo es casi el doble con respecto al anterior tramo de edad. Además, en ese mismo segmento de edad, el número de mujeres desempleadas es claramente superior al número de hombres desempleados. En cambio, en el

## JURISPRUDENCIA • TJUE •

tramo de edad de 55 a 59 años, el número de hombres desempleados es mucho mayor que en el anterior tramo de edad; también es superior al número de mujeres desempleadas en este tramo de edad.

29. Según el órgano jurisdiccional remitente, esa situación podría tener su explicación en el hecho de que el riesgo de desempleo aumenta a medida que la persona, sea hombre o mujer, se aproxima a la edad legal de jubilación. Así, en el caso de las mujeres, cuya edad mínima para la obtención de una pensión legal de jubilación es inferior a la de los hombres, ese riesgo alcanza su punto máximo antes que en el caso de los hombres. Dicho órgano jurisdiccional señala que la demandada en el procedimiento principal sostiene que el plan social en cuestión persigue precisamente el objetivo de tener en cuenta el mayor riesgo de desempleo que corre el trabajador cuando se le despide en los cinco años anteriores a la jubilación.

30. El órgano jurisdiccional remitente precisa asimismo que la concesión de la asignación de transición, tal como se prevé en el plan social controvertido, no funda una relación laboral a efectos del artículo 2, apartado 1, número 1, de la Gleichbehandlungsgesetz ni constituye una promoción a efectos del artículo 2, apartado 1, número 3, de la misma Ley. Destaca que los trabajadores afectados no tienen que realizar una prestación laboral.

31. A juicio del órgano jurisdiccional remitente, dado que la asignación de transición no tiene como objetivo complementar un seguro o una pensión legal, tampoco constituye una pensión con arreglo a un régimen profesional de seguridad social. Afirma que no está vinculada a la duración de la relación laboral ni a los períodos de afiliación. En esencia, según la apreciación del órgano jurisdiccional remitente, se trata de conceder al trabajador, únicamente por su pertenencia al personal de la empresa y en virtud de la obligación de previsión social que tiene el empresario frente a él, una cobertura del riesgo de no encontrar un nuevo empleo cuando su relación laboral se extingue a una determinada edad a la que es muy difícil encontrarlo.

32. Habida cuenta de todo lo expuesto, el Oberster Gerichtshof decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las cuestiones prejudiciales siguientes:

«1) a) En un sistema en el que el empresario que despide a un grupo numeroso de trabajadores a raíz de una fusión con otra sociedad está obligado, en virtud de su obligación de previsión social frente a todos sus trabajadores, a acordar con el comité de empresa un plan social de carácter normativo para los trabajadores con objeto de mitigar las consecuencias de los despidos y, en particular, el riesgo de desempleo, que aumenta con la edad, el artículo 141 CE y el artículo 1 de la Directiva 75/117/CEE [...], ¿deben interpretarse en el sentido de que [...] se oponen a un plan social con arreglo al cual, independientemente del período de empleo, es decir, sin tener en cuenta períodos de carencia, todas las trabajadoras que, en el momento del despido, hayan cumplido 50 años de edad y todos los trabajadores que, en el momento del despido, hayan cumplido 55 años de edad tienen derecho, en razón únicamente de su edad y del distinto grado de riesgo de desempleo de larga duración que corren, globalmente considerados, los hom-

bres y las mujeres en función de la edad, a una asignación de transición que asciende al 75 % del último salario bruto mensual durante un período de cinco años, si bien como máximo hasta el momento en que causen derecho a la pensión legal de jubilación?

b) En particular, el concepto de retribución del artículo 141 CE y del artículo 1 de la Directiva, ¿debe interpretarse en el sentido de que, en el caso de las prestaciones que no dependen del trabajo realizado, sino únicamente de la pertenencia al colectivo de trabajadores y de la obligación de previsión social impuesta al empresario, comprende la cobertura del riesgo de desempleo de larga duración, de modo que la retribución debe considerarse igual si, globalmente considerada, cubre dicho riesgo en la misma medida, aun cuando normalmente dicho riesgo aparezca a edades diferentes en los hombres y en las mujeres?

c) ¿O bien, si el concepto de retribución que figura en dichas disposiciones comprende en realidad únicamente la prestación en metálico como tal, la diferencia en el nivel de riesgo así entendido puede justificar una diferencia de trato entre hombres y mujeres?

2) a) El concepto de regímenes profesionales de seguridad social en el sentido del artículo 2, apartado 1, de la Directiva 86/378/CEE [...], ¿debe interpretarse en el sentido de que también comprende las asignaciones de transición antes descritas?

b) El concepto de riesgo de vejez, incluido el caso de jubilaciones anticipadas del artículo 4 de dicha Directiva, ¿debe interpretarse en el sentido de que comprende también dichas asignaciones de transición?

c) El concepto de régimen que figura en el artículo 6, apartado 1, letra c), de dicha Directiva, ¿se refiere únicamente al cumplimiento de los requisitos para tener derecho a la asignación de transición, o también globalmente a la pertenencia a la plantilla de trabajadores?

3) a) La Directiva 76/207/CEE [...], ¿debe interpretarse en el sentido de que la asignación de transición que se ha descrito constituye una condición de despido en el sentido del artículo 5 de esta Directiva?

b) Dicha Directiva, ¿debe interpretarse en el sentido de que se opone a un plan social con arreglo al cual, independientemente del período de empleo, es decir, sin tener en cuenta períodos de carencia, todas las trabajadoras que, en el momento del despido, hayan cumplido 50 años de edad y todos los trabajadores que, en el momento del despido, hayan cumplido 55 años de edad tienen derecho, en razón únicamente de su edad y del distinto grado de riesgo de desempleo de larga duración que corren, globalmente considerados, los hombres y las mujeres en función de la edad, a una asignación de transición que asciende al 75 % del último salario bruto mensual durante un período de cinco años, si bien como máximo hasta el momento en que causen derecho a la pensión legal de jubilación?»

Sobre las cuestiones prejudiciales

Sobre la primera cuestión

33. En su primera cuestión, que se divide en tres partes [letras a) a c)], el órgano jurisdiccional remitente pregunta, fundamentalmente, si una asignación de transición como la controvertida en el procedimiento principal está incluida en el concepto de «retribución»

en el sentido del artículo 141 CE y del artículo 1 de la Directiva 75/117 y, de ser así, si estas disposiciones se oponen a que dicha asignación se conceda teniendo en cuenta el distinto riesgo de desempleo de larga duración evaluado a tanto alzado para los hombres y para las mujeres en función de la edad, o si, por el contrario, esta diferencia de riesgo puede justificar una diferencia de trato entre los trabajadores y las trabajadoras por lo que respecta a la edad a partir de la cual, en caso de despido, tienen derecho a que se les conceda dicha asignación.

Primera parte: calificación de la asignación

34. Por lo que se refiere a la primera parte de esta cuestión, en todas las observaciones presentadas ante el Tribunal de Justicia, salvo en las de Roche, se sostiene que una gratificación como la asignación de transición controvertida en el procedimiento principal es una «retribución» en el sentido del artículo 141 CE y del artículo 1 de la Directiva 75/117. Según Roche, no se trata de calificar la gratificación como tal, sino de saber si las condiciones para tener derecho a la asignación de transición son discriminatorias. Alega que esta materia entra en el ámbito de aplicación de la Directiva 76/207 y, al respecto, invoca la sentencia *Burton*, antes citada.

35. Según jurisprudencia reiterada sobre el artículo 119 del Tratado, el concepto de «retribución», en el sentido del artículo 141 CE y del artículo 1 de la Directiva 75/117, comprende todas las gratificaciones en dinero o en especie, actuales o futuras, siempre que sean satisfechas, aunque sea indirectamente, por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo. El hecho de que determinadas prestaciones sean pagadas una vez extinguida la relación de trabajo no excluye que puedan tener carácter de retribución, en el sentido de las disposiciones antes citadas (véanse, en particular, las sentencias *Barber*, antes citada, apartado 12, y de 9 de febrero de 1999, *Seymour-Smith y Pérez*, C167/97, Rec. p. I623, apartados 23 y 24).

36. Aunque en la sentencia *Burton*, antes citada, el Tribunal de Justicia declaró que la Directiva 76/207 se aplica a las condiciones de concesión de una indemnización por cese voluntario, pagada por un empresario a un trabajador que desea abandonar su empleo, la Comisión señala acertadamente que esta jurisprudencia no se ha reiterado en sentencias más recientes sobre las prestaciones abonadas tras el cese de la relación laboral.

37. En efecto, por lo que respecta a las indemnizaciones pagadas por el empresario al trabajador con ocasión de su despido, el Tribunal de Justicia ya declaró que éstas constituyen una forma de retribución diferida, a la que tiene derecho el trabajador en razón de su relación de trabajo, pero que le es pagada en el momento de cesar su relación de trabajo, con el fin de facilitar su adaptación a las nuevas circunstancias resultantes de la pérdida de su empleo (véanse las sentencias *Barber*, antes citada, apartado 13; de 27 de junio de 1990, *Kowalska*, C33/89, Rec. p. I2591, apartado 10, así como *Seymour-Smith y Pérez*, antes citada, apartado 25).

38. En el presente asunto procede señalar que la asignación de transición halla su origen en el plan social de 26 de febrero de 1998, que es el resultado de una negociación entre interlocutores sociales y a la que la empresa está obligada en razón de la relación

de trabajo que existía entre ella y algunos trabajadores despedidos en el marco de la operación de reestructuración a la que se refiere dicho plan. El punto 8.3 de ese plan, según el cual la base de cálculo de la cuantía de la asignación de transición es el último salario mensual bruto, confirma que la asignación de transición constituye una gratificación concedida en relación con el empleo de los trabajadores afectados.

39. No se discute que el plan social antes mencionado se elaboró para atenuar las consecuencias sociales de una operación de reestructuración de la empresa. Así, reserva el derecho a la asignación de transición a los trabajadores en edad próxima a la edad legal de jubilación en el momento de su despido y prevé que se les abone dicha asignación de manera periódica durante un máximo de cinco años, sin que estén obligados a trabajar. Pues bien, entre las percepciones económicas calificadas de retribución figuran precisamente las pagadas por el empresario en razón de la existencia de relaciones laborales por cuenta ajena y con el objeto de garantizar una fuente de ingresos a los trabajadores, aun cuando no ejerzan, en casos específicos, ninguna de las actividades previstas por el contrato de trabajo (véase, en este sentido, la sentencia de 16 de septiembre de 1999, *Abdoulaye y otros*, C218/98, Rec. p. I5723, apartado 13 y la jurisprudencia citada). Por otra parte, el carácter de retribución de esas percepciones no puede ser puesto en duda sólo porque pueda considerarse que responde también a consideraciones de política social (sentencias de 17 de febrero de 1993, *Comisión/Bélgica*, C173/91, Rec. p. I673, apartado 21, y de 28 de septiembre de 1994, *Beune*, C7/93, Rec. p. I4471, apartado 45).

40. En consecuencia procede declarar que la asignación laboral controvertida en el procedimiento principal está incluida en el concepto de «retribución» en el sentido del artículo 141 CE y del artículo 1 de la Directiva 75/117.

Partes segunda y tercera: existencia de una discriminación por razón de sexo

41. Conviene examinar a la vez las partes segunda y tercera de la primera cuestión prejudicial. En ellas se pregunta si, en las circunstancias del procedimiento principal, constituye una discriminación prohibida por el artículo 141 CE y por el artículo 1 de la Directiva 75/117, la diferencia de trato entre trabajadores y trabajadoras prevista en el plan social de 26 de febrero de 1998, por lo que respecta a la edad a la que se causa derecho a una asignación de transición.

42. El principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras por un mismo trabajo, tal como se recoge en el artículo 141 CE y se precisa en el artículo 1 de la Directiva 75/117, se opone, en particular, a la aplicación de disposiciones que establezcan discriminaciones basadas directamente en el sexo.

43. Por lo que respecta al artículo 141 CE, es preciso recordar que, dado su carácter vinculante, la prohibición de discriminación entre trabajadores y trabajadoras se impone no solamente respecto a las actuaciones de las autoridades públicas, sino que se extiende también a todos los convenios colectivos relativos al trabajo por cuenta ajena (véanse las sentencias de 8 de abril de 1976, *Defrenne*, 43/75, Rec. p. 455, apartado 39; *Kowalska*, antes citada, apartado 12, y de 18 de noviembre de 2004, *Sass*, C284/02, Rec. p.

I0000, apartado 25).

44. No obstante, conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el principio de igualdad de retribución, al igual que el principio general de no discriminación del que constituye una expresión particular, lleva implícito que los trabajadores y las trabajadoras a los que se aplica deben encontrarse en una situación idéntica o comparable (véanse las sentencias de 9 de noviembre de 1993, Roberts, denominada «Birds Eye Walls», C132/92, Rec. p. I5579, apartado 17; de 13 de febrero de 1996, Gillespie y otros, C342/93, Rec. p. I475, apartados 16 a 18; Abdoulaye y otros, antes citada, apartado 16, y de 13 de diciembre de 2001, Mouflin, C206/00, Rec. p. I10201, apartado 28).

45. En el presente asunto, no se discute que las disposiciones del plan social de 26 de febrero de 1998 prevén una diferencia de trato entre los trabajadores basada directamente en el sexo, puesto que fija la edad para tener derecho a la asignación de transición en 55 años para los hombres y en 50 años para las mujeres. No obstante, según Roche y la República de Austria, esas disposiciones no tienen por objeto ni por efecto discriminar a los trabajadores. Sostienen, básicamente, que los hombres despedidos a una edad comprendida entre 50 y 54 años no se encuentran en una situación idéntica o comparable a la de las trabajadoras del mismo tramo de edad. Por consiguiente, estiman contrario al principio de igualdad de trato que se aplique la misma regla a situaciones objetivamente diferentes.

46. A este respecto, se ha de señalar que el plan social de 26 de febrero de 1998, adoptado con arreglo a lo dispuesto en la ArbVG, fue celebrado por la empresa y los representantes electos de su personal para atenuar las consecuencias sociales del despido de un gran número de trabajadores en el marco de una operación de fusión con otra sociedad. Precisamente en ese contexto, el plan social prevé una asignación de transición que se concede exclusivamente a los trabajadores de una edad relativamente avanzada en el momento de su despido, de modo que tiene en cuenta el riesgo creciente de desempleo de larga duración al que quedan expuestos normalmente esos trabajadores.

47. Es cierto que el riesgo real de desempleo que corre cada trabajador no depende únicamente de factores como la edad y el sexo, sino también, como alega el Sr. Hložek, de otros factores propios a cada uno, como su cualificación y movilidad profesional. No obstante, no es menos cierto que, según la experiencia comunmente admitida en la época de la reestructuración de la empresa, los interlocutores sociales podían estimar legítimamente que los trabajadores que se acercaban a la edad legal de jubilación constituían, en vista de la gravedad del riesgo de no encontrar un nuevo empleo, una categoría diferente de la que agruparía a los demás trabajadores. Esta apreciación explica el hecho de que, para la concesión de la asignación de transición, el plan social estableciese una diferencia de trato directamente basada en la edad de los trabajadores en el momento de su despido.

48. Dado que, en la época en que se celebró el plan social, las mujeres tenían derecho a una pensión de jubilación anticipada abonada por el régimen legal a partir de la edad de 55 años, mientras que los hombres no tenían derecho a esa pensión hasta la edad de

60 años, los interlocutores sociales estimaron que, para asegurar la igualdad de trato de todos los trabajadores, era necesario que las trabajadoras pudieran tener derecho a la asignación de transición a partir de una edad inferior en cinco años a la fijada para sus colegas varones. Esta disposición del plan social no tenía por objeto ni por efecto establecer una discriminación contra los hombres que trabajaban en la empresa. En efecto, los hombres que, como el Sr. Hložek, se hallaban en el tramo de edades comprendido entre 50 y 54 años en el momento de su despido, estaban más lejos de la edad legal de jubilación anticipada y, por tanto, no se encontraban en una situación idéntica a la de las trabajadoras incluidas en ese mismo tramo de edad, habida cuenta de la gravedad del riesgo de desempleo al que aquellos estaban expuestos.

49. Por lo tanto, procede declarar que, al establecer edades diferentes entre los trabajadores y las trabajadoras para tener derecho a la asignación de transición, el plan social estableció un mecanismo neutro, lo que confirma la inexistencia de cualquier elemento discriminatorio (sentencia Birds Eye Walls, antes citada, apartado 23).

50. Además, es preciso subrayar que las disposiciones del plan social de 26 de febrero de 1998 relativas a la concesión de una asignación de transición no están destinadas a ser aplicadas de manera general ni durante un período indefinido. Estas disposiciones fueron convenidas por los interlocutores sociales en vista de una única operación de reestructuración de empresa y el abono de todas las asignaciones de transición concedidas a los trabajadores despedidos en el marco de esa operación finaliza como máximo cinco años después de su despido. Por consiguiente, en contra del argumento expuesto por la Comisión, no hay que temer que la aplicación del plan social tenga por efecto reforzar o perpetuar las disposiciones del régimen legal austriaco que establecen una diferencia de trato entre hombres y mujeres por lo que respecta a la edad a la que se causa derecho a una pensión de jubilación, aun cuando exista un estrecho vínculo entre las disposiciones del plan social y las del régimen legal.

51. En consecuencia, procede responder a la primera cuestión que una asignación de transición como la controvertida en el procedimiento principal está incluido en el concepto de «retribución» en el sentido del artículo 141 CE y del artículo 1 de la Directiva 75/117. En circunstancias como las del procedimiento principal, estas disposiciones no se oponen a la aplicación de un plan social que prevé una diferencia de trato entre trabajadores y trabajadoras por lo que respecta a la edad a la que causan derecho a una asignación de transición, puesto que esos trabajadores y trabajadoras se hallan, en virtud del régimen legal nacional de pensiones de jubilación anticipada, en situaciones diferentes en vista de los elementos pertinentes para conceder dicha asignación.

Sobre las cuestiones segunda y tercera

52. Mediante su segunda cuestión el órgano jurisdiccional remitente pregunta, básicamente, si la asignación de transición controvertida en el procedimiento principal está incluida en el concepto de «régimen profesional de seguridad social» en el sentido de la Directiva 86/378. Con su tercera cuestión, que se divide en dos partes, desea saber si dicha asignación de transición constituye una «condición de despido» en el sentido del artículo 5 de la

## JURISPRUDENCIA • TJUE •

Directiva 76/207 y, de ser así, si esta Directiva se opone a que tal asignación se conceda con arreglo a normas como las establecidas en el plan social controvertido en el procedimiento principal.

53. En vista de la respuesta dada a la primera cuestión, según la cual la asignación de transición está incluida en el concepto de «retribución» en el sentido del artículo 141 CE, la interpretación de las Directivas 86/378 y 76/207 carece de pertinencia para la solución del litigio principal. En estas circunstancias, no procede responder a las cuestiones prejudiciales segunda y tercera.

Costas

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

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Primera) declara: Una asignación de transición como la controvertida en el procedimiento principal está incluida en el concepto de «retribución» en el sentido del artículo 141 CE y del artículo 1 de la Directiva 75/117/CEE del Consejo, de 10 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos. En circunstancias como las del procedimiento principal, estas disposiciones no se oponen a la aplicación de un plan social que prevé una diferencia de trato entre trabajadores y trabajadoras por lo que respecta a la edad a la que causan derecho a una asignación de transición, puesto que esos trabajadores y trabajadoras se hallan, en virtud del régimen legal nacional de pensiones de jubilación anticipada, en situaciones diferentes en relación con los elementos pertinentes para conceder dicha asignación.

COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS DE 9 DE DICIEMBRE DE 2004. IGUALDAD DE RETRIBUCIÓN DE TRABAJADORES Y TRABAJADORAS. CONCEPTO DE RETRIBUCIÓN Y DISTINCIÓN CON EL DE TRATO. DISCRIMINACIÓN INDIRECTA.

La sentencia comentada tiene como trasfondo la interpretación del artículo 141 de la CE, sustancialmente idéntico al actual artículo 119, párrafos primero y segundo del Tratado de Amsterdam, Tratado que sustituyó los antiguos artículos 136 a 143 de la CE por los artículos 117 a 120; asimismo el pronunciamiento judicial resuelve acerca de una decisión prejudicial planteada sobre la interpretación de ciertos textos comunitarios; en concreto, sobre la Directiva 75/117/CEE del Consejo referida a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos; la Directiva 76/207/CEE del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre los hombres y las mujeres en lo que se refiere al empleo, a la formación y la promoción profesional y a las condiciones de trabajo y finalmente sobre

la Directiva 86/378/CEE del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de seguridad social en su versión modificada por la Directiva 96/97/CE del Consejo.

La cuestión litigiosa se suscita cuando un trabajador de la sociedad con la que se había fusionado la empresa Roche estimó que había sido objeto de discriminación por su condición masculina frente a las retribuciones que hubieran podido corresponderle de haber sido mujer en el momento de la extinción de su relación laboral.

En concreto, el punto 7 del plan social elaborado por el empresario y los delegados del personal de la empresa establecía una indemnización por despido para los trabajadores que, en el momento de terminar su relación de trabajo tuviesen menos de 55 años en el caso de los hombres y menos de 50 años de edad en el caso de las mujeres. El demandante en cuestión en el momento de su despido por reestructuración empresarial contaba con 54 años, requisito objetivo que le hacía beneficiario de una indemnización por despido, pero le privaba de la asignación de transición reconocida en el punto 8 del mencionado plan a la que tenían acceso los empleados que en el momento de la extinción de la relación laboral hubiesen cumplido 55 años de edad en el caso de los hombres o 50 años en el caso de las mujeres y que todavía no tuviesen derecho a una pensión con arreglo a la ASVG (Ley de Seguridad Social de Austria).

Las retribuciones mencionadas, es decir, tanto la referente a la indemnización por despido como la asignación de transición, están incluidas dentro del ámbito de aplicación del artículo 141, actual 119 del Tratado y, por tanto, en la prohibición de discriminación que dicho artículo establece, así como en el artículo 1 de la Directiva 75/117/CEE que lo desarrolla, quedando al margen de la Directiva 76/207 referida al principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en la vida profesional. El concepto de retribución, con arreglo al artículo 199 del Tratado comprende el salario o -como mínimo- el “sueldo normal de base” y “cualesquiera otras gratificaciones satisfechas, directa o indirectamente, en dinero o en especie, por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo”. Carácter decisivo para determinar este concepto es el hecho de que la asignación se abona al trabajador por razón de la relación de trabajo entre el interesado y su antiguo empresario, es decir, el criterio del empleo extraído del propio tenor del artículo 119: “El hecho de que determinadas prestaciones sean pagadas una vez extinguida la relación de trabajo no excluye que puedan tener carácter de retribución a efectos del artículo 119 del Tratado. En especial, la indemnización que paga el empresario al trabajador con motivo de su despido por causas económicas constituye una forma de retribución diferida, a la que el trabajador tiene derecho en función de su relación de trabajo, pero que se le paga al cesar ésta con el fin de facilitar su adaptación a las nuevas circunstancias resultantes de ello”.

## JURISPRUDENCIA • TJUE •

Por el contrario, el concepto de trato se refiere a “las condiciones de empleo en sentido amplio, incluida la Seguridad Social, tales como el acceso al empleo, a la formación y a la promoción empresarial, y a las condiciones laborales”, concepto que quedaría dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 76/207.

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre qué debe entenderse por retribución a estos efectos. Se incluye dentro de tal concepto, sin que, por tanto, suponga una violación del principio de igualdad de retribución, entre otros:

-La asignación a tanto alzado reservada única a las trabajadoras que inician su permiso de maternidad, siempre que dicha asignación esté destinada a compensar las desventajas profesionales que la interrupción del trabajo supone para ellas. En tal caso los trabajadores de uno y otro sexo se encuentran en una situación diferente, lo que excluye la violación de dicho principio.

-La indemnización concedida por despido improcedente al ser conceptuada como una compensación por el lucro cesante correspondiente al salario y a otras gratificaciones asociadas al empleo. Esta indemnización se paga al trabajador por razón del puesto de trabajo que ha ocupado y que seguiría ocupando si no se hubiera producido el despido improcedente.

-El derecho a las prestaciones abonadas por un Plan de Pensiones de Empresas, así como el derecho a participar en dicha Plan.

-Las pensiones abonadas en virtud de un régimen como el régimen francés de jubilación de los funcionarios.

La diferencia de edad en cuanto requisito objetivo para tener acceso a las retribuciones reconocidas por el plan social de 26 de febrero de 1998, según la condición masculina o femenina del sujeto se sustenta en la estadística elaborada para los años 1998 a 2000 por el Arbeitsmarketservice Wien relativa al número de empleados en Austria en función del sexo y la edad. Según esta estadística el número de desempleados en los tramos de edad inferiores a 49 años es relativamente constante e igual para los dos sexos. Sin embargo, en el tramo de edad de 50 a 54 años, el número de mujeres en desempleo es casi el doble con respecto al anterior tramo de edad. En ese mismo segmento de edad, el número de mujeres desempleadas es claramente superior al número de hombres desempleados. En cambio, en el tramo de edad de 55 a 59 años, el número de hombres desempleados es mucho mayor que en el anterior tramo de edad.

Con estos datos estadísticos ¿se puede hablar de discriminación indirecta para los hombres como alegan los demandantes? Según jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, “una discriminación consiste en la aplicación de normas distintas a situaciones comparables o en la aplicación de las mismas normas a situaciones diferentes “. La jurisprudencia relativa a los criterios y a la prueba de la discriminación indirecta se inauguró con la sentencia Jenkins y desde entonces se ha reiterado. En la citada sentencia se interpreta el artículo 119 del Tratado con ocasión del observado trato desfavorable en el plano retributivo dispensado a los trabajadores a tiempo parcial (principalmente mujeres) frente a los trabajadores en jornada completa (principalmente hombres). “Existe discriminación indirecta cuando la aplicación de una medida nacional, aunque formulada de manera neutra, perjudique a un número muy superior de mujeres que de hombres (sin embargo, resulta paradójico que en la sentencia comentada es el trabajador masculino el que alega la discriminación indirecta por considerar el trato favorable que recibe la trabajadora femenina quien tiene derecho a una asignación de transición con menor edad que el trabajador masculino independientemente de la duración del contrato de trabajo)”. En el caso de medidas con un efecto aparentemente neutro resulta difícil comprobar la eventual discriminación así como la prueba de la misma por parte de los afectados. Por esta razón el Tribunal de Justicia ha elaborado en su jurisprudencia determinados criterios relativos a la detección de la discriminación y al reparto de la carga de la prueba. Como ha señalado el propio Tribunal la identificación de las discriminaciones indirectas o encubiertas “implica estudios comparativos referentes a sectores industriales enteros y exige, en consecuencia, la determinación previa de criterios de evaluación por parte de los órganos legislativos, comunitarios o nacionales. Tras el análisis del estudio estadístico elaborado por el Arbeitsmarketservice Wien observamos que la diferencia de edad como requisito objetivo para obtener la asignación de transición reconocida por el plan social de 26 de febrero de 1998 está justificada por factores objetivos y ajenos a toda discriminación por razón de sexo. De haber concurrido discriminación indirecta se excluiría la disposición viciada y se procedería al restablecimiento de la igualdad vulnerada, mediante la concesión al grupo perjudicado por la discriminación del derecho concedido al grupo favorecido. (María Soledad DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO. Ayudante Doctor. Derecho Civil. Universidad de Málaga).

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (GRAN SALA), DE 1 DE FEBRERO DE 2005. INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES QUE LE INCUMBEN EN VIRTUD DE LOS ARTÍCULOS 2 Y 3 DE LA DIRECTIVA 76/207/CEE DEL CONSEJO, DE 9 DE FEBRERO DE 1976. INCUMPLIMIENTO POR PROHIBICIÓN DEL EMPLEO A MUJERES PARA TRABAJOS DE BUCEO, SUBTERRÁNEOS EN EL SECTOR MINERO Y EN MEDIO HIPERBÁRICO.**

[...]

1. En su recurso, la Comisión de las Comunidades Europeas solicita al Tribunal de Justicia que declare que la República de Austria ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 2 y 3 de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo (DO L 39, p. 40; EE 05/02, p. 70), así como en virtud de los artículos 10 CE y 249 CE, al haber mantenido, infringiendo lo dispuesto en dicha Directiva:

En el artículo 2 del *Verordnung des Bundesministers für Wirtschaft und Arbeit über Beschäftigungsverbote und -beschränkungen für Arbeitnehmerinnen* (Decreto del Ministro Federal de Economía y Trabajo relativo a las prohibiciones y restricciones al empleo de trabajadoras), de 4 de octubre de 2001 (BGBl. II, 356/2001; en lo sucesivo, "Decreto de 2001"), la prohibición general del empleo de mujeres, salvo un número limitado de excepciones, en el sector de la industria minera subterránea.

En los artículos 8 y 31 del *Druckluft- und Taucherarbeiten-Verordnung* (Decreto relativo a los trabajos en medio hiperbárico y trabajos de buceo), de 25 de julio de 1973 (BGBl. 501/1973; en lo sucesivo, "Decreto de 1973"), la prohibición general del empleo de mujeres para este tipo de trabajos.

Asimismo, la Comisión solicita que se condene a la República de Austria al pago de las costas.

2. La República de Austria solicita al Tribunal de Justicia que:

Declare la inadmisibilidad del recurso por lo que respecta al Decreto de 2001.

Condene en costas a la Comisión.

Subsidiariamente, para el supuesto de que el Tribunal de Justicia considere admisible el recurso, la República de Austria solicita que:

Desestime el recurso.

Condene en costas a la Comisión.

Marco jurídico

Derecho internacional

3. El artículo 2 del Convenio n.º 45 de la Organización Internacional del Trabajo (en lo sucesivo, "OIT"), de 21 de junio de 1935, relativo al empleo de las mujeres en los trabajos subterráneos de toda clase de minas, ratificado por la República de Austria en 1937, establece lo siguiente:

"En los trabajos subterráneos de las minas no podrá estar empleada ninguna persona de sexo femenino, sea cual fuere su edad."

4. Según el tenor del artículo 3 de dicho Convenio:

"La legislación nacional podrá exceptuar de esta prohibición:

a) a las mujeres que ocupen un cargo de dirección y no realicen un trabajo manual;

b) a las mujeres empleadas en servicios de sanidad y en servicios sociales;

c) a las mujeres que, durante sus estudios, realicen prácticas en la parte subterránea de una mina, a los efectos de la formación profesional;

d) a cualquier otra mujer que ocasionalmente tenga que bajar a la parte subterránea de una mina, en el ejercicio de una profesión que no sea de carácter manual."

5. El artículo 7 de dicho Convenio establece:

"1. Todo Miembro que haya ratificado este Convenio podrá denunciarlo a la expiración de un período de diez años, a partir de la fecha en que se haya puesto inicialmente en vigor, mediante un acta comunicada, para su registro, al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo. La denuncia no surtirá efecto hasta un año después de la fecha en que se haya registrado.

2. Todo Miembro que haya ratificado este Convenio y que, en el plazo de un año después de la expiración del período de diez años mencionado en el párrafo precedente, no haga uso del derecho de denuncia previsto en este artículo quedará obligado durante un nuevo período de diez años, y en lo sucesivo podrá denunciar este Convenio a la expiración de cada período de diez años, en las condiciones previstas en este artículo."

6. El Convenio n.º 45 de la OIT entró en vigor el 30 de mayo de 1937.

7. El Convenio n.º 176 de la OIT, de 22 de junio de 1995, sobre seguridad y salud en las minas, no se refiere únicamente a los hombres, sino que establece normas en materia de seguridad y salud con independencia del sexo del trabajador.

8. La República de Austria ratificó este Convenio el 26 de mayo de 1999, pero no ha denunciado el Convenio n.º 45 de la OIT.

Derecho comunitario

9. El artículo 307 CE, párrafos primero y segundo, dispone:

"Las disposiciones del presente Tratado no afectarán a los derechos y obligaciones que resulten de convenios celebrados, con anterioridad al 1 de enero de 1958 o, para los Estados que se hayan adherido, con anterioridad a la fecha de su adhesión, entre uno o varios Estados miembros, por una parte, y uno o varios terceros Estados, por otra.

En la medida en que tales convenios sean incompatibles con el presente Tratado, el Estado o los Estados miembros de que se trate recurrirán a todos los medios apropiados para eliminar las incompatibilidades que se hayan observado. En caso necesario,

## JURISPRUDENCIA • TJUE •

los Estados miembros se prestarán ayuda mutua para lograr tal finalidad y adoptarán, en su caso, una postura común.”

10. El artículo 2, apartados 1 a 3, de la Directiva 76/207 establece:

“1. El principio de igualdad de trato en el sentido de las disposiciones siguientes, supone la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, bien sea directa o indirectamente, en lo que se refiere, en particular, al estado matrimonial o familiar.

2. La presente Directiva no obstará la facultad que tienen los Estados miembros de excluir de su ámbito de aplicación las actividades profesionales y, llegado el caso, las formaciones que a ellas conduzcan, para las cuales, el sexo constituye una condición determinante en razón de su naturaleza o de las condiciones de su ejercicio.

3. La presente Directiva no obstará las disposiciones relativas a la protección de la mujer, especialmente en lo que se refiere al embarazo y a la maternidad.”

11. Según el tenor del artículo 3 de dicha Directiva:

“1. La aplicación del principio de igualdad de trato supone la ausencia de toda discriminación por razón de sexo en las condiciones de acceso, incluidos los criterios de selección, a los empleos o puestos de trabajo, cualquiera que sea el sector o la rama de actividad y a todos los niveles de la jerarquía profesional.

2. Para ello los Estados miembros tomarán las medidas necesarias a fin de que:

a) se supriman las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas contrarias al principio de igualdad de trato; [...].”

12. El artículo 2 de la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (Décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE) (DO L 348, p. 1), dispone: “Definiciones

A efectos de la presente Directiva se entenderá por:

a) trabajadora embarazada: cualquier trabajadora embarazada que comunique su estado al empresario, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales;

b) trabajadora que ha dado a luz: cualquier trabajadora que haya dado a luz en el sentido de las legislaciones y/o prácticas nacionales, que comunique su estado al empresario, con arreglo a dichas legislaciones y/o prácticas nacionales;

c) trabajadora en período de lactancia: cualquier trabajadora en período de lactancia en el sentido de las legislaciones y/o prácticas nacionales, que comunique su estado al empresario, con arreglo a dichas legislaciones y/o prácticas nacionales.”

13. El artículo 4 de dicha Directiva establece:

“Evaluación e información

1. Para cualquier actividad que pueda presentar un riesgo específico de exposición a alguno de los agentes, procedimientos o condiciones de trabajo cuya lista no exhaustiva figura en el Anexo I, el empresario, directamente o por medio de los servicios de protección y prevención mencionados en el artículo 7 de la Directiva 89/391/CEE, deberá determinar la naturaleza, el grado y la dura-

ción de la exposición en las empresas o el establecimiento de que se trate, de las trabajadoras a que hace referencia el artículo 2, para poder:

apreciar cualquier riesgo para la seguridad o la salud, así como cualquier repercusión sobre el embarazo o la lactancia de las trabajadoras a que se refiere el artículo 2;

determinar las medidas que deberán adoptarse.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 10 de la Directiva 89/391/CEE, en la empresa o establecimiento de que se trate, se comunicará a todas las trabajadoras a que se refiere el artículo 2, y a las trabajadoras que puedan encontrarse en una de las situaciones citadas en el artículo 2, y/o a sus representantes, los resultados de la evaluación contemplada en el apartado 1 y todas las medidas relativas a la seguridad y la salud en el trabajo.”

14. Según el tenor del artículo 5 de la Directiva 92/85:

“Consecuencias de los resultados de la evaluación

1. Sin perjuicio del artículo 6 de la Directiva 89/391/CEE, si los resultados de la evaluación mencionada en el apartado 1 del artículo 4 revelan un riesgo para la seguridad o la salud, así como alguna repercusión en el embarazo o la lactancia de una trabajadora a que se refiere el artículo 2, el empresario tomará las medidas necesarias para evitar, mediante una adaptación provisional de las condiciones de trabajo y/o del tiempo de trabajo de la trabajadora afectada, que esta trabajadora se vea expuesta a dicho riesgo.

2. Si la adaptación de las condiciones de trabajo y/o del tiempo de trabajo no resulta técnica y/u objetivamente posible o no puede razonablemente exigirse por motivos debidamente justificados, el empresario tomará las medidas necesarias para garantizar un cambio de puesto de trabajo a la trabajadora afectada.

3. Si dicho cambio de puesto no resulta técnica y/u objetivamente posible o no puede razonablemente exigirse por motivos debidamente justificados, la trabajadora afectada estará dispensada de trabajo, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales, durante todo el período necesario para la protección de su seguridad o de su salud.

4. En caso de que una trabajadora estuviera desempeñando una actividad prohibida según el artículo 6 y quedara embarazada o empezara el período de lactancia e informara de ello al empresario, se aplicarán las disposiciones del presente artículo mutatis mutandis.”

15. El artículo 6 de la Directiva 92/85 tiene el siguiente tenor:

“Prohibiciones de exposición

Además de las disposiciones generales relativas a la protección de los trabajadores y, en particular, las relativas a los valores límite de exposición profesional:

1) la trabajadora embarazada a que se refiere la letra a) del artículo 2 no podrá verse obligada, en ningún caso, a realizar actividades que de acuerdo con la evaluación supongan el riesgo de una exposición a los agentes y condiciones de trabajo enumerados en el Anexo II, sección A, que ponga en peligro la seguridad o la salud;

2) la trabajadora en período de lactancia a que se refiere la letra c) del artículo 2 no podrá verse obligada, en ningún caso, a realizar

## JURISPRUDENCIA • TJUE •

actividades que de acuerdo con la evaluación supongan el riesgo de una exposición a los agentes o condiciones de trabajo enumerados en el Anexo II, sección B, que ponga en peligro la seguridad o la salud.”

16. El Anexo I de dicha Directiva, rubricado “Lista no exhaustiva de los agentes, procedimientos y condiciones de trabajo (mencionada en el apartado 1 del artículo 4)”, establece:

“A. Agentes

1. Agentes físicos, cuando se considere que puedan implicar lesiones fatales y/o provocar un desprendimiento de la placenta, en particular:

- a) Choques, vibraciones o movimientos;
- b) Manutención manual de cargas pesadas que supongan riesgos, en particular dorsolumbares;
- c) Ruido;
- [...]
- f) Frío y calor extremos;
- g) Movimientos y posturas, desplazamientos (tanto en el interior como en el exterior del establecimiento), fatiga mental y física y otras cargas físicas vinculadas a la actividad de la trabajadora a que se refiere el artículo 2.

2. Agentes biológicos

[...]

3. Agentes químicos

Los siguientes agentes químicos, en la medida en que se sepa que ponen en peligro la salud de las mujeres embarazadas y del niño aún no nacido y siempre que no figuren todavía en el Anexo II:

[...]

e) Monóxido de carbono;

[...]

B. Procedimientos

Procedimientos industriales que figuran en el Anexo I de la Directiva 90/394/CEE.

C. Condiciones de trabajo

Trabajos de minería subterráneos.”

17. El Anexo II de la Directiva 92/85, rubricado “Lista no exhaustiva de los agentes y condiciones de trabajo (mencionada en el artículo 6)”, establece:

“A. Trabajadoras embarazadas a que se refiere la letra a) del artículo 2

1. Agentes

a) Agentes físicos

Trabajos en atmósferas de sobrepresión elevada, por ejemplo en locales a presión, submarinismo.

[...]

2. Condiciones de trabajo

Trabajos de minería subterráneos.

B. Trabajadoras en período de lactancia a que se refiere la letra c) del artículo 2

[...]

2. Condiciones de trabajo

Trabajos de minería subterráneos.”

Derecho interno

18. El artículo 16 del Arbeitszeitordnung (Decreto que regula la

jornada de trabajo), de 30 de abril de 1938 (Deutsches RGBl. I, p. 447; GBl.f.d.L.Ö 231/1939; en lo sucesivo, “Decreto de 1938”), establecía:

“Prohibiciones de empleo

(1) No se podrá emplear a trabajadoras para la realización de trabajos subterráneos en minas, salinas, plantas procesadoras y canteras o excavaciones subterráneas, ni tampoco para la realización de trabajos en superficie relativos a la extracción, excepto el procesado (separación, lavado), ni relativos al transporte o la carga.

(2) Tampoco se podrá emplear a trabajadoras en plantas de coque o en el transporte de materias primas para cualquier tipo de construcción.

(3) El Reichsarbeitsminister [Ministro de Trabajo] podrá prohibir totalmente o bajo ciertas condiciones el empleo de trabajadoras por determinados tipos de empresas o para determinados trabajos, que conlleven riesgos especiales para la salud y la moralidad.”

19. En 1972 se derogó dicha disposición, a excepción del ámbito de las minas subterráneas.

20. Desde el 1 de agosto de 2001, el empleo de mujeres en la industria minera subterránea se encuentra regulado por el Decreto de 2001.

21. El artículo 2 de dicho Decreto, rubricado “Empleo en la industria minera subterránea”, tiene el siguiente tenor:

“(1) No se podrá emplear a trabajadoras en la industria minera subterránea.

(2) El apartado 1 no se aplicará a:

- 1. trabajadoras con responsabilidades técnicas o de dirección que no realicen un trabajo que requiera un esfuerzo físico considerable;
- 2. trabajadoras empleadas en un servicio social o de sanidad;
- 3. trabajadoras que deban realizar prácticas profesionales como parte de sus estudios o formación equivalente, durante dichas prácticas;
- 4. trabajadoras empleadas en la industria minera subterránea con carácter meramente eventual, en un puesto que no requiera un esfuerzo físico considerable.”

22. El artículo 4 del mismo Decreto, rubricado “Trabajos que conllevan un especial esfuerzo físico”, dispone:

“(1) No se podrá emplear a trabajadoras para la realización de trabajos que impliquen levantar, cargar, empujar, girar o transportar de otro modo pesos, de forma que exijan un esfuerzo físico especial que supongan una carga fisiológica excesiva para ellas.

(2) A la hora de evaluar los trabajos señalados en el apartado 1, deberán valorarse los factores determinantes de esfuerzo y carga, en particular, el peso, así como su tipo y forma, el método y velocidad del transporte, la duración y frecuencia de los trabajos y la capacidad de las trabajadoras.

(3) El apartado 1 no se aplicará a aquellos trabajos que las trabajadoras realicen únicamente durante períodos breves o en condiciones en que no sea previsible un peligro para su vida o salud.”

23. El artículo 8 del Decreto de 1973 establece:

“(1) Para la realización de trabajos en medio hiperbárico sólo se podrá emplear a trabajadores de sexo masculino de 21 o más años de edad que sean aptos para ello desde el punto de vista de la salud. [...]

(2) [...] Siempre y cuando cumplan el requisito de la salud señalado en el apartado 1, se podrá emplear asimismo a trabajadoras de 21 o más años de edad para tareas de supervisión u otros trabajos en medio hiperbárico que no supongan un gran esfuerzo físico. [...]"

24. Según el tenor del artículo 31 del Decreto de 1973:

"(1) Únicamente se podrá emplear como buzos a trabajadores de sexo masculino de 21 o más años de edad, aptos para ello desde el punto de vista de la salud y que posean los conocimientos específicos y la experiencia profesional necesaria a efectos de protección de los trabajadores. [...]"

Procedimiento administrativo previo

25. La Comisión, considerando que la prohibición de emplear a trabajadoras en la industria minera subterránea establecida en el Decreto de 1938 era contraria al Derecho comunitario, al igual que la prohibición similar relativa a los trabajos en medio hiperbárico y a los trabajos de buceo, inició un procedimiento por incumplimiento. Después de haber requerido a la República de Austria para que presentara sus observaciones, la Comisión emitió con fecha 7 de febrero de 2002 un dictamen motivado instando al referido Estado miembro a adoptar las medidas necesarias para atenerse a lo dispuesto en dicho dictamen dentro del plazo de dos meses a partir de su notificación. En lo relativo al empleo en la industria minera subterránea, el dictamen motivado se refería al Decreto de 1938 y no al de 2001, objeto del presente recurso, que se citó por vez primera en la respuesta del Gobierno austriaco a dicho dictamen.

26. Al considerar que las informaciones comunicadas por las autoridades austriacas ponían de manifiesto que seguía existiendo el incumplimiento mencionado en el dictamen motivado, la Comisión decidió interponer el presente recurso.

Sobre el recurso

Sobre la admisibilidad

Alegaciones del Gobierno austriaco

27. El Gobierno austriaco señala que ha de declararse la inadmisibilidad del recurso de la Comisión por lo que se refiere a la prohibición de emplear a mujeres en la industria minera subterránea. Afirma que el dictamen motivado de la Comisión y el recurso han de fundarse en los mismos motivos y alegaciones. Apoyándose en la sentencia de 10 de septiembre de 1996, Comisión/Bélgica (CRec. p. Iel Gobierno austriaco alega que tan sólo en el supuesto de que se mantengan en su conjunto las medidas contempladas en el procedimiento administrativo previo, los cambios operados en la legislación nacional entre ambas fases del procedimiento no constituirán un obstáculo a la admisibilidad del recurso. Sin embargo, señala que el Decreto de 2001 modificó considerablemente la situación previa existente.

Apreciación del Tribunal de Justicia

28. Es cierto que el objeto de un recurso interpuesto al amparo del artículo 226 CE está circunscrito por el procedimiento administrativo previsto por dicha disposición y, en consecuencia, el dictamen motivado y el recurso han de fundarse en idénticas imputaciones (véase, en particular, la sentencia de 16 de septiembre de 2004, Comisión/España, CRec. p. I apartado 26).

29. No obstante, esta exigencia no puede llegar a imponer en todos los supuestos una coincidencia perfecta entre la parte dispositiva del dictamen motivado y las pretensiones del recurso cuando el objeto del litigio no se ha ampliado ni se ha modificado sino que, por el contrario, solamente se ha restringido (sentencia de 11 de julio de 2002, Comisión/España, CRec. p. I6407, apartado 19). En tal hipótesis, si se produce un cambio legislativo a lo largo del procedimiento administrativo previo, el recurso podrá referirse a disposiciones nacionales que no sean idénticas a las contempladas en el dictamen motivado.

30. La sentencia Comisión/Bélgica, antes citada, no se opone a esta interpretación. En el apartado 74 de dicha sentencia, el Tribunal de Justicia declaró que basta que el sistema establecido por la legislación aludida en el curso del procedimiento administrativo previo haya sido mantenido en su conjunto por las nuevas medidas adoptadas por el Estado miembro con posterioridad al dictamen motivado y contra las que se dirige el recurso. Con la anterior declaración, el Tribunal de Justicia no excluyó que baste asimismo que las nuevas medidas introduzcan excepciones en el sistema objeto del dictamen motivado, subsanando de este modo parcialmente las deficiencias imputadas. De no admitirse el recurso en tal supuesto, un Estado miembro podría obstaculizar el procedimiento por incumplimiento modificando ligeramente su legislación ante cada dictamen motivado que se le notificase, manteniendo sin embargo la normativa impugnada.

31. En el presente asunto, el artículo 2 del Decreto de 2001 prohíbe, tal y como hacía el artículo 16 del Decreto de 1938, emplear a mujeres en la industria minera subterránea. A diferencia del Decreto anterior, el Decreto de 2001 establece determinadas excepciones que limitan el alcance de la prohibición. No obstante, la admisión del recurso no vulnera, en el caso de autos, el derecho de defensa, ya que durante el procedimiento administrativo previo pudieron presentarse todos los argumentos, en particular de tipo médico o físico, en favor de la prohibición absoluta, siendo dichos argumentos, en esencia, los que se han alegado para justificar la prohibición matizada por excepciones.

32. Por consiguiente, procede desestimar la excepción de inadmisibilidad planteada por el Gobierno austriaco.

Prohibición de emplear a trabajadoras en la industria minera subterránea

Sobre la Directiva 76/207

Alegaciones de las partes

33. La Comisión afirma que el artículo 2 del Decreto de 2001, que no autoriza el empleo de mujeres en la industria minera subterránea más que para un número limitado de actividades, no es compatible con el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 76/207. Señala que, a pesar de que la propia Directiva contiene determinadas restricciones a la prohibición de discriminación, no cabe ampararse en éstas, en el caso de autos, para justificar la prohibición de empleo controvertida.

34. Según la Comisión, la actividad ejercida en el sector de la industria minera subterránea no constituye uno de los supuestos contemplados por el artículo 2, apartado 2, de dicha Directiva.

35. En cuanto a la excepción al principio de igualdad de trato entre

hombres y mujeres prevista en el artículo 2, apartado 3, de la Directiva 76/207, la Comisión alega que los riesgos a los que están expuestas las mujeres en la industria minera subterránea no son, en general, de naturaleza diferente a aquellos a los que están igualmente expuestos los hombres.

36. El Gobierno austriaco, apoyándose en esta última disposición, afirma que el artículo 2 del Decreto de 2001 es conforme con la Directiva 76/207.

37. Según dicho Gobierno, el trabajo en la industria minera subterránea implica una carga permanente del aparato locomotor, una posición forzada y tareas que frecuentemente se han de realizar con los brazos alzados, en una atmósfera altamente cargada, en particular, de polvo de cuarzo, óxido nítrico y monóxido de carbono y que presenta, la mayor parte del tiempo, valores térmicos e higrométricos superiores a la media. Señala que, como consecuencia, los trabajadores suelen padecer de afecciones pulmonares, articulares y de la columna vertebral (síndrome de la rodilla del minero, hernias discales, reumatismo muscular).

38. Afirma que la masa y la fuerza muscular, la capacidad vital, la absorción de oxígeno, el volumen sanguíneo y el número de eritrocitos de las mujeres son, por término medio, inferiores a los de los hombres. Sostiene que las mujeres sometidas a un esfuerzo físico considerable en su puesto de trabajo están expuestas a un mayor riesgo de aborto, así como de osteoporosis durante la menopausia y padecen con mayor frecuencia de migrañas.

39. Alega que las mujeres corren mayores riesgos que los hombres cuando cargan con grandes pesos, dado que sus vértebras son, por término medio, de inferior tamaño. Asimismo, indica que con el número de partos incrementa el riesgo de hernia lumbar.

40. El Gobierno austriaco concluye que, debido a las diferencias morfológicas existentes, por término medio, entre hombres y mujeres, el trabajo físicamente extenuante en la industria minera subterránea expone a las mujeres a mayores riesgos, a diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, con el trabajo nocturno, en el que mujeres y hombres están sometidos a las mismas cargas.

41. Sobre este particular, la Comisión alega que el propio Gobierno austriaco declaró en el procedimiento administrativo previo, que “la extensión de las variables de medición energética es considerable y las zonas de intersección con los valores masculinos medidos son amplias, por lo que procede efectuar una apreciación individual”.

Apreciación del Tribunal de Justicia

42. Con arreglo al artículo 3, apartado 1, de la Directiva 76/207, la aplicación del principio de igualdad de trato supone la ausencia de toda discriminación por razón de sexo en las condiciones de acceso a los empleos o puestos de trabajo. No se discute que el artículo 2, apartado 1, del Decreto de 2001 trata de forma diferente a hombres y mujeres en cuanto al empleo en la industria minera. Puesto que el Gobierno austriaco se ampara en la excepción prevista en el artículo 2, apartado 3, de la citada Directiva, ha de examinarse si tal diferencia de trato es acorde con dicho precepto y está por tanto autorizada.

43. Como declaró el Tribunal de Justicia, en particular, en la sentencia de 30 de junio de 1998, *Brown* (CRec. p. I apartado 17, al

reservar a los Estados miembros el derecho a mantener o a adoptar disposiciones destinadas a proteger a la mujer en lo que se refiere “al embarazo y a la maternidad”, el apartado 3 del artículo 2 de la Directiva 76/207 reconoce la legitimidad, en relación con el principio de igualdad de trato entre los sexos, de la protección de la condición biológica de la mujer durante su embarazo y después del mismo, por una parte, y de la protección de las particulares relaciones entre la mujer y su hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto, por otra.

44. Precisamente a causa del hecho de que determinadas actividades pueden presentar un riesgo específico para la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, por su exposición a agentes, procedimientos o condiciones de trabajo peligrosos que suponen un riesgo para la seguridad o la salud, el legislador comunitario, al adoptar la Directiva 92/85, estableció un dispositivo de evaluación y de comunicación de riesgos, así como la prohibición de ejercer determinadas actividades.

45. No obstante lo anterior, el artículo 2, apartado 3, de la Directiva 76/207 no permite excluir a las mujeres de un empleo basándose en que deberían estar más protegidas que los hombres contra riesgos que son distintos de unas necesidades de protección específicas de la mujer como las expresamente mencionadas (véanse, en este sentido, las sentencias de 15 de mayo de 1986, *Johnston*, 222/84, Rec. p. 1651, apartado 44, y de 11 de enero de 2000, *Kreil*, CRec. p. I apartado 30).

46. Tampoco está permitido excluir a las mujeres de un empleo por el mero hecho de que son, por término medio, más pequeñas y menos fuertes que la media de los hombres, cuando para dicho empleo se aceptan hombres con características físicas similares.

47. En el caso de autos, si bien es cierto que el Decreto de 2001 prevé excepciones a la prohibición del empleo de mujeres en la industria minera subterránea, el ámbito de aplicación de la prohibición general establecida en el artículo 2, apartado 1, de dicho Decreto continúa siendo muy amplio, en la medida en que también excluye a las mujeres de trabajos que no requieren un esfuerzo físico considerable y que, en consecuencia, no presentan un riesgo específico para la preservación de la capacidad biológica de quedar embarazada o de dar a luz, o para la seguridad y salud de la mujer embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, o incluso para con el feto.

48. La excepción prevista en el artículo 2, apartado 2, punto 1, de dicho Decreto sólo se refiere a los puestos de dirección y a las funciones técnicas realizadas por personas que ocupen puestos “con responsabilidades”, situadas por tanto en un nivel superior de la jerarquía. La excepción prevista en el punto 2 de dicho apartado sólo afecta a las trabajadoras empleadas en los servicios sociales o de sanidad, y los puntos 3 y 4 del mismo apartado regulan únicamente situaciones concretas limitadas temporalmente.

49. Una normativa como ésta excede de lo necesario para garantizar la protección de la mujer a efectos del artículo 2, apartado 3, de la Directiva 76/207.

50. De lo anterior se deduce que la prohibición general del empleo de mujeres en el sector de la industria minera subterránea establecida en el artículo 2, apartado 1, del Decreto de 2001, aun inter-

pretada en relación con el apartado 2 de dicha disposición, no constituye una diferencia de trato admisible con arreglo al artículo 2, apartado 3, de la Directiva 76/207.

Sobre el artículo 307 CE y el Convenio n.º 45 de la OIT

Alegaciones de las partes

51. El Gobierno austriaco sostiene que, con independencia de las razones de orden médico alegadas, las restricciones al empleo de mujeres en la industria minera subterránea, dentro de los límites previstos por la nueva normativa, se justifican igualmente por el hecho de que la República de Austria se encuentra vinculada por el Convenio n.º 45 de la OIT, que ratificó en 1937.

52. Señala que, de conformidad con las sentencias de 2 de agosto de 1993, Levy (CRec. p. Iapartados 17 y siguientes, y de 3 de febrero de 1994, Minne (CRec. p. I371), apartado 19, corresponde en todo caso a los Estados miembros ejercitar los derechos derivados de tales tratados. El Gobierno austriaco concluye que, dado que tuvo que adaptar su Derecho interno a la prohibición de empleo recogida en el Convenio n.º 45 de la OIT, no está obligada a aplicar en este aspecto los artículos 2 y 3 de la Directiva 76/207.

53. La Comisión alega que la conclusión a la que llega el Gobierno austriaco a partir de las sentencias Levy y Minne, antes citadas, es demasiado general.

54. Según la Comisión, la interpretación del artículo 307 CE efectuada por el Tribunal de Justicia en su sentencia de 4 de julio de 2000, Comisión/Portugal (CRec. p. I5215), apartados 51 y 53, resulta directamente aplicable al caso de autos. El Convenio n.º 45 de la OIT incluye, en su artículo 7, una cláusula de denuncia. La Comisión afirma que, indudablemente, la República de Austria pudo haber denunciado dicho Convenio con efectos desde el 30 de mayo de 1997, fecha posterior a aquella en que la Directiva adquirió carácter vinculante para Austria a raíz de la ratificación del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, de 2 de mayo de 1992 (DO 1994, L 1, p. 3). Señala que la República de Austria habría debido efectuar dicha denuncia en virtud del artículo 3, apartado 2, de la Directiva 76/207.

55. El Gobierno austriaco replica que no podía saber que el Derecho aplicable en este ámbito en Austria fuera contrario al Derecho comunitario, ni que la Comisión iba a considerar las disposiciones controvertidas contrarias al Derecho comunitario. Señala que el primer escrito de la Comisión sobre esta cuestión data del 29 de septiembre de 1998, por lo que no será posible denunciar el Convenio n.º 45 de la OIT antes del 30 de mayo de 2007.

56. Considera que la sentencia Comisión/Portugal, antes citada, no impone a los Estados miembros la obligación general de denunciar los acuerdos internacionales contrarios al Derecho comunitario. Señala que dicha interpretación se desprende igualmente de la sentencia de 5 de noviembre de 2002, Comisión/Austria (CRec. p. I9797), apartado 49, en la que el Tribunal de Justicia declaró, en relación con los acuerdos denominados “de cielo abierto”, que, en caso de introducirse modificaciones en uno de tales acuerdos celebrado con anterioridad a la adhesión, los Estados miembros tienen prohibido no sólo contraer nuevas obligaciones internacionales, sino también mantener en vigor dichas obligaciones si no respetan el Derecho comunitario. Según el Gobierno aus-

tríaco, si existiese la obligación general de denunciar los acuerdos contrarios al Derecho comunitario, no hubiera sido necesario declarar que un acuerdo queda confirmado cuando se modifica parcialmente.

Apreciación del Tribunal de Justicia

57. Con arreglo al artículo 307 CE, párrafo primero, las disposiciones del Tratado CE no afectarán a las obligaciones que resulten de convenios celebrados, para los Estados que se hayan adherido, con anterioridad a la fecha de su adhesión, entre uno o varios Estados miembros, por una parte, y uno o varios terceros Estados, por otra.

58. La República de Austria, que se adhirió a la Comunidad Europea con efectos desde el 1 de enero de 1995, había ratificado el Convenio n.º 45 de la OIT con anterioridad a esa fecha. El artículo 2 de dicho Convenio establece una prohibición general de emplear a mujeres para los trabajos subterráneos de las minas, y su artículo 3 autoriza determinadas excepciones del mismo tipo que las previstas en el Decreto de 2001. No se discute que dicho Decreto aplica las obligaciones derivadas del citado Convenio sin excederse de las restricciones al empleo de mujeres previstas en el mismo.

59. En estas circunstancias, si bien es cierto que la República de Austria puede, en principio, ampararse en el artículo 307 CE, párrafo primero, para mantener en vigor las disposiciones nacionales que aplican las referidas obligaciones, debe tenerse en cuenta que el párrafo segundo del mismo precepto establece que, en la medida en que los convenios anteriores a efectos del párrafo primero de dicho artículo sean incompatibles con el Tratado, el Estado o los Estados miembros de que se trate recurrirán a todos los medios apropiados para eliminar las incompatibilidades que se hayan observado.

60. De conformidad con la conclusión a la que ha llegado el Tribunal de Justicia en el apartado 50 de la presente sentencia, las obligaciones derivadas del Convenio n.º 45 de la OIT para la República de Austria son incompatibles con los artículos 2 y 3 de la Directiva 76/207.

61. Como se deduce del apartado 50 de la sentencia de 4 de julio de 2000, Comisión/Portugal (CRec. p. Ientre los medios apropiados para eliminar tal incompatibilidad, a los que hace referencia el artículo 307 CE, párrafo segundo, figura, en particular, la denuncia del convenio controvertido.

62. No obstante, debe destacarse que, con posterioridad a su adhesión a la Comunidad Europea, la República de Austria únicamente tuvo oportunidad de denunciar el Convenio n.º 45 de la OIT, según las reglas establecidas en el artículo 7, apartado 2, de dicho Convenio, durante el año siguiente al 30 de mayo de 1997. Sin embargo, en aquel momento aún no se había declarado de forma suficientemente clara la incompatibilidad entre la prohibición regulada en dicho Convenio y las disposiciones de la Directiva 76/207, como para poder exigir del Estado miembro la denuncia del Convenio.

63. Debe añadirse que, con arreglo al artículo 7, apartado 2, del Convenio n.º 45 de la OIT, la próxima ocasión de que dispondrá la República de Austria para denunciar dicho Convenio tendrá lugar a la expiración del período de diez años que comenzó el 30 de mayo de 1997.

64. Por lo tanto, la República de Austria no ha incumplido las obligaciones que le incumben con arreglo al Derecho comunitario al haber mantenido en vigor disposiciones nacionales como las contenidas en el Decreto de 2001.

65. De las consideraciones precedentes se deduce que ha de desestimarse el recurso por lo que se refiere a la prohibición de emplear a mujeres en el sector de la industria minera subterránea. Prohibición de emplear a mujeres para trabajos en medio hiperbárico y trabajos de buceo

Alegaciones de las partes

66. La Comisión considera que cabe aplicar sus observaciones acerca de la prohibición de emplear a mujeres en la industria minera subterránea igualmente a la prohibición de emplear a mujeres para trabajos en medio hiperbárico y trabajos de buceo. Señala que una prohibición general del empleo de mujeres establecida sin atender a una apreciación individual no se justifica por supuestas necesidades particulares de protección de la mujer.

67. En opinión del Gobierno austriaco, las restricciones al empleo reguladas en los artículos 8 y 31 del Decreto de 1973 se justifican igualmente por motivos de orden médico referidos específicamente a la actividad de las mujeres.

68. El Gobierno austriaco señala que los trabajos en medio hiperbárico y los trabajos de buceo conllevan, en la mayoría de los casos, una gran carga desde el punto de vista físico, por ejemplo, en el ámbito de la construcción de metros en medio hiperbárico, así como en los trabajos de buceo para el saneamiento de puentes. Afirma que la prohibición de emplear a mujeres para trabajos físicamente extenuantes en medio hiperbárico y la prohibición de emplearlas para trabajos de buceo se justifican por el hecho de que las mujeres disponen de una capacidad respiratoria inferior a la de los hombres, así como de un nivel de eritrocitos menos elevado.

Apreciación del Tribunal de Justicia

69. La prohibición absoluta de emplear a mujeres para trabajos de buceo no constituye una diferencia de trato admisible con arreglo al artículo 2, apartado 3, de la Directiva 76/207.

70. La gama de trabajos de buceo es amplia e incluye, por ejemplo, actividades en los ámbitos de la biología, la arqueología, el turismo y la policía criminal.

71. La prohibición absoluta impuesta por el artículo 31 del Decreto de 1973 excluye a las mujeres incluso de trabajos que no conlleven una gran carga desde el punto de vista físico, por lo que resulta evidente que excede de lo necesario para garantizar la protección de la mujer.

72. En materia del empleo en medio hiperbárico, el Decreto de 1973 excluye a las mujeres de los trabajos que supongan un gran esfuerzo físico.

73. A pesar de que el Gobierno austriaco alega, para justificar dicha exclusión, que las mujeres disponen de una capacidad respiratoria inferior y de un nivel de eritrocitos menos elevado, su argumento parte de la base de los valores medios medidos sobre mujeres para compararlos con los de los hombres. Sin embargo, el propio Gobierno austriaco ha admitido durante el procedimiento administrativo previo que, en relación con dichas variables, las

zonas de intersección de los valores individuales femeninos con los valores individuales masculinos son amplias.

74. En estas circunstancias, una normativa que excluye proceder a una apreciación individual y que prohíbe a las mujeres acceder al empleo controvertido, mientras que tal empleo no está prohibido para hombres cuya capacidad vital y número de eritrocitos sea similar o inferior a los valores medios de dichas variables medidas sobre mujeres, no está autorizada con arreglo al artículo 2, apartado 3, de la Directiva 76/207 y constituye una discriminación por razón de sexo.

75. A la vista de las consideraciones precedentes, procede declarar que la República de Austria ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 2 y 3 de la Directiva 76/207 al haber mantenido en los artículos 8 y 31 del Decreto de 1973 una prohibición general del empleo de mujeres para trabajos en medio hiperbárico y trabajos de buceo, con un número limitado de excepciones previstas para el primer caso.

Costas

76. A tenor del artículo 69, apartado 3, del Reglamento de Procedimiento, cuando se estimen parcialmente las pretensiones de una y otra parte, el Tribunal de Justicia podrá repartir las costas o decidir que cada parte abone sus propias costas. Dado que el recurso de la Comisión sólo se ha estimado parcialmente, cada parte cargará con sus propias costas.

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Gran Sala) decide:

1) Declarar que la República de Austria ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 2 y 3 de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, al haber mantenido en los artículos 8 y 31 del Druckluft- und Taucherarbeiten-Verordnung (Decreto relativo a los trabajos en medio hiperbárico y trabajos de buceo), de 25 de julio de 1973, una prohibición general del empleo de mujeres para trabajos en medio hiperbárico y trabajos de buceo, con un número limitado de excepciones previstas para el primer caso.

2) Desestimar el recurso en todo lo demás.

3) Cada parte soportará sus propias costas.

COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS DE 1 DE FEBRERO DE 2005. INCUMPLIMIENTO DEL ESTADO DE LA REPÚBLICA DE AUSTRIA POR PROHIBICIÓN DEL EMPLEO A MUJERES PARA TRABAJOS DE BUCEO, SUBTERRÁNEOS EN EL SECTOR MINERO Y EN MEDIO HIPERBÁRICO.

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas declara que el Gobierno de la República de Austria ha incurrido en un incumplimiento de las obligaciones que le incumben en virtud de lo establecido en la Directiva 76/207/CEE relativa a la aplicación del principio de no discriminación e igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo referente al acceso al empleo, a la formación y pro-

moción profesional y a las condiciones de trabajo, ya que dicho Estado recoge en su normativa interna una prohibición general, aunque con excepciones en determinados supuestos directivos, sanitarios y formativos, del empleo de mujeres para trabajos de buceo, y en medio hiperbárico así como para el desarrollo de trabajos en el sector minero.

El recurso presentado por la Comisión de las Comunidades Europeas solicita la declaración de que la República de Austria a incumplido las obligaciones antes mencionadas en virtud de los arts. 2 y 3 de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, así como en virtud de los artículos 10 CE y 249 CE al haber mantenido, infringiendo lo dispuesto en dicha Directiva, el art. 2 del Decreto del Ministro Federal de Economía y Trabajo relativo a las prohibiciones y restricciones al empleo de trabajadoras de 4 de octubre de 2001 sobre prohibición genérica del empleo de mujeres, salvo número limitado de excepciones, en el sector de la industria minera subterránea. Y por otra parte los arts. 8 y 31 del Decreto relativo a los trabajos en medio hiperbárico y trabajos de buceo de 25 de julio de 1973, como prohibición general del empleo de mujeres para este tipo de trabajos.

Desde el procedimiento administrativo previo del recurso, pasando por la admisibilidad del mismo y hasta la resolución por parte del Tribunal, se diferencia fundamentalmente por razones no de fondo sino de forma y procedimiento jurídico, dos partes en dicha sentencia en función de la normativa interna austriaca analizada. Por una parte encontramos la prohibición de emplear a trabajadoras en la industria minera subterránea (art. 2 del Decreto del 2001 como incompatible con la directiva 76/207/CEE) y por otra parte la prohibición de emplear a mujeres para trabajos en medio hiperbárico y trabajos de buceo (restricciones al empleo reguladas en la normativa interna del Decreto de 1973 igualmente incompatible con la Directiva 76/207/CEE).

En cuanto a la prohibición de emplear trabajadoras en la industria minera subterránea, el Gobierno austriaco afirma que el artículo 2 del Decreto de 2001 es conforme a la Directiva 76/207 en base a la excepción al principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres prevista en el art. 2, apartado 3 de dicha Directiva.

Una de las posiciones más interesantes de esta sentencia es la apreciación con respecto al fondo del asunto a tratar, es decir la conformidad o no de esta normativa interna a la no discriminación por razón de sexo establecida en la Directiva comunitaria que realiza el Tribunal de Justicia.

El Tribunal afirma que con arreglo al artículo 3, apartado 1 de la Directiva 76/207, la aplicación del principio de igualdad de trato supone la ausencia de toda discriminación por razón de sexo en las condiciones de acceso a los empleos o puestos de trabajo, en ningún momento se discute, ya que resulta obvio para el Tribunal que en este caso, si el art. 2 apartado 1 del Decreto 2001 trata de forma diferente a hombres y mujeres en cuanto al empleo en la industria minera, por mucho que el gobierno austriaco justifique su postura en la excepción prevista en el art. 2 apartado 3 de esta Directiva Comunitaria.

Porque tal y como declaró el Tribunal en su sentencia de 30 de junio

de 1998, Brown, el apartado 3 del art. 2 de la Directiva 76/207 reconoce la legitimidad en relación con el principio de igualdad de trato entre los sexos, de la protección de la condición biológica de la mujer durante el embarazo y después del mismo, por una parte y de la protección de las particulares relaciones entre la mujer y su hijo durante el período que sigue al embarazo, incluso el legislativo comunitario al adoptar la directiva 92/85 lo que hace es establecer un dispositivo de evaluación y de comunicación de riesgos en estos períodos y casos, lo que en ningún caso conlleva la exclusión de las mujeres basándose en que deberían estar más protegidas que los hombres contra riesgos que son distintos de unas necesidades de protección específicas de la mujer como las expresadas por la directiva 92/85, como es el caso que nos ocupa, ya que las prohibiciones establecidas son genéricas y no para lo períodos o casos por ejemplo como los contemplados en la Directiva 92/85 antes mencionada, o en el art. 2 apartado 3 de la Directiva 76/207.

Por otra parte el Tribunal, en esta sentencia recalca la ilegalidad de prohibiciones y restricciones genéricas ya que tampoco esta permitido excluir a las mujeres de un empleo por el mero hecho de que son por termino medio más pequeñas y menos fuertes que la media de los hombres cuando para dicho empleo se aceptan hombres con características físicas similares. Para el Tribunal aunque el Decreto de 2001 prevé una serie de excepciones, el decreto continúa siendo muy amplio, en la medida en que también se excluye a las mujeres de trabajos que requieren un esfuerzo físico considerable y que en consecuencia no presentan un riesgo específico para la preservación de la capacidad biológica de quedar embarazadas o de dar a luz, o para la seguridad y salud de la mujer embarazada.

Una normativa como la Austriaca excede de lo necesario para garantizar la protección de la mujer a efectos del art. 2 apartado 3 de la Directiva 76/207, la prohibición general del empleo de mujeres en el sector de la industria minera subterránea establecida en el art. 2 de dicha disposición no constituye una diferencia de trato admisible con arreglo al art. 2 apartado 3 de la Directiva 76/207.

Sin embargo el Tribunal finalmente no admite el recurso de la Comisión de las Comunidades con respecto a la Prohibición de emplear trabajadoras en la industria minera subterráneas, no por razón jurídica de fondo, sino debido a la vinculación alegada por el Gobierno Austriaco de su normativa al Convenio n° 45 de la OIT el cual fue ratificado en 1937, justificativa de esta normativa interna discriminatoria desde el punto de vista comunitario, cuya única posibilidad de denuncia hubiera sido el 30 de mayo de 1997 que el gobierno austriaco tampoco utilizó, por ende la República de Austria no ha incumplido según el Tribunal las obligaciones que incumben con arreglo al Derecho comunitario al haber mantenido en vigor disposiciones nacionales como las contenidas en el Decreto del 2001, en base al art. 307 de la CE párrafo 1°.

Por otra parte y como ratificación jurídica del posicionamiento del Tribunal con respecto a la ilegalidad de las prohibiciones genéricas y absolutas antes mencionada, con respecto a la Prohibición de emplear a mujeres para trabajos en medio hiperbárico y trabajos de buceo, establecida en la normativa interna austriaca por

Decreto de 1973, no constituye una diferencia de trato admisible con arreglo al art. 2 apartado 3 de la Directiva 76/207.

En este caso, establece el Tribunal que una normativa que excluye proceder a una apreciación individual que prohíbe a las mujeres acceder al empleo controvertido, no está autorizada con arreglo a al art. 2 apartado 3 de la Directiva 76/207 y constituye una discriminación por razón de sexo.

Para concluir debemos apreciar que dicha discriminación por razón de sexo esta contundentemente argumentada por el Tribu-

nal en ambas normativas internas del gobierno austriaco por ser genéricas y absolutas en ambos casos, si bien tendrá la Comisión de las Comunidades que estar atenta en el año 2007, de recordar al Gobierno Austriaco su obligación de adaptar su normativa al Derecho comunitario denunciando en tiempo y forma el Convenio nº 45 de la OIT que hoy justifica formalmente dicha discriminación para el sector minero subterráneo. (MONTSERRAT REYES CILLEZA. Profesora de Derecho Constitucional de la Universidad de Málaga).

## SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 182/2005, DE 4 DE JULIO. DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO DE TRABAJADORA EMBARAZADA.

[...]

En el recurso de amparo núm. 2447-2002, promovido por doña Enriqueta Gómez Salcedo, representada por la Procuradora de los Tribunales doña Pilar Pérez González y asistida por el Abogado don José Garrido Palacios, contra la Sentencia de la Sección Quinta de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 23 de abril de 2001, dictada en el recurso de suplicación núm. 688-2001 en proceso de tutela de derechos fundamentales. Ha comparecido y formulado alegaciones la sociedad Red Eléctrica de España, S.A., representada por el Procurador de los Tribunales don Jacinto Gómez Simón y asistida del Letrado don Francisco Sierra González. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente la Presidenta doña María Emilia Casas Baamonde, quien expresa el parecer de la Sala.

### I. Antecedentes

1. Por escrito que tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal el 19 de abril de 2002 la Procuradora de los Tribunales doña Pilar Pérez González, actuando en nombre y representación de doña Enriqueta Salcedo, interpuso recurso de amparo contra las resoluciones judiciales citadas en el encabezamiento de esta Sentencia

2. La demanda tiene origen en los siguientes antecedentes:

a) La demandante presta servicios desde 1990 para Red Eléctrica de España, S.A., con categoría 12-B, desempeñando funciones de letrado asesor jurídico. Alcanzó la categoría 12-B por promoción decidida por la empresa en julio de 1994. Es madre de tres hijos nacidos en octubre de 1995, octubre de 1996 y enero de 2000.

El 1 de agosto de 1990 ingresó en la empresa don Fernando Frías y el 1 de marzo de 1996 ingresó don Juan Majada; ambos ocupan puestos de letrados asesores jurídicos. En septiembre de 1997 el Sr. Frías fue promocionado a la categoría 13-C y en julio de 1998 se promociona a ese nivel al Sr. Majada. De nuevo ambos fueron promocionados a la categoría 17 y nivel C con efectos de 1 de octubre de 1999.

b) Anualmente la empresa realiza una evaluación de cada empleado por su jefe inmediato tras entrevista mantenida al efecto. En la evaluación de 1995 la demandante y el Sr. Frías alcanzan una

valoración global de 4 sobre 5. La Sra. Zarco, jefa inmediata de ambos, expresa que la demandante ha realizado un gran esfuerzo a pesar de su reciente maternidad, y que ha superado con creces la media, compaginando el trabajo de asesoría con un master, lo que ha conllevado una sobrecarga considerable de trabajo.

En la evaluación de 1996 la demandante es valorada globalmente en 3 sobre 5, su compañero Sr. Frías obtuvo una calificación de 5 y el Sr. Majada de 4. La Sra. Zarco indica que dada su situación personal de dos maternidades seguidas y terminación del master de medio ambiente, ha tenido un área de responsabilidad más limitada, no obstante haber alcanzado el objetivo. En esa evaluación la demandante comentó que los criterios de reparto de asuntos le habían desfavorecido, pues en 1995 cursó el mismo master y estuvo más días de baja por maternidad y, sin embargo, le fueron encomendados trabajos de más responsabilidad que concluyó con gran satisfacción para la empresa, según dedujo de la evaluación del periodo anterior.

En la evaluación de 1997 la demandante fue calificada con un notable y sus dos compañeros con excelente, nota inmediata superior al notable. Su evaluación, al contrario que la de sus compañeros, no recogía comentario alguno de la Sra. Zarco, si bien la demandante manifiesta que permanece la situación reseñada en la anterior evaluación, que este año ha incidido de forma principal en el aspecto económico, viéndose perjudicada respecto de sus compañeros de igual nivel en la proporción retribución / responsabilidad / resultados.

En la evaluación de 1998 la demandante y sus otros dos compañeros son calificados todos con nota excelente. Tampoco la Sra. Zarco realiza comentario alguno si bien la demandante expresó que “a pesar de cumplir con el trabajo encomendado y el horario flexibilizándolo en función de las necesidades de la empresa, en base a no tener una supuesta mayor disponibilidad, y porque según se me dice se quiere proteger mi vida familiar, se producen conductas por parte de la empresa que perjudican mi formación profesional y menoscaban el estatus que yo tenía reconocido en red eléctrica, persiste la situación ya comentada en evaluaciones anteriores”.

c) El 28 de septiembre de 1999 la trabajadora remite carta al Presidente de la empresa en la que expone su situación, que califica de discriminatoria por razón de sexo y derivada de los embarazos, anunciando su voluntad de hacer efectivos sus derechos incluso judicialmente. Se ordenó por el Presidente una investigación de la que no consta su resultado.

d) El 26 de octubre de 1999 la demandante formula denuncia ante la Inspección de Trabajo por discriminación por razón de sexo. La citada denuncia culmina con acta de infracción con propuesta de sanción de 2.100.000 pesetas, por estimar que la demandada cometió una falta muy grave del art. 96.12 del Estatuto de los trabajadores, al constatar que la demandante —valorada positivamente por sus propios superiores en el desarrollo de sus funciones y cualificación profesional— ha sido sin embargo objeto de decisiones discriminatorias en cuanto a su promoción profesional y retribución, en relación directa con sus situaciones personales de embarazos, partos y permisos por maternidad, viendo reducidas en principio su atribución de responsabilidades y finalmente completamente modificadas sus funciones habituales con su traslado a otro departamento de la empresa, permaneciendo inalterado asimismo su nivel retributivo desde el año 1994.

e) La evaluación de la trabajadora en 1999 —realizada en mayo de 2000 tras su reincorporación después de su tercera maternidad— arrojó como puntuación media de competencias un 52,5 por 100 y un 40 por 100 de resultados, mientras que sus dos compañeros del área jurídica superaron en ambos conceptos el 80 por 100 y el 90 por 100. Su jefa señala que se ha producido un descenso de rendimiento debido a la insatisfacción en el trabajo.

f) El 5 de mayo de 2000 la empresa remite a la demandante la siguiente nota interna: “Una vez finalizada tu baja por maternidad, precedida sin solución de continuidad por incapacidad temporal desde el 19 de octubre de 1999 y como consecuencia de las diversas conversaciones y las reuniones mantenidas los días 1 y 25 de febrero de 2000, así como el día 12 de abril de 2000 con la Inspectora de Trabajo encargada de tramitar la denuncia que formulaste, en las que se ha procurado encontrar una solución a tu evidente insatisfacción laboral, esta Dirección ha entendido que, entre las alternativas planteadas, la más idónea para salvaguardar los mutuos intereses, respetando los respectivos derechos y obligaciones, es la de ubicarte en el Departamento de calidad y procedimientos con efecto del día 27 de abril de 2000, en el que sin duda podrás aplicar y desarrollar tu formación jurídica. No obstante la convicción de que la decisión adoptada consiga la situación creada en los últimos meses como consecuencia de tu carta de fecha 27 de septiembre de 1999, en la que realizabas afirmaciones que una vez investigadas han resultado ser infundadas, te sugiero que, en el término de dos meses nos reunamos para valorar el nivel de satisfacción de tu nuevo emplazamiento”.

g) Existe un informe de psiquiatría de agosto de 2000 que diagnostica trastorno de personalidad, ansiedad y angustia con falta de apetito relacionada con el perjuicio laboral, señalándose que tras volver a su puesto de trabajo aparece un empeoramiento ansioso depresivo, realizando por ello tratamiento psicoterapéutico individual y tratamiento farmacológico.

Desde el día 29 de junio de 2000 la demandante se encuentra de baja laboral por enfermedad común y en situación de incapacidad temporal.

h) Desde 1992 al 31 de octubre de 2000 las horas no trabajadas por la demandante con causa en enfermedad o por maternidad son las siguientes: por enfermedad 3.412; por permisos 282,23; por formación 284,25. Entre el 1 de octubre de 1999 y el 26 de junio de 2000, los días trabajados por la demandante han sido 19 en 1999 y 62 en 2000, pues la demandante estuvo de baja entre el 19 de octubre de 1999 y el 27 de abril de 2000. El salario anual, valor 1998, para el nivel retributivo 12-B es de 4.495.488 pesetas, y el del nivel 17-C de 7.271.602 pesetas.

i) A partir de 1995 y como consecuencia de la globalización económica, privatización de la empresa y acceso al mercado de las telecomunicaciones, la asesoría jurídica tuvo que asumir respuestas en su ámbito de actuación ante estas novedades. A la demandante no se le encomendaron ninguna de las nuevas tareas derivadas de ello.

j) Contra la discriminación que denunciaba presentó demanda de tutela de derechos fundamentales con la súplica de que se dicte Sentencia en la que se declare la nulidad de la conducta del empresario, y por lo tanto de los actos lesivos del derecho a la no discriminación, es decir, el cambio de puesto de trabajo y la relegación de funciones en la asesoría jurídica, condenando a la empresa a restituirle en su puesto de origen con todas las facultades y funciones que ello conlleva, así como a dejar sin efecto la discriminación en cuanto a promoción profesional y retributiva, reconociéndose el nivel que le corresponde equiparándole a sus compañeros varones, con condena al abono de las diferencias salariales atrasadas. Solicitaba asimismo la publicación de la sentencia, durante treinta días laborales, en los tablones de anuncios de los centros de Red Eléctrica de España, S.A., condenando a la demandada a que le abonara una indemnización por la discriminación por razón de sexo en la cantidad de 50.000.000 de pesetas.

La empresa se opuso a la demanda alegando en síntesis que los distintos embarazos de la demandante se tuvieron en consideración para que se le fijaran determinados objetivos a cumplir; que percibió siempre el 100 por 100 del salario variable; que ha recibido más formación incluso que sus compañeros de trabajo, y que si otros dos compañeros han ascendido de nivel retributivo ha sido con base en causas objetivas, por cuanto asumían compromisos de trabajo distintos y superiores a los asumidos por la demandada, añadiendo a todo lo anterior que la reestructuración de la asesoría no se produjo por su embarazo, siendo incierto se le relevara de funciones encomendadas, habiéndosele asignado una nueva ubicación, por el contrario, en respuesta a las sugerencias dadas por la Inspección de Trabajo.

Dictó Sentencia el Juzgado de lo Social núm. 33 de Madrid, con fecha 31 de octubre de 2000, estimando parcialmente la demanda. Razona que la demandante ha acreditado que paulatinamente se le ha apartado de la llevanza de los asuntos más novedosos vinculados a las orientaciones estratégicas más relevantes de la empresa; que permanece desde 1994 en la misma categoría y nivel retributivo, mientras que sus dos compañeros situados orgánica y

funcionalmente a su mismo nivel han sido promocionados percibiendo retribuciones variables superiores a las suyas, y viendo reconocido un nivel superior, pues pasaron del nivel 12 al 13 en 1998 y al 17 en 1999; que asimismo, y justo en el momento de su efectiva reincorporación tras el último descanso maternal, ha sido desplazada de la asesoría jurídica a otro departamento en el que, atendiendo a las funciones que tiene atribuidas en el organigrama de la empresa, no se llevan a cabo trabajos de naturaleza jurídica, o donde, aunque se pudiera entender lo contrario en una interpretación muy amplia de su contenido, es evidente que la entidad jurídica de tales cuestiones objetivamente es muy inferior a las que se encomiendan a la asesoría de la que antes dependía.

La demandante así, en opinión del juzgador, ha aportado datos sobradamente demostrativos de su situación personal —mujer y madre de tres hijos— y de las alteraciones objetivamente perjudiciales en su formación y promoción profesionales y en sus retribuciones. Frente a ello, prosigue la Sentencia, con relación a la promoción económica y profesional de sus compañeros y consiguiente exclusión de la actora, la demandada argumenta que se debió a que ellos asumieron más y más importantes compromisos de trabajo, mientras que, en lo relativo al cambio de puesto de trabajo, sólo se alega que responde a las sugerencias dadas por la Inspección de Trabajo, manifestación que no se compadece con la realidad por cuanto, como evidencia el folio 82 —dice el juzgador—, ello constituyó la propuesta realizada por la empresa ante este organismo para solventar la controversia, que no aceptó la demandante, pero no la solución propiciada en actividad mediadora por la Inspección.

Con esas premisas, razona la Sentencia que el argumento de que los compañeros asumieron más y más importantes trabajos sólo es demostrativo del hecho de que a ellos se encomendaron esas tareas. La justificación objetiva y razonable de tal decisión exigía que la empresa demostrara por qué razón esos trabajos no se encomendaron también, en términos paritarios, a la actora, no siendo suficiente la mera alegación que pone de manifiesto cómo fueron las cosas. Destaca en ese punto que la confesión del representante legal de la empresa es reveladora, toda vez que manifestó que las bajas de la demandante fueron el motivo por el que no podía asumir dichas responsabilidades. El testimonio de sus jefes superiores también es indicativo, al mostrar contradicciones (la Sra. Zarco dijo que fue la demandante la que desechó asumir nuevas tareas, mientras que otro superior declaró que la causa derivaba de su baja capacidad profesional). Esta radical disparidad evidencia la ausencia de un criterio cierto en el departamento, reforzando notablemente la autenticidad de la razón invocada por el representante legal de la empresa, a saber: que no se incorporó a la demandante a las nuevas actividades jurídicas esenciales para la estrategia empresarial por razón de sus bajas por embarazos y por tanto se la relegó por este motivo en su promoción y en sus retribuciones.

Aborda la Sentencia seguidamente su adscripción al departamento de calidad de la dirección de auditoría interna. Dice que ha quedado evidenciado que no constituyó una propuesta mediadora de la Inspección de Trabajo, y que en el departamento al que se remi-

te a la demandante no se lleva a cabo actividad jurídica alguna, o su entidad es notoriamente inferior en cantidad e importancia a la propia y naturalmente dispensada por la asesoría jurídica. La solución así adoptada constituye una represalia, puesto que el señor Presidente con las decisiones auspiciadas desde su cargo no protegió a la demandante sino que la discriminó por su actitud de reivindicación de sus derechos.

El fallo de la Sentencia estima parcialmente la demanda y dispone: “A) declaro que esta empresa, al relegar a la demandante de sus funciones en la asesoría jurídica y trasladarla al departamento de calidad de la dirección de auditoría interna la ha discriminado por razón de sexo, por causa de su triple maternidad. B) Ordeno a la demandada a que de modo inmediato la reponga en las funciones que realizaba y puesto de trabajo que ocupaba en la asesoría jurídica y a cesar en su trato discriminatorio. C) Y la condeno a: 1.- publicar esta Sentencia durante treinta días laborables en los tablones de anuncios de los distintos centros de trabajo de la empresa. 2.- equiparar retributivamente a la demandante con sus compañeros de trabajo, abonándole en concepto de lucro cesante del periodo entre 1-10-99 y 29-6-00 la suma de 676.869 ptas. (4.068,06 Euros). 3.- Indemnizarla por la pérdida de salud sufrida con la suma de 15 millones de ptas. (90.151,82 euros). 4.- Indemnizarla por los daños morales ocasionados por la discriminación padecida con la suma de 15 millones de ptas. (90.151,82 Euros)”.

k) La empresa interpuso recurso de suplicación, que tuvo favorable acogida en la Sentencia de la Sección Quinta de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 23 de abril de 2001, disponiendo la absolución de todas las pretensiones deducidas en contra de Red Eléctrica de España, S.A.

En primer lugar, la Sentencia rechaza las revisiones fácticas propuestas, por no acreditarse un error del juez a quo en la determinación de los hechos.

El fondo de la decisión judicial era combatido por Red Eléctrica de España, S.A., acusando a la Sentencia de instancia de infringir lo dispuesto en los arts. 14 y 24 de la Constitución española, en relación con el art. 17 LET y 179.2 LPL. A tal efecto razona la Sala que para ser apreciada la vulneración de un derecho fundamental es preciso que quede plenamente acreditado que la actitud de la empresa no encuentra justificación ni amparo en ningún factor o elemento que no sea la arbitrariedad, ya que si se prueba que existen razones que acreditan que la actitud de la empresa obedece al poder de dirección que le otorga el art. 20 LET, no podrá entenderse que la empleadora vulnera derechos fundamentales. En ese sentido, señala que tan dignas son las tareas del departamento jurídico de origen donde prestaba su actividad la demandante como las del departamento de calidad y procedimiento que depende de la Dirección de auditoría interna; que la empresa ha estado sometida a cambios en el mercado que obligaron a la asesoría jurídica a asumir respuestas ante estas novedades, y que la trabajadora desde el 1 de octubre de 1999 al 26 de junio de 2000 ha trabajado sólo ochenta y un días. Continúa diciendo que el art. 14 CE no se infringe por la sola existencia de diferencias retributivas, siempre que se respeten los mínimos legales y convencionales, y que la empresa está legitimada para promocionar a los trabajado-

res que desarrollan un trabajo más intenso o con mayor dedicación. Concluyendo después: “en este caso concreto, la medida empresarial que consiste simplemente en trasladarla de un departamento a otro no tiene conexión alguna con la triple maternidad de la demandante pues las razones organizativas de la empresa aparecen debidamente constatadas, no pudiendo admitirse la tesis de la Sentencia de que las cuestiones que ahora tiene encomendadas la demandante sean de una entidad muy inferior o de poca importancia. Al contrario, son evidentes las razones que llevan a la empresa a planear una nueva estrategia, siendo razonable que quienes han prestado a la empresa servicios que denotan una mayor dedicación, sean promocionados ... la solución de la empleadora no puede ser una represalia ni entera discriminación de la demandante por su actitud vindicativa en el disfrute de sus derechos”. Así pues, en definitiva, la empresa ha valorado los conocimientos en el trabajo y la disponibilidad profesional de sus empleados para asumir nuevas responsabilidades. Los embarazos de la demandante no han provocado una situación discriminatoria, sino que la adscripción o el cambio a un nuevo puesto de trabajo obedece a las necesidades organizativas de la empresa, en virtud de las facultades que le concede el art. 20 LET. Las diferencias en la promoción profesional y económica se encuentran fundadas, así, en cuestiones absolutamente objetivas, y no sería justo que se promocionara por igual a la actora, cuando ni siquiera en sus períodos de alta mostró disposición para participar en los más recientes requerimientos del departamento de asesoría jurídica.

1) Cerró el proceso la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de 20 de marzo de 2002, que desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación procesal de doña Enriqueta Gómez Salcedo. El alto Tribunal aprecia en los cuatro motivos del recurso falta de contradicción entre la Sentencia recurrida y las invocadas para el contraste (art. 217 LPL).

3. La recurrente en amparo alega que la Sentencia de 23 de abril de 2001 de la Sección Quinta de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid ha vulnerado sus derechos a no ser discriminada por razón de sexo (art. 14 CE) y a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), por lo que solicita su nulidad.

El fundamento de las vulneraciones alegadas por la recurrente radica, en cuanto al derecho a no sufrir discriminación (art. 14 CE), en que de los hechos probados se desprende que fue postergada por sus sucesivos embarazos. Consta acreditado que se le ha privado de funciones y responsabilidades, atribuidas a sus compañeros; que por ello sólo éstos promocionan profesional y retributivamente; que la propia empresa ha reconocido que la limitación de funciones se debe a su triple maternidad; que remitió al Presidente un burofax denunciándolo y anunciando su intención de reclamar judicialmente sus derechos de no cesar la discriminación; que no teniendo éxito ese intento, formuló denuncia ante la Inspección de Trabajo, finalizando la actividad inspectora con acta de infracción por falta muy grave, por discriminación por razón de sexo; que posteriormente fue expulsada de la asesoría jurídica y relegada a otro puesto de trabajo, viéndose reducidas las responsabilidades y completamente modificadas sus funcio-

nes habituales; que esa movilidad no fue consecuencia de sugerencias dadas por la Inspección de Trabajo en funciones de mediación; que después de la carta de denuncia al presidente y de la visita de la Inspección de Trabajo la demandante fue evaluada (por el año 1999) en unos porcentajes muy inferiores a los de sus compañeros, mientras que con anterioridad había sido evaluada de forma similar a los mismos; y que la situación le ha generado una enfermedad grave.

Esa realidad fáctica revela la existencia de una prueba plena de la discriminación por razón de sexo, pues se ha declarado que todo ha sido consecuencia de su triple maternidad. En cualquier caso, aun si no se admitiera la existencia de prueba plena de la discriminación, el empresario nunca llegó a acreditar razones que justificasen que las distintas medidas perjudiciales para la demandante encontrarán fundamento en causas ajenas a todo propósito discriminatorio. Al contrario, la empresa confesó que las bajas de la demandante fueron el motivo por el que no podía asumir ciertas responsabilidades.

Asimismo, respecto del cambio de puesto de trabajo, la empresa alegó exclusivamente que respondía a las sugerencias de la Inspección de Trabajo en su mediación para solventar el conflicto entre partes, lo que se ha declarado falso. El Tribunal Superior de Justicia de Madrid justifica la medida de movilidad señalando que “la adscripción o el cambio a un nuevo puesto de trabajo obedece a las necesidades organizativas de la empresa, en virtud de las facultades que le concede el artículo 20 del Estatuto de los Trabajadores”, cuando es lo cierto que las necesidades organizativas nunca se alegaron por la empresa, que se limitó a decir que el cambio de puesto fue consecuencia de las indicaciones de la Inspección de Trabajo para resolver el problema.

En definitiva, tanto si se considera que se dio plena prueba de la discriminación o subsidiariamente indicios de la misma no desvirtuados por Red Eléctrica de España, S.A., se concluye que las medidas perjudiciales adoptadas no quedan justificadas como ajenas a todo propósito discriminatorio.

Después, denuncia la vulneración de la garantía de indemnidad del art. 24.1 CE, en la que incurre la Sentencia objeto del presente recurso de amparo al revocar la dictada en la instancia por el Juzgado de lo Social núm. 33 de Madrid, declarando que en el supuesto enjuiciado no se había producido represalia contra la demandante por reclamar sus derechos laborales ante el Presidente de la compañía y la Inspección de trabajo. Con base en los hechos antes reseñados destaca que al reincorporarse tras el último de los permisos de maternidad la empresa le ordenó recoger su despacho individual y le ubicó en otro departamento, sin despacho, viéndose reducidas en principio su atribución de responsabilidades y finalmente completamente modificadas sus funciones habituales, pues en el nuevo puesto no se llevan a cabo trabajos de naturaleza jurídica o estos son de menor entidad. Esa medida no respondió a una sugerencia de la Inspección de Trabajo sino a las quejas formuladas con carácter previo al inicio de acciones judiciales, como anunciaba su carta al Presidente de Red Eléctrica de España, S.A., lo que representa una represalia contraria al art. 24.1 CE en su vertiente de garantía de indemnidad.

## JURISPRUDENCIA • TC •

Subsidiariamente, para el caso de que no se estimen los restantes motivos del recurso, aduce la demanda de amparo la vulneración del art. 24.1 CE por alteración arbitraria en el grado jurisdiccional de duplicación de los hechos declarados probados. Aunque no se modificó el relato fáctico por el cauce del art. 191 b) LPL, la Sala acoge hechos distintos a los probados. Las modificaciones serían las siguientes: 1) La Sala de lo Social afirma que las nuevas tareas son tan dignas y respetables como las anteriores y que no puede admitirse que sean de una entidad inferior o de poca importancia, lo que es contrario al hecho probado 9 y a las declaraciones con valor fáctico de los FFJJ 3 c) y 7 de la Sentencia de instancia, de las que se desprende que el cambio es desfavorable; 2) La Sala destaca que desde el día 1 de octubre de 1999 hasta 26 de junio de 2000 los días trabajados por la demandante han sido solamente ochenta y uno, lo que implica una delimitación temporal selectiva no realizada por el juzgador a quo y que desconoce —o peor aún, trata de dar validez a la medida empresarial pese a— la razón de maternidad que la explica (pues en ese período se dio una baja por enfermedad imputable a la actuación discriminatoria de la empresa y se disfrutó del permiso de maternidad); 3) La Sala establece que el cambio de puesto se funda en razones organizativas, lo que se opone a la declaración fáctica contenida en el FJ 7 de la Sentencia de instancia (que subraya que la decisión constituyó una represalia empresarial), no es acorde con lo alegado por la empresa (que nunca sostuvo que ésa fuera la razón de la movilidad funcional, limitándose a afirmar que fue consecuencia de las indicaciones de la Inspección de Trabajo) e igualmente revela una conclusión contraria a la doctrina de este Tribunal Constitucional en cuanto a que el ejercicio de las facultades organizativas y disciplinarias no pueden servir en ningún caso a la producción de resultados inconstitucionales; 4) Finalmente, la Sentencia recurrida dice que son evidentes las razones que llevaron a promocionar a sus compañeros, vinculadas a la mayor dedicación de éstos y a la falta de disposición de la trabajadora a participar en las nuevas necesidades del departamento de origen, conclusión inconciliable con lo declarado en la instancia en la que no se afirma que la trabajadora mostrara menor disposición o dedicación en el trabajo sino que toda la situación estaba condicionada por el reparto de trabajo que hacían los jefes.

Solicita finalmente la publicación de la Sentencia constitucional, si otorga el amparo interesado, en los centros de trabajo de la demandada durante 30 días de trabajo.

4. Por providencia de 20 de enero de 2004 la Sección Segunda de este Tribunal acordó admitir a trámite la demanda de amparo y, a tenor de lo dispuesto en el art. 51 LOTC, requerir al Juzgado de lo Social núm. 33 de Madrid, Sección Quinta de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, y Sala de lo Social del Tribunal Supremo para que en el plazo de diez días remitiesen, respectivamente, testimonio de los autos núm. 490-2000, recurso de duplicación núm. 688-2001 y recurso núm. 2207-2001, interesándose asimismo el emplazamiento de quienes fueron parte en el mencionado procedimiento, con excepción de la recurrente en amparo, para que en el plazo de diez días pudiesen comparecer en este proceso constitucional.

5. Por diligencia de ordenación de la Secretaría de Justicia de la Sección Segunda de este Tribunal, de 2 de marzo de 2004, se tuvieron por recibidos los testimonios de actuaciones, así como los emplazamientos efectuados y escrito del Procurador don Jacinto Gómez Simón, a quien se tiene por personado y parte en nombre y representación de Red Eléctrica de España, S.A. Asimismo, conforme a lo dispuesto en el art. 52 LOTC, se acordó dar vista de las actuaciones por un plazo común de veinte días al Ministerio Fiscal y a las partes personadas, para que dentro de dicho plazo presentasen las alegaciones que a su derecho conviniesen.

6. Mediante escrito registrado en este Tribunal el 1 de abril de 2004 la representación procesal de la recurrente en amparo evacuó el trámite previsto en el art. 52 LOTC, ratificándose en lo manifestado en la demanda de amparo, a la que se remite en su integridad. Añade una serie de consideraciones sobre la insuficiencia de los hechos declarados probados, indicando que de las actuaciones se desprenden datos adicionales que pueden dar luz sobre el caso enjuiciado. Hace referencia también a circunstancias acaecidas con ocasión de la ejecución provisional de la Sentencia de instancia, y en concreto a represalias de la empresa durante la sustanciación del recurso de duplicación. Así, denuncia que la reposición en su puesto en la asesoría jurídica de la empresa se ha llevado a cabo con una asignación de trabajos jurídicos que no eran de su especialidad, que se le han ocultado reuniones y que se ha acentuado el hostigamiento tras la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, reubicándola de nuevo en el departamento de auditoría interna. Se queja igualmente de que tras la admisión a trámite del presente recurso de amparo la empresa ha procedido a privarle de derechos que venía disfrutando, por ejemplo le ha suprimido la tarifa eléctrica de empleado y el seguro médico, sin previo aviso.

7. Red Eléctrica de España, S.A., presentó sus alegaciones con fecha 2 de abril de 2004. Tras mostrar su disconformidad con el relato de hechos, al motivo primero del recurso opone la existencia de una razón objetiva y razonable del trato diferenciado, consistente en la mayor dedicación y esfuerzo prestados por los integrantes de la asesoría jurídica que promocionaron. Las bajas de la recurrente, no sólo por maternidad, dieron lugar a que las tareas de especialidad o mayor responsabilidad hubieron de ser asumidas por sus compañeros, además de que durante sus períodos de alta la demandante desechó asumir nuevas obligaciones que hubieran necesitado períodos de dedicación y estudio de más profundidad, mayor esfuerzo, etc. En suma, por un lado las bajas hacían imposible objetivamente el encargo de los trabajos que iban surgiendo y que requerían de análisis inmediato, mientras que, por otra parte, la indisponibilidad profesional de la demandante condujo a que efectivamente no se incorporara a las nuevas actividades jurídicas esenciales para la estrategia empresarial en momentos tan cruciales como la expansión o privatización de la empresa. Si los compañeros de la demandante asumieron dichas funciones, con carga adicional al trabajo que habitualmente tenían asignado, por simple aplicación del art. 25 LET alcanzaron el también indudable derecho a la promoción económica, por cuanto fueron merecedores de ella en virtud de circunstancias objetivas, que les distinguían de la actora. Nunca se valoraron negativa-

mente las maternidades de la recurrente, sino que sólo se promovió económicamente en mayor medida a quienes mayor dedicación y esfuerzo habían demostrado.

En ese sentido, cuando la demandante realmente no obtuvo una valoración positiva fue precisamente en el año 1999, período en el que no estuvo en situación de baja por maternidad, lo que quiebra cualquier intento de encontrar un nexo temporal entre el factor protegido (maternidad) y la supuesta conducta discriminatoria. Red Eléctrica de España, S.A., en definitiva, ofreció la justificación objetiva y razonable del tratamiento diferenciado y ello no sólo por la probada mayor carga de trabajo que sobrellevó la asesora jurídica, sino por la mayor contribución que respecto de la misma aportaron otros integrantes del departamento.

En relación con el segundo motivo del recurso (garantía de indemnidad, art. 24.1 CE) mantiene que el puesto de trabajo que se le ofreció estaba al mismo nivel profesional que el de los miembros de la asesoría jurídica, existiendo en ese departamento trabajos de naturaleza jurídica que justifican plenamente dicho puesto. No hubo relegación de funciones y mucho menos práctica discriminatoria o atentado a la garantía de indemnidad de la actora, sino, exclusivamente, una manifestación de la movilidad funcional expresamente regulada y autorizada en el art. 39 LET.

En cuanto a la actuación de la Inspección de trabajo pone de manifiesto que la denuncia interpuesta por la recurrente ha finalizado sin sanción, tal y como acredita con el documento que acompaña su escrito de alegaciones (certificado de la Jefa del servicio de relaciones laborales de la Dirección General de Trabajo de la Comunidad de Madrid, según el cual "con fecha 01-06-2001 se dictó resolución por la Dirección General de Trabajo en los términos siguientes: 'Dejar sin efecto la tramitación del presente expediente administrativo sancionador derivado del acta de infracción 5025/2000, promovida contra la empresa Red Eléctrica de España, S.A., archivando el expediente sin más trámite'").

Por otra parte, en la comunicación realizada a la Presidencia de la empresa la propia demandante refería su insatisfacción laboral, de manera que se trataba de encontrar una solución al problema, única razón por la que se le adscribió a otro puesto de trabajo, de igual nivel en el organigrama y con contenido jurídico. Destaca también que la medida tenía carácter temporal, según se indicaba en la comunicación de 5 de mayo de 2000.

En suma, no puede constituir represalia el cambio a un puesto de trabajo de la misma categoría profesional, para el desarrollo de las mismas funciones jurídicas y que se ofrece como alternativa, de carácter temporal, al descontento puesto de manifiesto por la propia trabajadora.

Respecto del motivo tercero del recurso, que se formula con carácter subsidiario, no supone más que una complementación de los anteriores. El Tribunal Superior de Justicia de Madrid no alteró los hechos sino que alcanzó sus propias conclusiones jurídicas en virtud de la normativa y jurisprudencia aplicables.

Red Eléctrica de España, S.A., interesa por todo ello la desestimación del recurso de amparo.

Con fecha 4 de mayo de 2005 aporta la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 31 de Madrid, recaída en autos núm. 84-

2005, que considera relevante para el presente caso y que corresponde al procedimiento, sobre accidente de trabajo, incapacidad permanente, iniciado por la trabajadora en materia de Seguridad Social frente al Instituto Nacional de la Seguridad Social, la Tesorería General de la Seguridad Social, Unión Museba Ibesvico y Red Eléctrica de España, S.A.

8. Por escrito registrado en este Tribunal el día 25 de marzo de 2004, el Ministerio Fiscal solicita el otorgamiento del amparo. Alega que la Sentencia impugnada ha prescindido de otorgar virtualidad al *factum* acreditado, del que se concluye que los sucesivos embarazos de la demandante y las consiguientes licencias de maternidad fueron los que motivaron el paulatino apartamiento de sus tareas y la no asignación de las mismas tras su reincorporación al trabajo. Ello supone, en primer lugar, desconocer que la situación a la que la trabajadora fue abocada, con grave riesgo de su salud, tuvo como detonante su maternidad, olvidando que tras el embarazo y parto están condicionadas las potestades organizativas y disciplinarias del empresario. E implica, en segundo lugar, otorgar legitimidad al cambio de puesto de trabajo, claramente perjudicial para sus intereses laborales, con base en las facultades organizativas del empresario, con olvido nuevamente de que las mismas están limitadas en estos supuestos.

Por otra parte, la Sentencia cuestionada justificó también la medida empresarial de cambio de puesto de trabajo en las facultades organizativas de la empresa, lo que no puede asumirse pues no se ajusta a los hechos probados, ni a la dicción literal de la comunicación empresarial a la trabajadora, en donde se dota a la medida de una duración limitada en el tiempo, temporalidad de dudosa compatibilidad con las necesidades organizativas que se esgrimen como fundamento por la empresa. Todo ello debe llevar a considerar probados los indicios del carácter de represalia de la medida empresarial.

9. Por providencia de 30 de junio de 2005, se señaló para la deliberación y votación de la presente Sentencia el día 4 de julio del mismo año.

## II. Fundamentos jurídicos

1. Conforme se ha dejado expuesto en los antecedentes, la recurrente interpone demanda de amparo contra la Sentencia de la Sección Quinta de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 23 de abril de 2001, por entender que dicha resolución judicial vulnera sus derechos a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) y a no sufrir discriminación por razón de sexo (art. 14 CE). La Sentencia recurrida revocó la dictada en instancia por el Juzgado de lo Social núm. 33 de Madrid, de fecha 31 de octubre de 2000, que había estimado parcialmente la demanda de tutela de derechos fundamentales formulada por la trabajadora y que a fin de restablecerla en el derecho a no ser discriminada por razón de sexo, cuya lesión apreciaba, ordenó su reposición en las funciones previas y en su puesto de trabajo de origen en la asesoría jurídica de la empresa, su equiparación salarial con los compañeros de trabajo de ese departamento y diversas indemnizaciones por la pérdida de salud y por los daños morales ocasionados, así como la publicación de la Sentencia durante treinta días laborables en los tablones de anuncios de los distintos centros de trabajo de la empresa.

Del mismo parecer que la recurrente es el Ministerio Fiscal, que postula el otorgamiento del amparo conforme queda expuesto en los antecedentes, en los que se recoge su escrito de alegaciones. Por el contrario, la representación de Red Eléctrica de España, S.A., comparecida en este proceso constitucional, interesa la denegación del amparo, considerando que no existe vulneración de los derechos fundamentales aducidos y que la demandante se limita a expresar su discrepancia con la resolución judicial impugnada sin haber logrado acreditar, ni siquiera indiciariamente, la concurrencia de las vulneraciones que denuncia.

2. Procede examinar las distintas vulneraciones constitucionales que sustentan la demanda de amparo, advirtiendo ya que, como la pretensión subsidiaria relativa a la alteración arbitraria de los hechos probados en el grado jurisdiccional de suplicación se formula accesoriamente a las referidas a la garantía de indemnidad del art. 24.1 CE y a la prohibición de discriminación por razón de sexo (art. 14 CE), serán éstas las que resultarán objeto de examen, quedando fuera de nuestro análisis aquella otra queja, salvo que resultaren desestimadas las que se plantean con carácter principal. No obstante, al objeto de precisar la cuestión objeto de nuestro enjuiciamiento será necesario justificar desde este primer momento la atención preferente que merece la pretensión relativa a la vulneración del art. 14 CE.

Ya en la demanda rectora del proceso a quo, pese a alegarse la lesión de los dos derechos fundamentales citados (art. 14 CE, por discriminación por razón de sexo, y art. 24.1 CE, en su vertiente de garantía de indemnidad), la queja de la trabajadora respondía a un planteamiento conforme al cual el hecho que ahora constituye el fundamento de la invocación de la garantía de indemnidad (a saber: la decisión empresarial de movilidad funcional tras la reivindicación por la demandante de sus derechos) se consideraba no sólo, ni siquiera tanto, una represalia empresarial contraria a la garantía de indemnidad del art. 24.1 CE, cuanto una expresión adicional o final de una secuencia discriminatoria por razón de sexo (art. 14 CE). En efecto, la denuncia por discriminación se articulaba aludiendo a la relegación progresiva de funciones y pérdida de estatuto profesional en la empresa en los sucesivos periodos de embarazo y maternidad, que tuvo entre sus consecuencias un peor trato profesional y salarial como consecuencia de la falta de promoción económica de la demandante a diferencia de sus compañeros juristas del mismo área. Del mismo modo, el cambio de puesto de trabajo —aunque también se conectaba con la garantía de indemnidad (art. 24.1 CE)— se calificaba reiteradamente en distintos momentos de la propia demanda como una manifestación más de la discriminación por la triple maternidad. Por ello, en el suplico de la demanda la demandante pedía que la Sentencia declarase la nulidad de las decisiones empresariales, entre ellas la del cambio de puesto de trabajo, por resultar contrarias a la prohibición de discriminación (art. 14 CE), sin citar el art. 24.1 CE en su vertiente de garantía de indemnidad. En igual sentido, el acta de infracción 5025-2000 de la Inspección de trabajo consideró que, además de las restantes medidas, la movilidad funcional desfavorable representaba un acto discriminatorio por razón de sexo contrario al art. 14 CE.

Por su parte, las Sentencias de instancia y suplicación hicieron confluír en sus razonamientos el doble enfoque que sustenta la demanda de amparo (vulneración de la garantía de indemnidad y de la prohibición de discriminación por razón de sexo), centrándose en determinar si tanto la relegación de funciones y la menor retribución de la demandante, no promocionada en su nivel salarial a diferencia de sus compañeros del departamento jurídico, como el cambio de puesto de trabajo que ordenó la empresa con fecha 5 de mayo de 2000, eran ambos constitutivos o no de una vulneración del derecho fundamental del art. 14 CE. En su parte dispositiva la Sentencia de instancia calificó la movilidad funcional como una concreción adicional de la discriminación por razón de sexo. El fallo de la Sentencia, en efecto, establece que Red Eléctrica de España, S.A., “al relegar a la demandante de sus funciones en la asesoría jurídica y trasladarla al departamento de calidad de la dirección de auditoría interna la ha discriminado por razón de sexo, por causa de su triple maternidad”. Esa consideración de la movilidad funcional como manifestación final de la conducta empresarial contraria a la prohibición de discriminación, unida al examen judicial, también bajo la cobertura del art. 14 CE, del resto de las decisiones empresariales objetadas (las de naturaleza retributiva, señaladamente), situó en esos terrenos de la prohibición de discriminación el centro de la controversia y del debate procesal.

En consecuencia, la doble alegación de la demanda de amparo no oculta el carácter principal de la queja referida a la vulneración del art. 14 CE, integrando en ella la cuestión relativa al cambio de puesto de trabajo como expresión añadida de la conducta empresarial discriminatoria, sin perjuicio de las consideraciones que habremos de efectuar en el último fundamento jurídico de esta Sentencia respecto de la garantía de indemnidad (art. 24.1 CE).

3. Centrado así el objeto de nuestro enjuiciamiento, debemos comenzar recordando nuestra doctrina sobre la prohibición de discriminación que consagra el art. 14 CE.

Entre tantas otras, la STC 39/2002 del Pleno de este Tribunal, de 14 de febrero de 2002 (FJ 4), sienta nuestra doctrina sobre el principio de no discriminación:

“La virtualidad del art. 14 CE no se agota, sin embargo, en la cláusula general de igualdad con la que se inicia su contenido, sino que a continuación el precepto constitucional se refiere a la prohibición de una serie de motivos o razones concretos de discriminación. Esta referencia expresa a tales motivos o razones de discriminación no implica el establecimiento de una lista cerrada de supuestos de discriminación (STC 75/1983, de 3 de agosto, FJ 6), pero sí representa una explícita interdicción de determinadas diferencias históricamente muy arraigadas y que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones, no sólo desventajosas, sino contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10.1 CE (SSTC 128/1987, de 16 de julio, FJ 5; 166/1988, de 26 de septiembre, FJ 2; 145/1991, de 1 de julio, FJ 2).

En este sentido el Tribunal Constitucional, bien con carácter general en relación con el listado de los motivos o razones de discriminación expresamente prohibidos por el art. 14 CE, bien en relación

con alguno de ellos en particular, ha venido declarando la ilegitimidad constitucional de los tratamientos diferenciados respecto de los que operan como factores determinantes o no aparecen fundados más que en los concretos motivos o razones de discriminación que dicho precepto prohíbe, al tratarse de características expresamente excluidas como causas de discriminación por el art. 14 CE (con carácter general respecto al listado del art. 14 CE, SSTC 83/1984, de 8 de febrero, FJ 3; 20/1991, de 31 de enero, FJ 2; 176/1993, de 27 de mayo, FJ 2; en relación con el sexo, entre otras, SSTC 128/1987, de 16 de julio, FJ 6; 207/1987, de 22 de diciembre, FJ 2; 145/1991, de 1 de julio, FJ 3; 147/1995, de 16 de octubre, FJ 2; 126/1997, de 3 de julio, FJ 8; en relación con el nacimiento, SSTC 74/1997, de 21 de abril, FJ 4; 67/1998, de 18 de marzo, FJ 5; ATC 22/1992, de 27 de enero; en relación con la edad, STC 31/1984, de 7 de marzo, FJ 11).

No obstante este Tribunal ha admitido también que los motivos de discriminación que dicho precepto constitucional prohíbe puedan ser utilizados excepcionalmente como criterio de diferenciación jurídica (en relación con el sexo, entre otras, SSTC 103/1983, de 22 de noviembre, FJ 6; 128/1987, de 26 de julio, FJ 7; 229/1992, de 14 de diciembre, FJ 2; 126/1997, de 3 de julio, FJ 8; en relación con las condiciones personales o sociales, SSTC 92/1991, de 6 de mayo, FFJJ 2 a 4; 90/1995, de 8 de julio, FJ 4; en relación con la edad, STC 75/1983, de 3 de agosto, FFJJ 6 y 7; en relación con la raza, STC 13/2001, de 29 de enero, FJ 8), si bien en tales supuestos el canon de control, al enjuiciar la legitimidad de la diferencia y las exigencias de proporcionalidad, resulta mucho más estricto, así como más rigurosa la carga de acreditar el carácter justificado de la diferenciación.

Al respecto tiene declarado que, a diferencia del principio genérico de igualdad, que no postula ni como fin ni como medio la paridad y sólo exige la razonabilidad de la diferencia normativa de trato, las prohibiciones de discriminación contenidas en el art. 14 CE implican un juicio de irrazonabilidad de la diferenciación establecida ex constitutione, que imponen como fin y generalmente como medio la parificación, de manera que sólo pueden ser utilizadas excepcionalmente por el legislador como criterio de diferenciación jurídica, lo que implica la necesidad de usar en el juicio de legitimidad constitucional un canon mucho más estricto, así como un mayor rigor respecto a las exigencias materiales de proporcionalidad (SSTC 126/1997, de 3 de julio, FJ 8, con cita de las SSTC 229/1992, de 14 de diciembre, FJ 4; 75/1983, de 3 de agosto, FFJJ 6 y 7; 209/1988, de 10 de noviembre, FJ 6). También resulta que en tales supuestos la carga de demostrar el carácter justificado de la diferenciación recae sobre quien asume la defensa de la misma y se torna aún más rigurosa que en aquellos casos que quedan genéricamente dentro de la cláusula general de igualdad del art. 14 CE, al venir dado el factor diferencial por uno de los típicos que el art. 14 CE concreta para vetar que en ellos pueda basarse la diferenciación, como ocurre con el sexo, la raza, la religión, el nacimiento y las opiniones (STC 81/1982, de 21 de diciembre, FJ 2)."

4. Definidos los perfiles generales de la prohibición constitucional de discriminación, hemos de reiterar a continuación nuestra jurisprudencia sobre la discriminación prohibida específicamente por

razón de sexo (art. 14 CE), que tiene su razón de ser en la voluntad de terminar con la histórica situación de inferioridad, en la vida social y jurídica, de la mujer (por todas, STC 17/2003, de 30 de enero, FJ 3).

Hemos dicho que la conducta discriminatoria se cualifica por el resultado peyorativo para la mujer que la sufre, que ve limitados sus derechos o sus legítimas expectativas por la concurrencia de un factor cuya virtualidad justificativa ha sido expresamente descartada por la Constitución, dado su carácter atentatorio a la dignidad del ser humano (art. 10.1 CE). Tal tipo de discriminación comprende, sin duda, aquellos tratamientos peyorativos que se fundan no sólo en la pura y simple constatación del sexo de la víctima, sino en la concurrencia de razones o circunstancias que tengan con el sexo de la persona una conexión directa e inequívoca, como sucede con el embarazo, elemento o factor diferencial que, por razones obvias, incide de forma exclusiva sobre las mujeres (STC 173/1994, de 7 de junio, FJ 2; 136/1996, de 23 de julio, FJ 5; 20/2001, de 29 de enero, FJ 4; 41/2002, de 25 de febrero, FJ 3; o 17/2003, de 30 de enero, FJ 3). Por ello, partiendo de que los tratos desfavorables en el trabajo basados en el embarazo, al afectar exclusivamente a la mujer, constituyen una discriminación por razón de sexo proscrita por el art. 14 CE, hemos estimado diversos recursos de amparo relativos a la materia aquí enjuiciada, incluso respecto de decisiones empresariales ad nutum, como la resolución de la relación laboral en período de prueba (SSTC 94/1984, de 16 de octubre, y 166/1988, de 26 de septiembre) o la no renovación de un contrato temporal (STC 173/1994, de 7 de junio), y hemos afirmado igualmente que la misma conclusión debe prevalecer ante decisiones causales como el despido, pues la paridad que impone el segundo inciso del art. 14 CE en lo que se refiere a las condiciones de trabajo implica que se garanticen a hombres y mujeres las mismas condiciones en el empleo, sin discriminación por razón de sexo (STC 136/1996, de 23 de julio).

De ello se deduce, en relación con la prohibición de discriminación por maternidad, la limitación de las potestades organizativas y disciplinarias del empresario en el ámbito estricto del desarrollo y vicisitudes de la relación laboral, pues es obligado evitar las consecuencias físicas y psíquicas que las medidas discriminatorias podrían tener en la salud de la trabajadora, resultando un imperativo constitucional, al mismo tiempo, afianzar los derechos laborales que le corresponden en su condición de trabajadora (por todas, STC 17/2003, de 30 de enero, FJ 3). Y, aunque ciertamente el art. 14 CE no consagra la promoción de la maternidad o de la natalidad, sí excluye toda distinción o trato peyorativo a la mujer en la relación laboral fundado en dichas circunstancias. La protección de la condición biológica y de la salud de la mujer trabajadora ha de ser compatible con la conservación de sus derechos profesionales, de suerte que la minusvaloración o el perjuicio causado por el embarazo o la sucesiva maternidad constituyen un supuesto de discriminación directa por razón de sexo.

El examen de la normativa que, ex art. 10.2 CE, sirve de fuente interpretativa del art. 14 CE corrobora la amplitud de esa protección. De ello son prueba destacada tanto los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo núm. 103, sobre la protec-

## JURISPRUDENCIA • TC •

ción de la maternidad, núm. 111, relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación, y núm. 156, sobre la igualdad de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras: trabajadores con responsabilidades familiares, como la Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, hecha en Nueva York el 18 de diciembre de 1979.

Asimismo, en el ámbito del Derecho comunitario, hemos de referirnos a la Directiva 1976/207/CEE del Consejo después modificada por la Directiva 2002/73/CEE, de 23 de septiembre, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo. En su aplicación la STJCE de 30 de abril de 1998, asunto 136-1995, Thibault, que presenta cierta conexión con el presente caso, afirma que el ejercicio de los derechos conferidos a las mujeres no puede dar lugar a un trato desfavorable, ni en lo que atañe a su acceso al empleo, ni en lo que respecta a sus condiciones de trabajo. La Sentencia establece que el principio de no discriminación exige que la trabajadora, que en virtud del contrato de trabajo sigue vinculada al empresario durante su permiso de maternidad, no se vea privada de sus condiciones de trabajo que se aplican tanto a los trabajadores de sexo femenino como a los de sexo masculino y que derivan de dicha relación laboral, y que, en particular, aquel principio impide privarla del derecho a ser objeto de una calificación anual a efectos de una promoción profesional de la que, de no haber estado encinta y de no haber hecho uso del permiso por maternidad al que tenía derecho, habría podido beneficiarse.

5. La prohibición constitucional específica de los actos discriminatorios por razón de sexo determina que se habrá producido la lesión directa del art. 14 CE cuando se acredite que el factor prohibido representó el fundamento de una minusvaloración o de un perjuicio laboral, no teniendo valor legitimador en esos casos la concurrencia de otros motivos que hubieran podido justificar la medida al margen del resultado discriminatorio.

Siendo así, para resolver la cuestión planteada en este recurso de amparo hemos de partir de los hechos probados, pues la simple lectura de las alegaciones de las distintas partes del proceso revela en esta ocasión fuertes discrepancias sobre lo ocurrido. Por ello, será necesario despejar esa confusión concretando los hechos que están efectivamente acreditados, cuya invariabilidad nos impone el art. 44.1 b) LOTC, dado que la revisión del factum judicial está vetada a nuestra jurisdicción, como hemos dicho, con reiteración desde las iniciales SSTC 2/1982, de 29 de enero, y 11/1982, de 29 de marzo.

Dejando a un lado las valoraciones que realizan las partes y los órganos judiciales sobre los hechos, de las distintas incidencias producidas en el curso de la relación laboral de la demandante con la empresa Red Eléctrica de España, S.A., tal como derivan del relato fáctico de la Sentencia del Juzgado de lo Social mantenido por la Sentencia de suplicación aquí impugnada, las que importan para la resolución del caso son las siguientes:

- a) Los hijos de la demandante nacieron en octubre de 1995, octubre de 1996 y enero de 2000.
- b) Su última promoción fue decidida por la empresa con anterior-

idad, en julio de 1994. En 1997, 1998 y 1999 fueron promocionados sus dos compañeros de trabajo.

c) En la evaluación de 1995 la demandante consiguió la misma valoración que el compañero de departamento que ya había ingresado en la empresa, observándose en el informe de su jefa Sra. Zarco una clara satisfacción por el esfuerzo de aquélla a pesar de su reciente maternidad.

d) En las siguientes evaluaciones —años 1996 a 1999— obtuvo valoraciones inferiores a sus compañeros, salvo en 1998.

e) En 1996 la Sra. Zarco reconocía en su informe que, dada su situación personal de dos maternidades seguidas y terminación del master de medio ambiente, ha tenido un área de responsabilidad más limitada. La demandante manifestó por primera vez su discrepancia con los criterios de reparto de asuntos, señalando que en 1995 cursó el mismo master y estuvo más días de baja por maternidad y, sin embargo, le fueron encomendados trabajos de más responsabilidad que concluyó con gran satisfacción para la empresa, según dedujo de la evaluación del periodo anterior. En la evaluación de 1997 la trabajadora manifiesta nuevamente su descontento con la distribución del trabajo, poniendo acento en los efectos económicos en los que ha incidido esa circunstancia, reiterando su queja en la evaluación de 1998.

f) El 28 de septiembre de 1999 la trabajadora remite carta al Presidente de la empresa en la que expone su situación, que califica de discriminatoria por razón de sexo y derivada de los embarazos, anunciando su voluntad de hacer efectivos sus derechos incluso judicialmente. Se ordenó por el Presidente una investigación de la que no consta resultado alguno.

g) El 26 de octubre de 1999 la demandante formula denuncia ante la Inspección de Trabajo por discriminación por razón de sexo. La citada denuncia culmina con acta de infracción con propuesta de sanción, por haber sido objeto la trabajadora de decisiones discriminatorias en cuanto a su promoción profesional y retribución, haciéndose también referencia al traslado a otro departamento de la empresa. En sus alegaciones Red Eléctrica de España, S.A., aporta certificación de la Jefa del servicio de relaciones laborales de la Dirección General de Trabajo de la Comunidad de Madrid, según la cual se ha dejado sin efecto la tramitación del expediente administrativo sancionador.

h) La evaluación de la trabajadora en 1999 —realizada en mayo de 2000 tras su reincorporación después de su tercera maternidad— arrojó una puntuación media muy inferior a la de sus dos compañeros del área jurídica, resaltando su jefa que se había producido un descenso de rendimiento debido a la insatisfacción en el trabajo.

i) El 5 de mayo de 2000 la empresa remite a la demandante una nota anunciándole el cambio de puesto de trabajo. Ese escrito indica que las denuncias contenidas en su carta al Presidente han resultado ser infundadas y, asimismo, anuncia la realización de una reunión en el término de dos meses para valorar el nivel de satisfacción en su nuevo puesto. Por otra parte, se hacía referencia a que la medida de movilidad surgía de conversaciones con la Inspección de Trabajo, si bien con valor de hecho probado —con base en el folio 82 de las actuaciones— el fundamento de Derecho quinto de la Sentencia de instancia declara que ese dato no se corres-

## JURISPRUDENCIA • TC •

ponde con la realidad, pues tal cambio no fue propiciado por la Inspección, en contra de lo que aducía la empresa.

j) Existe un informe de agosto de 2000 de psiquiatría que diagnostica a la trabajadora trastorno de personalidad, ansiedad y angustia con falta de apetito relacionada con el perjuicio laboral, señalando que tras volver a su puesto de trabajo aparece un empeoramiento ansioso depresivo.

k) Se hacen constar las horas no trabajadas por la demandante con causa en enfermedad, permisos y maternidad, lo mismo que las diferencias retributivas entre el nivel retributivo 12-B y el 17-C reconocido a sus compañeros.

l) A partir de 1995 la empresa se vio inmersa en un periodo de cambios y adaptaciones al mercado, no habiéndose encomendado a la demandante tareas relacionadas con los nuevos retos estratégicos.

m) Está también acreditado:

1) Que la empresa se opuso fundamentalmente a la demanda alegando que el diferente trato profesional dado fue debido a que los compañeros varones del área jurídica asumieron mayores compromisos de trabajo, superiores a los que objetivamente podía asumir y a los que voluntariamente estaba dispuesta a aceptar la demandante, así como que su traslado a otro puesto de trabajo se produjo en respuesta a las sugerencias dadas por la Inspección.

2) Que, atendiendo a las funciones atribuidas en el organigrama de la empresa, en el nuevo departamento al que fue trasladada la trabajadora no se llevan a cabo trabajos de naturaleza jurídica, o, en su caso, son éstos de entidad jurídica menor [fundamentos de Derecho 3 c) y 7]. La Sentencia recurrida en amparo afirma que no se puede admitir esa tesis de la Sentencia de instancia, pero lo cierto es que no es una valoración del juzgador a quo, sino una declaración con valor fáctico fundada en el organigrama de la empresa, hecho que no fue revisado por el cauce del art. 191 b) de la Ley de procedimiento laboral en el grado jurisdiccional de suplicación.

3) Que existieron contradicciones en las declaraciones de los jefes de la demandante sobre las razones de la no asignación de ciertas funciones a la trabajadora y que, en particular, el representante legal de la empresa reconoció expresamente que las bajas de la demandante fueron el motivo por el que no se le asignaron dichas responsabilidades.

6. El resto de los elementos que se han traído en algún momento a colación en el proceso a quo o en este proceso constitucional, o bien no son hechos probados sino valoraciones jurídicas, o bien representan meras discrepancias de las partes con el inalterado relato de hechos.

En concreto, tiene particular importancia subrayar que, en contra de lo que se alega:

1) No está probado que la empresa haya valorado los conocimientos en el trabajo y la disponibilidad profesional de sus empleados para asumir nuevas responsabilidades.

2) No se ha declarado probado que la adscripción a un nuevo puesto de trabajo obedezca a las necesidades organizativas de la empresa. De hecho la sociedad demandada alegó que las razones eran otras (sugerencia de la Inspección de Trabajo, lo que se ha declarado falso).

3) No está probado que la demandante no mostrara disposición para participar en los más recientes requerimientos del departamento de asesoría jurídica, o que su disposición fuera menor que la de sus compañeros de área. Tampoco que la promoción de éstos estuviera fundada en datos, como su mayor dedicación o esfuerzo, que probaran que el reparto de tareas realizado por los jefes resultara indiferente en dichas consecuencias funcionales y salariales.

4) Asimismo, no hay hecho probado alguno ni declaración con valor fáctico de los que deducir que los permisos de maternidad hicieran imposible objetivamente algún tipo de participación de la demandante en los trabajos de mayor entidad o responsabilidad. De hecho, en 1995, pese a encontrarse embarazada, consiguió altas calificaciones y una elevada consideración de su esfuerzo por parte de la Sra. Zarco.

5) No hay elemento alguno del que poder deducir que la insatisfacción laboral de la demandante pudiera haberle llevado a preferir un cambio de puesto de trabajo como el acordado, ni tampoco fundamento alguno para concluir que la indicación contenida en la comunicación de 5 de mayo de 2000, en la que la empresa anunciaba una reunión a celebrar una vez que transcurrieran dos meses desde el acuerdo de movilidad, equivaliera a un compromiso del empleador para conciliar con la trabajadora las medidas definitivas a adoptar para lograr una solución al conflicto.

Finalmente, ha de destacarse que no podemos tomar en consideración otros elementos sobrevenidos y alegados en el trámite del art. 52 LOTC, no ya porque no acreditan necesariamente lo que se aduce, sino porque, como se dijo, al amparo del art. 44.1 b) LOTC debemos atenernos a los hechos probados en las resoluciones dictadas en el proceso del que trae causa este recurso de amparo.

7. Pues bien, de todo lo anterior se deduce inequívocamente, como sostiene el Ministerio Fiscal, que los sucesivos embarazos y consiguientes maternidades de la demandante motivaron la no asignación de las tareas jurídicas de mayor entidad, el perjuicio derivado en la promoción económica y el cambio final de puesto de trabajo a un departamento distinto al de origen, caracterizado por carecer de contenido jurídico o por la menor entidad del trabajo de esta naturaleza.

En efecto, podrían considerarse indicios de la discriminación denunciada la conexión temporal entre la maternidad y las medidas controvertidas; la desconsideración del esfuerzo realizado por la demandante, reconocido por sus jefes en distintas evaluaciones; las contradicciones en las que incurrieron éstos; el hecho de que el alegato empresarial sobre las razones del cambio del puesto de trabajo no respondiera a la realidad (una pretendida sugerencia o mediación de la Inspección) o la inmediatez con que esa decisión de movilidad fue tomada respecto del momento en el que la demandante desplegó actos de denuncia de la situación que consideraba discriminatoria. Pero, más allá de ello, la confesión del representante legal de la empresa —a la que se refiere el Juez de instancia— revela de forma patente el motivo que fue causa de las decisiones empresariales de relegación de la trabajadora.

No se trata, en consecuencia, de que la recurrente haya ofrecido un panorama indiciario de la lesión que aduce, sino que se ha acredi-

tado plenamente una conexión causal entre los hechos denunciados y el motivo jurídicamente relevante que los fundamentó (la triple maternidad). Así se desprende de los hechos probados que acabamos de reiterar para despejar toda duda, lo mismo que de las declaraciones con valor fáctico contenidas en la fundamentación de la Sentencia de instancia, no revisadas en el sucesivo grado jurisdiccional. Es relevante, en efecto, que, al margen de los criterios que sienta y de los razonamientos que contiene la resolución recurrida en amparo, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia mantuvo sin alteraciones el relato de hechos probados, y dejó, por tanto, establecida definitivamente la conexión causal entre las decisiones empresariales cuestionadas y el motivo al que respondían, según se ha visto en el fundamento jurídico anterior. Con tal proceder, la Sala de suplicación mantuvo el análisis de las vulneraciones constitucionalmente denunciadas por la trabajadora en el plano del art. 20 de la Ley del estatuto de los trabajadores, olvidando con ello que la exclusión de la discriminación exige que cuando ante un órgano judicial se invoque una diferencia de trato basada en las circunstancias que el citado art. 14 CE considera discriminatorias —en este caso, el sexo— y tal invocación se realice precisamente por una persona perteneciente al colectivo tradicionalmente castigado por esa discriminación —en este caso, la mujer trabajadora—, el órgano judicial no puede limitarse a valorar si la diferencia de trato denunciada tiene, en abstracto, una justificación objetiva y razonable, como si se tratara de un problema relativo a la cláusula general de igualdad, sino que debe entrar a analizar, en concreto, si lo que aparece como una diferenciación formalmente razonable no encubre o permite encubrir una discriminación contraria al art. 14 CE (en ese sentido, SSTC 145/1991, de 1 de julio, FJ 2, y 286/1994, de 27 de octubre, FJ 3).

Dicho de otro modo, no puede mantenerse, como hace la resolución recurrida, que no exista discriminación por el hecho de que el empresario se encuentre en el ejercicio de actos amparados por la legislación laboral. Ya hemos dicho que, incluso si concurriera causa legal, la libertad empresarial no alcanza a la producción de resultados inconstitucionales (por todas, STC 87/2004, de 10 de mayo, FJ 2), y que no es admisible una minusvaloración o perjuicio en las condiciones de trabajo inmediatamente asociado a la maternidad, al constituir una discriminación directa por razón de sexo (art. 14 CE). Por tanto, la conducta empresarial fundada en motivos expresamente prohibidos como el sexo no puede ser valorada como un mero acto de libertad o como el ejercicio de facultades habilitadas por el Derecho, lo mismo que el interés empresarial latente en ese tipo de decisiones, sea del tipo que sea, no puede legitimarse a través de medidas contrarias al mandato constitucional de prohibición de la discriminación de la mujer.

Y lo cierto es que no se ha aportado ninguna prueba que cabal y racionalmente rompa el nexo causal descrito entre la minusvaloración profesional y la triple maternidad de la trabajadora, situando las decisiones empresariales al resguardo de cualquier motivación discriminatoria. Al contrario, en el caso que enjuiciamos se aprecia la aplicación de un criterio de relegación profesional y económica y una orden de movilidad funcional desfavorable por razón de los sucesivos embarazos y maternidades de la trabajado-

ra. Por consiguiente, una argumentación como la mantenida por la Sala de lo Social en la resolución impugnada provoca, sustancialmente, el efecto de denegar la tutela judicial solicitada con fundamento en principios extraídos del ámbito de la legalidad ordinaria, que no pueden, en modo alguno, neutralizar la realidad comprobada —y los efectos— de la vulneración por el empresario del derecho fundamental de la demandante (en ese sentido, STC 173/1994, de 7 de junio, FJ 4). De aceptarse lo contrario, quedarían al margen de tutela algunas de las más notorias consecuencias de la discriminación como mal social a erradicar por mandato constitucional (en este caso, la continuidad y el desarrollo ordinario de la propia carrera profesional en conciliación con la libre decisión de maternidad) y, además, quedarían virtualmente vacíos de contenido los compromisos internacionales adquiridos por España en esta materia, antes mencionados.

En suma, la decisión empresarial resultó ser discriminatoria por razón de sexo con vulneración del art. 14 CE, y al no haberse corregido por la Sentencia de la Sala de lo Social aquí impugnada, será procedente el pronunciamiento previsto en el art. 53 a) LOTC, con la declaración de la firmeza de la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 33 de los de Madrid, que declaraba la vulneración del art. 14 CE y las consecuencias aparejadas.

8. La recurrente alega también en su recurso que el cambio de puesto de trabajo constituyó una represalia por su denuncia ante la Inspección de Trabajo y por la carta que a través de burofax remitió a la Dirección de la empresa, concretando en ello su queja de vulneración de la garantía de indemnidad (art. 24.1 CE). De los hechos probados se desprende, efectivamente, que el 28 de septiembre de 1999 remitió carta al Presidente de la empresa en la que exponía su situación, que calificaba de discriminatoria por razón de sexo y derivada de los embarazos, anunciando su voluntad de hacer efectivos sus derechos incluso judicialmente. A ese escrito siguió una denuncia ante la Inspección de Trabajo y finalmente el ejercicio de la acción judicial que origina este recurso de amparo. Esas circunstancias podrían dar lugar, en una consideración autónoma, a la aplicación de la doctrina sentada en nuestra aún reciente STC 55/2004, de 19 de abril, según la cual, si se acredita que el objetivo de una reclamación extrajudicial era evitar el proceso, puede llegar a extenderse la garantía de la indemnidad del art. 24.1 CE a esa actividad previa no imperativa, pero conveniente y aconsejable, siempre que del contexto, que se integra por los actos anteriores, coetáneos y posteriores, se deduzca sin dificultad que aquélla está directamente encaminada al ejercicio del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

No será preciso, sin embargo, proceder a tal examen, pues, como ya indicamos en el fundamento jurídico segundo de esta resolución, la Sentencia de instancia, cuya firmeza declaramos, consideró que esa decisión empresarial de movilidad funcional era una manifestación adicional de la discriminación aducida y declarada en el fallo, acogiendo en su parte dispositiva la reposición de la demandante en las funciones que anteriormente realizaba y en el puesto de trabajo que ocupaba en la asesoría jurídica.

No puede acogerse, finalmente, la pretensión relativa a la publicación de esta Sentencia en los centros de trabajo de la demanda-

da durante treinta días de trabajo. El art. 55.1 LOTC establece el contenido exclusivo de los pronunciamientos de las Sentencias de amparo, y por ello, de las pretensiones que la parte recurrente puede formular, y que son los que determinan la nulidad de la decisión, acto o resolución que haya impedido el pleno ejercicio del derecho o libertad protegidos, su reconocimiento de acuerdo con su contenido constitucional, o por fin, su restablecimiento para conservarlo en lo sucesivo; debiendo entenderse que quedan al margen de dicho recurso las pretensiones que no se dirijan a conseguir tales finalidades, porque planteen temas ajenos al contenido del mismo por exceso, y conducentes a declaraciones diversas, tratando de convertir al Tribunal Constitucional en una tercera instancia, con revisión de hechos o realizando declaraciones y valoraciones jurídicas u ordenando medidas sin apoyo cierto en los derechos o libertades que salvaguardan en pro de los ciudadanos las normas constitucionales antes indicadas (ATC 98/1981, de 30 de septiembre).

**FALLO**

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

Ha decidido

Estimar parcialmente el recurso de amparo interpuesto por doña Enriqueta Gómez Salcedo y, en consecuencia:

1º Reconocer su derecho a no ser discriminada por razón de sexo (art. 14 CE).

2º Anular la Sentencia de la Sección Quinta de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 23 de abril de 2001, dictada en el recurso de suplicación núm. 688-2001, en proceso de tutela de derechos fundamentales, declarando la firmeza de la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 33 de Madrid, de fecha de 31 de octubre de 2000.

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

Dada en Madrid, a cuatro de julio de dos mil cinco.

**COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 182/2005, DE 4 DE JULIO. DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO DE TRABAJADORA EMBARAZADA.**

La discriminación indirecta ha sido definida por el Tribunal Constitucional como aquella que "incluye los tratamientos formalmente no discriminatorios de los que derivan, por las diferencias fácticas que tienen lugar entre los trabajadores de diverso sexo, consecuencias desiguales perjudiciales por el impacto diferenciado y desfavorable que tratamientos formalmente iguales o tratamientos desiguales tienen sobre los trabajadores de uno o de otro sexo a causa de la diferencia de sexo". (STC 145/1991). En realidad, de lo que se trata, y la doctrina ha perfilado perfectamente esto, es de "la consecuencia de la aplicación de una medida neutra que desfavorece en mayor medida a las mujeres injustificadamente".<sup>66</sup>

Este concepto de discriminación indirecta, creado por el TJCE, permite a nuestro Tribunal Constitucional, un importante desarrollo de la igualdad material, sobre todo en materia laboral, en la medida en que cualquier decisión empresarial en este sentido, va a ser analizada, no desde la corrección puramente formal, sino desde la finalidad de que no se produzca una desigualdad material.

La STC 182/2005, de 4 de julio, abunda en este concepto e implica una importante evolución de la igualdad sustantiva. Se trata de un recurso de amparo interpuesto por una letrada asesora jurídica, madre de tres hijos, que trabaja con dos compañeros letrados, en una empresa de servicios eléctricos. La promoción laboral de sus compañeros en detrimento de la suya, se considera la materia del recurso de amparo. Esta promoción se sucede a la evaluación anual que la empresa efectúa con criterios objetivos de producción, y que la actora tiene una mayor dificultad en conseguir por sus circunstancias de maternidad.

Esto origina en ella un agravio comparativo, que pone en marcha mecanismos internos de la empresa para intentar resolver sus exigencias de rendimiento objetivo con sus circunstancias personales, denuncias a la Inspección de Trabajo, y finalmente un cuadro depresivo de ansiedad, muy común en todo este tipo de reivindicaciones laborales, en los que se acaba incurriendo por la presión personal que implica la conflictividad con la empresa.

Finalmente, es cambiada de puesto de trabajo y relegada de las funciones jurídicas que venía realizando. Frente a ello, se interpone una demanda por lesión de derechos fundamentales, que es estimada en parte en la instancia, pero que es revocada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que estima el recurso de suplicación presentado por la empresa, en el que se desestiman todas las pretensiones de la actora. Por la Sala de lo Social no se considera vulneración alguna del derecho de igualdad, en la medida en que el empresario goza de total discrecionalidad en las condiciones de trabajo una vez que se respeten los mínimos legales.

Frente a este criterio, el Tribunal Constitucional dejará plenamente sentado que la libertad empresarial, aún cuándo se apoyara en fundamentos legales, no puede producir resultados inconstitucionales. Y que por tanto, una conducta empresarial que produce discriminación por razón de género, no puede ser valorada como un acto de libertad, o como el ejercicio de facultades habilitadas por el Derecho. (FJ. n. 7).

Por medio de esta Sentencia, se está ampliando considerablemente el contenido material del derecho de igualdad de género, porque se supera el concepto de igualdad como interdicción de la arbitrariedad, para adentrarse en la construcción de la igualdad, compatible con las circunstancias reales y materiales en las que se encuentran las mujeres trabajadoras, que han de hacer frente a la

<sup>66</sup> C. Sáez Lara, "Mujeres y mercado de trabajo", CES. MADRID. 1994.

maternidad. De esta forma, y aunque solo se diga “obiter dicta”, el Tribunal muestra su preocupación acerca de cómo hacer compatible la vida laboral y familiar.

Hay sin embargo, algunos hechos fuera del estricto procedimiento, que interesa destacar, por lo que tienen de común en los casos de esta naturaleza, y hacen referencia a las consecuencias personales que para las mujeres tienen el afrontamiento de estas situaciones. El conflicto judicial a que se someten, no obtiene un pleno restablecimiento de la situación, y a menudo las sume en otro conflicto psicológico de mayor dimensión que la estrictamente profesional. Depresión, estrés, y un cuadro de ansiedad, que se les produce al tener que sobrellevar durante un periodo importante de tiempo, a menudo más de cinco años, una lucha judicial salpicada

de decisiones judiciales contradictorias, en función de las sucesivas instancias, y que quedan como secuelas de muy difícil resolución en su futuro profesional y personal.

Esto lleva a plantearse otro tipo de soluciones extrajudiciales a los conflictos derivados de la discriminación por razón de género. En un momento como el actual, en el que se está produciendo una ingente legislación en materia de género, tanto estatal como autonómica, debieran tenerse en cuenta estos hechos colaterales, para buscar soluciones alternativas más rápidas, y procedimientos que evitaran un deterioro tan grave en las mujeres que sufren este tipo de discriminaciones. (MARIA LUISA BALAGUER CALLEJON. Catedrática de Derecho Constitucional de la Universidad de Málaga).

## STC 175/2005, DE 4 DE JULIO DE 2005. DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO DE TRABAJADORA EMBARAZADA.

[...]

En el recurso de amparo núm. 2928-2001 promovido por doña Raquel Gómez Sainz, representada por la Procuradora de los Tribunales doña Adela Gilsanz Madroño y bajo la asistencia de la Letrada doña Isabel Lavat Escalante. Interpuesto contra Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, de 30 de mayo de 2000, que desestima recurso de duplicación (núm. 465-2000) contra la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Santander, de 31 de enero de 2000, y contra esta misma, recaída en autos sobre despido núm. 774/99. Ha comparecido la empresa Clínica Mompía, S.A., representada por la Procuradora de los Tribunales doña Isabel Juliá Corujo. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente el Magistrado don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, quien expresa el parecer de la Sala.

### I. Antecedentes

1. Por escrito registrado en este Tribunal el 23 de mayo de 2001 se interpuso el recurso de amparo del que se ha hecho mención en el encabezamiento por considerar que las resoluciones judiciales impugnadas vulneran el principio de igualdad y la prohibición de discriminación por razón de sexo que garantiza el art. 14 CE.

2. Los fundamentos de hecho de la demanda de amparo son los siguientes:

a) La recurrente en amparo ha venido trabajando como auxiliar de clínica para la empresa Sanatorio Madrozo, S.A. (actualmente, Clínica Mompía, S.A.), a través de los siguientes contratos temporales:

1) Contrato eventual (29 de abril de 1998-5 de mayo de 1998), que se concertó verbalmente. La empresa comunicó al Instituto Nacional de Empleo la contratación.

2) Cuatro contratos de interinidad para sustituir a trabajadoras mientras disfrutaban de sus vacaciones, de las siguientes duraciones, respectivamente: 18 de mayo de 1998-16 de junio de 1998; 1 de julio de 1998-30 de julio de 1998; 1 de agosto de 1998-30 de agosto de 1998; y 1 de septiembre de 1998-30 de septiembre de

1998. Al término de cada uno de ellos, la recurrente percibió la liquidación de vacaciones, paga extra y firmó finiquito.

3) Contrato eventual (23 de octubre de 1998-19 de noviembre de 1998), que se concertó verbalmente. La empresa comunicó al Instituto Nacional de Empleo la contratación.

4) Contrato por acumulación de tareas (20 de noviembre de 1998-31 de marzo de 1999). El contrato de trabajo se firmó el día 10 de diciembre de 1998, conviniéndose una duración inicial de sesenta y tres días, prorrogándose posteriormente hasta el día 31 de marzo de 1999.

5) Contrato por acumulación de tareas (1 de abril de 1999-17 de mayo de 1999). La demandante firmó un finiquito por el trabajo que había venido prestando en dicha empresa desde su ingreso (23 de octubre de 1998) hasta el cese por fin de contrato a fecha de 17 de mayo de 1999.

6) Posteriormente se concertan a través de Gesper E.T.T., S.L., tres contratos de interinidad (con duración de 2 de junio de 1999-1 de julio de 1999, 2 de julio de 1999-15 de julio de 1999 y 16 de julio de 1999-14 de agosto de 1999, respectivamente) para prestar sus servicios en la empresa Clínica Mompía, S.A. con el objeto de sustituir a dos trabajadoras en vacaciones.

7) Tras los anteriores contratos, se concerta un contrato con Clínica Mompía, S.A. del 3 de septiembre de 1999 al 10 de septiembre de 1999 para cubrir una baja por incapacidad temporal, y, después, dos más de interinidad para sustituir a trabajadores en vacaciones (con una duración respectiva del 16 de septiembre de 1999-30 de septiembre de 1999 y 1 de octubre de 1999-30 de octubre de 1999).

8) Asimismo, antes de 1998, la recurrente había prestado servicios por cuenta de la entidad Sanatorio Madrozo, S.A. y dentro de su ámbito de dirección y organización según consta en su informe de vida laboral, suscribiéndose para ello los correspondientes contratos de trabajo.

## JURISPRUDENCIA • TC •

b) La recurrente quedó embarazada hacia el 2 de mayo de 1999, con fecha probable de parto el 7 de febrero de 2000. Su estado era conocido en la Clínica Mompía, S.A., en el mes de octubre de 1999.

c) Al concluir la duración del último de los contratos de interinidad el 30 de octubre de 1999 la recurrente no fue contratada nuevamente, por lo que interpuso demanda sobre despido contra las entidades Clínica Mompía, S.A., Sanatorio Madrazo, S.A. y Gesper E.T.T., S.L. (autos núm. 74/99 seguidos ante el Juzgado de lo Social núm. 3 de Santander). Solicitó en ella la declaración de la nulidad del despido por discriminación por motivos de embarazo y, subsidiariamente, su calificación como despido improcedente.

d) El Juzgado de lo Social núm. 3 de Santander estimó parcialmente la demanda por Sentencia de 31 de enero de 2000, en la que acogió la pretensión subsidiaria de la recurrente relativa a la declaración de la improcedencia del despido. Entendió el órgano judicial que el despido era improcedente al resultar que, de entre los contratos sucesivos concertados, el contrato eventual por circunstancias de la producción de 20 de noviembre de 1998 debía entenderse celebrado por tiempo indefinido ya que había incumplido inicialmente la exigencia de la forma escrita, pese a ser superior en duración a las cuatro semanas previstas en el artículo 6.1 Real Decreto 2546/1994, de 29 de diciembre, y no había especificado la causa o circunstancia que lo justificaba, conforme a lo exigido en el citado Real Decreto. Por tal motivo se declara que dicho contrato, y los posteriores contratos de trabajo que le siguieron, han de considerarse celebrados en fraude de ley debido a que, al tiempo de su celebración, la relación laboral era indefinida por el motivo antes indicado, debiendo prosperar, así, la pretensión subsidiaria de la actora.

En cuanto a la pretensión principal, el órgano judicial de instancia niega la declaración de la nulidad del despido. Entiende que no había quedado acreditada, ni siquiera de forma indiciaria, la discriminación alegada, salvo que por indicio se entendiese el mero hecho del embarazo. Antes al contrario, había resultado probado a través, principalmente, de la declaración del presidente del Comité de empresa, que “el estado de la actora era conocido en la Clínica Mompía, S.A., en octubre de 1999”, lo que no había impedido su contratación, así como que había trabajadoras temporales embarazadas que habían seguido trabajando, y que incluso se había contratado a mujeres en tal estado. Tras negar la discriminación, se puntualiza, no obstante, que de haberse producido la extinción del último contrato de trabajo sólo siete días más tarde (el 7 de noviembre de 1999, fecha en que entró en vigor la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras), el despido habría sido declarado nulo, puesto que dicha Ley había introducido una modificación en el apartado 5 del art. 55 del texto refundido de la Ley del estatuto de los trabajadores de 1994, que impedía que en tales casos se declarase la improcedencia al ser únicamente posible en casos de despido de embarazada, la alternativa entre la calificación de procedencia o de nulidad.

e) Contra esta Sentencia interpusieron recurso de suplicación tanto la parte actora como la Clínica Mompía, S.A. Fueron desestimados por Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior

de Justicia de Cantabria, de 30 de mayo de 2000 (recurso núm. 465-2000), que confirmó la resolución impugnada. Por lo que se refiere a la vulneración del principio de igualdad del art. 14 CE, la Sala niega la existencia de la discriminación denunciada por entender que concurrían circunstancias excepcionales no inherentes al estado de embarazo que justificaban la decisión empresarial. Tiene en cuenta, de un lado, que la demandada había concertado tres contratos temporales estando la recurrente embarazada y que tal circunstancia era conocida por la empleadora, al menos, al celebrar el último de los contratos (mes de octubre de 1999); de otro lado, que también debía tenerse en cuenta que para la empresa demandada prestaban sus servicios trabajadoras embarazadas y que había contratado a mujeres embarazadas. Además, había acreditado la existencia de una causa justificativa de la extinción del contrato ajena al hecho del embarazo, que era la reincorporación en su puesto de la trabajadora a la que la recurrente sustituía a través del contrato de interinidad, lo que, en abstracto, constituía una causa lícita de terminación del contrato. Por ello, al no existir relación entre el hecho del embarazo y la medida de poner fin al contrato por expiración del término pactado, se concluye diciendo que nada hacía suponer que la empresa hubiese actuado de forma distinta si no se hubiera conocido el embarazo de la recurrente.

f) La recurrente interpuso recurso de casación para la unificación de doctrina (recurso núm. 2707-2000) frente a dicha Sentencia. El Auto de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2001 declaró la inadmisión del recurso por falta de contradicción.

3. La recurrente en amparo dirige su queja contra la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Santander de 1 de enero de 2000, y contra la de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, de 30 de mayo de 2000, que la confirma en suplicación. Alega que ambas resoluciones han vulnerado su derecho a la igualdad y no discriminación (art. 14 CE) y sostiene que su despido debió calificarse como nulo, en lugar de improcedente. Entiende que su estado de embarazo ha sido el único motivo por el que la empresa no le ha vuelto a contratar tras la terminación de su último contrato temporal. Dice al respecto que aunque existen indicios racionales para apreciar la discriminación denunciada (a saber, la inmediatez entre el conocimiento de la empresa de su estado de gestación y su despido) la empresa demandada no ha justificado que su decisión resulte ajena al móvil de discriminación denunciado, pues no cumple con su carga probatoria alegando que se ha producido la reincorporación de la trabajadora a la que interinamente sustituía la recurrente ya que al tiempo de concertarse el contrato de interinidad en cuestión, su relación laboral con la empresa tenía el carácter de indefinida, como han declarado las resoluciones recurridas. Niega que pueda tomarse en consideración para rechazar la discriminación que la empresa tenga contratadas otras trabajadoras embarazadas, pues éstas no tienen como ella una relación indefinida y no puede saberse cuál sería la reacción de la empresa en el caso en que así fuera. También muestra su disconformidad con la afirmación que las resoluciones judiciales contienen respecto a que la parte demandada conocía su estado de embarazo cuando concertó con ella el último contrato

temporal (1 de octubre de 1999), cuando no consta el momento en que tal conocimiento se produjo, y bien pudo producirse el mismo tras celebrar el contrato a lo largo del referido mes.

En segundo lugar, la recurrente también considera vulnerado su derecho a la igualdad (ex art. 14 CE) por no haberse aplicado al caso la Directiva 92/85/CEE. Afirma que la citada Directiva se traspuso en nuestro ordenamiento con la Ley 39/1999 (Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras), a raíz de la cual se declara nulo el despido de la trabajadora durante su embarazo, salvo que la empresa acredite su procedencia. Sostiene que, si bien es cierto que no fue posible aplicar esta Ley interna al caso por entrar en vigor pocos días después de que la recurrente fuese despedida, se siente discriminada respecto de las trabajadoras que sí pueden acogerse a ella, ya sea porque el despido se haya producido tras la entrada en vigor de esa Ley o por pertenecer a países en los que la transposición de la normativa comunitaria al derecho interno se ha efectuado dentro del plazo fijado para ello. En consecuencia postula que, ante la tardanza en la transposición de la Directiva comunitaria mediante la aprobación de la Ley 39/1999, se le tendría que haber aplicado la Directiva comunitaria en virtud de su efecto directo.

4. Por escrito registrado el 21 de noviembre de 2001 la recurrente señala que, en un supuesto semejante al de autos, el Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Europeas ha dictado Sentencia el 4 de octubre de 2001 (C-438-99, Jiménez Melgar y Ayuntamiento de Los Barrios) en la que se establece que es de aplicación al Estado español lo dispuesto en el art. 10 de la Directiva 92/85/CEE y que la protección que la misma dispensa a la trabajadora embarazada confiere derechos a los particulares ante los órganos jurisdiccionales en caso de que el Estado no haya adoptado las medidas necesarias para su aplicación.

5. En providencia de la Sala Primera de 31 de mayo de 2002 se tiene por recibido el anterior escrito y documento adjunto y se acuerda, conforme al art. 50.3 LOTC, conceder un plazo común de diez días al Ministerio Fiscal y a la recurrente para efectuar alegaciones sobre la eventual inadmisión de la demanda de amparo por falta de contenido que justifique su admisión a trámite conforme al art. 50.1.c LOTC.

6. El 14 de junio de 2002 la recurrente cumplimenta el trámite conferido interesando la admisión a trámite de la demanda sobre la base de los argumentos expuestos en la misma.

7. El 21 de junio de 2002 el Ministerio Fiscal presenta escrito de alegaciones. Señala que del relato de hechos probados se desprende que la actora venía siendo contratada por la demandada desde hace varios años de forma ininterrumpida, bajo diversas modalidades de contratos temporales (el último celebrado el día 1 de octubre de 1999 con un periodo de duración de treinta días con el objeto de sustituir a una trabajadora en vacaciones). También destaca que en ese mes de octubre de 1999 la empresa conoció su embarazo y que cuando finalizó el contrato de interinidad se abstuvo de volverla a contratar. Asimismo, que a largo de la vida laboral de la recurrente hubo ciertas irregularidades contractuales que determinaron el reconocimiento judicial de que la relación

laboral tenía carácter indefinido y, por consiguiente, la declaración de la improcedencia del despido.

Prosigue diciendo que la pretensión de la recurrente relativa a que se declarase su despido nulo por discriminatorio no fue acogida judicialmente porque las Sentencias recurridas desvincularon la decisión empresarial de no volver a contratar a la recurrente de su situación de embarazo, al tener en cuenta, de un lado, que hubo reincorporación de la trabajadora a la que la demandante sustituía en el último de sus contratos y, de otro lado, que la empresa había contratado a otras trabajadoras embarazadas. En opinión del Fiscal, la primera de las razones aducidas carece de virtualidad justificativa dado el carácter indefinido de la relación laboral, la fraudulencia declarada de sus sucesivas contrataciones temporales y que el contrato último seguía sin interrupción a otro igual precedente. En cuanto a la segunda de las razones, entiende que tampoco tiene entidad para desvirtuar la discriminación alegada porque la celebración de contratos temporales por cortos periodos de tiempo con otras trabajadoras embarazadas no prueba que la empresa no tenga un comportamiento discriminatorio por razón de sexo y considera que, para que así fuese, hubiese sido necesario acreditar qué mujeres embarazadas habían sido contratadas de forma indefinida o especificar cuál era la plantilla de trabajadoras con relación laboral de ese carácter. Hace referencia el Ministerio Fiscal a la utilización fraudulenta que las empresas realizan de la contratación temporal en tanto que les permite extinguir las relaciones laborales con facilidad y evitar su carácter indefinido y, tras ello, afirma que en el caso de autos la demandante estuvo trabajando embarazada de ese modo hasta que a la empresa le convino.

Concluye el Fiscal que la relación laboral de la recurrente se extinguió por el empresario tras conocer su embarazo, siendo indiferente si conocía o no tal circunstancia cuando suscribió el último contrato de interinidad o lo supo después, ya que ese contrato seguía a otro inmediatamente anterior celebrado para sustituir a un trabajador en vacaciones y, en aquel caso, la reincorporación del sustituido no impidió la celebración del subsiguiente contrato, como en este supuesto ha ocurrido. Por todo ello, debió demostrar que tras el despido de la recurrente no realizó nuevas contrataciones temporales o indefinidas. A la vista de lo cual, finaliza su escrito interesando la admisión a trámite de la demanda por considerar que existe en el caso de autos un indicio claro de discriminación por razón de embarazo que no ha sido rebatido por la empresa demandada al resultar inadmisibles la justificación del comportamiento empresarial por la vía de que el último contrato temporal –fraudulento– había vencido, o de que contrataba temporalmente a mujeres embarazadas.

8. Por proveído de la Sala Primera de 23 de julio de 2003 se acuerda la admisión a trámite de la demanda y, conforme a lo dispuesto en el art. 51 LOTC, que se remita testimonio de los autos y se emplaze a quienes fueran parte en el procedimiento con excepción del recurrente en amparo, para que en el plazo de diez días pudiesen comparecer en el proceso constitucional.

9. Con fecha de 28 de agosto de 2003 la Procuradora de los Tribunales doña Isabel Juliá Corujo se persona en nombre y representa-

## JURISPRUDENCIA • TC •

ción de la Clínica Mompía, S.A., y solicita que se le tenga por parte en el procedimiento.

10. Por diligencia de ordenación de la Sala Primera de 24 de septiembre de 2003 se tiene por personada y parte a la expresada Procuradora doña Isabel Juliá Corujo en nombre de la empresa Clínica Mompía, S.A. y, a tenor de lo dispuesto en el art. 52 LOTC, se acuerda dar vista de las actuaciones por un plazo común de veinte días al Ministerio Fiscal y a las partes personadas, para que dentro de dicho término pudiesen presentar alegaciones.

11. El 15 de octubre de 2003 el Ministerio Fiscal presenta escrito de alegaciones en el que interesa la estimación del recurso de amparo, dando por reproducidos los hechos y fundamentos de derecho recogidos en su anterior escrito de 21 de junio de 2002 al evacuar el trámite del art. 50.3 LOTC. Refuerza su alegato trayendo a colación las SSTC 98/2003 y 17/2003. En concreto, transcribe parte del fundamento jurídico 3 de la última de estas resoluciones, según la cual, “la protección de la mujer no se limita a la de su condición biológica durante el embarazo y después de éste, ni a las relaciones entre la madre y el hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto, sino que también, en el ámbito estricto del desarrollo y vicisitudes de la relación laboral, condiciona las potestades organizativas y disciplinarias del empresario evitando las consecuencias físicas y psíquicas que medidas discriminatorias podrían tener en la salud de la trabajadora y afianzando, al mismo tiempo, todos los derechos laborales que le corresponden en su condición de trabajadora al quedar prohibido cualquier perjuicio derivado de aquel estado”. Y añade que en ese mismo fundamento, al examinar la normativa que, ex art. 10.2 CE, sirve de fuente interpretativa del art. 14 CE y corrobora la amplitud de su protección (a saber, el art. 5.d del Convenio núm. 158 de la Organización Internacional del Trabajo y Directivas comunitarias 76/207/CEE y 92/85/CEE), también se declara que “la protección frente a la extinción del contrato de trabajo por razón de embarazo tiene, así pues, fundamento constitucional, reflejo en las normas legales y sustento, ex art. 10.2 CE, en las fuentes interpretativas del art. 14 CE”.

Teniendo en cuenta estos pronunciamientos, en opinión del Fiscal la empresa demandada no ha cumplido con la exigencia de la doctrina constitucional sobre la inversión de la carga de la prueba en los casos en que se invoca y ha quedado acreditada por parte de la trabajadora la existencia de un indicio de lesión de su derecho fundamental. En efecto, partiendo de que el empresario había prescindido de los servicios de la recurrente tras conocer su avanzado estado de gestación, mantiene que no puede considerarse como causa lícita de la extinción la reincorporación a su puesto de la trabajadora a la que aquella sustituía, cuando el contrato de sustitución era fraudulento y en casos similares e inmediatamente anteriores, tal reincorporación no había impedido otra contratación posterior. Asimismo, entiende que el empresario no pueda justificar su comportamiento en la suscripción de contratos temporales con otras trabajadoras embarazadas, pues tal circunstancia no neutraliza el hecho probado de que tras conocer el estado de gestación de la recurrente, prescindió de sus servicios. En definitiva, el Fiscal concluye el escrito interesando la estimación del amparo

por vulneración del derecho fundamental a la igualdad y que se declare la nulidad del despido por tal causa.

12. Con fecha de 17 de octubre de 2003 presenta su escrito de alegaciones la recurrente en amparo reproduciendo las formuladas en su demanda de amparo.

13. El mismo 17 de octubre de 2003 presenta alegaciones la representación de la empresa Clínica Mompía, S.A. En primer lugar, alega la extemporaneidad de la demanda de amparo, señalando al respecto que si la última resolución recaída en el procedimiento (Auto de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de 15 de marzo de 2001) fue notificada a la recurrente con fecha de 24 de abril de 2001 —como consta en el encabezamiento de su recurso de amparo— cuando presentó su demanda en el Registro del Tribunal el 23 de mayo de 2001 había transcurrido el plazo de veinte días previsto en el art. 44.2 LOTC.

Niega, en cuanto al fondo, la existencia de despido discriminatorio por motivos de embarazo y aduce que las afirmaciones realizadas por la recurrente en amparo no se corresponden con los hechos declarados probados en las Sentencias recurridas. Con referencia a la alegación relativa a que la empresa cesó a la recurrente con inmediatez al hecho del conocimiento de su estado de gestación, afirma que no puede sostenerse tal aseveración ya que precisamente lo que se recoge en el hecho probado noveno es que “el estado de la actora era conocido por la Clínica Mompía, S.A., en octubre de 1999 y no impidió que fuera contratada”. Añade que tampoco se puede obviar que la propia empresa tenía al tiempo de desarrollarse aquel proceso judicial en primera instancia (al igual que ocurre en la actualidad) trabajadoras embarazadas con contratos temporales. De este modo, manifiesta que los hechos declarados probados permiten desvirtuar cualquier tipo de presunción en contra de la existencia de discriminación pues resulta evidente que la empresa contrató a la actora sabiendo que estaba embarazada (hecho probado noveno), que tenía contratadas a varias trabajadoras embarazadas con contrato temporal (hecho probado décimo) y que, salvo el dato objetivo del embarazo, la recurrente no aportó indicio alguno de discriminación que conlleve la inversión de la carga probatoria hacia el empresario. Además destaca, en cuanto a la causa por la que se declaró la improcedencia del despido, que: 1) Los contratos de interinidad no merecían reproche alguno (FJ 7); 2) El contrato eventual por circunstancias de la producción suscrito el día 10 de diciembre de 1998 es el que debía entenderse celebrado por tiempo indefinido al haberse incumplido lo dispuesto en el art. 3 y 2.a del Real Decreto 2546/1994 (FFJJ 8 y 11); y 3) Los restantes contratos de trabajo celebrados con posterioridad al mismo desde el 2 de junio de 1999 hasta el último de 1 de octubre de 1999 estaban suscritos legalmente. No obstante, se calificaron judicialmente realizados en fraude de ley porque al tiempo de su celebración la relación laboral era ya indefinida (FJ 13) como consecuencia de que un contrato eventual anterior (el arriba mencionado), no cumplió determinados requisitos especificados en la normativa que lo regula (forma escrita y designación de la causa que lo justificaba).

Posteriormente, y con referencia al segundo motivo del recurso de amparo (vulneración del principio de igualdad por no aplicarse al

caso la normativa comunitaria), interesa su inadmisión conforme al art. 44.1 b) LOTC en tanto que la inaplicación de la Directiva pretendida no sería imputable de modo directo e inmediato al órgano judicial sino, en su caso, al poder legislativo ya que se alega la falta de trasposición al derecho interno. En este sentido, sostiene que las resoluciones recurridas se limitaron a aplicar la normativa estatal reguladora de la materia que en el momento del despido se encontraba vigente y que no podía ser aplicada aún la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, conforme a lo dispuesto en su propia disposición final segunda y al principio de irretroactividad de las normas. Asimismo, con cita de la STC de 17 de marzo de 1994, y de las cuestiones de inconstitucionalidad 2010/89 y 969/91, trae a colación la doctrina constitucional según la cual la igualdad ante la ley proclamada en el art. 14 de la Constitución no impide que, a través de cambios normativos pueda producirse un trato desigual entre diversas situaciones, derivado de la diferencia de fechas en que se originaron; ni el art. 14 del Texto fundamental exige, en todo caso, la aplicación retroactiva de la Ley más favorable. Es decir, la diferenciación normativa entre sujetos debida a una sucesión legislativa no puede considerarse, por sí sola, generadora de discriminación. En aplicación de tal doctrina, concluye que en el presente caso los órganos judiciales aplicaron la norma legal que entonces se encontraba vigente y que resulta inadmisibles intentar sustentar la vulneración del art. 14 CE por el hecho de que la calificación del despido en cuestión hubiese sido distinta de acontecer en fecha posterior, por ser entonces de aplicación la nueva normativa que contempla específicamente el despido durante el embarazo de la trabajadora. En cualquier caso, prosigue diciendo que el precepto en el que pretende basarse la recurrente (art. 55 del Estatuto de los trabajadores tras la modificación operada por la citada Ley 39/1999) es consecuencia de una opción de legalidad ordinaria que proporciona mayor protección a la mujer embarazada limitando la calificación del despido realizado durante el embarazo a la procedencia o la nulidad, pero que el despido discriminatorio ya se encontraba amparado antes de tal reforma a través de la norma estatutaria (despido discriminatorio regulado en el art. 55 del Estatuto de los trabajadores) y en el Texto fundamental (art. 14 CE). Por todo lo cual, concluye el escrito de alegaciones interesando la inadmisión del recurso por extemporaneidad y, en el caso de que se entre a conocer del fondo, se desestime por falta de vulneración de los derechos constitucionales de la recurrente.

14. Por providencia de 16 de junio de 2005 se señaló para deliberación y fallo de la presente Sentencia el día 20 del mismo mes y año, trámite que ha finalizado en el día de hoy.

## II. Fundamentos jurídicos

1. La cuestión que se plantea en el presente recurso de amparo es si las resoluciones judiciales recurridas han vulnerado el derecho de la recurrente a la igualdad sin sufrir discriminación por razón de sexo (art. 14 CE), al no calificar como nulo su despido, producido cuando se encontraba embarazada.

Sostiene la recurrente, como indicios de la discriminación que denuncia, que existía una situación de embarazo conocida por la empresa que despide y la inmediatez en la falta de formalización

de otro contrato temporal, tras la finalización del último de los contratos de interinidad celebrados con ella. Estos indicios determinan una inversión de la carga de la prueba y no han sido contrarrestados debidamente por la empresa demandada. Sostiene asimismo que se ha vulnerado su derecho a no sufrir discriminación por razón de sexo al no aplicarse al caso el artículo 10 de la Directiva 92/85/CEE, en lo relativo a la prohibición del despido de la trabajadora embarazada. Esa norma comunitaria tenía que haber sido debidamente ejecutada en nuestro ordenamiento interno en el plazo de dos años, pero no fue traspuesta en nuestra regulación del despido hasta la aprobación de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, que entró en vigor el día 7 de noviembre siguiente (es decir, con posterioridad al despido de la trabajadora). Por ello, la recurrente sostiene que al no estar vigente en ese momento la Ley se le debió aplicar la Directiva comunitaria, y declararse nulo su despido, conforme a la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 4 de octubre de 2001 (Jiménez Melgar contra Ayuntamiento de Los Barrios, asunto C-438-99). Al no haber admitido esta pretensión las resoluciones judiciales se le ha discriminando con relación a los nacionales de otros países que ya habían materializado en su derecho interno las previsiones comunitarias y también respecto de los propios nacionales españoles que, por una mera circunstancia temporal, pudieron acogerse a la nueva normativa reguladora del despido (esto es, la que se adecúa a la Directiva tras la reforma operada por la citada Ley 39/1999, y limita únicamente la calificación del despido de la trabajadora embarazada a la nulidad o a la procedencia).

El Ministerio Fiscal interesa la estimación del amparo por vulneración del derecho a la igualdad (art. 14 CE) pues considera que la empresa demandada no ha cumplido con su obligación de acreditar que la decisión extintiva del contrato laboral obedeció a un motivo ajeno al denunciado, capaz de neutralizar los indicios acreditados por la trabajadora. Por su parte, la empleadora solicita la inadmisión de la demanda y, en cuanto al fondo, la denegación del amparo por las razones recogidas en el extracto de antecedentes.

2. Debemos comenzar por el examen de las causas de inadmisión de la demanda planteadas por la representación procesal de la empleadora en tanto que, conforme hemos tenido oportunidad de señalar en múltiples ocasiones, el análisis de los presupuestos procesales para la viabilidad de la acción de amparo —que puede tener lugar de oficio o a instancia de parte— puede llevarse a cabo en la Sentencia que ponga fin al proceso constitucional (por todas, STC 185/2004, de 2 de noviembre, FJ 2).

La empresa plantea dos causas de inadmisión de la demanda ya que afirma que es extemporánea [art. 50.1 a) en relación con el art. 44.2 LOTC] y, con relación al alegato sobre vulneración del derecho a la igualdad por inaplicación de la Directiva comunitaria, que la lesión no es imputable al órgano judicial [art. 50.1 a) con relación al art. 44.1 b) LOTC]. Ambas causas de inadmisión deben ser rechazadas. El recurso no es extemporáneo ya que la notificación del Auto de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 15 de

## JURISPRUDENCIA • TC •

marzo de 2001 no se realizó el día 24 de abril de 2001 (tal y como alega la empresa siguiendo la indicación que la propia recurrente en amparo efectúa en el encabezamiento de su demanda) sino el posterior día 26 de abril de 2001, como consta fehacientemente en los autos. En consecuencia, la recurrente presentó su demanda dentro del plazo establecido para recurrir en amparo, al hacerlo el 23 de mayo siguiente ante el Registro General de este Tribunal. Tampoco puede prosperar la segunda causa de inadmisión formulada, toda vez que la eventual vulneración del art. 14 CE resultaría imputable a los órganos judiciales en la medida en que no habrían dado efecto directo a la Directiva comunitaria ante el retraso del legislador al efectuar su trasposición en nuestro Derecho.

3. Ya en cuanto al fondo, la recurrente aduce como primer motivo de su recurso de amparo que las decisiones judiciales que declararon su despido improcedente han vulnerado el principio de igualdad y la prohibición de discriminación por razón de sexo, al no calificarlo como despido nulo cuando existen indicios de que la decisión empresarial cuestionada de no volver a contratar a la solicitante de amparo tuvo por causa exclusiva su estado de embarazo, indicios que no han sido rebatidos por la empresa demandada a través de la acreditación de una causa ajena al móvil de discriminación denunciado.

Siendo esa la primera queja de la recurrente, hemos de comenzar recordando que el art. 14 CE, junto a la cláusula general de igualdad de todos los españoles ante la Ley con el que inicia su contenido, contiene la prohibición de una serie de motivos concretos de discriminación que representa una explícita interdicción de determinadas diferencias históricamente muy arraigadas y que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones, no sólo desventajosas, sino contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10.1 CE (SSTC 128/1987, de 16 de julio, FJ 5; 166/1988, de 26 de septiembre, FJ 2; 145/1991, de 1 de julio, FJ 2; 17/2003, de 30 de enero, FJ 3). En este sentido, este Tribunal ha venido declarando la ilegitimidad constitucional de los tratamientos diferenciados respecto de los que operan como factores determinantes o no aparecen fundados más que en los concretos motivos o razones de discriminación que dicho precepto prohíbe, al tratarse de características expresamente excluidas como causas de discriminación por el art. 14 CE, como por ejemplo, la discriminación por razón de sexo (entre otras, SSTC 128/1987, de 16 de julio, FJ 6; 207/1987, de 22 de diciembre, FJ 2; 145/1991, de 1 de julio, FJ 3; 147/1995, de 16 de octubre, FJ 2; 126/1997, de 3 de julio, FJ 8). Centrándonos en esta causa de discriminación, que es, precisamente, la que se aduce en la demanda de amparo, conviene recordar que su exclusión tiene razón de ser en la voluntad de terminar con la histórica situación de inferioridad, en la vida social y jurídica, de la mujer (STC 166/1988, de 26 de septiembre). Por tanto, en contraste con el principio genérico de igualdad, que no postula ni como fin ni como medio la paridad y sólo exige la razonabilidad de la diferencia de trato, la prohibición de discriminación entre los sexos impone como fin y generalmente como medio la parificación, de modo que la distinción entre los sexos sólo puede

ser utilizada excepcionalmente como criterio de diferenciación jurídica de trato entre los varones y las mujeres, resultando, por lo que aquí interesa, un principio también vigente en materia de empleo (por todas, SSTC 229/1992, de 14 de diciembre, FJ 2; y 17/2003, de 30 de enero, FJ 3). Igualmente, se ha de tener presente que la conducta discriminatoria se cualifica en este caso por el resultado peyorativo para la mujer que la sufre, que ve limitados sus derechos o sus legítimas expectativas por la concurrencia en ella de un factor cuya virtualidad justificativa ha sido expresamente descartada por la Constitución, dado su carácter atentatorio a la dignidad del ser humano (art. 10.1 CE).

Tal clase de discriminación comprende sin duda aquellos tratamientos peyorativos que se fundan no sólo en la pura y simple constatación del sexo de la víctima, sino en la concurrencia de razones o circunstancias que tengan con el sexo de la persona una conexión directa e inequívoca, como sucede con el embarazo, elemento o factor diferencial que, por razones obvias, incide de forma exclusiva sobre las mujeres (STC 173/1994, de 7 de junio, FJ 2; 136/1996, de 23 de julio, FJ 5; 20/2001, de 29 de enero, FJ 4; 41/2002, de 25 de febrero, FJ 3; y 17/2003, de 30 de enero, FJ 3). Por ello, partiendo de que los tratos desfavorables en el trabajo basados en el embarazo, al afectar exclusivamente a la mujer, constituyen una discriminación por razón de sexo proscrita por el art. 14 CE, hemos estimado diversos recursos de amparo relativos a la materia aquí enjuiciada, no sólo con relación a decisiones causales como el despido, sino también respecto de decisiones empresariales ad nutum, como la resolución de la relación laboral en período de prueba (SSTC 94/1984, de 16 de octubre, y 166/1988, de 26 de septiembre) o la no renovación de un contrato temporal (STC 173/1994, de 7 de junio). Ciertamente como mantuvimos en esta última Sentencia (FJ 3), “no puede sostenerse en modo alguno que sólo cuando está en curso una relación laboral pueda generarse una conducta de esta naturaleza, y mucho menos cuando esa relación laboral podría haber continuado normalmente, a través de la oportuna prórroga o nueva contratación sucesiva, y ello no se produce a consecuencia del hecho del embarazo sobrevenido de la mujer. De sostenerse la postura anterior, quedarían al margen de tutela algunas de las más notorias consecuencias de la discriminación como mal social a erradicar por mandato constitucional (las especiales dificultades en el acceso al empleo de los colectivos discriminados o, en el caso de la mujer, la continuidad de su propia carrera profesional por la maternidad) y, además, quedarían virtualmente vacíos de contenido compromisos internacionales adquiridos por España en esta materia, de cuya virtualidad interpretativa de lo dispuesto en el art. 14 CE no cabe dudar (art. 10.2 CE). Así sucedería con lo establecido en el Convenio núm. 111 de la OIT, que prohíbe también las discriminaciones ‘en el empleo y la ocupación’ (lo que obviamente incluye los momentos preliminares a la contratación). Y así sucedería con lo establecido en el Convenio sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 18 de diciembre de 1979 (ratificado el 16 de diciembre de 1983), cuyo art. 11 extiende el compromiso de los Estados firmantes a establecer mecanismos adecuados de tutela contra la discriminación de la mujer en rela-

ción con el empleo y el ejercicio del ‘derecho al trabajo, como derecho inalienable de todo ser humano’”.

4. También conviene traer a colación la doctrina de este Tribunal relativa a la inversión de la carga de la prueba en casos como el presente en el que se alega que determinada decisión encubre en realidad una conducta lesiva de derechos fundamentales del afectado. En virtud de dicha inversión incumbe al autor de la medida la carga de probar que obedece a motivos razonables y ha sido ajena a todo propósito atentatorio a un derecho fundamental. Sin embargo para que opere este desplazamiento de la carga probatoria no basta que el actor la tache de discriminatoria sino que ha de acreditar la existencia de indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción a favor de semejante alegato. Ahora bien, una vez producida esta prueba indiciaria, el demandado asume ya la carga de probar que los hechos motivadores de la decisión son legítimos o, aun sin justificar su licitud, se presentan razonablemente ajenos a todo móvil atentatorio de derechos fundamentales. No se le impone, por tanto, la prueba diabólica de un hecho negativo —la no discriminación—, sino la de acreditar la razonabilidad y proporcionalidad de la medida adoptada y su carácter absolutamente ajeno a todo propósito atentatorio de derechos fundamentales. Por este motivo es exigible un principio de prueba revelador de la existencia de un fondo o panorama discriminatorio general o de hechos de los que surja la sospecha vehementemente de la discriminación (por todas, STC 171/2003, de 29 de septiembre, FJ 3).

En consecuencia, como dijo esta Sala en la STC 17/2003, de 30 de enero (FJ 4), en casos como el presente, “al hecho del embarazo y a la circunstancia concurrente de la extinción del contrato será preciso añadir otros elementos que pongan indiciariamente en conexión lo uno (el factor protegido: embarazo) con lo otro (el resultado de perjuicio que concretaría la discriminación: extinción contractual), por cuanto que el estado de gestación constituye únicamente, en principio, un presupuesto de la posibilidad misma de la lesión del art. 14 CE, pero no un indicio de vulneración que por sí solo desplace al demandado la obligación de probar la regularidad constitucional de su acto”. Es decir, en palabras de la STC 41/2002, de 25 de febrero, “para que se produzca la inversión pretendida por la recurrente, no basta con que la trabajadora esté embarazada y demuestre tal dato objetivo, sino que, a partir de tal constatación, es preciso alegar circunstancias concretas en las que fundamentar la existencia de un presumible trato discriminatorio. En la medida en que no basta la mera alegación, sino la muestra de un panorama indiciario, no puede apreciarse una valoración incorrecta de la carga de la prueba por parte de los órganos judiciales por el hecho de que la empresa no haya probado la existencia de una causa real suficiente y seria de extinción que acredite que el despido es ajeno a un motivo discriminatorio”.

5. En el marco de esta doctrina se ha de decidir si las resoluciones judiciales impugnadas vulneran el principio de discriminación por razón de sexo, analizando para ello, a la vista de las circunstancias del caso concreto, si la trabajadora recurrente aportó indicios de discriminación suficientes y si, en tal supuesto, como consecuencia de la inversión de la carga de la prueba, la empleadora

cumplió con su obligación de rebatirlos justificando que su actuación fue absolutamente ajena a todo propósito atentatorio de derechos fundamentales. A tal fin, es preciso tener en cuenta que nuestro enjuiciamiento no puede limitarse a comprobar que el órgano judicial efectuó una interpretación del derecho en juego que no fue irrazonable ni arbitraria ni manifiestamente errónea, ya que aquí el parámetro de enjuiciamiento no es el del art. 24 CE sino el del derecho fundamental sustantivo cuestionado (STC 94/1995, de 19 de junio, FJ 4), es decir, el derecho fundamental a la no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE).

Como ha quedado dicho, la recurrente en amparo sostiene que su despido debe ser declarado nulo en tanto que constituye una actuación discriminatoria por razón de sexo que tuvo por causa exclusiva su estado de embarazo. La discriminación ha sido rechazada por el Juzgado de lo Social para quien la recurrente no ha aportado indicio alguno que imponga la inversión de la carga probatoria, salvo que pueda calificarse como tal indicio el hecho mismo del embarazo (FJ 8). Confirmando lo decidido en la instancia, el Tribunal Superior de Justicia negó la conexión entre el hecho del embarazo y la decisión empresarial de no volver a contratar a la solicitante de amparo una vez que finalizó el último de los contratos temporales, pues había quedado probada la causa del cese por la reincorporación de la trabajadora sustituida por la recurrente a través del contrato de interinidad. Rechazada la pretensión principal de la recurrente y estimándose parcialmente la formulada con carácter subsidiario, se declaró judicialmente la improcedencia del despido sobre la base de que uno de los contratos temporales suscritos (eventual por circunstancias de la producción del mes de diciembre de 1998) se debía entender celebrado por tiempo indefinido. Por consiguiente, todos los contratos temporales que a aquél siguieron, incurrieron en fraude de ley en tanto que al tiempo de celebrarse la relación laboral ya era indefinida.

Sin embargo, en contra de lo mantenido en la vía judicial, hemos de afirmar —coincidiendo con lo manifestado por el Ministerio Fiscal en su escrito de alegaciones— que el despido de la recurrente ha de calificarse como nulo dado que se dan indicios racionales de discriminación por embarazo que la empresa demandada no ha rebatido a través de la justificación de que la medida extintiva adoptada resulta ajena a cualquier propósito atentatorio de derechos fundamentales. Ciertamente, se impone tal conclusión teniendo en cuenta cuál ha sido el desenvolvimiento de la relación contractual existente entre ambas partes (caracterizada por la celebración sin solución de continuidad de sucesivos contratos de trabajo temporales y la adquisición de la condición de fija de la recurrente como consecuencia de un contrato de trabajo eventual firmado en diciembre de 1998, en fraude de ley), así como por la coincidencia temporal entre el estado de gestación de la recurrente y la decisión empresarial de no volverla a contratar en el mes de octubre de 1999, al finalizar el último de los contratos de interinidad celebrados entre las partes.

En efecto, ha resultado probado que desde el mes de abril de 1998 la recurrente venía prestando sus servicios como auxiliar de clínica para la empleadora a través de la suscripción, sin solución de

continuidad en la mayor parte de los casos, de contratos de trabajo temporales dirigidos principalmente a la sustitución de trabajadoras en vacaciones o en baja por enfermedad. De esta forma, de los catorce contratos suscritos entre el día 29 de abril de 1998 al 1 de octubre de 1999, diez eran contratos de interinidad y los cuatro restantes eventuales por acumulación de tareas. Antes de los citados contratos temporales, la recurrente ya había trabajado para la empresa tal y como consta en el informe de vida laboral que se aportó con la demanda en la vía judicial (hecho probado tercero de la Sentencia de instancia). De todo ello se desprende que, lo que venía siendo habitual hasta el mes de octubre de 1999 era que cada vez que se extinguía uno de los contratos temporales celebrados entre las partes litigantes, la empresa procedía a contratar nuevamente a la recurrente a través de otro contrato temporal, normalmente de interinidad. No obstante, en el mes de octubre de 1999, mes en el que la empresa conocía el estado de embarazo de la recurrente (hecho probado 9), la extinción del contrato de interinidad con vigencia durante ese mes, no fue seguido —como hasta entonces sucedía— de la celebración de otro contrato de esa misma modalidad. Y tal cambio de actitud de la empresa, decidida a prescindir de los servicios de la recurrente, se conecta por esta última a su estado de embarazo, único motivo por el que entiende que fue despedida.

6. Acreditado por la recurrente el panorama indiciario anteriormente expuesto, del que surgía, al menos, la sospecha razonable de la eventual relación causa-efecto entre el estado de embarazo de la recurrente y la decisión empresarial de prescindir de sus servicios, correspondía a la empresa la carga de probar que los hechos motivadores de su decisión fueron legítimos y ajenos al móvil de discriminación que se le imputaba. Sin embargo, tal carga probatoria no se ha cumplido en el presente caso por la empresa demandada en los juicios a quibus ya que si la relación laboral cuestionada tenía carácter de indefinida y todos los contratos temporales celebrados por las partes litigiosas a partir del contrato eventual del mes de diciembre de 1998 fueron concertados en fraude de ley, no podía aceptarse como justificación de la proporcionalidad y razonabilidad de la medida y su carácter absolutamente ajeno a la discriminación denunciada, el que el último de los contratos de interinidad, tuviese, considerado en abstracto, una causa lícita de extinción. De este modo, la justificación dada por la empresa para negar el móvil discriminatorio resulta inadmisibles al encontrarnos ante una relación laboral inicialmente temporal que devino indefinida como consecuencia de la celebración en fraude de ley de un precedente contrato temporal. Y siendo así, como advierte el Ministerio Fiscal, con la medida extintiva en cuestión la demandada estaría “discriminando a la recurrente mediante la denegación de acceso al empleo de carácter indefinido y/o la novación de su contratación temporal en contratación indefinida”.

En definitiva, el hecho de que el último de los contratos de interinidad celebrados entre las partes llegase a su término con fundamento en una causa lícita desde la perspectiva de la legalidad (a saber, por reincorporación de la trabajadora objeto de sustitución) no es, por sí mismo, suficiente para despejar las dudas razo-

nables sobre la existencia de la conducta discriminatoria alegada dados los indicios de discriminación alegados. Si en reiteradas e idénticas ocasiones precedentes (hasta nueve), la extinción de los contratos de interinidad por la reincorporación de la trabajadora sustituida no llevó aparejada la cesación de la prestación de servicios de la recurrente sino su nueva contratación, en el caso de autos se imponía que la empresa rebatiese la denuncia de la recurrente —conexión entre su cese y estado de embarazo— alegando el motivo por el cual en esta ocasión cambió de criterio y decidió prescindir de sus servicios. Finalmente, tampoco podría desvirtuar los indicios de discriminación apuntados el que haya trabajadoras temporales embarazadas que han seguido trabajando en la empresa y que esta última incluso haya contratado a mujeres en tal estado (hecho probado décimo de la Sentencia de instancia) pues las situaciones que se pretenden comparar no son iguales, en tanto que sólo la recurrente tiene una relación laboral de carácter indefinido.

7. Todo lo anterior evidencia que la empresa demandada no acreditó la existencia de causa alguna, seria y real, que hubiera permitido destruir la apariencia discriminatoria creada y alcanzar la necesaria convicción de que su decisión había sido ajena a todo propósito atentatorio del derecho fundamental al no tener por causa el estado de embarazo de la recurrente. Esa ausencia de prueba trasciende el ámbito puramente procesal y determina, en último término, que los indicios aportados por la demandante desplieguen toda su operatividad para declarar la lesión del derecho garantizado en el art. 14 CE. En consecuencia, hemos de concluir que las Sentencias impugnadas no cumplieron las exigencias de la doctrina constitucional sobre la distribución de la carga de la prueba en estos supuestos, y lesionaron, por tanto, el derecho a la no discriminación por razón de sexo de la recurrente (art. 14 CE) en tanto que ampararon la conducta empresarial cuestionada.

8. La estimación del primero de los motivos en los que se funda la demanda de amparo hace innecesario el examen del segundo (relativo a la aplicabilidad directa de la normativa comunitaria invocada por la recurrente) y aboca ya a la declaración de la nulidad de las Sentencias impugnadas y la calificación del despido como nulo, por vulneración del derecho a la no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE).

#### FALLO

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

Ha decidido

Otorgar el amparo solicitado por doña Raquel Gómez Sainz y, en su virtud:

1º Reconocer a la recurrente su derecho a la no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE).

2º Declarar la nulidad de las Sentencias de 31 de enero de 2000, del Juzgado de lo Social núm. 3 de Santander y de 30 de mayo de 2000, de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, dictadas en los autos sobre despido núm. 774/99 y en el recurso de suplicación 465-2000, respectivamente.

3º Declarar la nulidad del despido.

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

Dada en Madrid, a cuatro de julio de dos mil cinco.

**COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 175/2005, DE 4 DE JULIO. DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO DE TRABAJADORA EMBARAZADA.**

Uno de los principales problemas, seguramente el más importante, de la incorporación de la mujer al mercado laboral, lo constituye la conciliación entre la función de la maternidad y su propia realización personal. Sin que necesariamente tuviera que ser así, se ha ligado la función reproductora de la madre, a la crianza, cuidado y atención de los hijos, dejando para el padre algunas funciones menores, como la de ocio, o la "compartir" con la madre esos cuidados. Naturalmente excede de las dimensiones de este trabajo la concepción social del género en las sociedades actuales, y hemos de centrarnos necesariamente en el análisis de esta sentencia, que en una línea abierta por la jurisprudencia constitucional, que se inicia en la STC 173/1994, de 7 de junio, y que encuentra su más acabada formulación en la STC 17/2003, intenta recepcionar la doctrina comunitaria en la materia.

En estas coordenadas se enmarca la sentencia que ahora comentamos. La actora, trabajadora de una empresa dedicada a la actividad sanitaria, no ve renovado su contrato a causa de su embarazo. Su demanda de nulidad es desestimada en la instancia y en la Sala de lo Social, que solamente considera la improcedencia del despido, pero no considera que haya habido vulneración del derecho fundamental a la igualdad.

Es un caso claro de discriminación en función de la maternidad, y pese a las reticencias en las sucesivas instancias, a considerar que la no renovación de un contrato de trabajo en situación de embarazo, constituye una prueba indiciaria de discriminación, el Tribunal Constitucional, resuelve fácilmente el recurso, entendiendo que hay un nexo causal entre el hecho del embarazo y la conducta de la empresa.

Hay pues, una posición doctrinal bastante clara y elaborada en los supuestos de maternidad, en orden a la consideración de una discriminación para la mujer en relación con el hombre, por el mero hecho de la maternidad. Sin embargo, lo que interesa destacar aquí son aquellos aspectos parajudiciales de todas estas situaciones de discriminación, cuyas consecuencias tan aparentemente favorables, cuándo se produce la sentencia, no resultan en la práctica tan beneficiosas para la mujer.

Si tenemos en cuenta los antecedentes de hecho de esta sentencia, estamos hablando de un contrato que finaliza el 30 de octubre de 1999. La Sentencia del Tribunal Constitucional es de 4 de julio de 2005, lo que indica que ha habido una tramitación cercana a los seis años. Durante este tiempo, se han producido al menos tres sentencias y un auto. La sentencia de instancia, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia, el auto de inadmisión del Tribunal Supremo, y finalmente la Sentencia del Tribunal Constitucional. Este esfuerzo litigador de la parte actora, exige unas condiciones personales, económicas y sociales, a las que no tienen acceso todas las mujeres. Y esto hace que, pese a que las discriminaciones por razón de género se den con una alarmante frecuencia en el mercado de trabajo, el número de procesos en relación con ellas, sea todavía muy reducido.

En cualquier caso, tampoco con la Sentencia del Tribunal Constitucional debe darse por zanjado el conflicto. Ahora, nuevamente la mujer tendrá que conciliar su vida personal y familiar entre un hijo de aproximadamente cinco años, y su mantenimiento en el mercado laboral. En el mejor de los casos, si la empresa no adopta algunas de las posibilidades de decisión que todavía tiene a su alcance, (movilidad geográfica, negativa a una reducción de jornada por maternidad, cambio de horario que sea incompatible con entradas y salidas del colegio del hijo), la trabajadora habrá adquirido la condición de fija indefinida, con la posibilidad de un probable despido indemnizable con una escasa cantidad de dinero, aunque eso sí, nuevamente podrá litigar durante otros seis años hasta obtener nuevamente la razón. (MARIA LUISA BALAGUER CALLEJON. Catedrática de Derecho Constitucional de la Universidad de Málaga).

## AUTO DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA DE LO PENAL DE DIECISIETE DE FEBRERO DE DOS MIL CINCO. DELITOS DE MALOS TRATOS HABITUALES Y DE ASESINATO EN GRADO DE TENTATIVA.

### I. HECHOS

PRIMERO.- Dictada Sentencia por la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 1ª), en autos nº 518/2003, se interpuso Recurso de Casación[...].

SEGUNDO.- En el trámite correspondiente a la substanciación del recurso del Ministerio Fiscal se opuso al mismo.

TERCERO.- Conforme a las normas de reparto aprobadas por la Sala de Gobierno de este Tribunal Supremo, es Ponente de la presente resolución, el Magistrado Excmo. Sr. Don Joaquín Delgado García.

### II. RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Se formaliza por la representación procesal del recurrente recurso de casación con base en dos motivos de impugnación, por infracción de precepto constitucional y por infracción de ley, contra la sentencia dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Sevilla en fecha veinticuatro de febrero de dos mil cuatro, en la que se le condenó como autor de un delito de violencia en el ámbito doméstico a la pena de tres años de prisión y como autor de un delito de asesinato en grado de tentativa, con la circunstancia agravante de parentesco, a la pena de catorce años y once meses de prisión con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante la condena, prohibición de aproximación y comunicación y de acudir al lugar de residencia de la víctima durante cinco años, indemnización a la misma y pago de las costas procesales.

El primer motivo se formula con base en el art. 5.4 de la LOPJ, por vulneración de la presunción de inocencia y por aplicación indebida del art. 139 en lugar del 135 ambos del C.P.

Admite el recurrente la concurrencia de animus necandi en la conducta del acusado pero niega que haya existido prueba concluyente para afirmar la existencia de alevosía, sin que en el plenario haya quedado probado que el acusado atacara a la víctima cuando esta iba por la calle a unos dos mil o mil metros de su casa de la que había logrado salir tras tener una discusión con el hoy condenado; se añade que la sentencia insiste más en la serie de golpes que recibió la víctima que es más propia del ensañamiento. Concluye que hay un vacío de prueba de cargo que conlleva el dictado de una condena por homicidio pero no asesinato.

El núcleo del concepto de alevosía se halla en una conducta que tiene por finalidad eliminar las posibilidades de defensa por parte del sujeto pasivo.

Tal eliminación de posibilidades de defensa puede derivarse de la manera de realizarse la agresión, bien de forma proditoria o alevo, cuando se obra en emboscada; o al acecho a través de una actua-

ción preparada para que la víctima no pueda apercibirse de la presencia del atacante o atacantes hasta el momento mismo del hecho; bien de modo súbito o por sorpresa, cuando el agredido, que se encuentra confiado con el agresor, se ve atacado de forma rápida e inesperada; y también puede haber alevosía como consecuencia de la particular situación de la víctima, ya por tratarse de persona indefensa por su propia condición (niño, anciano, inválido, ciego, etc.), ya por hallarse accidentalmente privada de aptitud para defenderse (dormida, drogada, sin conocimiento, anonadada, etc.).

En todos estos supuestos existe una mayor peligrosidad y culpabilidad en el autor del hecho, que revela en este modo de actuar un ánimo particularmente ruin, perverso, cobarde o traicionero (fundamento subjetivo), y también una mayor antijuridicidad por estimarse más graves y más lesivos para la sociedad estos comportamientos en que no hay riesgos para quién delinque (fundamento objetivo).

Asimismo ha de ponerse de relieve la particular significación que tiene el dolo en esta forma peculiar de asesinato, al ser necesario que el conocimiento y la voluntad del autor del delito abarque no sólo el hecho de la muerte, sino también el particular modo en que la alevosía se manifiesta, pues si el sujeto ha de querer el homicidio y ha de querer también realizarlo con la concreta indefensión de que se trate, requisito que ha de concurrir en este delito como en cualquier otro de carácter doloso, que aparece recogido en el texto legal con la expresión “tiendan directa y especialmente a asegurarla”.

Esta Sala, viene aplicando la alevosía en su modalidad de sobrevenida, cuando, inexistente al comienzo de la agresión o disputa, aparece después al producirse una ruptura en el modo de realización de los hechos, de forma que se presenta en un momento posterior, tras un cambio cualitativo en la situación, que permite apreciar la inexistencia de posibilidades de defensa en la víctima. Por ejemplo, cuando en una lucha sin armas, de modo sorpresivo, uno saca una navaja y se la clava a otro, o cuando, perdido el conocimiento por parte de uno, el otro le clava un cuchillo o le dispara con un arma de fuego o le arroja al agua donde se ahoga (STS 9-9-02).

C) No cuestiona el recurrente la calificación jurídica del hecho declarado probado sino la prueba de este último en cuanto a la situación en que se produjo el ataque sobre la víctima.

Sin embargo, el dato de que la víctima “sobre las 3’30 horas se marchó de su domicilio siguiéndola D. G. Con un martillo tipo machota, y con intención de poner fin a la vida de aquella, en la Plaza Elías Riquelme de esta capital, la golpeó en la cabeza y tras dar esta un grito desgarrador cayó al suelo inconsciente y sangrando tras lo cual D. Con la misma finalidad de acabar con su

vida continuó golpeándola pausadamente en la cabeza hasta en tres ocasiones más y en la parte izquierda del cuerpo alcanzando la mano izquierda, llegando a un total de hasta seis golpes”, está acreditado no sólo porque el mismo acusado reconoció que ella se fue y salió a buscarla, o por el lugar en que fue hallado el cuerpo, sino también por el testimonio de los vecinos del lugar que observaron los hechos tras escuchar el grito de la víctima y vieron como el acusado la continuaba golpeando, cuando ya estaba en el suelo inconsciente, con golpes pausados y espaciados en el tiempo.

La víctima fue atacada a las 3’30 horas de la madrugada, cuando había logrado huir del domicilio en el que con anterioridad había mantenido una discusión con el recurrente, sin que conste se percibiera de la agresión, efectuada con un martillo con el que la golpeó reiteradamente.

Pero aún en la hipótesis de que se hubiera producido un enfrentamiento previo y el primer golpe no fuera traicionero, los golpes sucesivos ya inconsciente y completamente indefensa la víctima demuestran que se habría producido la muerte sin que el acusado temiese ni tuviese que enfrentarse a reacción alguna de defensa por parte de ella, dado el mecanismo de producción de la muerte que empleó.

Estaríamos siempre en un supuesto de alevosía, en cualquiera de sus modalidades, incluida la sobrevenida.

No existe, pues, el denunciado vacío probatorio y si una alevosa actuación del acusado.

Procede, por tanto, la inadmisión del motivo, de acuerdo con lo establecido en el art. 88.1 de la LECrim.

SEGUNDO.- Se formula el motivo al amparo del art. 849.2 de la LECrim. Por error en la apreciación de la prueba.

Mediante una confusa designación de particulares se denuncian por el recurrente los siguientes errores del Juzgador: a) error basado en que no declaró que la víctima hizo objeto de agresiones al acusado y por tanto no puede considerarse la misma como víctima del ejercicio habitual de violencia familiar, así se señaló un acta de declaración policial del acusado formulando denuncia contra la víctima y aportando informes médicos, así como otra denuncia formulada por él contra ella según el testimonio de unas diligencias previas; b) error al valorar la denuncia formulada por la madre de la víctima resultando un juicio de faltas en que quedó absuelto el acusado, y c) error al apreciarse alevosía afirmando que la acción se produjo cuando la víctima iba por la calle a unos dos mil o dos mil quinientos metros de su casa, pues según oficio policial obrante en autos se hace constar que la distancia entre la vivienda y el lugar en que se halló a la víctima es de 117 metros.

Para que pueda aplicarse este art. 849.2° es necesario que concurren los siguientes requisitos:

1°.- Que haya existido error en la apreciación de la prueba con significación suficiente para modificar el sentido del fallo.

2°.- Que ese error quede demostrado por medio de prueba documental que es la única respecto de la cual el tribunal que conoce del recurso de casación tiene las mismas posibilidades de examen

directo e inmediato que tuvo la Audiencia en la instancia. Para ello es necesario que el documento, por su naturaleza y contenido, tenga aptitud para acreditar el extremo debatido.

3°.- Que el documento correspondiente esté incorporado a los autos, para que lo pueda verificar el Tribunal Supremo lo mismo que hizo el de instancia.

4°.- Que lo que resulte de ese documento no se encuentre en contradicción con lo que acrediten otros medios de prueba, documental o de otra clase, pues, si sobre el punto respecto del cual se alega el error se han realizado otras pruebas con resultado diferente al que se desprende del documento, entonces la ley reconoce al órgano judicial una facultad de apreciación conjunta de todos ellos que les permite estimar que la verdad del hecho no es la que aparece en ese documento obrante en autos, sino la que ofrece ese otro o esos otros medios de prueba, todo ello como una manifestación más de las facultades de libre valoración que la ley procesal penal (art. 741) confiere al Tribunal que conoció de la causa bajo el sistema procesal de juicio oral y única instancia (STS 31-1-03).

No sólo las denuncias que pudiera haber presentado el acusado contra la víctima son declaraciones del mismo y no constituyen documentos, independientemente de que las acompañase de partes médicos, sino que su existencia en nada contradice el contenido del hecho probado que refleja todas las denuncias formuladas por la víctima así como la atención médica recibida por ella y su ingreso en dos casas de acogida; y en nada se contradice tampoco dicho relato por el hecho de que el acusado fuese absuelto en el juicio de faltas seguido a raíz de una de las denuncias formulada por la madre de la víctima, extremo acertadamente examinado por la sentencia recurrida conforme a la doctrina aplicable y al concepto de cosa juzgada; además la existencia de los malos tratos se acredita como señala la Sala de instancia con el testimonio de la hija de la víctima –ésta no pudo declarar debido al estado en que la dejó la agresión sufrida, calificado de semicomatoso- unido a las referidas denuncias añadiendo la sentencia que también el tribunal apreció el carácter posesivo y violento del acusado al prestar declaración.

Tampoco muestra error alguno el oficio policial que señala la distancia existente entre la vivienda de la víctima y el lugar en el que fue hallada; el hecho probado no dice cual sea la distancia, como se ha visto anteriormente, y es absolutamente irrelevante para el fallo que la misma fuese de dos mil metros o de ciento diecisiete. Procede la inadmisión del motivo de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 884.6 y 885.1 de la LECrim.

En su consecuencia procede adoptar la siguiente parte dispositiva: III. PARTE DISPOSITIVA

La Sala acuerda: no haber lugar a la admisión del recurso de casación formalizado por el recurrente, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de origen, en la causa referenciada en el encabezamiento de esta resolución.

Las costas se imponen a la parte recurrente.

## JURISPRUDENCIA • TS •

COMENTARIO A LA SENTENCIA NÚM. 76/04, DE 24 DE FEBRERO DE 2004, DE LA SECCIÓN 1ª DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE SEVILLA –ROLLO Nº 518/03-, CONFIRMADA POR AUTO DE LA SALA DE LO PENAL DEL TRIBUNAL SUPREMO EN EL RECURSO Nº 515/2004 AP. DELITOS DE MALOS TRATOS HABITUALES Y DE ASESINATO EN GRADO DE TENTATIVA.

Esta Sentencia basa sus fundamentos en que los hechos son constitutivos de dos delitos, el primero lo constituye un delito en el ámbito familiar del anterior artículo 153 del Código Penal (hoy art.173 C.P.).

Por un lado, el TS viene afirmando que el bien jurídico que se protege en la norma va más allá de la integridad de la persona (delito de lesiones), preservando otros valores constitucionales como son la dignidad de las personas y la protección a la familia.

Por otro lado, el concepto de habitualidad que integra los elementos de este tipo penal, como señala la Sentencia 75/2001, de 21 de junio de la Sección 3ª de la A.P. de Gerona, que dice: "lo relevante para apreciar la habitualidad, más que una pluralidad numérica de agresiones, es la repetición y frecuencia, que suponga una permanencia en el trato violento" (en el mismo sentido S.ª 62/2001, de 25 de septiembre de la Sección 3ª de la A.P. de Córdoba). En el presente caso, dicho trato permanentemente violento ha quedado suficientemente demostrado con las numerosas denuncias que constan en el sumario, los diversos partes de lesiones, los ingresos en casas de acogida huyendo de su agresor, la testifical de la hija de la víctima, etc.

El segundo de los hechos delictivos lo constituye, el asesinato en grado de tentativa, en el acto del juicio se pudo apreciar en conciencia, que el ánimo del imputado no era el de lesionar, sino el de acabar con la vida de su víctima o "animus necandi". Esta intencionalidad homicida se deduce de varios elementos relevantes: el arma homicida utilizada, idónea para producir la muerte (martillo tipo machota), los golpes propinados, al menos tres de los seis, dirigidos a una zona vital como es la cabeza y los hechos posteriores a la acción homicida del imputado como la denegación de auxilio a su víctima, la actitud siempre tranquila que mostraba mientras aquella se desangraba, la ocultación del instrumento delictivo a unos metros del lugar de los hechos, etc.

Por otro lado, en el acto del plenario las acusaciones pública y particular calificaron definitivamente los hechos como un delito en el ámbito familiar del art. 153 del C.P. y un delito de asesinato en grado de tentativa del art. 139.1 del C.P., concurriendo la circunstancia agravante en el homicidio de parentesco.

La agravante de alevosía, que transforma el homicidio en asesinato, en el caso de autos, radica tal como recoge la sentencia "en la inexistencia de defensa por parte de la persona atacada, y tal inexistencia de posibilidades de defensa puede provenir, entre otras formas, de una agresión que se produce de forma súbita o por sorpresa cuando el agredido no espera el comportamiento de su agresor".

La alevosía, en esencia, consiste en el aseguramiento de la muerte de un tercero, sin riesgo para su autor.

Como sigue diciendo la sentencia comentada: "es claro que nos hallamos ante un caso de asesinato cualificado por la alevosía, no sólo porque la víctima fue abordada por el acusado cuando eran las 3,30 de la mañana, iba por la calle a unos dos mil o dos mil quinientos metros de su casa de la que había logrado salir pensando, posiblemente, que no había sido vista por D., con quien había tenido horas antes una discusión sino además porque tras el primer golpe en el que J. dio un grito desgarrador y cayó al suelo sin conocimiento, continuó golpeándola sin ninguna posibilidad de reacción defensiva de la víctima, utilizando un martillo de tipo machota, para asegurar que su agresión causaría la muerte de su víctima, asegurándose así conseguir el resultado querido".

Por último, señalar que pese al trastorno de la personalidad de tipo disocial grave que presentaba el homicida, por el Tribunal enjuiciador se llega a la conclusión, que no concurre circunstancia modificativa de responsabilidad de psicopatía como eximente incompleta solicitada por la defensa, ni eximente incompleta de trastorno mental transitorio solicitada subsidiariamente, ni la atenuante de arrebató ni la atenuante analógica, todas del art. 21 del C.P.

Aunque el acusado estaba diagnosticado de trastorno de la personalidad, esto es, de problemas de conducta, no era un enfermo mental, ni presenta rasgos de enfermedad psiquiátrica alguna.

Concluyendo, dice la sentencia en su Cuarto Fundamento de Derecho: "Resulta discutible, a la vista de las consideraciones expuestas que no puede apreciarse una eximente ni completa ni incompleta, puesto que la mera presencia de una anomalía o alteración puede ser irrelevante para la determinación de la imputabilidad de quien la padece, y en consecuencia de su responsabilidad penal. Es preciso además que el autor de la infracción penal, a causa de la alteración que sufre, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión, es decir, es preciso que la anomalía o la alteración se interponga entre el sujeto y la norma que establece la ilicitud del hecho, de forma que no pueda ser motivado por aquella o que, pudiendo percibir el mandato o la prohibición contenidos en la norma, carezca esta de fuerza motivadora para el sujeto porque el mismo se encuentre determinado en su actuación por causas vinculadas a su alteración psíquica que anulen la motivación normativa...". En el caso de autos el Tribunal considera probado que el acusado en la fecha de los hechos no tenía sus facultades intelectivas ni volitivas disminuidas, ni sufrió trastorno mental transitorio.

Finalmente, resaltar que el condenado recurrió dicha sentencia en casación por dos motivos: el primero, por infracción constitucional e infracción de Ley y el segundo, por error en la apreciación de la prueba.

Tanto el Ministerio Fiscal como la Acusación Particular se opusieron a la substanciación del recurso.

El Tribunal Supremo mediante auto motivado acordó "no haber lugar a la admisión del recurso de casación formalizado por el recurrente, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de origen...". (MARIA ROSA LASHERAS PICÓN. Letrada).

## **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**