

ARTICULO

14

UNA PERSPECTIVA DE GÉNERO

SUMARIO

DOCTRINA

- **María Luisa Balaguer Callejón.**
Catedrática de Derecho Constitucional. (Universidad de Málaga)
"La regulación Jurídica de los malos tratos en el ámbito doméstico". 2

LEGISLACIÓN

- **LEY 39/1995, de 5 de Noviembre.**
Para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las
personas trabajadoras. 4

JURISPRUDENCIA

- **Tribunal Europeo de Derechos Humanos. TEDH.**
Decision 28 octubre 1999. Preferencia del heredero varón en la herencia
de los títulos nobiliarios en España. 15
- **Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. TJCE.**
Sentencia de TJCE, de 11 de mayo de 1999. Igualdad de Retribución entre
trabajadores y trabajadoras. 18
- **Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. TJCE.**
Sentencia del TJCE, de 26 de octubre de 1999. Discriminación por razón de sexo. 23
- **Corte Costituzionale.**
Sentencia de la Corte Costituzionale núm. 422, de 6 de septiembre de 1995, sobre
el Sistema de Cuotas en las Listas Electorales. 28
- **Tribunal Supremo. TS.**
Sentencia del TS, de 10 de abril de 1999. Existencia de culpa extracontractual
por trato discriminatorio de la empresa por razón de sexo. 34
- **Tribunal Supremo. TS.**
Sentencia del TS, de 1 de junio de 1999. Discriminación Indirecta por razón
de sexo. 38

OTRAS REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES 42

NOTICIAS 43

**Boletín de Información
y Análisis Jurídico**

Instituto Andaluz de la Mujer

NÚM.3 • ENERO 2000

DOCTRINA

“LA REGULACIÓN JURÍDICA DE LOS MALOS TRATOS EN EL ÁMBITO DOMÉSTICO”

MARIA LUISA BALAGUER CALLEJÓN

Catedrática de Derecho Constitucional. Universidad de Málaga.

Desde la promulgación de la Constitución, los poderes públicos vienen obligados al cumplimiento de la igualdad real y efectiva, así como a la interdicción de cualquier tipo de discriminación en función de la pertenencia a uno u otro género¹.

La inexistencia de una ley de desarrollo de la igualdad, ha tenido entre otras, la consecuencia de que la igualdad como derecho fundamental protegido en amparo, se consolide desde el punto de vista doctrinal y jurisprudencial, sin la coherencia y congruencia que permite la fijación del derecho positivo en un texto legal. También es cierto que una previsible consecuencia del desarrollo legal del derecho de igualdad, hubiera restringido una parte considerable del desarrollo jurisprudencial que ha permitido el transcurso del tiempo. En todo caso, hoy parece inaplazable el desarrollo legislativo, bien es cierto que sectorizado, del derecho de igualdad².

Y en ese sentido es inaplazable por mas tiempo, una ley integral, global o general sobre la igualdad de género, que acelere el proceso histórico de compromiso por la igualdad.

La ley deberá contemplar tres aspectos fundamentales en relación con la igualdad de las mujeres en la sociedad: Su vertiente política, con una regulación de las medidas de fomento de la participación política de la mujer, la ley de la igualdad en el trabajo, y la ley de igualdad en la familia y en la sociedad.

Desde el plano estrictamente político, la ley de participación política permitirá acortar las distancias para llegar a una igualdad real y efectiva de la mujer respecto del hombre en la vida política activa³.

En el plano laboral, la incorporación plena de la mujer a la actividad laboral en condiciones de igualdad, exige un modificación del modelo antropocéntrico sobre el que se ha construido tradicionalmente la actividad social productiva.

Finalmente, la necesidad de una ley que ha sido considerada como una Ley integral sobre la violencia de género, puede permitir que la mujer se integre en la sociedad desde una consideración igualitaria, que trascienda la visión social antropocéntrica, y definitivamente la sociedad se considere desde la bipolaridad sexual que la compone biológicamente.

La violencia doméstica ha sido definida como un modo particular de violencia referida a la mujer, que obstaculiza el desarrollo y la paz de los pueblos, dificultando el disfrute de los Derechos Humanos y libertades fundamentales⁴.

Naturalmente, desde el Derecho Constitucional, puede y debe hacerse una lectura que permita el desarrollo legislativo adecuado a la importancia y categoría de los derechos fundamentales que aparecen lesionados en esa situación personal a la que necesariamente revierte el ejercicio de la violencia doméstica.

En tal sentido, son especialmente importantes los artículos 14, 15, 18, de la Constitución en cuanto a la lesión de los derechos de igualdad, derecho a la vida y a la integridad física y moral, y derecho al honor, intimidad personal y familiar. Del mismo modo resultan de implicación muy directa los artículos 9.2 y 53 de la Constitución, en lo que se refiere a la actividad de los poderes públicos en la remoción de los obstáculos para el cumplimiento de la libertad y la igualdad, y la exigencia legal del art. 53 en su regulación concreta, así como en los procesos adecuados a la sumaria y rapidez que exige la protección de estos derechos.

Desde este punto de vista, no solamente es adecuado, sino además necesario e ineludible, un estudio de la violencia doméstica desde una óptica de Derecho Constitucional, por la que la comprensión legislativa de las medidas que puedan adoptarse, esté en consonancia con los principios y valores constitucionales.

1. Exigencia que viene determinada no solamente por el art. 14 de la Constitución, sino sobre todo por el art. 9.2 que obliga a los poderes públicos a la remoción de los obstáculos para el cumplimiento de la igualdad.

2. En un cierto sentido, aunque disperso en multitud de textos legislativos, se ha desarrollado el derecho de igualdad. Cada norma de contratación que bonifica las cuotas de la seguridad social en un colectivo, es una norma sobre igualdad. Y de la misma forma, el cumplimiento de los respectivos Planes de Igualdad del Estado y de las CC.AA. exigen un cierto desarrollo legislativo de esas medidas políticas que implican derecho positivo vigente sobre la igualdad. No ha existido sin embargo, una ley específica de la igualdad.

3. Sobre la constitucionalidad de una ley de paridad electoral, cfr. A. Rodríguez Díaz.- "Reflexiones constitucionales sobre la paridad electoral", en el n. Dos de este Boletín. Septiembre. 1999.

4. Esta importancia se hace notar en la IV Conferencia Mundial sobre las Mujeres celebrada en China en 1995. Por su parte, el art. 1 de la Declaración sobre la Eliminación de la violencia contra la Mujer de las Naciones Unidas, se considera violencia doméstica, "todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para las mujeres, inclusive las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, tanto si se producen en la vida pública o privada".

DOCTRINA

Por tal motivo, debe hacerse una primera consideración respecto de cuales han de ser estos valores protegidos en el derecho de igualdad, de integridad física y moral, y de honor y dignidad de la persona, a la que han de disciplinarse los contenidos de una ley de represión de la violencia de género.

Los elementos que necesariamente ha de contener una ley integral contra la violencia doméstica, se refieren a muy diferentes aspectos relacionados con el derecho. En primer lugar, esta ley debe tener necesariamente naturaleza de Ley Orgánica, situación que deriva del núcleo de derechos fundamentales que se implican en la regulación.

En segundo lugar, deben modificarse algunas normas encaminadas a crear una conciencia social de tolerancia con la violencia doméstica. Para ello, deben reformarse algunos preceptos de la ley de publicidad, especialmente en lo que respecta a la utilización de la imagen de la mujer en la publicidad.

En tercer lugar, la ley debe contemplar una serie de medidas preventivas de importancia, referidas a los poderes públicos. La importancia práctica de esta ley deriva de su virtualidad en no romper la cadena de actuaciones de los poderes públicos desde que la mujer solicita la ayuda de la policía o la asistencia sanitaria, hasta que esta mujer ha podido integrarse nuevamente a la sociedad.

Por ello es necesario reformar el proceso penal en la medida en que su efectividad venga condicionada por el bien jurídico lesionado en los delitos de malos tratos. La modificación de estas normas. En tal sentido, la Ley Orgánica 14/99, de 9 de Junio por la que se modifican determinados artículos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ha resultado inoperante en los meses que lleva en vigor⁵. No pueden considerarse meras faltas contra la salud de las mujeres, o malos tratos de palabra.

Es necesario, para cumplir la finalidad preventiva, una instrucción exhaustiva, en la que se indaguen las causas últimas de los malos tratos psíquicos o físicos, adoptando algunas medidas preventivas, que por la especial naturaleza de estos bienes jurídicos protegidos, pueden evitar lesiones mayores en el futuro.

Tal consideración de que estamos en presencia de un delito, justificada la gravedad por una valoración de la protección de la libertad de la mujer, ajena a cualquier consideración ética de la familia o de la honestidad, propias de un estado confesional, permite desplegar normas procesales que permitan la protección de esa libertad, al margen de consideraciones de otro tipo, y que determinan que las actuaciones de los poderes públicos, garanticen niveles de

igualdad de género en el futuro. Todas las relaciones de dependencia psicológica tienden a desaparecer cuándo las relaciones económicas son mas libres.

Se debe volver a legislar sobre el proceso con la convicción de que los bienes jurídicos protegidos en relación con estas conductas, es de tal gravedad que justifique una tramitación que garantice en todo momento los derechos de la víctima. Algunos derechos fundamentales como la presunción de inocencia, el derecho de intimidad, o principios constitucionales, deben verse en la violencia doméstica con la proporcionalidad que exige la gravedad social de estas donductas.

Del mismo modo la especialización de los operadores jurídicos, y de los profesionales que se relacionan con las personas que sufren malos tratos. La convivencia, los efectos sobre los hijos, la liquidación de una vida en común, son circunstancias y hechos que se refieren a veces a situaciones muy íntimas de la esfera de la personalidad. Ello exige que las personas que han de defender, acusar, o adoptar resoluciones sobre estos temas, mantengan una diferente posición, que cuando se resuelve acerca de un contrato de arrendamiento o la ejecución de un aval. Es aconsejable una especialización desde el poder judicial, y asimismo en el Ministerio Fiscal y la Abogacía, que permita a la sociedad contar con personal especializado para el tratamiento de estos problemas.

Para finalizar, es necesaria una reflexión de la sociedad en su conjunto acerca de las causas por las que los malos tratos se han incrementado considerablemente en nuestro actual modelo de Estado Social. La protección social, el divorcio, la independencia económica de las mujeres, ha tenido una importante consecuencia negativa, la de provocar una crisis de un modelo social machista que en sus formas mas recalcitrantes, quiere perpetuarse a expensas de la vida de las mujeres. Debe suponerse que son las últimas consecuencias del modelo de sociedad patriarcal, cuya liquidación conlleva ese necesario margen de violencia. Pero también es cierto que puede acelerarse ese proceso mediante un control social de este proceso. Y en ese sentido todas las medidas que aceleren el proceso de igualdad, contribuirán sin duda a que el costo en sufrimiento y vidas humanas de esas mujeres se reduzca. Leyes, normas, conductas sociales, instituciones, medidas de fomento de igualdad, son ahora elementos de paz social. Desde la subvención al empleo de las mujeres, hasta la creación de un área de conocimiento de la mujer en el ámbito universitario, contribuyen a acortar la distancia de la desigualdad.

5. La LO 14/99 ha modificado los arts. 13, 14, 103, 104, 109, 448, 455, 544 bis, 707 y 715. En ellos se hace referencia a las medidas cautelares y práctica de las pruebas en delitos relacionados con el entorno familiar. Sin embargo, la mayor parte de los hechos denunciados en relación con la violencia doméstica, son considerados como faltas por parte de los jueces y fiscales, lo que hace inaplicables estos preceptos a este tipo de procesos.

LEGISLACION

LEY 39/1999, DE 5 DE NOVIEMBRE, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (Boletín Oficial del Estado, número 266, de 6 de noviembre de 1999)

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

La Constitución Española recoge en su artículo 14 el derecho a la igualdad ante la ley y el principio de no discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión u opinión o cualquier otra condición. En el artículo 39.1, el texto constitucional establece el deber de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia y, en el artículo 9.2, atribuye a los poderes públicos el deber de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas; y remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud facilitando la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.

La incorporación de la mujer al trabajo ha motivado uno de los cambios sociales más profundos de este siglo. Este hecho hace necesario configurar un sistema que contemple las nuevas relaciones sociales surgidas y un nuevo modo de cooperación y compromiso entre mujeres y hombres que permita un reparto equilibrado de responsabilidades en la vida profesional y en la privada.

La necesidad de conciliación del trabajo y la familia ha sido ya planteada a nivel internacional y comunitario como una condición vinculada de forma inequívoca a la nueva realidad social. Ello plantea una compleja y difícil problemática que debe abordarse, no sólo con importantes reformas legislativas como la presente, sino con la necesidad de promover adicionalmente servicios de atención a las personas, en un marco más amplio de política de familia.

En este sentido, en la IV Conferencia mundial sobre las mujeres, celebrada en Pekín en septiembre de 1995, se consideró como objetivo estratégico fomentar una armonización de responsabilidades laborales y familiares entre hombres y mujeres y en la Declaración aprobada por los 189 Estados allí reunidos, se reafirmó este compromiso.

Por su parte, en el ámbito comunitario, la maternidad y la paternidad, en su más amplio sentido, se han recogido en las Directivas del Consejo 92/85/CEE, de 19 de octubre, y 96/34/CE, del Consejo, de 3 de junio. La primera de ellas contempla la maternidad desde el punto de vista de la salud y seguridad en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia. La segunda, relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental, celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES, prevé el permiso parental y la ausencia del trabajo por motivos

de fuerza mayor como medio importante para conciliar la vida profesional y familiar y promover la igualdad de oportunidades y de trato entre hombres y mujeres.

Mediante la presente Ley se completa la transposición a la legislación española de las directrices marcadas por la normativa internacional y comunitaria superando los niveles mínimos de protección previstos en las mismas.

La Ley introduce cambios legislativos en el ámbito laboral para que los trabajadores puedan participar de la vida familiar dando un nuevo paso en el camino de la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres. Trata además de guardar un equilibrio para favorecer los permisos por maternidad y paternidad sin que ello afecte negativamente a las posibilidades de acceso al empleo, a las condiciones del trabajo y al acceso a puestos de especial responsabilidad de las mujeres. Al mismo tiempo se facilita que los hombres puedan ser copartícipes del cuidado de sus hijos desde el mismo momento del nacimiento o de su incorporación a la familia.

El primer capítulo introduce modificaciones en el Estatuto de los Trabajadores en lo relativo a permisos y excedencias relacionadas con la maternidad, paternidad y el cuidado de la familia. Estas modificaciones mejoran el contenido de la normativa comunitaria y ajustan los permisos a la realidad social.

Así, se hacen concordar los permisos o ausencias retribuidas con la Directiva 96/34/CE, previendo la ausencia del trabajador en los supuestos de accidente y de hospitalización, al mismo tiempo que se flexibiliza el derecho al permiso de lactancia.

Igualmente se amplía el derecho a la reducción de jornada y excedencia a los trabajadores que tengan que ocuparse de personas mayores y enfermas, en línea con los cambios demográficos y el envejecimiento de la población.

Como novedad importante, cabe destacar que la Ley facilita a los hombres el acceso al cuidado del hijo desde el momento de su nacimiento o de su incorporación a la familia, al conceder a la mujer la opción de que sea el padre el que disfrute hasta un máximo de diez semanas de las dieciséis correspondientes al permiso por maternidad, permitiendo además que lo disfrute simultáneamente con la madre y se amplía el permiso de maternidad en dos semanas más por cada hijo en el caso de parto múltiple.

Asimismo, se introducen importantes modificaciones en la regulación de los permisos por adopción y acogimiento permanente y preadoptivo. Frente a la legislación

LEGISLACIÓN

actual en la que la duración del permiso depende de la edad del menor, concediéndose distintos períodos de tiempo según el niño o niña sea menor de nueve meses o de cinco años, la Ley no hace distinción en la edad de los menores que generan este derecho, siempre que se trate de menores de seis años.

Por último, se establece la aplicación de la reducción de la jornada o excedencia para atender al cuidado de familiares que por razón de edad, accidente o enfermedad no puedan valerse por sí mismos y no desempeñen actividad retribuida configurándose este derecho como individual de los trabajadores.

El último artículo del capítulo I prevé las modificaciones que han de realizarse en el Estatuto de los Trabajadores relativas a la extinción del contrato de trabajo. Para ello se declara expresamente nula la decisión extintiva o el despido motivado entre otros, por el embarazo, la solicitud o disfrute de los permisos maternidad, paternidad o cuidado de familiares o el despido de los trabajadores con contrato de trabajo suspendido, salvo que se demuestre su procedencia por causa ajena a la discriminación.

Como novedad se amplían los supuestos que no pueden computarse como faltas de asistencia a efectos de extinción del contrato de trabajo por absentismo laboral. Entre ellos se incluyen el riesgo durante el embarazo, las enfermedades causadas por el mismo, el parto y la lactancia.

El capítulo II introduce modificaciones al Real Decreto legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, para garantizar el ejercicio libre de estos derechos y su resolución en caso de discrepancia mediante procedimiento urgente y de tramitación preferente.

El capítulo III modifica la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, y cubre una laguna actualmente existente, previendo que en los supuestos de maternidad en los que, por motivos de salud de la madre o del feto, se hace necesario un cambio de puesto de trabajo o función y este cambio no sea posible, se declare a la interesada en situación de riesgo durante el embarazo con protección de la Seguridad Social.

El capítulo IV introduce modificaciones en el Real Decreto legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social. La novedad más importante reside en la creación de una nueva prestación dentro de la acción protectora de la Seguridad Social, la de riesgo durante el embarazo, con la finalidad de proteger la salud de la mujer trabajadora embarazada.

Con la finalidad de que no recaigan sobre los empresarios los costes sociales de estos permisos, lo que podría acarrear consecuencias negativas en el acceso al empleo, especialmente de la población femenina, y como medida de

fomento del empleo, el capítulo V prevé reducciones en las cotizaciones empresariales a la Seguridad Social por contingencias comunes, siempre que se concierte interinamente a desempleados para sustituir al trabajador o trabajadora durante los periodos de descanso por maternidad, adopción o acogimiento.

Los capítulos VI, VII y VIII introducen las correspondientes modificaciones en las leyes reguladoras de la Función Pública, con el objeto de adaptar el contenido de la Ley a los colectivos comprendidos en su ámbito de aplicación.

CAPÍTULO I

Modificaciones que se introducen en el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto legislativo 1/1995, de 24 de marzo

Artículo primero. *Permisos retribuidos.*

La letra b) del apartado 3 del artículo 37 queda redactada de la siguiente forma:

"b) Dos días por el nacimiento de hijo o por el fallecimiento, accidente o enfermedad graves u hospitalización de parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad. Cuando con tal motivo el trabajador necesite hacer un desplazamiento al efecto, el plazo será de cuatro días."

Artículo segundo. *Reducción de la jornada por motivos familiares.*

1. El apartado 4 del artículo 37 queda redactado de la siguiente forma:

"4. Las trabajadoras, por lactancia de un hijo menor de nueve meses, tendrán derecho a una hora de ausencia del trabajo, que podrán dividir en dos fracciones. La mujer, por su voluntad, podrá sustituir este derecho por una reducción de su jornada en media hora con la misma finalidad. Este permiso podrá ser disfrutado indistintamente por la madre o el padre en caso de que ambos trabajen."

2. El apartado 5 del artículo 37 queda redactado de la siguiente forma:

"5. Quien por razones de guarda legal tenga a su cuidado directo algún menor de seis años o un minusválido físico, psíquico o sensorial, que no desempeñe una actividad retribuida, tendrá derecho a una reducción de la jornada de trabajo, con la disminución proporcional del salario entre, al menos, un tercio y un máximo de la mitad de la duración de aquélla.

Tendrá el mismo derecho quien precise encargarse del cuidado directo de un familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, acci-

LEGISLACIÓN

dente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo, y que no desempeñe actividad retribuida.

La reducción de jornada contemplada en el presente apartado constituye un derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres. No obstante, si dos o más trabajadores de la misma empresa generasen este derecho por el mismo sujeto causante, el empresario podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas de funcionamiento de la empresa."

3. Se añade un nuevo apartado al artículo 37 del Estatuto de los Trabajadores:

"6. La concreción horaria y la determinación del período de disfrute del permiso de lactancia y de la reducción de jornada, previstos en los apartados 4 y 5 de este artículo, corresponderá al trabajador, dentro de su jornada ordinaria. El trabajador deberá preavisar al empresario con quince días de antelación la fecha en que se reincorporará a su jornada ordinaria.

Las discrepancias surgidas entre empresario y trabajador sobre la concreción horaria y la determinación de los períodos de disfrute previstos en los apartados 4 y 5 de este artículo serán resueltas por la jurisdicción competente a través del procedimiento establecido en el artículo 138 bis de la Ley de Procedimiento Laboral."

Artículo tercero. *Suspensión del contrato por maternidad, riesgo durante el embarazo, adopción o acogimiento.*

El apartado 1.d) del artículo 45 queda redactado de la siguiente forma:

"d) Maternidad, riesgo durante el embarazo de la mujer trabajadora y adopción o acogimiento, preadoptivo o permanente de menores de seis años."

Artículo cuarto. *Excedencias por cuidado de familiares.*

El apartado 3 del artículo 46 queda redactado de la forma siguiente:

"3. Los trabajadores tendrán derecho a un período de excedencia de duración no superior a tres años para atender al cuidado de cada hijo, tanto cuando lo sea por naturaleza, como por adopción, o en los supuestos de acogimiento, tanto permanente como preadoptivo, a contar desde la fecha de nacimiento o, en su caso, de la resolución judicial o administrativa.

También tendrán derecho a un período de excedencia, de duración no superior a un año, salvo que se establezca una duración mayor por negociación colectiva, los trabajadores para atender al cuidado de un familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo, y no desempeñe actividad retribuida.

La excedencia contemplada en el presente apartado constituye un derecho individual de los trabajadores, hombres

o mujeres. No obstante, si dos o más trabajadores de la misma empresa generasen este derecho por el mismo sujeto causante, el empresario podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas de funcionamiento de la empresa.

Cuando un nuevo sujeto causante diera derecho a un nuevo período de excedencia, el inicio de la misma dará fin al que, en su caso, se viniera disfrutando.

El período en que el trabajador permanezca en situación de excedencia conforme a lo establecido en este artículo será computable a efectos de antigüedad y el trabajador tendrá derecho a la asistencia a cursos de formación profesional, a cuya participación deberá ser convocado por el empresario, especialmente con ocasión de su reincorporación. Durante el primer año tendrá derecho a la reserva de su puesto de trabajo. Transcurrido dicho plazo, la reserva quedará referida a un puesto de trabajo del mismo grupo profesional o categoría equivalente."

Artículo quinto. *Suspensión con reserva de puesto de trabajo.*

El apartado 4 del artículo 48 queda modificado de la siguiente manera:

"4. En el supuesto de parto, la suspensión tendrá una duración de dieciséis semanas, que se disfrutará de forma ininterrumpida, ampliables en el supuesto de parto múltiple en dos semanas más por cada hijo a partir del segundo. El período de suspensión se distribuirá a opción de la interesada siempre que seis semanas sean inmediatamente posteriores al parto. En caso de fallecimiento de la madre, el padre podrá hacer uso de la totalidad o, en su caso, de la parte que reste del período de suspensión.

No obstante lo anterior, y sin perjuicio de las seis semanas inmediatas posteriores al parto de descanso obligatorio para la madre, en el caso de que el padre y la madre trabajen, ésta, al iniciarse el período de descanso por maternidad, podrá optar por que el padre disfrute de una parte determinada e ininterrumpida del período de descanso posterior al parto bien de forma simultánea o sucesiva con el de la madre, salvo que en el momento de su efectividad la incorporación al trabajo de la madre suponga un riesgo para su salud.

En los supuestos de adopción y acogimiento, tanto preadoptivo como permanente, de menores de hasta seis años, la suspensión tendrá una duración de dieciséis semanas ininterrumpidas, ampliable en el supuesto de adopción o acogimiento múltiple en dos semanas más por cada hijo a partir del segundo, contadas a la elección del trabajador, bien a partir de la decisión administrativa o judicial de acogimiento, bien a partir de la resolución judicial por la que se constituye la adopción. La duración de la suspensión será, asimismo, de dieciséis semanas en los supuestos de adopción o acogimiento de menores mayores de seis

LEGISLACIÓN

años de edad cuando se trate de menores discapacitados o minusválidos o que por sus circunstancias y experiencias personales o que por provenir del extranjero, tengan especiales dificultades de inserción social y familiar debidamente acreditadas por los servicios sociales competentes. En caso de que la madre y el padre trabajen, el período de suspensión se distribuirá a opción de los interesados, que podrán disfrutarlo de forma simultánea o sucesiva, siempre con períodos ininterrumpidos y con los límites señalados.

En los casos de disfrute simultáneo de períodos de descanso, la suma de los mismos no podrá exceder de las dieciséis semanas previstas en los apartados anteriores o de las que correspondan en caso de parto múltiple.

Los períodos a los que se refiere el presente artículo podrán disfrutarse en régimen de jornada completa o a tiempo parcial, previo acuerdo entre los empresarios y los trabajadores afectados, en los términos que reglamentariamente se determinen.

En los supuestos de adopción internacional, cuando sea necesario el desplazamiento previo de los padres al país de origen del adoptado, el período de suspensión, previsto para cada caso en el presente artículo, podrá iniciarse hasta cuatro semanas antes de la resolución por la que se constituye la adopción."

Artículo sexto. *Suspensión con reserva de puesto de trabajo en el supuesto de riesgo durante el embarazo.*

Se introduce un nuevo apartado 5 en el artículo 48 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, en los siguientes términos:

"5. En el supuesto de riesgo durante el embarazo, en los términos previstos en el artículo 26, apartados 2 y 3. de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, la suspensión del contrato finalizará el día en que se inicie la suspensión del contrato por maternidad biológica o desaparezca la imposibilidad de la trabajadora de reincorporarse a su puesto anterior o a otro compatible con su estado."

Artículo séptimo. *Extinción del contrato de trabajo.*

Uno. La letra d) del artículo 52 quede modificada de la siguiente manera:

"d) Por faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, que alcancen el 20 por 100 de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos, o el 25 por 100 en cuatro meses discontinuos dentro de un período de doce meses, siempre que el índice de absentismo total de la plantilla del centro de trabajo supere el 5 por 100 en los mismos períodos de tiempo.

No se computarán como faltas de asistencia, a los efectos

del párrafo anterior, las ausencias debidas a huelga legal por el tiempo de duración de la misma, el ejercicio de actividades de representación legal de los trabajadores, accidente de trabajo, maternidad, riesgo durante el embarazo, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia, licencias y vacaciones, ni enfermedad o accidente no laboral, cuando la baja haya sido acordada por los servicios sanitarios oficiales y tenga una duración de más de veinte días consecutivos."

Dos. El apartado 4 del artículo 53 queda modificado de la siguiente manera:

"4. Cuando el empresario no cumpliera los requisitos establecidos en el apartado 1 de este artículo o la decisión extintiva del empresario tuviera como móvil algunas de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la ley o bien se hubiera producido con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador, la decisión extintiva será nula, debiendo la autoridad judicial hacer tal declaración de oficio. La no concesión del preaviso no anulará la extinción, si bien el empresario, con independencia de los demás efectos que procedan, estará obligado a abonar los salarios correspondientes a dicho período. La posterior observancia por el empresario de los requisitos incumplidos no constituirá, en ningún caso, subsanación del primitivo acto extintivo, sino un nuevo acuerdo de extinción con efectos desde su fecha.

Será también nula la decisión extintiva en los siguientes supuestos:

a) La de los trabajadores durante el período de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, riesgo durante el embarazo, adopción o acogimiento al que se refiere la letra d) del apartado 1 del artículo 45 de esta Ley, o la notificada en una fecha tal que el plazo de preaviso finalice dentro de dicho período.

b) La de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta la del comienzo del período de suspensión a que se refiere la letra a), y la de los trabajadores que hayan solicitado uno de los permisos a los que se refieren los apartados 4 y 5 del artículo 37 de esta Ley, o estén disfrutando de ellos, o hayan solicitado la excedencia prevista en el apartado 3 del artículo 46 de la misma.

Lo establecido en las letras anteriores será de aplicación salvo que, en ambos casos, se declare la procedencia de la decisión extintiva por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencia señalados."

Tres. El apartado 5 del artículo 55 quede redactado en la siguiente forma:

LEGISLACIÓN

"5. Será nulo el despido que tenga por móvil algunas de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador.

Será también nulo el despido en los siguientes supuestos:

a) El de los trabajadores durante el período de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, riesgo durante el embarazo, adopción o acogimiento al que se refiere la letra d) del apartado 1 del artículo 45 de esta Ley, o el notificado en una fecha tal que el plazo de preaviso finalice dentro de dicho período.

b) El de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta la del comienzo del período de suspensión a que se refiere la letra a), y la de los trabajadores que hayan solicitado uno de los permisos a los que se refieren los apartados 4 y 5 del artículo 37 de esta Ley, o estén disfrutando de ellos, o hayan solicitado la excedencia prevista en el apartado 3 del artículo 46 de la misma.

Lo establecido en las letras anteriores será de aplicación, salvo que, en ambos casos, se declare la procedencia del despido por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencia señalados."

CAPÍTULO II

Modificaciones que se introducen en el texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, aprobado por el Real Decreto legislativo 2/1995, de 7 de abril.

Artículo octavo. *Extinción del contrato de trabajo.*

Uno. El apartado 2 del artículo 108 queda redactado de la siguiente forma:

"2. Será nulo el despido que tenga como móvil alguna de las causas de discriminación previstas en la Constitución y en la ley, o se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador.

Será también nulo el despido en los siguientes supuestos:

a) El de los trabajadores durante el período de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, riesgo durante el embarazo, adopción o acogimiento al que se refiere la letra d) del apartado 1 del artículo 45 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, o el notificado en una fecha tal que el plazo de preaviso concedido finalice dentro de dicho período.

b) El de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del período de suspensión a que se refiere la letra a), y el de los trabajadores que hayan solicitado uno de los permisos a los que se

refieren los apartados 4 y 5 del artículo 37 del Estatuto de los Trabajadores, o estén disfrutando de ellos, o hayan solicitado la excedencia prevista en el apartado 3 del artículo 46 del Estatuto de los Trabajadores.

Lo establecido en las letras anteriores será de aplicación, salvo que, en ambos casos, se declare la procedencia del despido por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencia señalados."

Dos. El apartado 2 del artículo 122 queda redactado de la siguiente forma:

"2. La decisión extintiva será nula cuando:

a) No se hubieren cumplido las formalidades legales de la comunicación escrita, con mención de causa.

b) No se hubiese puesto a disposición del trabajador la indemnización correspondiente, salvo en aquellos supuestos en los que tal requisito no viniera legalmente exigido.

c) Resulte discriminatoria o contraria a los derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador:

d) Se haya efectuado en fraude de ley eludiendo las normas establecidas por los despidos colectivos en los casos a que se refiere el último párrafo del artículo 51.1 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

Será también nula la decisión extintiva en los siguientes supuestos:

a) La de los trabajadores durante el período de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, riesgo durante el embarazo, adopción o acogimiento al que se refiere la letra d) del apartado 1 del artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores, o la notificada en una fecha tal que el plazo de preaviso finalice dentro de dicho período:

b) La de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta la del comienzo del período de suspensión a que se refiere la letra a), y de los trabajadores que hayan solicitado uno de los permisos a que se refieren los apartados 4 y 5 del artículo 37 del Estatuto de los Trabajadores, o estén disfrutando de ellos, o hayan solicitado la excedencia prevista en el apartado 3 del artículo 46 del Estatuto de los Trabajadores.

Lo establecido en las letras anteriores será de aplicación, salvo que, en ambos casos, se declare la procedencia de la decisión extintiva por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencia señalados."

Artículo noveno. *Modalidad procesal en materia de permisos de lactancia y reducciones de jornada por motivos familiares.*

1. Se modifica la rúbrica del capítulo V del Título II del Libro II, que queda denominado:

"Vacaciones, materia electoral, clasificaciones profesiona-

LEGISLACIÓN

les, movilidad geográfica, modificaciones substanciales de condiciones de trabajo, permisos por lactancia y reducción de jornada por motivos familiares."

2. Se incluye una nueva sección en el capítulo V del Título II del Libro II, del siguiente tenor literal:

"Sección 5.^a PERMISOS POR LACTANCIA Y REDUCCIÓN DE JORNADA POR MOTIVOS FAMILIARES

Artículo 138 bis.

El procedimiento para la concreción horaria y la determinación del período de disfrute en los permisos por lactancia y por reducción de jornada por motivos familiares se regirán por las siguientes reglas:

a) El trabajador dispondrá de un plazo de veinte días a partir de que el empresario le comunique su disconformidad con la concreción horaria y el período de disfrute propuesto por aquél para presentar demanda ante el Juzgado de lo Social.

b) El procedimiento será urgente y se le dará tramitación preferente. El acto de la vista habrá de señalarse dentro de los cinco días siguientes al de la admisión de la demanda. La sentencia, que será firme, deberá ser dictada en el plazo de tres días."

3. El primer párrafo del apartado 1 del artículo 189 queda redactado en la forma siguiente:

"1. Las sentencias que dicten los Juzgados de lo Social en los procesos que ante ellos se tramiten, cualquiera que sea la naturaleza del asunto, salvo las que recaigan en los procesos relativos a la fecha de disfrute de las vacaciones, concreción horaria y determinación del período de disfrute en permisos por lactancia y reducción de la jornada por motivos familiares, en los de materia electoral, en los de clasificación profesional, en los de impugnación de sanción por falta que no sea muy grave, así como por falta muy grave no confirmada judicialmente, y las dictadas en reclamaciones cuya cuantía litigiosa no exceda de 300.000 pesetas (1.803 euros). Procederá en todo caso la suplicación."

CAPÍTULO III

Modificaciones que se introducen en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos laborales

Artículo décimo. *Protección de la maternidad.*

El artículo 26 queda redactado de la siguiente forma:

"1. La evaluación de los riesgos a que se refiere el artículo 16 de la presente Ley deberá comprender la determinación de la naturaleza, el grado y la duración de la exposición de las trabajadoras en situación de embarazo o parto

reciente a agentes, procedimientos o condiciones de trabajo que puedan influir negativamente en la salud de las trabajadoras o del feto, en cualquier actividad susceptible de presentar un riesgo específico. Si los resultados de la evaluación revelasen un riesgo para la seguridad y la salud o una posible repercusión sobre el embarazo o la lactancia de las citadas trabajadoras, el empresario adoptará las medidas necesarias para evitar la exposición a dicho riesgo, a través de una adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo de la trabajadora afectada. Dichas medidas incluirán, cuando resulte necesario, la no realización de trabajo nocturno o de trabajo a turnos.

2. Cuando la adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo no resultase posible o, a pesar de tal adaptación, las condiciones de un puesto de trabajo pudieran influir negativamente en la salud de la trabajadora embarazada o del feto, y así lo certifiquen los Servicios Médicos del Instituto Nacional de la Seguridad Social o de las Mutuas con el informe del médico del Servicio Nacional de la Salud que asista facultativamente a la trabajadora, ésta deberá desempeñar un puesto de trabajo o función diferente y compatible con su estado. El empresario deberá determinar, previa consulta con los representantes de los trabajadores, la relación de los puestos de trabajo exentos de riesgos a estos efectos.

El cambio de puesto o función se llevará a cabo de conformidad con las reglas y criterios que se apliquen en los supuestos de movilidad funcional y tendrá efectos hasta el momento en que el estado de salud de la trabajadora permita su reincorporación al anterior puesto.

En el supuesto de que, aun aplicando las reglas señaladas en el párrafo anterior no existiese puesto de trabajo o función compatible, la trabajadora podrá ser destinada a un puesto no correspondiente a su grupo o categoría equivalente, si bien conservará el derecho al conjunto de retribuciones de su puesto de origen.

3. Si dicho cambio de puesto no resultara técnica u objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados, podrá declararse el paso de la trabajadora afectada a la situación de suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo, contemplada en el artículo 45.1.d) del Estatuto de los Trabajadores, durante el período necesario para la protección de su seguridad o de su salud y mientras persista la imposibilidad de reincorporarse a su puesto anterior o a otro puesto compatible con su estado.

4. Lo dispuesto en los números 1 y 2 de este artículo será también de aplicación durante el período de lactancia, si las condiciones de trabajo pudieran influir negativamente en la salud de la mujer o del hijo y así lo certificase el médico que, en el régimen de Seguridad Social aplicable, asista facultativamente a la trabajadora.

LEGISLACIÓN

5. Las trabajadoras embarazadas tendrán derecho a ausentarse del trabajo, con derecho a remuneración, para la realización de exámenes prena-ales y técnicas de preparación al parto, previo aviso al empresario y justificación de la necesidad de su realización dentro de la jornada de trabajo."

CAPÍTULO IV

Modificaciones que se introducen en el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto legislativo 1/1994, de 20 de junio

Artículo undécimo. *Acción protectora del sistema de la Seguridad Social.*

Se modifica el primer párrafo del artículo 38.1.c) de la Ley General de la Seguridad Social, en los siguientes términos:

"c) Prestaciones económicas en las situaciones de incapacidad temporal; maternidad; riesgo durante el embarazo; invalidez, en sus modalidades contributiva y no contributiva; jubilación, en sus modalidades contributiva y no contributiva; desempleo, en sus niveles contributivo y asistencial; muerte y supervivencia; así como las que se otorguen en las contingencias y situaciones especiales que reglamentariamente se determinen por Real Decreto, a propuesta del Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales."

Artículo duodécimo. *Duración de la obligación de cotizar.*

Se modifica el apartado 4 del artículo 106 de la Ley General de la Seguridad Social, que queda redactado en los siguientes términos:

"4. La obligación de cotizar continuará en las situaciones de incapacidad temporal, cualquiera que sea su causa, en la de riesgo durante el embarazo y en la de maternidad, así como en las demás situaciones previstas en el artículo 125 en que así se establezca reglamentariamente."

Artículo decimotercero. *Situaciones protegidas.*

Se modifica el artículo 133 bis de la Ley General de la Seguridad Social, que queda redactado en los términos siguientes:

"Artículo 133 bis. Situaciones protegidas:

A efectos de la prestación por maternidad, se consideran situaciones protegidas la maternidad, la adopción y el acogimiento, tanto preadoptivo como permanente, durante los períodos de descanso que por tales situaciones se disfruten, de acuerdo con lo previsto en el número 4 del artículo 48 del texto refundido del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto legislativo

1/1995, de 24 de marzo, y en el número 3 del artículo 30 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública."

Artículo decimocuarto. *Prestación económica de la Seguridad Social por riesgo durante el embarazo.*

Se incluye, en el Título II de la Ley General de la Seguridad Social, un nuevo capítulo IV ter, con la siguiente redacción:

"CAPÍTULO IV TER

Riesgo durante el embarazo

Artículo 134. Situación protegida.

A los efectos de la prestación económica por riesgo durante el embarazo, se considera situación protegida el período de suspensión del contrato de trabajo en los supuestos en que, debiendo la mujer trabajadora cambiar de puesto de trabajo por otro compatible con su estado, en los términos previstos en el artículo 25, apartado 3, de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos laborales, dicho cambio de puesto no resulte técnica u objetivamente posible o no puede razonablemente exigirse por motivos justificados.

Artículo 135. Prestación económica.

1. La prestación económica por riesgo durante el embarazo se concederá a la mujer trabajadora en los términos y condiciones previstos en esta Ley para la prestación económica derivada de enfermedad común, sin más particularidades que las previstas en los siguientes apartados.

2. La prestación económica, cuyo pago corresponderá a la Entidad Gestora, nacerá el día en que se inicie la suspensión del contrato de trabajo y finalizará el día anterior a aquél en que se inicie la suspensión de contrato de trabajo por maternidad o el de reincorporación de la mujer trabajadora a su puesto de trabajo anterior o a otro compatible con su estado.

3. La prestación económica consistirá en subsidio equivalente al 75 por 100 de la base reguladora correspondiente. A tales efectos, la base reguladora será equivalente a la que esté establecida para la prestación de incapacidad temporal, derivada de contingencias comunes.

4. La prestación económica por riesgo durante el embarazo se gestionará directamente por el Instituto Nacional de la Seguridad Social por el procedimiento que reglamentariamente se establezca.

Artículo decimoquinto. *Adaptaciones en la Ley General de la Seguridad Social*

Se introducen las siguientes adaptaciones en el capítulo V

LEGISLACIÓN

"Invalidez" del Título II de la Ley General de la Seguridad Social:

a) El actual artículo 134 pasa a quedar numerado como artículo 136 formando el contenido de la sección 1ª del capítulo V del Título II de la Ley General de la Seguridad Social.

b) Las secciones 3ª, 4ª y 5ª pasan a numerarse, respectivamente, secciones 2ª, 3ª y 4ª con idéntico contenido.

Artículo decimosexto. *Normas de desarrollo y aplicación a Regímenes Especiales.*

Se modifica el apartado 3 de la disposición adicional octava de la Ley General de la Seguridad Social, en los siguientes términos:

"3. Lo previsto en los artículos 134, 135 y 166 será aplicable, en su caso, a los trabajadores por cuenta ajena de los Regímenes Especiales. Asimismo resultará de aplicación a los trabajadores por cuenta propia incluidos en el Régimen Especial del Mar, Régimen Especial Agrario y Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, en los términos y condiciones que se establezcan reglamentariamente."

CAPÍTULO V

Modificaciones que se introducen en la disposición adicional decimocuarta del Real Decreto legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, y en el Real Decreto-ley 11/1998, de 4 de septiembre, por el que se regulan las bonificaciones de cuotas a la Seguridad Social de los contratos de interinidad que se celebren con las personas desempleadas para sustituir a trabajadores durante los períodos de descanso por maternidad, adopción y acogimiento

Artículo decimoséptimo. *Modificación del encabezamiento de la disposición adicional decimocuarta del texto refundido del Estatuto de los Trabajadores.*

El encabezamiento de la disposición adicional decimocuarta queda redactado en los siguientes términos:

"Decimocuarta. Sustitución de trabajadores excedentes por cuidado de familiares."

Artículo decimoctavo. *Modificaciones que se introducen en el Real Decreto-ley 11/1998, de 4 de septiembre, por el que se regulan las bonificaciones de cuotas a la Seguridad Social de los contratos de interinidad que se celebren con las personas desempleadas para sustituir a trabajadores durante los períodos de descanso por maternidad, adopción y acogimiento.*

Se modifica el artículo 1 del Real Decreto-ley 11/1998, de

4 de septiembre, que quedará redactado de la siguiente forma:

"Darán derecho a una bonificación del 100 por 100 en las cuotas empresariales de la Seguridad Social, incluidas las de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales; y en las aportaciones empresariales de las cuotas de recaudación conjunta:

a) Los contratos de interinidad que se celebren con personas desempleadas para sustituir a trabajadoras que tengan suspendido su contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo y hasta tanto se inicie la correspondiente suspensión del contrato por maternidad biológica o desaparezca la imposibilidad de la trabajadora de reincorporarse a su puesto anterior o a otro compatible con su estado.

b) Los contratos de interinidad que se celebren con personas desempleadas para sustituir e trabajadores y trabajadoras que tengan suspendido su contrato de trabajo durante los períodos de descanso por maternidad, adopción y acogimiento preadoptivo o permanente, en los términos establecidos en el número 4 del artículo 48 del Estatuto de los Trabajadores.

La duración máxima de las bonificaciones previstas en este apartado b) coincidirá con la del período de descanso a que se refiere el número 4 del artículo 48 del Estatuto de los Trabajadores.

En el caso de que el trabajador no agote el período de descanso a que tuviese derecho, los beneficios se extinguirán en el momento de su incorporación a la empresa.

c) Los contratos de interinidad que se celebren con personas desempleadas para sustituir a trabajadores autónomos, socios trabajadores o socios de trabajo de las sociedades cooperativas, en los supuestos de riesgo durante el embarazo, períodos de descanso por maternidad, adopción y acogimiento preadoptivo o permanente, en los términos establecidos en los párrafos anteriores."

CAPÍTULO VI

Modificaciones que se introducen en la Ley 30/1994 de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública

Artículo decimonoveno. *Excedencia por cuidado de Familiares.*

El apartado 4 del artículo 29 queda redactado de la forma siguiente:

"4. Los funcionarios tendrán derecho a un período de excedencia de duración no superior a tres años para atender al cuidado de cada hijo, tanto cuando lo sea por naturaleza como por adopción o acogimiento permanente o preadoptivo, a contar desde la fecha de nacimiento o, en

LEGISLACIÓN

su caso, de la resolución judicial o administrativa. También tendrán derecho a un período de excedencia, de duración no superior a un año, los funcionarios para atender al cuidado de un familiar que se encuentre a su cargo, hasta el segundo grado inclusive de consanguinidad o afinidad, que, por razones de edad, accidente o enfermedad, no pueda valerse por sí mismo, y no desempeñe actividad retribuida.

El período de excedencia será único por cada sujeto causante. Cuando un nuevo sujeto causante diera origen a una nueva excedencia, el inicio del período de la misma pondrá fin al que se viniera disfrutando.

Esta excedencia constituye un derecho individual de los funcionarios. En caso de que dos funcionarios generasen el derecho a disfrutarlo por el mismo sujeto causante, la Administración podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas relacionadas con el funcionamiento de los servicios.

El período de permanencia en esta situación será computable a efectos de trienios, consolidación de grado personal y derechos pasivos. Durante el primer año, los funcionarios tendrán derecho a la reserva del puesto de trabajo que desempeñan. Transcurrido este período, dicha reserva lo será al puesto en la misma localidad y de igual nivel y retribución."

Artículo vigésimo. *Permiso por maternidad y paternidad*
El apartado 3 del artículo 30 queda redactado de la forma siguiente:

"3. En el supuesto de parto, la duración del permiso será de dieciséis semanas ininterrumpidas, ampliables en el caso de parto múltiple en dos semanas más por cada hijo a partir del segundo. El permiso se distribuirá a opción de la funcionaria siempre que seis semanas sean inmediatamente posteriores al parto. En caso de fallecimiento de la madre, el padre podrá hacer uso de la totalidad o, en su caso, de la parte que reste del permiso.

No obstante lo anterior, y sin perjuicio de las seis semanas inmediatas posteriores al parto de descanso obligatorio para la madre, en el caso de que la madre y el padre trabajen, ésta, al iniciarse el período de descanso por maternidad, podrá optar por que el padre disfrute de una parte determinada e ininterrumpida del período de descanso posterior al parto, bien de forma simultánea o sucesiva con el de la madre, salvo que en el momento de su efectividad la incorporación al trabajo de la madre suponga un riesgo para su salud.

En los supuestos de adopción o acogimiento, tanto preadoptivo como permanente, de menores de hasta seis años, el permiso tendrá una duración de dieciséis semanas ininterrumpidas, ampliables en el supuesto de adopción o acogimiento múltiple en dos semanas más por cada hijo a

partir del segundo, contadas a la elección del funcionario, bien a partir de la decisión administrativa o judicial de acogimiento, bien a partir de la resolución judicial por la que se constituya la adopción. La duración del permiso será, asimismo, de dieciséis semanas en los supuestos de adopción o acogimiento de menores, mayores de seis años de edad, cuando se trate de menores discapacitados o minusválidos o que por sus circunstancias y experiencias personales o por provenir del extranjero, tengan especiales dificultades de inserción social o familiar, debidamente acreditadas por los servicios sociales competentes. En caso de que la madre o el padre trabajen, el permiso se distribuirá a opción de los interesados, que podrán disfrutarlo de forma simultánea o sucesiva, siempre con períodos ininterrumpidos.

En los casos de disfrute simultáneo de períodos de descanso, la suma de los mismos no podrá exceder de las dieciséis semanas previstas en los apartados anteriores o de las que correspondan en caso de parto múltiple.

En los supuestos de adopción internacional, cuando sea necesario el desplazamiento previo de los padres al país de origen del adoptado, el permiso previsto para cada caso en el presente artículo, podrá iniciarse hasta cuatro semanas antes de la resolución por la que se constituye la adopción."

CAPÍTULO VII

Modificaciones que se introducen en la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, texto articulado aprobado por Decreto 315/1964, de 7 de febrero

Artículo vigésimo primero. *Licencia por riesgo durante el embarazo.*

Se introduce un nuevo número 3 en el artículo 69 con la siguiente redacción:

"3. Cuando la circunstancia a que se refiere el número 3 del artículo 26 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, afectase a una funcionaria incluida en el ámbito de aplicación del mutualismo administrativo podrá concederse licencia por riesgo durante el embarazo en los mismos términos y condiciones que las previstas en los números anteriores."

CAPÍTULO VIII

Modificaciones que se introducen en la Ley 28/1975, de 27 de junio, sobre Seguridad Social de las Fuerzas Armadas, y en la Ley 29/1975, de 27 de junio, de Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado

LEGISLACIÓN

Artículo vigésimo segundo. *Situación de riesgo durante el embarazo en el mutualismo administrativo.*

Se introduce un nuevo párrafo, después del tercero actual, en el artículo 21 de la Ley 28/1975 y en el artículo 20 de la Ley 29/1975, con la siguiente redacción:

"Tendrá la misma consideración y efectos que la situación de incapacidad temporal la situación de la mujer funcionaria que haya obtenido Licencia por riesgo durante el embarazo en los términos previstos en el artículo 69 apartado 3, de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado."

Disposición adicional primera.

Podrán acogerse a los beneficios establecidos en esta Ley los socios trabajadores o socios de trabajo de las sociedades cooperativas y trabajadores de las sociedades laborales, durante los períodos de descanso por maternidad, riesgo durante el embarazo, adopción y acogimiento, con independencia del régimen de afiliación de la Seguridad Social, en el que estuvieren incluidos, con las peculiaridades propias de la relación societaria.

Disposición adicional segunda.

La legislación de la Seguridad Social en materia de convenios especiales se adaptará a las modificaciones previstas en la presente Ley, en el plazo de un año contado a partir de su entrada en vigor.

Disposición adicional tercera.

Se modifica la redacción del apartado 1.e) del artículo 141 de la Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas, que quedará de la siguiente forma:

"e) Lo soliciten para atender al cuidado de los hijos, por naturaleza o adopción o acogimiento permanente o preadoptivo. En este supuesto tendrán derecho a un período de excedencia voluntaria no superior a tres años para atender al cuidado de cada hijo, a contar desde la fecha de nacimiento de éste o, en su caso, de la resolución judicial o administrativa. Los sucesivos hijos darán derecho a un nuevo período de excedencia que, en su caso, pondrá fin al que vinieran disfrutando.

También tendrán derecho a un período de excedencia de duración no superior a un año los que lo soliciten para encargarse del cuidado directo de un familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad que, por razones de edad, accidente o de enfermedad, no pueda valerse por sí mismo, y que no desempeñe actividad retribuida.

Estos derechos no podrán ser ejercidos por dos personas por el mismo sujeto causante."

Disposición adicional cuarta.

El Gobierno, en el marco de sus competencias, y de acuerdo con los agentes sociales, impulsará campañas de sensibilización pública al objeto de conseguir que los hombres asuman una parte igual de las responsabilidades familiares, y de manera especial se acojan, en mayor medida, a las nuevas posibilidades que esta Ley ofrece para compartir el permiso parental.

Disposición adicional quinta.

A los efectos de lo establecido en esta Ley, se considerarán jurídicamente equiparables a la situación de acogimiento preadoptivo o permanente, aquellas instituciones jurídicas declaradas por resoluciones judiciales o administrativas extranjeras, cuya finalidad y efectos jurídicos sean los previstos para la adopción y acogimiento preadoptivo o permanente, cualquiera que sea su denominación.

Disposición derogatoria única. *Alcance de la derogación normativa.*

Quedan derogadas cuantas disposiciones se opongán a lo establecido en esta Ley.

Disposición final primera. *Facultades de aplicación y desarrollo.*

Se autoriza al Gobierno para dictar cuantas disposiciones fueran necesarias para el desarrollo y ejecución de la presente Ley.

Disposición final segunda. *Entrada en vigor.*

Esta Ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial del Estado.

COMENTARIO A LA LEY 39/1999, DE 5 DE
NOVIEMBRE, PARA PROMOVER LA CONCILIACION
DE LA VIDA FAMILIAR Y LABORAL DE LAS
PERSONAS TRABAJADORAS.

Desde la propia exposición de motivos de la ley, se observa que estamos ante una ley de protección a la familia, en lugar de una ley de promoción de la igualdad de la mujer en el trabajo. Se ha perdido la oportunidad, otra vez más, por parte del legislador, de avanzar en la construcción de la igualdad entre el hombre y la mujer en el acceso al trabajo.

Se dice que es una ley de conciliación de la vida laboral y familiar, pero en el fondo estamos ante una ley que facilita las excedencias a la mujer para que se ausente del trabajo.

En ese sentido es aleccionador ya el segundo de los artículos de la ley. Como se ve, dice este artículo que "las trabajadoras" tendrán derecho a una hora de ausencia al trabajo, para terminar el mismo artículo diciendo que "este permiso podrá ser disfrutado indistintamente por la

LEGISLACIÓN

madre o el padre en el caso de que ambos trabajen". La redacción de la norma es indicativa de cómo se considera que es la generalidad de las trabajadoras la que solicitará el derecho, y la excepción que lo solicite un trabajador.

Pero dónde más se dejará ver la permanencia en la discriminación que va a seguir sufriendo la mujer en el acceso al mercado de trabajo, no es tanto en la redacción de los preceptos, cuánto en el contexto general de la ley, y en las posibilidades alternativas que debería haber regulado y que sin embargo han quedado al margen de cualquier consideración.

Así, en lo que se refiere a las posibilidades de contratación de mujeres, esta paridad puramente formal por la que se conduce la ley, y que aparentemente puede hacernos creer que se avanza en la igualdad, en la medida en que parece contribuir progresivamente a un tratamiento igual, acaba siendo el principal obstáculo a la igualdad real, pues en esta igualdad de condiciones entre hombres y mujeres al acceso al trabajo, las empresas están más incentivadas a la contratación de los hombres, que a la contratación de las mujeres. El argumento es fácilmente comprensible: en la medida en que el resto de los condicionantes sociales opera siempre a favor de que las mujeres se ocupen del cuidado de los enfermos y los niños, una medida de igualdad tiene un efecto disuasorio en la contratación de una mano de obra que finalmente crea problemas al empresario, en relación con otra mano de obra que se sabe de antemano que no los va a crear. Y en ese sentido, la ley todavía tiene muchos más efectos perversos, respecto del fin legítimo de la igualdad de género. Cuánto más refuerce los derechos de la mujer en relación con las posibilidades de despido por causas discriminatorias, más dificulta el acceso al empleo de la mujer.

Esta circunstancia es especialmente visible en el artículo 55,5 del vigente Estatuto de los Trabajadores, que esta ley modifica en el sentido de que será nula toda decisión empresarial de extinguir el contrato de trabajo, cuando la causa real de la decisión la constituya la violación de un derecho fundamental o suspensión del contrato por maternidad, riesgo durante el embarazo o lactancia, aunque el despido se ampare en otra causa aparente. En estos supuestos, la mujer lleva adherida por su propia natura-

leza, una mayor garantía para su despido, pero que se convierte en una causa de dificultad adherida para su contratación. Es cierto que esta medida va a favorecer a aquellas trabajadoras que ya estén en el mercado de trabajo, pero de lo que fundamentalmente se trata en la igualdad, es de avanzar en el acortamiento de las distancias reales entre los hombres y las mujeres en el acceso al mercado de trabajo. Y desde ese punto de vista, sin duda no solo no se avanza sino que se retrocede porque en igualdad de condiciones, la opción en la contratación se hará por aquella persona que potencialmente presente menores problemas laborales al empresario, y esta opción favorece al hombre.

¿Cómo se puede por lo tanto crear opciones que favorezcan la contratación a las mujeres?

Hay dos formas de hacerlo que pueden tender a la igualdad real. El primero consistiría en nivelar por parte de los poderes públicos la opción por la contratación de las mujeres, lo que implicaría el favorecimiento fiscal, o en términos de cotizaciones al Régimen de la Seguridad Social. De este modo, el empresario ha de valorar conjuntamente la posibilidad de reducción de jornada, en relación con los costes que implica en la empresa esa situación. Otra medida consistiría en que el Estado subvencionara directamente la situación, compensando al empresario de los costes adicionales que le supongan la aplicación de los supuestos que contempla la ley. Esta segunda medida tendría además el efecto añadido de que incentivaría a algunos hombres a elegir una opción que les permitiría prestar en su casa ciertos servicios por los que no tendría merma la empleadora, y a la vez, podrían suponer ciertas compensaciones, en términos no estrictamente económicos, sino sociales o afectivos, para él como miembro de una familia.

Con independencia de cuales fueran los efectos de impacto social que pudieran producir estas medidas, servirían cuando menos para fomentar el empleo en la mujer de modo real. En la ley actual, cabe temer que los efectos que se han buscado como igualitarios, puedan sin embargo llegar a ser regresivos.

MARÍA LUISA BALAGUER CALLEJÓN

DECISION 28 OCTOBER 1999¹ [SECTION IV]: M. PELLOMPÄÄ (PRESIDENTE), G. RESS (VICEPRESIDENTE), A. PASTOR RIDRUEJO, L. CAFLISCH, J. MAKARCZYK, I. CABRAL BARRETO, V. BUTKEVYCH, N. VAJIC, J. HEDIGAN, S. BOTOUCHAROVA. V. BERGER (SECRETARIO).

FAMILY LIFE (Article 8 of Convenio para la protección de los derechos y de las libertades fundamentales), DISCRIMINATION (Article 14 of Convenio para la protección de los derechos y de las libertades fundamentales) AND POSSESSIONS (Article 1 of Protocol N. 1 of Convenio para la protección de los derechos y de las libertades fundamentales)

Precedence of male heirs in inheritance of titles of nobility: inadmissible. (Preferencia de herederos varones en herencia de títulos nobiliarios).

CIERVA OSORIO DE MOSCOSO - Spain (Nº 41127/98)
FERNÁNDEZ DE CORDOBA - Spain (Nº 41503/98)
ROCA Y FERNÁNDEZ MIRANDA - Spain (Nº 41717/98)
O'NEILL CASTRILLO - Spain (Nº 45726/99)

DERECHOS AL RESPETO A LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR Y PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN (Artículos 8 y 14 del Convenio para la protección de los derechos y de las libertades fundamentales)

In Spain, titles of nobility are passed down in the first place to male heirs. The four applicants are female and are each the firstborn of a noble family. They all brought unsuccessful court proceedings challenging the transmission of titles to their younger brothers. On an appeal by the first applicant, the Constitutional Court gave a ruling on the conformity of the relevant legal provisions with the constitutional principle of non-discrimination. The court, noting the purely symbolic nature of noble titles and the fact that they have no legal significance in the contemporary Spanish legal system, held that amending the rules of law governing their transmission in order to comply with the principle of the equality of the sexes would be to introduce anachronistic requirements into a practice moulded by history.

Inadmissible under Article 8 and, consequently Article 14 read in conjunction with Article 8.

Unlike surnames and forenames, noble titles did not fall within the scope of the Convention. They were entered on

the civil status register but merely as "additional information": inadmissible *ratione materiae*.

PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN Y PROTECCIÓN A LA PROPIEDAD (Artículos 14 del Convenio para la protección de los derechos y de las libertades fundamentales y 1 del Protocolo Adicional)

Inadmissible under Article 1 of Protocol No. 1 and, consequently, Article 14 read in conjunction with Article 1 of Protocol No. 1.

Article 1 of Protocol No. 1 applied only to existing possessions and did not guarantee the right to acquire possessions by way of succession (see the judgments in the cases of *Marckx v. Belgium*, Series A no. 31, p. 23, and *Van der Musselle v. Belgium*, Series A no. 70, p. 22). A legitimate expectation of acquiring a possession depended on the agreement of a third party. A noble title could not be considered as a possession within the meaning of Article 1 of Protocol No. 1. The possibility that a title could be commercially exploited, for example as a brand name, was not enough to make it a possession for the purposes of that provision: inadmissible *ratione materiae*.

COMENTARIO A LA DECISIÓN DE 28 DE OCTUBRE DE 1999 DE LA SALA IV DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Cuatro mujeres aristócratas presentaron, ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, demandas contra España por lo que consideraban una violación de los derechos reconocidos en los artículos 8 y 14 del Convenio para la protección de los derechos y de las libertades fundamentales y 1 del Protocolo Adicional a dicho Convenio. La vulneración de estos derechos sería producida por la preferencia del heredero varón en la herencia de los títulos nobiliarios en España, prevista en nuestro ordenamiento por diferentes normas preconstitucionales aún vigentes, que fueron objeto de una cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección Decimotercera), resuelta por la sentencia del Tribunal Constitucional 126/97. El Tribunal Constitucional declaró

¹ Se incluye el extracto de la decisión que ha publicado el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

que los preceptos de los que deriva la regla de preferencia del varón sobre la mujer en igualdad de línea y grado, en el orden regular de las transmisiones mortis causa de títulos nobiliarios, no son contrarios al artículo 14 de la Constitución y desestimó la cuestión de inconstitucionalidad². El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado la inadmisibilidad de dichas demandas en relación con los artículos ya mencionados del Convenio y que reconocen, respectivamente, los derechos al respeto de la vida privada y familiar, la prohibición de discriminación y la protección de la propiedad³.

La inadmisibilidad de las demandas individuales, presentadas al amparo del artículo 34 del Convenio, puede ser declarada por los Comités o por las Salas del Tribunal⁴. Esta decisión del Tribunal se produce por considerar que la violación que se denuncia no mantiene relación con los derechos y libertades reconocidos en el Convenio, aún interpretados sistemáticamente y puestos en relación entre sí, como hace esta resolución entre los derechos que se denuncian como vulnerados por las demandantes.

Para el Tribunal Europeo, al igual que para el Tribunal Constitucional, la naturaleza de los títulos nobiliarios es puramente simbólica y dichos títulos carecen de relevancia legal en el ordenamiento jurídico español. Precisamente por estas razones, pretender introducir, en la reglas que disciplinan la transmisión de estos títulos, modificaciones derivadas de principios contemporáneos, como el de igualdad entre los sexos, no sería, a juicio del Tribunal Europeo, compatible con la práctica histórica que los ha ido moldeando. Esta conclusión, sin embargo, sólo se entiende en el marco de la previa comprensión de los títulos nobiliarios como carentes de significación legal

y meros restos históricos y parece inscribirse en una consideración simplemente estática del principio de igualdad. La adopción de una perspectiva dinámica del mismo, más apropiada al Estado Social y Democrático de Derecho, proporcionaría razones para que alcanzara a esos ámbitos de la vida social⁵. Se trataría, en definitiva, de encontrar el adecuado acomodo, si ello es posible, a los títulos nobiliarios en dicho tipo de Estado, lo que exigiría que su pervivencia fuera respetuosa con los principios constitucionalmente proclamados⁶. En la argumentación del Tribunal Europeo, la interpretación conjunta de los derechos al respeto a la vida privada y familiar y de la prohibición de no discriminación, reconocidos en los artículos 8 y 14 del Convenio, no comprende a los títulos nobiliarios, a diferencia de lo que sucede con los nombres y apellidos⁷.

Igualmente, la interpretación conjunta de esta prohibición de no discriminación con el derecho de protección de la propiedad también conduce al Tribunal Europeo a la inadmisibilidad de las demandas. El último derecho mencionado abarca sólo a los bienes existentes y no garantiza el derecho de adquirirlos a través de sucesión, ni a las meras expectativas de adquisición de los mismos⁸.

Finalmente, desde la perspectiva autónoma de la protección de la propiedad, la posibilidad de explotación comercial de un título nobiliario, asociada a determinados productos que circulan en el mercado, no se incluye en el contenido del concepto "bienes" que se desprende del Protocolo Adicional del Convenio. Ciertamente, en este punto podrían ser necesarias algunas precisiones, ya sea desde esta perspectiva autónomamente sostenida sobre la interpretación de este precepto del Convenio, ya sea desde su conexión con los

2. Dicha sentencia fue objeto de dos votos particulares, suscritos por tres Magistrados del Tribunal Constitucional. Sobre ella pueden consultarse MARTÍN VIDA, M^a.A., "La cuestionable vigencia del principio de masculinidad en la sucesión de títulos nobiliarios (Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 126/97, de 3 de julio), Revista de Estudios Políticos, n^o 99, 1998, pp. 303-312 y REQUEJO PAGÉS, J.L., Las normas preconstitucionales y el mito del poder constituyente, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, pp. 99-100.

3. Las citas del Convenio y del Protocolo Adicional se hacen según su texto refundido, realizados en Estrasburgo el día 11 de mayo de 1994 y publicados en el Boletín Oficial del Estado, n^o 108, de 6 de mayo de 1999.

4. Esta previsión aparece en los artículos 28 y 29 del Convenio.

5. Sobre estas perspectivas se pronuncia M^a.L. BALAGUER CALLEJÓN, en "La igualdad de derechos de la mujer en el ordenamiento jurídico español", Artículo 14. Una perspectiva de género, n^o 1, abril 1999, pp. 3-6 y, concretamente, porque "en el plano de la justificación, pueden considerarse justificadas o no justificadas, determinadas actuaciones, normas o situaciones de hecho, que parezcan justificadas o que no sean jurídicamente relevantes" (ibídem, p. 5). La necesidad de adoptar este tipo de perspectiva se refuerza, además, si se tiene en cuenta, como afirma Cruz Villalón en su voto particular a la STC 126/97, que "su inmaterialidad -de los títulos nobiliarios- no equivale a su inexistencia" (n^o 3).

6. Cfr. voto particular de Cruz Villalón a la STC 126/97 ^o 3 y 4, especialmente también por razones de índole interpretativa acordes con la realidad social imperante, ya que "su pervivencia dependerá en buena medida del grado en que sean susceptibles de incorporar, junto a reconocimientos históricos marcados por el espíritu de cada época, el de otros valores que nos resulten más próximos" (n^o 3 in fine).

7. El artículo 8 del Convenio establece que "1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades de los demás". El artículo 14 prevé que "el goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación".

8. Según el artículo 1 del Protocolo Adicional, "toda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la Ley y los principios generales del derecho internacional. Las disposiciones precedentes se entienden sin perjuicio del derecho que poseen los Estados de poner en vigor las Leyes que juzguen necesarias para la reglamentación del uso de los bienes de acuerdo con el interés general o para garantizar el pago de los impuestos u otras contribuciones o de las multas".

derechos fundamentales. En primer lugar, no es posible desconocer la presencia de los títulos nobiliarios y de la nobleza en el mercado como, en el caso concreto de estas demandas, en los sectores relacionados con vinos y licores, sino, incluso y de un modo más amplio, su función en la propia vida social. En segundo lugar, la trascendencia patrimonial en sí misma considerada no puede erigirse como criterio para la delimitación y definición de los derechos y libertades fundamentales.

Como conclusiones podría sostenerse que, en un ordenamiento jurídico, cualquier norma e institución, con inde-

pendencia del momento de su elaboración y de su origen, ha de estar integrada en dicho ordenamiento y con los principios fundamentales del mismo, exigencia ésta que deriva de la propia lógica y coherencia del ordenamiento. Además, tanto el Tribunal Constitucional, como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, han desaprovechado la oportunidad de avanzar en la igualdad, de acuerdo con la perspectiva dinámica anteriormente señalada, ya que cualquier acto, símbolo o situación, independientemente de su trascendencia patrimonial o legal, debe cumplir condiciones de igualdad. (ANTONIO JAVIER TRUJILLO PÉREZ).

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD EUROPEA, DE 11 DE MAYO DE 1999. IGUALDAD DE RETRIBUCIÓN ENTRE TRABAJADORES Y TRABAJADORAS.

TEXTO DE LA SENTENCIA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA
de 11 de mayo de 1999

(...) 1. Mediante resolución de 5 de mayo de 1997, recibida en el Tribunal de Justicia el 4 de septiembre siguiente, el Oberlandesgericht Wien planteó, con arreglo al artículo 234 CE (ex artículo 177), siete cuestiones prejudiciales sobre la interpretación del artículo 119 del Tratado CE (actualmente, tras su modificación, 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; en lo sucesivo, «Directiva»).

2. Dichas cuestiones se suscitaron en el marco de un litigio entre el Angestelltenbetriebsrat der Wiener Gebietskrankenkasse (Comité de Empresa de la Mutualidad Regional del Seguro de Enfermedad de Viena; en lo sucesivo, «Comité de Empresa») y la Wiener Gebietskrankenkasse (Mutualidad Regional del Seguro de Enfermedad de Viena; en lo sucesivo, «Mutualidad Regional»), sobre la retribución de los psicólogos titulados empleados como psicoterapeutas.

3. De la resolución de remisión se desprende que la retribución de los trabajadores empleados por los organismos austriacos de Seguridad Social se determina en varios reglamentos de servicio (Dienstordnungen), celebrados con carácter de convenios colectivos, aplicables a las diferentes categorías de personal. Así, los psicólogos habilitados para el ejercicio autónomo de su profesión están clasificados en la categoría F, escalón I, de la Dienstordnung A (Reglamento de servicio A; en lo sucesivo, «DO.A»), que se aplica a los empleados administrativos, al personal de enfermería y a los protésicos dentales, mientras que los médicos habilitados para el ejercicio autónomo de su profesión como especialistas están clasificados en la categoría B, escalón III, de la Dienstordnung B (Reglamento de ser-

vicio B; en lo sucesivo, «DO.B»), que se aplica a los médicos y dentistas. A modo de comparación, en 1995, la retribución de base neta de un empleado de la categoría F, escalón I, de la DO.A se situaba entre 24.796 y 51.996 ÖS, mientras que la de un médico de la categoría B, escalón III, de la DO.B se situaba entre 42.197 y 73.457 ÖS.

4. También resulta de la resolución de remisión que los organismos considerados pueden emplear tres categorías diferentes de psicoterapeutas: médicos que han terminado su formación de generalista o especialista, psicólogos titulados que están habilitados para ejercer de manera autónoma en el sector de la sanidad y, por último, personas que, sin poseer ni el título de médico ni el de psicólogo, han recibido una formación general y una formación específica en psicoterapia.

5. El Comité de Empresa solicitó al Arbeits- und Sozialgericht que declarara que la DO.B era aplicable a las relaciones nacidas de contratos de trabajo celebrados entre la Mutualidad Regional y los psicoterapeutas que hubieran efectuado estudios de psicología sancionados por un doctorado y que los interesados debían estar clasificados en la misma categoría que los médicos empleados como psicoterapeutas (es decir, en la categoría B, escalón III). Entre otras alegaciones sostuvo en apoyo de su pretensión, por una parte, que la clasificación por analogía estaba justificada por la formación y la actividad de los psicólogos psicoterapeutas, que también intervienen en el sector de los tratamientos terapéuticos que cubre la DO.B, y, por otra parte, que la retribución inferior asignada a esta categoría de personal afectaba mayoritariamente a mujeres.

6. La Mutualidad Regional negó fundamento a esta pretensión alegando que pasaba por alto las diferencias de formación y de cualificación y que equivaldría a asimilar a los psicólogos titulados a los médicos especialistas. En su opinión, el hecho de que los psicólogos empleados en psicoterapia sean en su mayoría mujeres es meramente fortuito, y añade que en sus centros trabajan como médicos más mujeres que hombres.

JURISPRUDENCIA • TJCE •

7. El Arbeits- und Sozialgericht desestimó la demanda del Comité de Empresa por considerar que la Gleichbehandlungsgesetz 1979 (Ley de Igualdad de Trato) no regulaba las diferencias que pudieran surgir entre grupos de profesiones, sino sólo la igualdad de trato entre los sexos en la vida profesional. Entre otras apreciaciones, afirmó que la diferente retribución de los médicos y los psicólogos que trabajan como psicoterapeutas fue establecida de común acuerdo por las partes en los convenios colectivos y que está justificada, en particular, por la diferencia en las obligaciones que incumben a los interesados, ya que los médicos contratados como especialistas eran los únicos obligados a ejercer asimismo otras actividades médicas en situaciones de urgencia.

8. El Oberlandesgericht Wien, ante el cual se interpuso recurso de apelación, señala, en particular, que los siguientes hechos son pacíficos entre las partes: la Mutuality Regional tiene empleados a un total de 248 médicos, de los cuales 135 son mujeres; en el centro indicado específicamente por el Comité de Empresa, trabajan como psicoterapeutas 6 psicólogos, 5 de ellos mujeres, y 6 médicos, de ellos, una mujer; de un total de 34 personas empleadas como psicoterapeutas en los organismos de Seguridad Social, 24 son psicólogos titulados, 18 de ellos mujeres, y 10 son médicos, 2 de ellos mujeres. También ha señalado que en Austria estaban inscritos como psicólogos con formación en psicoterapia 1.125 hombres y 2.338 mujeres.

9. Al estimar que, a la luz de estos datos, era precisa la interpretación de determinadas disposiciones comunitarias para la solución del litigio, el Oberlandesgericht resolvió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones:

1) ¿Existe un "mismo trabajo" o un "mismo puesto de trabajo" a efectos del artículo 119 del Tratado CE o de la Directiva 75/117/CEE también en el caso de que, durante un período prolongado (varios períodos retributivos), desempeñen la misma actividad trabajadores con diferentes habilitaciones profesionales?

2) Para la apreciación de la existencia de una discriminación a efectos del artículo 119 del Tratado CE o de la Directiva 75/117/CEE, ¿resulta determinante también el hecho de que

a) la fijación de la retribución dependa únicamente de las partes del contrato de trabajo, o se les deje libertad para decidir si incorporan al mismo las disposiciones del convenio colectivo,

b) existan retribuciones mínimas obligatorias para el conjunto de los trabajadores de un determinado sector, fijadas mediante normas de aplicación general (convenios colectivos), o

c) las retribuciones se rijan obligatoriamente y con carácter excluyente por convenios colectivos?

3) Para la definición de los grupos de comparación a efectos de determinar si una medida tiene un eventual efecto discriminatorio, cuando un convenio colectivo fija, mediante una norma definitiva en materia de retribuciones, una retribución diferente por una misma actividad o una actividad del mismo valor en función de las habilitaciones profesionales, ¿debe tomarse en cuenta

a) a los trabajadores concretos empleados en el centro de trabajo del empleador,

b) a los trabajadores empleados en el ámbito de aplicación del convenio colectivo, o

c) al conjunto de los trabajadores con dichas habilitaciones profesionales?

4) En un caso como éste (cuestiones segunda y tercera), ¿procede tomar como referencia la proporción de hombres y de mujeres existente únicamente en el grupo desfavorecido, o en ambos grupos?

5) Cuando la actividad idéntica desempeñada por ambas categorías profesionales, considerada en un caso concreto, tan sólo constituye una parte de las actividades comprendidas dentro de la habilitación profesional para ejercerla, ¿debe tomarse en cuenta

a) al conjunto de las personas empleadas con ese tipo de habilitación profesional (todos los médicos especialistas y todos los psicólogos) que trabajan en el ámbito relevante (empresas, convenios colectivos; véase la tercera cuestión),

b) al conjunto de los empleados cualificados para esa actividad concreta (médicos especialistas en psiquiatría...), o

c) sólo a los empleados que desempeñan dicha actividad idéntica en la práctica?

6) Las diferencias de formación profesional, cuando se desempeña la misma función en el centro de trabajo, ¿pueden considerarse un criterio objetivo que justifique una diferencia de retribución? El hecho de contar con una habilitación profesional más extensa, ¿puede considerarse como un criterio objetivo que justifique una diferencia de retribución, independientemente de la función concreta que se desempeñe en la empresa?

En consecuencia, ¿resulta determinante el hecho de que

JURISPRUDENCIA • TJCE •

a) el grupo de trabajadores mejor retribuido también pueda ser empleado en otras tareas en la empresa, o

b) es preciso probar de manera concreta la realización de esas otras funciones?

¿Debe tenerse en cuenta, a este respecto, el hecho de que, con arreglo a las normas de los convenios colectivos aplicables, se establezca también una cláusula de protección contra el despido?

7) ¿Se desprende del artículo 222 del Tratado CE, o de la aplicación por analogía del artículo 174 del Tratado CE, que el derecho a acogerse a la retribución establecida en un convenio colectivo diferente (suscrito por las mismas partes), que en el presente caso podría derivarse del artículo 119 de Tratado CE o de la Directiva 75/117/CEE, sólo se adquiere a partir del momento de la declaración de dicho derecho por parte del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas?»

Sobre la primera cuestión

10. A tenor del párrafo primero del artículo 119 del Tratado, «cada Estado miembro garantizará durante la primera etapa, y mantendrá después, la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos para un mismo trabajo». En virtud del párrafo tercero del artículo 119, «la igualdad de retribución, sin discriminación por razón de sexo, significa: a) que la retribución establecida para un mismo trabajo remunerado por unidad de obra realizada se fija sobre la base de una misma unidad de medida; b) que la retribución establecida para un trabajo remunerado por unidad de tiempo es igual para un mismo puesto de trabajo».

11. A tenor del párrafo primero del artículo 1 de la Directiva, «el principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos que figura en el artículo 119 del Tratado [...] 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». El segundo párrafo de esta disposición precisa: «En particular, cuando se utilice un sistema de clasificación profesional para la determinación de las retribuciones, este sistema deberá basarse sobre criterios comunes a los trabajadores masculinos y femeninos, y establecerse de forma que excluya las discriminaciones por razón de sexo.»

12. El Comité de Empresa propone que se dé una respuesta afirmativa a la primera cuestión. En su opinión, el principio establecido por el Tribunal de Justicia en la sentencia de 27 de octubre de 1993, Enderby (C-127/92, Rec. p. I-5535), según la cual categorías de trabajadores que tienen profesiones y habilitaciones diferentes pueden ejercer funciones del mismo valor, debe aplicarse, a fortiori, cuando se ejercen funciones idénticas sobre la base de habilitaciones profesionales diferentes.

13. La Mutualidad Regional y la Comisión sostienen, por el contrario, que una misma actividad ejercida por trabajadores que tienen una habilitación profesional diferente, asociada a competencias y a obligaciones diferentes, no constituye un mismo trabajo en el sentido de las disposiciones citadas. Destacan, en particular, la importancia que tiene la formación profesional y la cualificación adquirida. La Comisión señala, además, que el Tribunal de Justicia no afirmó en la sentencia Enderby, antes citada, que las actividades profesionales entonces consideradas debieran ser consideradas como un mismo trabajo.

14. El Gobierno alemán, por su parte, recuerda que según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, una retribución diferente para un mismo trabajo puede encontrar justificación en una formación o en una habilitación profesional diferente. Estima, no obstante, que incumbe al órgano jurisdiccional nacional apreciar los elementos de hecho específicos del litigio que se le ha sometido.

15. En primer lugar, debe destacarse que es jurisprudencia reiterada que una discriminación consiste en la aplicación de normas distintas a situaciones comparables o en la aplicación de la misma norma a situaciones diferentes (véase, en particular, la sentencia de 13 de febrero de 1996, Gillespie y otros, C-342/93, Rec. p. I-475, apartado 16).

16. En cuanto a la alegación del Comité de Empresa, basta con señalar que en la sentencia Enderby, antes citada, el Tribunal de Justicia no se pronunció sobre la cuestión de si las funciones ejercidas por trabajadores pertenecientes a categorías profesionales diferentes eran del mismo valor. Se limitó a responder a cuestiones que se le formularon partiendo del supuesto de que dichas funciones eran del mismo valor, sin examinar la validez de dicha hipótesis (véase la sentencia Enderby, antes citada, apartados 11 y 12).

17. Para apreciar si determinados trabajadores ejercen un mismo trabajo, debe comprobarse si, habida cuenta de un conjunto de factores, como la naturaleza del trabajo, las condiciones de formación y las condiciones laborales,

JURISPRUDENCIA • TJCE •

puede considerarse que dichos trabajadores se encuentran en una situación comparable (en este sentido, véase, la sentencia de 31 de mayo de 1995, Royal Copenhagen, C-400/93, Rec. p. I-1275, apartados 32 y 33).

18. De este modo, cuando ejercen una actividad aparentemente idéntica diferentes grupos de trabajadores que no disponen de la misma habilitación o cualificación profesional para ejercer su profesión, debe verificarse si dichos grupos efectúan el mismo trabajo en el sentido del artículo 119 del Tratado, tomando en cuenta los elementos relativos a la naturaleza de las tareas que pueden encomendarse a cada uno de dichos grupos de trabajadores, a los requisitos de formación exigidos para su ejercicio y a las condiciones laborales en las que dichas tareas se efectúan.

19. Como ha señalado el Abogado General en la letra c) del punto 32 de sus conclusiones, la formación profesional no sólo constituye uno de los factores que pueden justificar objetivamente una diferencia en las retribuciones asignadas a trabajadores que efectúan un mismo trabajo (en este sentido, véase la sentencia de 17 de octubre de 1989, Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark, «Danfoss», 109/88, Rec. p. 3199, apartado 23). Asimismo, se cuenta entre los criterios que permiten verificar si los trabajadores efectúan o no el mismo trabajo.

20. De las indicaciones contenidas en la resolución de remisión se desprende que si bien los psicólogos y los médicos empleados como psicoterapeutas por la Mutualidad Regional ejercen una actividad aparentemente idéntica, utilizan, para tratar a sus pacientes, conocimientos y capacidades adquiridas en disciplinas muy diferentes, unas fundadas en estudios de psicología y otras en estudios de medicina. Además, el órgano jurisdiccional nacional destaca que si bien tanto los médicos como los psicólogos realizan en la práctica un trabajo de psicoterapia, los primeros están habilitados para ejercer, además, otras actividades pertenecientes a un ámbito vedado a los segundos, quienes únicamente pueden ejercer como psicoterapeutas.

21. En tales circunstancias, no puede considerarse que se encuentren en una situación comparable dos grupos de trabajadores que han recibido una formación profesional diferente y que, debido al distinto alcance de la habilitación que se deriva de dicha formación y sobre cuya base fueron contratados, son requeridos para ejercer tareas o funciones diferentes.

22. No contradice esta apreciación la existencia de una tarifa única para los tratamientos de psicoterapia. En efec-

to, este hecho puede deberse a motivos de política social.

23. Por consiguiente, procede responder a la primera cuestión que no se está en presencia del mismo trabajo en el sentido del artículo 119 del Tratado o de la Directiva cuando trabajadores con diferentes habilitaciones profesionales desempeñan la misma actividad durante un período prolongado.

Sobre las demás cuestiones

24. Habida cuenta de la respuesta dada a la primera cuestión, no procede responder a las demás cuestiones planteadas por el órgano jurisdiccional nacional.

Costas

25. Los gastos efectuados por el Gobierno alemán y por la Comisión de las Comunidades Europeas, que han presentado observaciones ante este Tribunal de Justicia, no pueden ser objeto de reembolso. 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.

En virtud de todo lo expuesto,
EL TRIBUNAL DE JUSTICIA,

pronunciándose sobre las cuestiones planteadas por el Oberlandesgericht Wien mediante resolución de 5 de mayo de 1997, declara:

No se está en presencia del mismo trabajo en el sentido del artículo 119 del Tratado CE (actualmente, tras su modificación, artículo 141. CE) o 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, cuando trabajadores con diferentes habilitaciones profesionales desempeñan la misma actividad durante un período prolongado.

Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, de 11 de mayo de 1999.

En esta sentencia el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea se pronuncia nuevamente sobre el alcance del principio de igualdad de retribución entre trabajadores masculinos y femeninos, recogido en el artículo 119 del Tratado CE (actualmente, tras su modificación, artículo

JURISPRUDENCIA • TJCE •

141) así como de la Directiva 75/177/CEE del Consejo, de 10 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de la legislación de los Estados miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos.

Se trata, en esta ocasión, de una serie de cuestiones prejudiciales planteadas por un órgano jurisdiccional austríaco relativas a la interpretación de la normativa comunitaria antes referida sobre el principio comunitario de igualdad. El litigio principal, suscitado entre la Mutuality Regional del Seguro de Enfermedad de Viena y su Comité de Empresa, tiene por objeto que el juez austríaco se pronuncie sobre la adecuación de la retribución de los psicólogos empleados por los organismos austríacos de Seguridad Social como psicoterapeutas. Con carácter general, la retribución de los trabajadores empleados por los organismos austríacos de Seguridad Social se determina en varios reglamentos de servicio, celebrados con carácter de convenios colectivos, aplicables a las diferentes categorías de personal. De los mismos resulta que los psicólogos habilitados para el ejercicio autónomo de su profesión tienen establecida una retribución menor que los médicos habilitados para el ejercicio autónomo de su profesión como especialistas, consecuencia de la diferente clasificación en categorías profesionales de uno y otro grupo de trabajadores, resultándoles de aplicación diferentes convenios colectivos (reglamentos de servicio). El Comité de Empresa presentó una demanda solicitando la igualdad de retribución entre ambos colectivos de trabajadores, equiparación salarial que resultaría aplicable a aquellos psicoterapeutas que hubieran realizado estudios de Psicología sancionados por doctorado. Alegaban, entre otros motivos, que la normativa nacional era discriminatoria por razón de sexo, en la medida en que la retribución

inferior asignada a la categoría profesional de los psicólogos empleados como terapeutas afectaba mayoritariamente a mujeres.

Nos encontraríamos, por tanto, ante una medida aparentemente neutral desde el punto de vista de la discriminación por razón de sexo, pero que sin embargo, puede resultar discriminatoria al afectar de manera desfavorable principalmente a las mujeres⁹. El Tribunal, sin embargo, no entra a analizar esta cuestión puesto que se detiene en un momento previo del razonamiento, esto es, en la determinación de si se trata de supuestos de hecho que admitan ser comparados. En efecto, de acuerdo con la jurisprudencia reiterada de este Tribunal sólo nos encontramos ante una discriminación en aquellos supuestos en los que se aplican normas distintas a situaciones comparables o, por el contrario, se aplica la misma norma a situaciones diferentes. Es necesario, por tanto, que nos encontremos ante situaciones semejantes, que en el supuesto que nos ocupa vendría dado por la circunstancia de que ambos colectivos de trabajadores desempeñasen el <<mismo trabajo>> o trabajos diferentes a los que se atribuye <<el mismo valor>>¹⁰.

Desde este punto de vista, el Tribunal concluye que la identidad de la actividad que realizan ambos colectivos de trabajadores es tan sólo aparente, sin que, por tanto, sea posible la comparación, por un doble motivo: de una parte, la formación previa que les habilita para ejercer la profesión es diferente en uno y otro caso, y, por otra, como consecuencia de esta diferente preparación, las tareas concretas encomendadas a ambos colectivos de trabajadores tampoco son las mismas, ya que, si bien los dos ejercen como psicoterapeutas los médicos están obligados, además, a realizar otras funciones vedadas a los psicólogos. (MARÍA DEL MAR NAVAS SÁNCHEZ).

⁹. Se trataría, en su caso, de un supuesto de discriminación indirecta.

¹⁰. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 119, 1º del Tratado CE "cada Estado miembro garantizará durante la primera etapa, y mantendrá después, la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos o femeninos para un mismo trabajo". La Directiva del Consejo 75/117, que desarrolla este principio, ha contribuido a perfilar este concepto de <<mismo trabajo>> al asimilar al mismo el trabajo al que se atribuye un mismo valor (art. 1, 1º de la Directiva). En la actualidad, tras la reforma, el art. 119, ahora art. 141, habla indistintamente de <<mismo trabajo>> o trabajo de <<igual valor>> (art. 141, 1).

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD EUROPEA, DE 26 DE OCTUBRE DE 1999. DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO.

TEXTO DE LA SENTENCIA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA
De 26 de octubre de 1999

(...) 1. Mediante resolución de 28 de abril de 1997, recibida en el Tribunal de Justicia el 29 de julio siguiente, el Industrial Tribunal, Bury St Edmunds, planteó, con arreglo al artículo 177 del Tratado CE (actualmente, artículo 234 CE), seis cuestiones prejudiciales sobre la interpretación de dicho Tratado, especialmente de su artículo 224 (actualmente, artículo 297 CE) y 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; en lo sucesivo, «Directiva»), especialmente de su artículo 2.

2. Dichas cuestiones se suscitaron en el marco de un litigio entre la Sra. Sirdar, por una parte, y The Army Board y Secretary of State for Defence, por otra, sobre la negativa a contratar a la interesada como cocinera en los Royal Marines.

Marco jurídico

3. A tenor del artículo 224 del Tratado:

«Los Estados miembros se consultarán a fin de adoptar de común acuerdo las disposiciones necesarias para evitar que el funcionamiento del mercado común resulte afectado por las medidas que un Estado miembro pueda verse obligado a adoptar en caso de graves disturbios internos que alteren el orden público, en caso de guerra o de grave tensión internacional que constituya una amenaza de guerra, o para hacer frente a las obligaciones contraídas por el mismo para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacional.»

4. El artículo 2, apartados 1 y 2, de la Directiva, dispone lo siguiente:

«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.»

5. En virtud del artículo 9, apartado 2, de la Directiva, «los Estados miembros procederán periódicamente a un examen de las actividades profesionales contempladas en el apartado 2 del artículo 2, con el fin de comprobar, teniendo en cuenta la evolución social, si está justificado mantener las exclusiones de que se trata. Deberán comunicar a la Comisión el resultado de tal examen».

El procedimiento principal

6. En el Reino Unido, la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres se regula por lo dispuesto en la Sex Discrimination Act 1975 (Ley de discriminación por razón del sexo). A tenor de su artículo 85, apartado 4, «ninguna disposición de esta ley puede producir el efecto de hacer ilegal un acto llevado a cabo con objeto de mantener la eficacia en combate de las fuerzas navales, militares o aéreas».

7. De la resolución de remisión se deduce que las autoridades responsables de los Royal Marines (infantería de marina) practican una política consistente en excluir a las mujeres del servicio debido a que su presencia es incompatible con la exigencia de «interoperabilidad», es decir, la necesidad de que cualquier soldado de infantería, independientemente de su especialización, sea capaz de combatir en una unidad operativa. Esta política se expuso en un informe fechado el 10 de junio de 1994 y titulado «La nueva política de empleo de las mujeres en el ejército - Incidencia en los Royal Marines», cuyo punto 2 (b), citado en el apartado 42 de la resolución de remisión, precisa lo siguiente: «Al pertenecer a un cuerpo pequeño, en tiempos de crisis y de escasez de efectivos todos los Royal Marines deben ser capaces, en cualquier momento, de servir en su rango y capacitación en una unidad operativa [...] El empleo de mujeres en los Royal Marines no permitiría garantizar esta interoperabilidad.»

8. La Sra. Sirdar formaba parte desde 1983 del personal del ejército de tierra británico y, desde 1990, servía como cocinera en un regimiento de operaciones especiales de la artillería real cuando, en febrero de 1994, se le comunicó su despido por razones económicas con fecha de febrero de 1995. Este despido, realizado tras un estudio de los costes de la defensa, afectó a más de quinientos cocineros.

9. En julio de 1994 los Royal Marines, que necesitaban cocineros, ofrecieron a la Sra. Sirdar un puesto de trabajo

mediante una carta que precisaba que, para obtener el traslado, debía pasar por unas pruebas de selección y, después, seguir un curso de operaciones de comandos. Pero cuando las autoridades responsables de los Royal Marines tuvieron conocimiento de que era mujer y se dieron cuenta de que la oferta de empleo le había sido enviada por error, informaron a la interesada de que no podían aceptar su candidatura debido a la política de exclusión de las mujeres de este cuerpo del ejército.

10. Tras su despido, la Sra. Sirdar presentó una demanda ante el Industrial Tribunal, Bury St Edmunds, en la que alegaba haber sido víctima de una discriminación por razón de sexo. Dicho órgano jurisdiccional, considerando que la solución del litigio requería la interpretación de disposiciones del Tratado y de la Directiva, planteó al Tribunal de Justicia, las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) ¿Quedan fuera del ámbito de aplicación del Tratado CE y/o de su Derecho derivado, en particular, de la Directiva 76/207/CEE del Consejo las decisiones políticas que adopta un Estado miembro en tiempos de paz y/o como preparación para la guerra en relación con el acceso al empleo, la formación profesional, las condiciones de trabajo o el despliegue de sus fuerzas armadas cuando dichas políticas se han adoptado por razones de eficacia en combate?

2) ¿Quedan fuera del ámbito de aplicación del Tratado CE y/o de su Derecho derivado las decisiones que un Estado miembro adopta como preparación para la guerra y en tiempo de paz respecto del reclutamiento, adiestramiento y destino de los soldados de las unidades de operaciones especiales de infantería de marina preparadas para el combate directo con las fuerzas enemigas cuando dichas decisiones se han adoptado con objeto de garantizar la efectividad en combate de dichas unidades?

3) ¿Autoriza el artículo 224 del Tratado CE, interpretado correctamente, a los Estados miembros a excluir del ámbito de aplicación de la Directiva 76/207/CEE del Consejo la discriminación por razón de sexo en relación con el acceso al empleo, formación profesional, condiciones de trabajo, incluidos los requisitos que rigen el despido en las fuerzas armadas en tiempos de paz y/o en preparación para la guerra con objeto de garantizar la eficacia en combate?

4) ¿Es posible excluir del ámbito de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, mediante la aplicación del artículo 224, la política adoptada por un Estado miembro consistente en excluir a las mujeres, en tiempos de paz y/o de preparación para la guerra, del servicio como soldados de infantería de marina interoperativos? En caso afirmativo, ¿qué directrices o criterios deberían aplicarse para determinar si es posible excluir regularmente la citada política del ámbito de aplicación de la Directiva

76/207/CEE con arreglo al artículo 224?

5) ¿Es posible justificar, al amparo del artículo 2, apartado 2, de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, la política adoptada por un Estado miembro de excluir a las mujeres, en tiempos de paz y/o como preparación para la guerra, del servicio como soldados interoperativos de infantería de marina?

6) En caso afirmativo, ¿qué criterio debe aplicar el órgano jurisdiccional nacional para apreciar si la aplicación de tal política está justificada o no?»

Sobre sus cuestiones prejudiciales primera y segunda

11. Mediante sus dos primeras cuestiones el órgano jurisdiccional nacional pide que se dilucide si las decisiones adoptadas por los Estados miembros en materia de acceso al empleo, de formación profesional y de condiciones de trabajo en las fuerzas armadas con objeto de garantizar la eficacia en combate, especialmente por lo que se refiere a las unidades de operaciones especiales de infantería de marina, están excluidos del ámbito de aplicación del Derecho comunitario.

12. La Sra. Sirdar propone al Tribunal de Justicia que responda negativamente. En su opinión, ninguna disposición excluye expresamente a las fuerzas armadas del ámbito de aplicación del Tratado y tal exclusión general no puede deducirse de las excepciones específicas previstas, por distintos motivos, por el Tratado o por la Directiva.

13. Los Gobiernos francés, portugués y del Reino Unido afirman, por el contrario, que las decisiones relativas a la organización y a la gestión de las fuerzas armadas, especialmente las adoptadas para garantizar la eficacia en combate en el marco de la preparación para la guerra, quedan fuera del ámbito de aplicación del Tratado. Estos Gobiernos alegan especialmente consideraciones generales basadas en el objetivo del Tratado o en algunas disposiciones específicas del Tratado, como los artículos 48, apartado 4 (actualmente artículo 39 CE, apartado 4, tras su modificación), y 224.

14. Por su parte, la Comisión considera que las decisiones relativas a la organización y a la gestión de las fuerzas armadas no están excluidas del ámbito de aplicación del Tratado pero pueden estar incluidas en la excepción contemplada en su artículo 224.

15. Procede señalar que corresponde a los Estados miembros, que deben establecer las medidas adecuadas para garantizar su seguridad interior y exterior, adoptar las decisiones relativas a la organización de sus fuerzas armadas. Sin embargo, de ello no se deduce que tales decisiones deban quedar totalmente excluidas de la aplicación del Derecho comunitario.

16. En efecto, como ya ha señalado el Tribunal de Justicia, el Tratado sólo prevé excepciones aplicables a situaciones que puedan poner en peligro la seguridad pública en sus

artículos 36, 48, 56 y 223 (actualmente artículos 30 CE, 39 CE, 46 CE y 296 CE, tras su modificación) y 224, que se refieren a hipótesis excepcionales claramente delimitadas. De ellos no se puede deducir la existencia de una reserva general, inherente al Tratado, que abarque todas las medidas adoptadas por motivos de seguridad pública. Reconocer la existencia de tal reserva general, sin atender a las condiciones específicas de las disposiciones del Tratado, podría contravenir el carácter imperativo y la aplicación uniforme del Derecho comunitario (véase, en este sentido, la sentencia de 15 de mayo de 1986, Johnston, 222/84, Rec. p. 1651, apartado 26).

17. Pues bien, el concepto de seguridad pública, en el sentido de los artículos citados en el apartado anterior, se refiere tanto a la seguridad interior de un Estado miembro, como sucedía en el asunto principal que dio lugar a la sentencia Johnston, antes citada, como a su seguridad exterior (véanse, en este sentido, las sentencias de 4 de octubre de 1991, Richardt y «Les Accessoires Scientifiques», C-367/89, Rec. p. I-4621, apartado 22, y de 17 de octubre de 1995, Leifer y otros, C-83/94, Rec. p. I-3231, apartado 26).

18. Además, algunas de las excepciones previstas por el Tratado, sólo se refieren a las normas relativas a la libre circulación de mercancías, personas y servicios, y no a las disposiciones sociales del Tratado, entre las que se encuentra el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres invocado por la Sra. Sirdar. Es jurisprudencia reiterada que este principio tiene alcance general y la Directiva se aplica a las relaciones de empleo del sector público (véanse las sentencias de 21 de mayo de 1985, Comisión/Alemania, 248/83, Rec. p. 1459, apartado 16, y de 2 de octubre de 1997, Gerster, C-1/95, Rec. p. I-5253, apartado 18).

19. Resulta, por tanto, que no hay una reserva general a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que cubra aquellas medidas de organización de las fuerzas armadas cuya razón sea la protección de la seguridad pública, salvo la aplicación en su caso del artículo 224 del Tratado, que se refiere a una situación completamente excepcional y que es objeto de las cuestiones tercera y cuarta (véase la sentencia Johnston, antes citada, apartado 27).

20. Por tanto, procede responder a las cuestiones primera y segunda que las decisiones adoptadas por los Estados miembros en materia de acceso al empleo, de formación profesional y de condiciones de trabajo en las fuerzas armadas con objeto de garantizar la eficacia en combate no están, por regla general, excluidas del ámbito de aplicación del Derecho comunitario.

Sobre las cuestiones prejudiciales quinta y sexta

21. Mediante estas cuestiones, que procede examinar

antes que la tercera y la cuarta, el órgano jurisdiccional nacional pretende que se dilucide si la exclusión de las mujeres del servicio en unidades de combate como los Royal Marines puede estar justificada en virtud del artículo 2, apartado 2, de la Directiva y, de ser así, en qué circunstancias.

22. La Sra. Sirdar, la Comisión y, con carácter subsidiario, los Gobiernos que han presentado observaciones entienden que las razones alegadas para justificar tal exclusión deben examinarse teniendo en cuenta los criterios mencionados por el Tribunal de Justicia en la sentencia Johnston, antes citada, y cerciorándose, en particular, de la observancia del principio de proporcionalidad. No obstante, el Gobierno del Reino Unido considera que el control jurisdiccional en este ámbito es forzosamente restringido debe limitarse a la cuestión de si las autoridades nacionales pueden considerar razonablemente que la política de que se trata es necesaria y adecuada.

23. En virtud del artículo 2, apartado 2, de la Directiva, los Estados miembros tienen la facultad de excluir de su ámbito de aplicación las actividades profesionales para las cuales el sexo constituye una condición determinante en razón de su naturaleza o de las condiciones de su ejercicio, si bien puntualiza que, como excepción a un derecho individual consagrado por la Directiva, dicha disposición debe ser interpretada restrictivamente (véase la sentencia Johnston, antes citada, apartado 36).

24. Así, el Tribunal de Justicia ha reconocido, por ejemplo, que el sexo puede ser una condición determinante para trabajos como los de los vigilantes y vigilantes jefes de prisiones (sentencia de 30 de junio de 1988, Comisión/Francia, 318/86, Rec. p. 3559, apartados 11 a 18) o para determinadas actividades como las de policía ejercidas en una situación de graves disturbios internos (sentencia Johnston, antes citada, apartado 37).

25. Un Estado miembro puede reservar a los hombres o a las mujeres, según los casos, esas tareas así como la formación profesional correspondiente. En tales casos y como se desprende del artículo 9, apartado 2, de la Directiva, los Estados miembros están obligados a examinar periódicamente las actividades de que se trate para determinar, teniendo en cuenta la evolución social, si se puede mantener la excepción al régimen general de la Directiva (sentencia Johnston, antes citada, apartado 37).

26. Además, como recordó el Tribunal de Justicia en el apartado 38 de la sentencia Johnston, antes citada, al determinar el alcance de una excepción a un derecho individual como el de igualdad de trato entre hombres y mujeres, consagrado por la Directiva, hay que respetar el principio de proporcionalidad, que forma parte de los principios generales del Derecho comunitario. Este principio exige que no se sobrepasen los límites de lo adecuado y necesario para conseguir el objetivo propuesto y exige

JURISPRUDENCIA • TJCE •

conciliar, en la medida de lo posible, el principio de igualdad de trato con las exigencias de seguridad pública determinantes de las condiciones de ejercicio de la actividad de que se trate.

27. Sin embargo, procede señalar que, según las circunstancias, las autoridades nacionales disponen de un cierto margen de apreciación al adoptar las medidas que consideran necesarias para garantizar la seguridad pública de un Estado miembro (véase la sentencia Leifer y otros, antes citada, apartado 35).

28. Por consiguiente, debe comprobarse si, en las circunstancias del presente asunto, las medidas adoptadas por las autoridades nacionales en el ejercicio de la facultad discrecional que se les reconoce, persiguen, en realidad, el objetivo de garantizar la seguridad pública y si son adecuadas y necesarias para alcanzar este objetivo.

29. Como se ha señalado en el apartado 7 de la presente sentencia, la negativa a contratar a la demandante en el procedimiento principal como cocinera en los Royal Marines se debe a la exclusión total de las mujeres de este cuerpo del ejército, debido a la norma denominada de «interoperabilidad» establecida con el fin de garantizar la eficacia en combate.

30. A este respecto, de los autos se deduce que, según las comprobaciones realizadas por el órgano jurisdiccional nacional, la organización de los Royal Marines difiere fundamentalmente de la de las demás unidades de las fuerzas armadas británicas, de las que constituyen la «punta de lanza». Se trata de una fuerza de efectivos reducidos y cuyos integrantes están preparados para intervenir en primera línea. Ha quedado acreditado que, en este cuerpo, los cocineros también deben intervenir como soldados de primera línea, que todos los miembros de este cuerpo son contratados y adiestrados para ello y que no existe ninguna excepción a esta regla en el momento del reclutamiento.

31. En tales circunstancias, haciendo uso de la facultad discrecional de que disponen para apreciar la posibilidad de mantener la exclusión de que se trata habida cuenta de la evolución social, las autoridades competentes podían considerar, sin violar el principio de proporcionalidad, que las circunstancias específicas de intervención de las unidades de asalto que constituyen los Royal Marines y, en particular, la norma de «interoperabilidad» a la que están sometidos, justifican que su composición siga siendo exclusivamente masculina.

32. Por consiguiente, procede responder a las cuestiones quinta y sexta que la exclusión de las mujeres del servicio en unidades de combate como los Royal Marines puede estar justificada en virtud del artículo 2, apartado 2, de la Directiva por razón de la naturaleza y de las circunstancias del ejercicio de las actividades de que se trata.

33. Habida cuenta de la respuesta dada a las cuestiones quinta y sexta, no es preciso responder a las cuestiones tercera y cuarta.

Costas

34. Los gastos efectuados por los Gobiernos del Reino Unido, francés y portugués y por la Comisión de las Comunidades Europeas, que han presentado observaciones ante este Tribunal de Justicia, no pueden ser objeto de reembolso. 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.

En virtud de todo lo expuesto,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA,

pronunciándose sobre las cuestiones planteadas por el Industrial Tribunal, Bury St Edmunds, mediante resolución de 28 de abril de 1997, declara:

1) Las decisiones adoptadas por los Estados miembros en materia de acceso al empleo, de formación profesional y de condiciones de trabajo en las fuerzas armadas con objeto de garantizar la eficacia en combate no están, por regla general, excluidas del ámbito de aplicación del Derecho comunitario.

2) La exclusión de las mujeres del servicio en unidades de combate como los Royal Marines puede estar justificada en virtud del artículo 2, apartado 2, 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, por razón de la naturaleza y de las circunstancias del ejercicio de las actividades de que se trata.

COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TJCE, DE 26 DE OCTUBRE DE 1999

Esta sentencia del Tribunal de Justicia trae causa de las cuestiones de prejudicialidad planteadas por un órgano jurisdiccional del Reino Unido relativas a la compatibilidad con el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres consagrado en el Derecho comunitario de la normativa inglesa que excluye a las mujeres de un cuerpo del ejército: los Royal Marines (una unidad de combate de la infantería de marina). El tribunal británico solicita al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre la interpretación que haya de darse al artículo 224 Tratado CE (actualmente, tras su modificación, artículo 297 CE), así como a 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, especialmente al apartado 2 del artículo 2 de la misma.

Queremos destacar que en esta sentencia el Tribunal de Justicia reitera nuevamente el carácter fundamental del principio comunitario de igualdad de trato entre hombres y mujeres, afirmando su carácter vinculante para todos los Estados miembros. De este modo, el Tribunal excluye la existencia de ámbitos ajenos con carácter general al principio de igualdad. En consecuencia, este principio debe impregnar todas las decisiones que adopten los Estados miembros, inclusive en ámbitos tan ligados a la seguridad nacional como es la organización y gestión de las fuerzas armadas. Por tanto, las decisiones de los Estados en esta materia y que puedan afectar al acceso al empleo en el ejército, como es el caso que nos ocupa, o a la formación o condiciones de trabajo en el mismo, son susceptibles de enjuiciamiento desde la óptica de su compatibilidad con el principio de Derecho comunitario de igualdad entre ambos sexos. El Tribunal, rechaza, por tanto, que esta materia quede, con carácter general, excluida del ámbito de aplicación de la normativa comunitaria¹¹. No obstante lo anterior, aún es posible que la política adoptada por el Gobierno británico consistente en excluir a las mujeres de esta unidad del ejército, y que se materializa en la negativa a contratar a una mujer como cocinera de esta unidad, pueda encontrar cobertura jurídica y, por tanto, no resul-

tar discriminatoria, si la misma encuentra justificación en alguno de los supuestos excepcionales de exclusión de la norma igualitaria previstos en la misma normativa comunitaria. Desde esta perspectiva, el Tribunal centra su análisis en la posible cobertura que en este supuesto concreto puede ofrecer el apartado 2 del artículo 2 de la Directiva 76/207/CEE antes referida¹². Este apartado permite a los Estados nacionales excluir la aplicación de esta normativa comunitaria relativa a la igualdad entre hombres y mujeres en materia de empleo a determinadas actividades profesionales, en concreto, aquéllas para las cuales el sexo constituye una condición determinante en razón de su naturaleza o de las condiciones de su ejercicio¹³. En aplicación de esta excepción, los Estados miembros pueden válidamente reservar bien a los hombres, bien a las mujeres, según los casos, las tareas propias de dichas actividades profesionales.

Ahora bien, la discrecionalidad de los Estados en esta materia, aunque es amplia -como reconoce el propio Tribunal- no es, sin embargo, absoluta, puesto que, en todo caso, las decisiones concretas que adopten los Estados y que supongan una excepción al principio de igualdad, han de superar el test de la proporcionalidad. En este sentido, el Tribunal de Justicia razona finalmente a favor de la medida controvertida al entender que la misma no resulta desproporcionada atendiendo a las características de la actividad profesional específica afectada por esta medida excluyente del principio de igualdad. (MARÍA DEL MAR NAVAS SÁNCHEZ).

11. Como pone de manifiesto el propio Tribunal una exclusión de esta índole general, podría contravenir el carácter imperativo y la aplicación uniforme del Derecho comunitario (apartado 16).

12. También el art. 224 del Tratado CE contempla un supuesto de exclusión de carácter excepcional y claramente delimitado. En virtud de este artículo, "Los Estados miembros se consultarán a fin de adoptar de común acuerdo las disposiciones necesarias para evitar que el funcionamiento del mercado común resulte afectado por las medidas que un Estado miembro pueda verse obligado a adoptar en caso de graves disturbios internos que alteren el orden público, en caso de guerra o de grave tensión internacional que constituya una amenaza de guerra o para hacer frente a las obligaciones contraídas por el mismo para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacional". Las cuestiones prejudiciales planteadas también se refieren a este artículo. Sin embargo, el Tribunal de Justicia no llega a pronunciarse sobre la interpretación de este artículo ni, en consecuencia, acerca de si el supuesto de hecho está justificado por este supuesto excepcional.

13. En tal caso, y de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 9º del mismo artículo, los Estados están obligados a examinar periódicamente dichas actividades al objeto de determinar, teniendo en cuenta la evolución social, si se puede mantener la exclusión.

SENTENCIA DE LA CORTE COSTITUZIONALE NÚM. 422, DE 6 DE SEPTIEMBRE DE 1995, SOBRE EL SISTEMA DE CUTOAS EN LAS LISTAS ELECTORALES.

TEXTO DE LA SENTENCIA

La Corte Constitucional, compuesta por los señores: Prof. Antonio BALDASSARRE, Presidente; Prof. Vincenzo CAIANIELLO; Avv. Mauro FERRI; -Prof. Luigi MENGONI; Prof. Enzo CHELI; Dr. Renato GRANATA; Prof. Francesco GUIZZI; Prof. Cesare MIRABELLI; Prof. Fernando SANTUOSSO; Avv. Massimo VARI; Dr. Ceare RUPERTO; Dr. Riccardo CHIEPPA, Jueces,

ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

en el juicio de legitimidad constitucional del art. 5, apartado 2, último inciso, de la ley n. 81, de 25 de marzo de 1993 (Elección directa del alcalde, del presidente de la provincia, del concejo municipal y del consejo provincial), promovido mediante providencia emitida el 27 de mayo de 1994 por el Consejo de Estado en el recurso presentado por Maio Giovanni contra el Ministerio del Interior y otros, inscrita al n. 700 del registro de providencias de 1994 y publicada en la Gaceta Oficial de la República n. 49, primera serie especial, del año 1994.

Visto el acto de constitución de Maio Giovanni;
Oído en audiencia pública el 27 de junio de 1995 el Juez relator Mauro Ferri.
(...)

Fundamentos de Derecho

1.- El Consejo de Estado ha presentado cuestión de legitimidad constitucional del art. 5, apartado 2, último inciso, de la ley de 25 de marzo de 1993, n. 81 con el título "Elección directa del alcalde, del presidente de la provincia, del concejo municipal y de los consejeros provinciales". La disposición, que se refiere a la elección de los concejales en los municipios con una población de hasta 15.000 habitantes, establece que: "En las listas de candidatos ninguno de los dos sexos puede estar como regla representado en medida superior a los dos tercios". En opinión del juez remitente dicha norma contrastaría con los artt. 3, apartado primero, 49 y 51, apartado primero, de la Constitución.

Esta Corte, por tanto, está llamada a decidir si la norma que establece una reserva de cuota para uno y para el otro sexo en las listas de candidatos, es compatible con el prin-

cipio de igualdad enunciado en el art. 3 y confirmado, por cuanto se refiere específicamente al acceso a las funciones públicas y a los cargos electivos, por el apartado primero del art. 51; así como con el derecho de todos los ciudadanos, garantizado por el art. 49. "de asociarse libremente en partidos para concurrir con métodos democráticos a determinar la política nacional", derecho del cual la presentación de las listas de candidatos constituye su principal manifestación.

2.- El Consejo de Estado se ha ocupado, en primer lugar, de la interpretación de la norma; cuestión por otra parte puesta como único motivo de apelación contra la sentencia del TAR de la Basilicata sobre el cual el juez a quo debe pronunciarse.

El legislador, al establecer la cuota de reserva para uno y para el otro sexo en las listas de candidatos al concejo municipal, ha usado la expresión <<como regla>>, expresión que, según el juez de primer grado, indicaba el carácter sólo programático y de indirizzo de la disposición. El juez de apelación, en cambio, de acuerdo con propias decisiones precedentes, considera que tiene carácter preceptivo y que esta lectura viene confirmada por la posterior modificación legislativa realizada mediante la ley 15 de octubre de 1993, n. 72. No hay motivos para apartarse de esta interpretación, por otra parte ya enunciada en la Reunión General del Consejo de Estado.

3.- Se puede, por tanto, pasar al examen del mérito de la cuestión, examinando en primer lugar, conjuntamente, por su íntima conexión, las perspectivas de violación del art. 3, apartado primero, y 51, apartado primero, de la Constitución.

La cuestión está fundada

Sostiene el juez remitente que el principio de igualdad según el cual <<todos son iguales ante la ley sin distinción de sexo, de raza, de lengua, de opiniones políticas, de condiciones personales y sociales>> (art. 3, primer apartado) se pone <<antes que nada como regla de irrelevancia jurídica del sexo y de las otras diferencias contempladas>>.

Tal regla es a su vez confirmada, en materia de electorado pasivo, por el art. 51, apartado primero: <<todos los ciudadanos de uno y otro sexo pueden acceder a las funciones públicas y a los cargos electivos en condiciones de

igualdad, de acuerdo con los requisitos establecidos por la ley>>; igualdad que, según el juez remitente, no puede tener un significado distinto de aquel de la indiferencia del sexo a los fines considerados.

Dicha lectura del texto constitucional no puede no ser compartida. Esta corresponde en efecto al significado literal y explícito de la fórmula adoptada, y a su conexión con el primer apartado del art. 3. Más bien, precisamente en relación a la formulación de esta norma, podría parecer superflua la especificación <<de uno y otro sexo>>, siendo de por sí suficiente la expresión <<todos los ciudadanos>>; pero, al contrario, es comprensible que el constituyente -así como ya en el art. 48 había afirmado <<son electores todos los ciudadanos, hombres y mujeres,...>>- haya querido reforzar, en relación a las funciones públicas y a los cargos electivos, el precepto explícito de la igualdad entre los dos sexos. Es tenido en cuenta el contexto histórico en el cual operaba: las leyes vigentes excluían a las mujeres de buena parte de las funciones públicas, y el electorado pasivo y activo, que les fue concedido en 1945 (decreto legislativo del lugarteniente de 1º de febrero de 1945, n. 23), había sido por primera vez ejercido en sede política con la elección de la misma Asamblea Constituyente. También de los trabajos preparatorios y de la comparación del texto de la Carta constitucional con aquel propuesto por la comisión del setenta y cinco, se deduce que se quería subrayar la igualdad entre los dos sexos, en el sentido antes mencionado, sin posibilidad de duda: se añadió la mención de los cargos electivos, y fue suprimido el inciso <<conforme a sus aptitudes>> en el temor de que pudiese justificar el mantenimiento de exclusiones discriminatorias en lo que a las mujeres respecta.

4.- Puesto que, entonces, el art. 3, apartado primero, y sobre todo el art. 51, apartado primero, garantizan la absoluta igualdad entre los sexos en la posibilidad de acceso a los cargos electivos, en el sentido de que la pertenencia a uno u otro sexo no puede ser nunca asumida como requisito de elegibilidad, de ahí deriva, que otro tanto debe afirmarse en relación a la posibilidad de ser candidato. En efecto, la posibilidad de ser presentado candidato por aquellos a quienes (sean órganos de partidos o grupos de electores) las diversas leyes electorales, administrativas, regionales o políticas atribuyen la facultad de presentar listas de candidatos o candidaturas individuales, según los diversos sistemas electorales en vigor, no es más que la condición prejudicial y necesaria para poder ser elegido, para beneficiarse por tanto en concreto del derecho de electorado pasivo sancionado en el mencionado apartado primero del art. 51. Viene por lo tanto a ponerse en contraste con los invocados parámetros constitucionales la norma de ley que impone en la presentación de las candi-

daturas a los cargos públicos electivos cualquier forma de cuota en razón del sexo de los candidatos.

5.- Basta con eso para declarar la ilegitimidad constitucional de la norma sometida al juicio de esta Corte, sin embargo algunas consideraciones ulteriores pueden aclarar mejor otros aspectos de la cuestión.

Resulta de los trabajos preparatorios, que la disposición que impone una reserva de cuota en razón del sexo de los candidatos, aunque formulada de un modo por así decir <<neutro>>, en lo que respecta tanto a los hombres como a las mujeres, ha sido propuesta y votada (después de un amplio y contrastado debate) con la declarada finalidad de asegurar a las mujeres una reserva de puestos en las listas de candidatos, con la finalidad de favorecer las condiciones para un reequilibrio de la representación de los sexos en las asambleas municipales. En el entendimiento del legislador, por lo tanto, la norma tendía a configurar una suerte de acción positiva encaminada a favorecer el logro de una igualdad no sólo formal, sino también sustancial, entre los dos sexos en el acceso a los cargos públicos electivos; en tal sentido habría debido traer su legitimación del segundo apartado del art. 3 de la Constitución. 6.- No es ésta la sede para detenerse en el debate doctrinal, histórico y político que ha desarrollado en torno a los conceptos de igualdad formal y de igualdad sustancial, y en consecuencia en el nexo que media entre el primero y el segundo apartado del art. 3 de la Constitución.

Ciertamente entre las denominadas acciones positivas convenidas para <<remover los obstáculos de orden económico o social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la efectiva participación de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del País>>, están comprendidas aquellas medidas que, de diversas maneras, el legislador ha adoptado para promover el logro de una situación de igualdad de oportunidades entre los sexos: las más recientes entre éstas aquellas previstas en la ley de 10 de abril de 1991, n. 125 (Acciones positivas para la realización de la igualdad hombre-mujer en el trabajo) y por la ley de 25 de febrero de 1992, n. 215 (Acciones positivas para las mujeres empresarias). Pero si tales medidas legislativas, deliberadamente desiguales, pueden ciertamente ser adoptadas para eliminar situaciones de inferioridad social o económica o, más en general, para compensar y remover la desigualdad material entre los individuos (cual presupuesto del pleno ejercicio de los derechos fundamentales), no pueden, en cambio, incidir directamente en el contenido mismo de los mismos derechos, rigurosamente garantizados en igual medida a todos los ciudadanos en cuanto tales.

En particular, en el caso del derecho de electorado pasivo, la regla inderogable establecida por el Constituyente, en el primer apartado del art. 51, es la de la absoluta igualdad, por lo cual toda diferenciación en razón del sexo, no puede más que resultar objetivamente discriminatoria, disminuyendo para algunos ciudadanos el contenido concreto de un derecho fundamental en favor de otros, pertenecientes a un grupo que se considera en desventaja.

Es aún el caso de añadir, como ya ha advertido parte de la doctrina en el amplio debate hasta el momento desarrollado en torno al tema de <<acciones positivas>>, que medidas como aquella en examen no aparecen en absoluto coherentes con la finalidad indicada en el apartado segundo del art. 3 de la Constitución, dado que no se proponen <<remover>> los obstáculos que impiden a las mujeres alcanzar determinados resultados, sino atribuirles directamente esos resultados mismos: la reconocida disparidad de condiciones, en pocas palabras, no es removida, sino que constituye solamente el motivo que legitima una tutela preferencial en base al sexo. Pero precisamente esto, como se ha evidenciado, es el tipo de resultado expresamente excluido por el mencionado art. 51 de la Constitución, acabando por crear discriminaciones actuales como remedio a discriminaciones pasadas.

7.- Esta Corte, en el transcurso de los años desde su toma de posesión hasta hoy, cuando a veces han sido sometidas a su examen cuestiones susceptibles de prejuzgar el principio de igualdad entre el hombre y la mujer, ha actuado con la finalidad de eliminar toda forma de discriminación, juzgando favorablemente toda medida acordada para favorecer la igualdad efectiva. Pero, merece la pena repetirlo, se ha tratado siempre de medidas que no incidían directamente sobre los derechos fundamentales, sino sobre todo dirigidas a promover la igualdad de los puntos de partida y a realizar la igual dignidad social de todos los ciudadanos, según los dictámenes de la Carta constitucional.

Hay todavía que mencionar que medidas como la que se examina entran irremediabilmente en conflicto con los principios que regulan la representación política, que se configuran en un sistema fundado en la democracia pluralista, rasgo esencial y principio supremo de nuestra República.

Es oportuno, finalmente, observar que medidas semejantes, constitucionalmente ilegítimas en cuanto que impuestas por ley, pueden, en cambio, ser valoradas positivamente cuando son libremente adoptadas por los partidos políticos, asociaciones o grupos que participan en las elecciones, también con expresas previsiones de los respectivos estatutos o reglamentos concernientes a la presentación de las candidaturas. A resultados válidos se puede por tanto

llegar con una intensa acción de crecimiento cultural que lleve a los partidos y a las fuerzas políticas a reconocer la necesidad inaplazable de perseguir la efectiva presencia igualitaria de las mujeres en la vida pública, y en los cargos representativos en particular. Determinante en este sentido puede resultar el empeño directo del electorado femenino y sus consiguientes comportamientos.

Por otra parte, mientras la Convención sobre derechos políticos de las mujeres, adoptada en Nueva York el 31 de marzo de 1953, y la Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación, adoptada asimismo en Nueva York el 18 de diciembre de 1979, prevén para las mujeres el derecho de votar y de ser elegidas en condiciones de igualdad con los hombres, el Parlamento europeo, con la resolución n. 169 de 1988, ha invitado a los partidos políticos a establecer cuotas de reserva para las candidaturas femeninas; es significativo que el llamamiento haya sido dirigido a los partidos políticos y no a los Gobiernos y a los Parlamentos nacionales, reconociendo así, en este campo, la impracticabilidad de la vía de soluciones legislativas.

Corresponde, en cambio, al legislador individualizar intervenciones de otro tipo, ciertamente posibles bajo la perspectiva del desarrollo de la persona humana, para favorecer el efectivo reequilibrio de los sexos en el logro de los cargos públicos electivos, desde el momento que muchas medidas, como se ha dicho, pueden estar en grado, de actuar sobre las diferencias de condiciones culturales, económicas o sociales.

Queda pues excluido que sobre el principio de igualdad contenido en el art. 51, apartado primero, pueda incidir directamente, modificando sus caracteres esenciales, medidas dirigidas a alcanzar los fines previstos en el segundo apartado del art. 3 de la Constitución.

8.- Es por tanto declarada la ilegitimidad constitucional de la norma impugnada por violación de los artt. 3 y 51 de la Constitución, quedando absorbido la ulterior perspectiva de ilegitimidad constitucional planteada en relación al art. 49.

En aplicación del art. 27 de la ley de 11 de marzo de 1953, n. 87, la declaración de ilegitimidad constitucional se extiende al art. 7, apartado primero, último inciso de la misma ley de 25 de marzo de 1993, n. 81, que contiene idéntica prescripción para las listas de los candidatos en los municipios con una población superior a los 15.000 habitantes. Tratándose de disposiciones sustitutivas que contienen medidas análogas en contraste con los principios afirmados en la actual decisión deben igualmente ser declaradas constitucionalmente ilegítimas las nuevas formulaciones de los mismos art. 5, apartado segundo, último inciso, y art. 7, apartado primero, último inciso,

introducidos por el art. 2 de la ley de 15 de octubre de 1993, n. 415.

Considera además la Corte que debe ser hecha una ulterior aplicación del art. 27 de la ley n. 87 de 1953 en lo que respecta a las medidas que prevén límites, vínculos o reservas en las listas de candidatos en razón de su sexo; medidas introducidas en las leyes electorales políticas, regionales o administrativas incluidas aquellas contenidas en leyes regionales, cuya ilegitimidad constitucional debe considerarse consecuente por la sustancial identidad de los contenidos normativos, no pudiendo ciertamente ser dejados espacios de inconstitucionalidad (de los cuales derivaría incerteza y contenciosos difusos) en materia como la electoral, donde la certeza del derecho es de importancia fundamental para el funcionamiento del Estado democrático.

Es por tanto declarada la ilegitimidad constitucional también de las normas siguientes:

- artículo 4, apartado 2, n. 2, último inciso, del d.P.R. 30 de marzo de 1957, n. 361 (Texto único de las leyes que contienen normas para la elección de la Cámara de Diputados), en la redacción dada por el art. 1 de la ley de 4 de agosto de 1993, n. 277;
- artículo 1, apartado 6, de la ley de 23 de febrero de 1995, n. 43 (Nuevas normas para la elección de los consejeros de las Regiones con estatuto ordinario);
- artículo 41, apartado 3, 42, apartado 3 y 43, apartado 4, último inciso, y apartado 5, último inciso, (correspondientes a las respectivas normas de los artículos 18, 19 y 20 de la ley regional Trentino-Alto Adige 30 de noviembre de 1994, n. 3) del Decreto del Presidente de la Junta Regional del Trentino-Alto Adige 13 de enero de 1995, n. 1/L (Texto único de las leyes regionales sobre la composición y elección de los órganos de las administraciones municipales);
- artículo 6, apartado 1, último inciso, de la ley regional Friuli-Venezia Giulia 9 de marzo 1995, n. 14 (Normas para las elecciones municipales en el territorio de la Región autónoma Friuli-Venezia Giulia, así como modificaciones a la ley regional de 12 de septiembre de 1991, n. 49);
- artículo 32, apartados 3 y 4, de la ley regional Valle d'Aosta de 9 de febrero de 1995, n.4 (Elección directa del alcalde, del teniente de alcalde y del concejo municipal).

POR ESTOS MOTIVOS LA CORTE CONSTITUCIONAL

declara la ilegitimidad constitucional del art. 5, apartado 2, último inciso, de la ley de 25 de marzo de 1993, n. 81 (Elección directa del alcalde, del presidente de la provincia, del concejo municipal y del consejo provincial);

declara, en el sentido del art. 27 de la ley de 11 de marzo de 1953, n. 87, la ilegitimidad constitucional de las siguientes disposiciones:

- art. 7, apartado 1, último inciso, de la ley de 25 de marzo de 1993, n. 81;
- art. 2 de la ley de 15 de octubre de 1993, n. 415 (Modificaciones e integraciones a la ley de 25 marzo 1993, n.81);
- artículo 4, apartado 2, n. 2, último inciso, del d.P.R. 30 de marzo de 1957, n. 361, en la redacción dada por el art. 1 de la ley de 4 de agosto de 1993, n. 277, (Texto único de las leyes que contienen normas para la elección de la Cámara de Diputados);
- artículo 1, apartado 6, de la ley de 23 de febrero de 1995, n. 43 (Nuevas normas para la elección de los consejeros de las Regiones con estatuto ordinario);
- artículo 41, apartado 3, 42, apartado 3 y 43, apartado 4, último inciso, y apartado 5, último inciso, (correspondientes a las respectivas normas de los artículos 18, 19 y 20 de la ley regional Trentino-Alto Adige 30 de noviembre de 1994, n. 3) del Decreto del Presidente de la Junta Regional del Trentino-Alto Adige 13 de enero de 1995, n. 1/L (Texto único de las leyes regionales sobre la composición y elección de los órganos de las administraciones municipales);
- artículo 6, apartado 1, último inciso, de la ley regional Friuli-Venezia Giulia 9 de marzo 1995, n. 14 (Normas para las elecciones municipales en el territorio de la Región autónoma Friuli-Venezia Giulia, así como modificaciones a la ley regional de 12 de septiembre de 1991, n. 49);
- artículo 32, apartados 3 y 4, de la ley regional Valle d'Aosta de 9 de febrero de 1995, n.4 (Elección directa del alcalde, del teniente de alcalde y del concejo municipal). Así decidido en Roma, en la sede de la Corte Constitucional, Palazzo della Consulta, el 6 de septiembre de 1995.

Fdo.: Antonio BALDASSARRE, Presidente
Mauro FERRI, Redactor
Giuseppe DI PAOLA, Canciller

COMENTARIO A LA SENTENCIA DE LA CORTE COSTITUZIONALE NÚM. 422, DE 6 DE SEPTIEMBRE DE 1995.

En esta sentencia, de cuya fundamentación jurídica se ha acompañado una traducción, la Corte Constitucional italiana resuelve una cuestión de legitimidad constitucional interpuesta contra el artículo 5, apartado 2, último inciso, de la Ley n. 81 de 25 de marzo de 1993. Éste establece la siguiente medida para la formación de las listas electorales para la elección de los concejales municipales en los

municipios con menos de 15.000 habitantes: "En las listas de candidatos ninguno de los dos sexos puede estar como regla representado en medida superior a los dos tercios". La cuestión trae causa del recurso interpuesto por un elector contra las actuaciones tendentes a la elección del alcalde y de los concejales municipales en el municipio de Baranello (cuya población no supera los 15.000 habitantes) por incumplimiento de lo previsto en la mencionada ley n. 81, dado que entre los 36 candidatos al concejo municipal que presentaban en total las 3 listas electorales en competición, sólo estaba presente una mujer. Tras sucesivas instancias judiciales, conoce del asunto el Consejo de Estado, el cual promueve cuestión de legitimidad constitucional ante la Corte Constitucional italiana.

La Corte Constitucional declarará la inconstitucionalidad de esta norma y, además, por extensión, dada la sustancial identidad de los contenidos normativos, la de una serie de normas que prevén límites, vínculos o reservas en las listas de candidatos en razón de su sexo, aplicables a distintas elecciones no sólo municipales, sino regionales así como para la elección de la Cámara de los Diputados.

Nos interesa especialmente esta Sentencia de la Corte Constitucional italiana puesto que se refiere a una de las cuestiones que más debate suscita desde la perspectiva de género: las cuotas electorales, medida con la que se pretende la consecución de una igualdad efectiva en materia de representación política, y, por tanto, el acceso de la mujer a puestos de decisión política. Cuestión que, a su vez, se enmarca en el más amplio debate, siempre presente, de las medidas de discriminación positiva a favor de las mujeres.

Aunque es evidente el avance experimentado en los últimos veinte años en el terreno de la igualdad, no es menos cierto que, en muchos aspectos, la situación real dista de ser igualitaria para las mujeres. Un claro ejemplo de esto último lo constituye la relación entre la mujer y la política. La presencia de la mujer en los centros de decisión política (Parlamento, Gobierno, órganos consultivos,...) no deja de ser minoritaria. Así, las mujeres que constituyen aproximadamente la mitad de la población, apenas representan el 20% de los miembros del Congreso de los Diputados.

Nuestra Constitución ha configurado este acceso a las funciones y cargos públicos como un auténtico derecho fundamental de hombres y mujeres en condiciones de

igualdad (art. 23.2 CE). Formalmente igualdad que no se traduce, como sería deseable, en una igualdad real y efectiva en el acceso a las funciones públicas. Lo que nos muestra la insuficiencia de la prohibición de trato discriminatorio que sólo atiende a un aspecto de la compleja cuestión de la igualdad entre hombres y mujeres, en este caso en materia de representación política.

Es esta constatación la que está en el origen de la reivindicación que, desde diversos sectores, se realiza de una representación más equilibrada de la mujer en los centros en los que se toman las decisiones políticas, lo que se ha plasmado en la necesidad de encontrar fórmulas eficaces que tiendan a corregir este desequilibrio. Fórmulas que, en todo caso, encontrarían cobertura, en un Estado Social y Democrático de Derecho, en la cláusula de progreso social del art. 9.2 CE. De acuerdo con este artículo corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la igualdad entre hombres y mujeres sea real y efectiva, remover los obstáculos que se opongan o impidan su plenitud, así como facilitar la participación de todos en la vida política. Una medida eficaz para lograr estos objetivos consistiría en reservar a las mujeres un determinado número de puestos en las candidaturas electorales, para conseguir así que la pretendida igualdad entre hombres y mujeres no sea simplemente retórica, sino real y efectiva. Como ha señalado nuestro Tribunal Constitucional constituye un objetivo constitucional de la actuación de los poderes públicos poner fin a la <<histórica situación de inferioridad de la mujer>>, a su <<desigual punto de partida>>, precisamente para poder conseguir la igualdad real y efectiva que propugna el art. 9.2 CE¹⁴.

En este sentido, una de las medidas adoptadas por los partidos políticos, en sus Estatutos internos, ha sido la de asegurar a las mujeres un determinado número de puestos en las listas de candidatas.

En otros países de nuestro entorno cultural se ha intentado, además, la adopción de medidas similares en la propia normativa electoral, lo que sitúa el tema propiamente en el terreno de las medidas de discriminación positiva.

En el fondo del debate sobre este tipo de medidas lo que subyace, desde un punto de vista constitucional, es la compatibilidad de las mismas con la prohibición de trato discriminatorio puesto que toda acción de discriminación positiva implica un trato favorable hacia el colectivo que se considera desfavorecido¹⁵.

14. STC 16/1995, de 24 de enero de 1995, [B.O.E. núm. 50, de 28 de febrero], fundamento jurídico núm. 3.

15. Sobre la constitucionalidad de las cuotas electorales como medida para alcanzar la paridad electoral, véase Ángel RODRÍGUEZ: "Reflexiones constitucionales sobre la paridad electoral", en Artículo 14, Una perspectiva de género, Boletín de Información y Análisis Jurídico, núm. 2, 1999.

Examen cuya respuesta en nuestro ordenamiento jurídico, requiere, en todo caso, una interpretación conjunta de la prohibición de discriminación por razón de sexo, que nuestra Constitución consagra en el artículo 14 CE y la igualdad real y efectiva, propugnada por nuestra norma suprema en su artículo 9.2. En este sentido, el TC ha admitido que diferencias de trato basadas en el sexo no resultan, sin embargo, inconstitucionales por infracción del principio de igualdad si las mismas encuentran justificación en el artículo 9.2 CE, admitiendo de este modo, con carácter general, las medidas de discriminación positiva. El art. 9.2, que ampara la adopción de estas medidas, viene así a complementar y modular el principio de igualdad meramente formal del art. 14 CE¹⁶. En este sentido, habla el TC de un <<derecho desigual igualatorio>>¹⁷. Italia es uno de los países que ha acometido la reforma de su normativa electoral para acoger las cuotas electorales,

que, sin embargo, han sido rechazadas por la Corte Constitucional italiana (Sentencia núm. 422, de 6 de septiembre de 1995), en una interpretación excesivamente limitadora del alcance de las medidas de acción positiva que pueden ser adoptadas por el legislador para la consecución de una efectiva igualdad de oportunidades y derechos entre hombres y mujeres.

La Corte Constitucional italiana traza una línea divisoria entre las medidas de discriminación positiva tendentes a remover los obstáculos que impiden el ejercicio de los derechos fundamentales en condiciones de igualdad y aquellas otras que inciden de modo directo en el contenido de algún derecho fundamental. Las cuotas electorales pertenecerían a esta última categoría. Sólo las primeras, **sin embargo, y siempre** a juicio del Alto Tribunal italiano, superan el test de constitucionalidad¹⁸. (MARÍA DEL MAR NAVAS SÁNCHEZ, comentario y traducción).

¹⁶. STC 98/1985, de 29 de julio, fundamento jurídico 9 [BOE núm. 194, de 14 de septiembre].

¹⁷. Que comprendería aquellas medidas reequilibradoras de situaciones sociales discriminatorias preexistentes para lograr una sustancial y efectiva equiparación entre las mujeres, socialmente desfavorecidas, y los hombres, para asegurar el goce efectivo del derecho a la igualdad por parte de la mujer. (STC 229/1992, de 14 de diciembre, f.j. 2) (B.O.E. núm. 16, de 19 de enero de 1993). Además de en las Sentencias citadas, el TC se pronuncia a favor de la constitucionalidad de las medidas de discriminación positivas en las SSTC 3/1993, de 14 de enero (B.O.E. núm. 37, de 12 de febrero) y 16/1995, cit., entre otras.

¹⁸. No obstante, la Corte Constitucional subraya que la inconstitucionalidad de esta medida con la que se pretende lograr una representación más equilibrada entre hombres y mujeres, deriva de su inclusión en la ley, pero nada impide que medidas similares sean voluntariamente aceptadas por los partidos políticos, en sus Estatutos internos, lo cual es valorado positivamente por la Corte.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 10 DE ABRIL DE 1999. EXISTENCIA DE CULPA EXTRA CONTRACTUAL POR TRATO DISCRIMINATORIO DE LA EMPRESA POR RAZÓN DE SEXO.

TEXTO DE LA SENTENCIA

STS 10 ABRIL 1999. SALA DE LO CIVIL.
PONENTE: D. ALFONSO VILLAGÓMEZ RODIL

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La recurrente, en su primer motivo que denuncia infracción del artículo 1902 del Código Civil, divide la impugnación en dos apartados. El primero para combatir la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, y el segundo con referencia a la de la Audiencia Provincial. El largo alegato contra la sentencia del juzgado resulta inútil y no se puede atender, por desvió de lo que es el recurso de casación, que se confunde con una tercera instancia, infringiéndose el artículo 1687.1º que de forma imperativa establece que el recurso de casación sólo procede contra las sentencias definitivas pronunciadas por las Audiencias Provinciales, en los juicios declarativos de mayor y menor cuantía. La casación sólo actúa contra las sentencias de primera instancia en el caso del artículo 1685, que no es el de autos.

Se combate la sentencia de apelación en cuanto desestimó la demanda de la recurrente, al negarle derecho a reclamar en vía civil, conforme al artículo 1902, pues se decidió que es la legislación laboral la que prevé prestaciones para los supuestos similares al objeto del pleito, y ha de evitarse la duplicidad de indemnizaciones. Hay que decir que no se aportó prueba alguna de que el padecimiento psíquico que afecta a la actora hubiera obtenido alguna calificación referida a accidente en el trabajo y por ello se hubiera reclamado o satisfecho alguna indemnización.

Esta Sala de casación civil no acepta dicha conclusión decisoria. La responsabilidad que se exige a la mercantil demandada es por comportamiento hostil, trato indigno y discriminatorio hacia la recurrente que operó al margen del propio contrato laboral, si bien éste actuó como marco que facilitó las conductas y actuaciones que denuncia y le causaron perjuicios en razón a la depresión que sufre.

Dicha relación laboral quedó extinguida en el acto de conciliación laboral de fecha 26 de noviembre de 1990, habiendo percibido la cantidad total de siete millones de pesetas por los conceptos de indemnización, saldo y finiquito y que hay que necesariamente al contrato de trabajo resuelto.

La competencia de la Jurisdicción Civil para conocer esta controversia judicial resulta así justificada, ya que la culpa extracontractual presupone la existencia de un daño real, con independencia de cualquier relación jurídica preexistente entre las partes. No se excluye de manera tajante y plena dicha culpa aquilina cuando la actuación culpabilística, generadora del daño, re-basa y desborda lo exclusivamente pactado, ya que, como dice la Sentencia de 8 de julio de 1996, se trata de una negligencia extraña a lo que constituye propiamente la materia del contrato y esta negligencia, en cuanto conforma culpa civil, despliega sus efectos propios y consecuentes en forma independiente y conforme al artículo 1902 del Código Civil, pudiendo darse yuxtaposición de responsabilidades de clase contractual y de clase extracontractual y la subsistencia de ésta complementa a aquélla "en cuanto integra todos los efectos conducentes al pleno resarcimiento, sin otros límites que dejar indemne al patrimonio del perjudicado" por tratarse de actividades que exceden la específica órbita del contrato laboral, lo que es aplicable al caso que nos ocupa. Son numerosas las sentencias de esta Sala que declaran la compatibilidad y procedencia de las indemnizaciones civiles en el ámbito de la culpa extracontractual.

Los hechos probados que el Tribunal de instancia fija, con vinculación casacional y dejando de lado la aportación y valoración propia e interesada que de manera muy prolija realiza la recurrente, ponen de manifiesto: a) Que ésta prestó para la entidad "Swissair, S.A." servicios laborales desde el 1 de septiembre de 1970 hasta que se produjo la resolución del contrato, con la categoría de oficial de primera, realizando sus actividades en las dependencias de la terminal de carga que la compañía tenía ubicadas en el Aeropuerto de Barajas; b) Que la recurrente, en fecha 23

de octubre de 1989, al entender que se la estaba discriminando por razón de ser mujer, reclamó a la empresa contra dicha situación, siendo desatendida y que el agravio resultaba de que otro trabajador, de sexo varón y de la misma categoría con una antigüedad inferior, percibía un sueldo base mensual que la rebasaba en unas 20.000 pesetas y un líquido superior en unas 10.000 pesetas al mes, todo ello en el año referido de 1989; habiendo percibido este compañero en el referido año 4.275.184 ptas. brutas, en tanto que la que recurre alcanzó en el mismo período 3.510.000 pesetas totales, y c) Respecto al informe pericial obrante en autos, prestado por Médico-Forense, la sentencia expresa que se determinó que la recurrente padece una depresión reactiva, y se trata de una enfermedad real, no falsa ni simulada, siendo la respuesta a una problemática o conflictividad laboral.

Al ser competente la Jurisdicción Civil, conforme a lo que se deja dicho, procede resolver el fondo de la cuestión, para lo que resulta suficiente tener en cuenta la propia base fáctica que fija el Tribunal de instancia, y pone de manifiesto suficientemente que se dan los requisitos para que proceda apreciar culpa extracontractual, es decir daño efectivo constituido por la depresión reactiva que sufre, con causa en la problemática que le ocasionó a la recurrente el desempeño del trabajo que prestaba en la entidad demandada, al resultar discriminada por razón de su sexo, sin causa que se hubiera demostrado válida y justificativa.

La referida desigualdad por razón de sexo la prohíbe el artículo 14 de la Constitución y la misma legislación civil, en virtud de la modificación del Código operada por Ley de 13 de mayo de 1981. La doctrina constitucional la censura de forma reiterada ante la ausencia de razones objetivas que razonablemente pudieran justificarla, a lo que se puede añadir la Directiva CE 97/80, de 15 de diciembre de 1987, referente a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón del sexo.

El reproche culpabilístico lo viene a establecer la sentencia recurrida en cuanto declara que surgió una "lógica y natural situación de conflictividad" sin sentar prueba alguna de actuaciones imputables directamente a la que recurre, así como que el rechazo de sus reclamaciones se hubiera justificado en forma suficiente y convincente, viniendo el Tribunal de instancia a reconocer de forma expresa que su padecimiento psíquico resultó objetivo y cierto y no inventado por ella.

La conducta culposa de la empresa se aprecia como suficientemente probada, tanto por sus propias actuaciones, directamente lesivas para la trabajadora, como por la de

sus directivos y empleados, conforme a lo que se deja dicho.

Es de tener en cuenta que los comportamientos discriminatorios generaron o aceleraron la depresión que afecta a la recurrente, por representar un sufrimiento continuado e incesante, capaz de perturbar la armonía psíquica de una persona, dada la intensa presión laboral que hubo de soportar hasta que el contrato se extinguió y cuyos efectos perturbadores no son fáciles de superar, por presentarse en la mayoría de los casos como persistentes e incesantes, máxime cuando se trata de una trabajadora que se encontraba realizada en la ocupación que desempeñaba y que, en definitiva, conduce a pensar que hubo de sentirse fracasada como mujer, en su posición de dependiente de personas ajenas, para las que les prestaba el trabajo que había asumido.

Concurre a su vez relación causal suficiente que acredita el informe pericial como se deja reseñado, al resultar influyentes e intensas en su situación anímica las vivencias laborales negativas que le afectaron.

El motivo procede, así como el segundo que cita la jurisprudencia que resulta de aplicación, por lo que esta Sala ha de asumir funciones de instancia y resolver la controversia, conforme autoriza el artículo procesal 1715.3º, la que decide en el sentido de que la estimación de la demanda ha de ser en forma parcial, fijando en tres millones de pesetas la indemnización suplicada, al atenderse a que la sentencia combatida decreta, con condición de hecho probado, que el padecimiento psíquico de referencia resulta "agravado por su personalidad", y la problemática, como informa el perito, viene sobrevalorada e hipertrofiada en sus consecuencias, así como que fue a partir del año 1989 cuando se detectó la intensidad de la situación conflictiva instaurada.

SEGUNDO.- La acogida del recurso determina que no procede hacer declaración en cuanto a las costas de casación ni respecto a las causadas en las dos instancias (artículo 1715 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), procediendo la devolución del depósito constituido.

COMENTARIO A LA STS DE 10 DE ABRIL DE 1999

En esta sentencia de la Sala de lo Civil, el Tribunal Supremo estima parcialmente el recurso de casación interpuesto por una antigua trabajadora de la compañía aérea Swissair, S.A., frente a las sentencias del Juzgado de Primera Instancia nº 52 de Madrid, de 6 de abril de 1993, y de la Audiencia Provincial de Madrid, de 5 de julio de 1994, que había confirmado la anterior. El interés de esta

resolución radica en la afirmación de la responsabilidad extracontractual, reconocida en el artículo 1902 del Código Civil, en que incurrió la mencionada empresa por la conducta discriminatoria respecto a esta trabajadora, en atención a su sexo y que se materializó en un diferente e inferior trato económico.

La comprensión de esta resolución judicial obliga a efectuar una cierta aproximación al presupuesto fáctico, que opera como su punto de partida. Con carácter previo a esta aproximación, ha de señalarse que el carácter parcial de la estimación del recurso obedece en parte a razones de índole procesal, sin relación con el fondo del asunto planteado y, que por ello, no son tenidas en cuenta en este comentario. La recurrente trabajó en la empresa desde 1970 hasta 1990, en que se produjo la extinción de la relación contractual en el correspondiente acto de conciliación laboral celebrado entre las partes. Es importante retener que la trabajadora entendió, desde 1989, que la empresa la discriminaba por ser mujer, concretándose dicha discriminación en recibir una remuneración inferior a la otro trabajador varón y de su misma categoría, con una antigüedad menor. Presentada la pertinente reclamación en 1989, ésta no fue atendida, siendo esa persistente situación conflictiva laboral la que originó una enfermedad psíquica a la recurrente. Con este presupuesto, la recurrente solicitó el reconocimiento de responsabilidad extracontractual de la empresa por tal conducta discriminatoria, en el marco del artículo 1902 del Código Civil.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid desestimó dicha pretensión, negándole la posibilidad de reclamar en vía civil y considerando apropiada sólo la vía laboral para hacer frente a la conducta empresarial descrita. En este aspecto, es interesante resaltar la apreciación efectuada por el Tribunal Supremo relativa a que el "comportamiento hostil, trato indigno y discriminatorio" operó al margen de la relación contractual laboral, si bien actuó ésta como marco en el que se desarrolló dicho comportamiento y que fue el causante de la enfermedad sufrida por parte de la recurrente y que resulta acreditada, para el Tribunal Supremo. Será, por tanto, la existencia de este daño real y efectivo en la recurrente el presupuesto de la

existencia de la culpa y consiguiente responsabilidad extracontractual de la empresa. El citado trato discriminatorio es considerado, desde esta perspectiva, ajeno al objeto propio del contrato laboral y conformador de la posibilidad de existencia de la responsabilidad solicitada. En este sentido, podrán existir juntas responsabilidades contractuales y extracontractuales, necesitando ambas ser reparadas en sus correspondientes ámbitos y dando lugar, por tanto, a la necesidad del correspondiente resarcimiento de cada una de ellas.

Consecuencia de esta toma de posición por parte del Tribunal Supremo, se desprende que los comportamientos discriminatorios soportados por la trabajadora influyeron decisivamente en el origen y existencia de la enfermedad sufrida por la recurrente. Ello ocurre, especialmente, por el carácter continuado que manifiesta dicha conducta empresarial en el interior de una relación continuada mutua de derechos y deberes en la prestación y remuneración de servicios, como es la relación laboral. Este aspecto resalta, sobre todo, cuando la discriminación sufrida se califica como "capaz de perturbar la armonía psíquica de una persona, dada la intensa presión laboral que hubo de soportar hasta que el contrato se extinguió y cuyos efectos perturbadores no son fáciles de superar, por presentarse en la mayoría de los casos como persistentes e incesantes". Al margen de los efectos positivos que se deducen de esta sentencia, algunos ya manifestados y otros indicados a continuación, podría criticarse la estimación parcial del recurso basada, entre otras razones sustantivas, en que se toma como punto de origen para fijar la indemnización, el momento en que la trabajadora reclamó a la empresa frente al trato discriminatorio que soportaba. Un mayor reconocimiento de la los efectos de la prohibición de discriminación en las relaciones entre particulares, hubiera podido atender para fijar ese punto de partida al momento de entrada en vigor de la Constitución, si se manifestaba ya ese comportamiento discriminatorio¹⁹.

Es posible concluir que la línea de razonamiento sostenida por el Tribunal Supremo afirma, también, la eficacia de la Constitución y de los derechos fundamentales en ella reconocidos, en el marco de las relaciones entre los parti-

¹⁹ Sobre este aspecto de la aplicación del Derecho, vid BALAGUER CALLEJÓN, M^a.L., "La igualdad de derechos de la mujer en el ordenamiento jurídico español", en Artículo 14. Una perspectiva de género, n^o I, abril 1999, pp. 3-4 y, de esta misma autora, Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico, Tecnos, Madrid, pp. 38-9. En relación a la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, cfr. CÁMARA VILLAR, G., en BALAGUER CALLEJÓN, F. (coord.), Derecho Constitucional, Tecnos, Madrid, 1999, vol. II, pp. 57-9.

culares. Esta posición es consecuencia del carácter normativo del texto constitucional y, más concretamente, de la prohibición de discriminación por razón de sexo prescrita en su artículo 14²⁰. Pone de manifiesto, igualmente, la irradiación de esta eficacia en dos ámbitos precisos. De un lado, el correspondiente al Derecho privado, como reconoce la sentencia, y que se manifestó en la reforma de la

legislación civil efectuada por la Ley de 13 de mayo de 1981. De otro, en el marco del Derecho Comunitario y su reconocimiento tanto en el Derecho originario, como en el derivado, muestra del cual es la Directiva 97/80, de 15 de diciembre de 1997, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo²¹. (ANTONIO JAVIER TRUJILLO PÉREZ).

²⁰ Sobre estos temas, BALAGUER CALLEJÓN, F. y LÓPEZ AGUILAR, J.F., en F. BALAGUER, *Derecho Constitucional*, ob. cit., pp. 100-2 del vol. I y 72-78 del vol. II, respectivamente.

²¹ El art. 141 del Tratado de la Comunidad Europea recoge el derecho a la no discriminación en el trabajo por razón de sexo. Para el problema de los derechos fundamentales en el Derecho Comunitario, vid. Á. RODRÍGUEZ, en F. BALAGUER, *Derecho Constitucional*, ob. cit., pp. 300-5.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 1 DE JUNIO DE 1999. DISCRIMINACIÓN INDIRECTA POR RAZÓN DE SEXO.

TEXTO DE LA SENTENCIA

**STS 1 DE JUNIO DE 1999. SALA DE LO SOCIAL.
PONENTE: D. JUAN FRANCISCO GARCÍA
SÁNCHEZ**

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por la «Federació de Catalunya de Banca y Estalvi del Sindicat Comissió Obrera Nacional de Catalunya» se formuló demanda sobre conflicto colectivo pretendiendo que se declarara contraria a los preceptos constitucionales y legales que regulan el derecho de igualdad una práctica empresarial consistente en que, de hecho, se permitía acceder a determinados puestos directivos a un porcentaje de mujeres muy reducido con respecto al de los varones. La demanda fue estimada, en esencia, y contra la sentencia estimatoria ha interpuesto la empresa interpelada el presente recurso de casación, que articula en cuatro motivos:

El primero, al amparo del art. 205 b) de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL), inadecuación de procedimiento.

El segundo, al amparo del apartado c) del propio precepto, por supuesta incongruencia de la sentencia al conceder cosa distinta a la pedida, con infracción del art. 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LECiv).

El tercero, con carácter subsidiario, se apoya en el art. 205 d) LPL, error en la apreciación de la prueba.

Y el cuarto, también con carácter subsidiario, se encauza a través del apartado e) del citado art. 205, por haberse infringido los arts. 14 y 35.1 de la Constitución Española (CE) y 179.2 de la Ley de Procedimiento Laboral.

SEGUNDO: Se denuncia en el primer motivo del recurso que no debió haberse acudido al procedimiento de conflicto colectivo regulado en los arts. 151 y ss. LPL, porque, en opinión de la recurrente, el objeto de la demanda era la defensa de los intereses de unas personas concretas, las 19 mujeres que no accedieron al cargo de Director o Delegado de Oficina, habiéndolo pedido, frente a los 40 solicitantes masculinos que lo obtuvieron. Esta alegación, esgrimida ya como excepción al contestar la demanda, fue rechazada en la sentencia recurrida por entender que el procedimiento al que el sindicato actor acudió era el legalmente correcto, y así lo entiende también esta Sala, siguiendo el criterio ya sentado en un supuesto similar

por la STS-4ª de 18 de febrero de 1994 (recurso 1735/1992) votada en la Sala General, en la que se señala que "la delimitación de las áreas que comprenden el interés individual y el colectivo es una materia compleja y delicada, al no existir fronteras claras entre una y otra, pues no están separadas por una línea definida, sino que en gran medida pueden confundirse, constituyendo en algunos casos una realidad dual que, pudiendo ser única tiene distintas perspectivas o vertientes". De forma semejante al supuesto que la reseñada resolución contempla, se trata aquí de una posible discriminación de mujeres aspirantes a un puesto de trabajo, al que -según la demanda sostiene- no se les ha permitido acceder por razón de su sexo, por lo que, tal como allí se razonaba, independientemente del interés individual que cada una de las directamente afectadas pudiera tener (interés que podría defender a través del ejercicio de una acción individual), existe también un interés genérico referido a todo un sindicato de mujeres, que también merece ser tutelado, y para esta protección resulta adecuado el procedimiento de Conflicto Colectivo a tenor del art. 151 de LPL, toda vez que es a una práctica empresarial a la que el colectivo actor atribuye la vulneración de su derecho a la igualdad. De esta suerte, el motivo no puede prosperar.

TERCERO.- En el segundo motivo se atribuye a la Sentencia recurrida vulneración del art. 359 de la LECiv por incongruencia "extra petita", pero basta poner en relación lo postulado en la demanda ("se declare que la práctica descrita contraviene los preceptos constitucionales y legales señalados y condene a la empresa demandada a dejarla sin efecto, y a materializar inmediatamente la igualdad de ambos colectivos, así como a abonar a los trabajadores del colectivo afectado peyorativamente por la discriminación los daños y perjuicios materiales y morales que acreditan oportunamente") con la parte dispositiva de la sentencia ("declaramos que la práctica empresarial de invitar, sugerir y recomendar a determinadas personas empleadas a que cursen la solicitud para el cargo de delegado/a y subdelegado/a antes de que los empleados la formalicen, en el modo en que viene efectuándose por la parte demandada, al margen de la normativa interna, es discriminatoria y contraviene los arts. 14 y 35.1 de la Constitución. Condenamos a la empresa a estar y pasar por esta declaración, y abstenerse en el futuro de realizarla. Desestimamos la solicitud de abono de los daños y perjuicios") para poner de manifiesto la inexistencia de la

pretendida vulneración. De las dos peticiones que en la demanda se formula-ban, se estima la primera y se desestima la segunda, por lo que la sentencia se atiene a los términos del debate, y tampoco se cambia el objeto del proceso por el hecho de que en la parte dispositiva se especifiquen y concre-ten "los preceptos constitucionales y legales" a los que la súplica aludía, señalando la decisión cuáles eran concretamente estos preceptos, pues, entre otros, habían sido ya invocados expresamente en la demanda; ni porque la resolución especifique "la práctica descrita" en la petición del escrito rector como "la práctica empresarial de invitar, sugerir y recomendar a determinadas personas empleadas a que cursen la solicitud para el cargo", por cuanto esa misma, o similar descripción de la conducta empresarial había sido alegada en el segundo párrafo del ordinal fáctico 4º de la demanda y fue objeto de contradicción, por lo que procede también la desestimación de este motivo.

CUARTO.- Con carácter subsidiario se articuló el motivo tercero a cuyo través se pretende, con cita del art. 205 d) LPL, que se revise el hecho probado décimo de la resolución combatida, en el que se describe la conducta empresarial que fue objeto de denuncia, pre-tensión que debe correr igual suerte adversa, por las siguientes razones:

a) Los documentos que se citan como reveladores del error padecido por el Tribunal de instancia han sido producidos unilateralmente por la empresa recurrente y no evidencian por sí solos el pretendido error, ya que están contradichos por otros elementos probatorios que la Sala a quo, declaró haber tenido en cuenta para obtener su convicción (art. 97.2 LPL), cuales son los números 1 y 2 obrantes en el ramo de prueba de la demandada y las declaraciones testificales de tres personas, percibidas estas últimas directa y personalmente por los juzgadores en el acto del juicio, fruto de cuya intermediación fue el convencimiento acerca del hecho que como probado relatan.

b) Aun cuando la recurrente declare conocer que el acta del juicio no es documento hábil para fundar su petición, es lo cierto que, en el fondo, está pretendiendo convertirlo en tal, como lo pone de manifiesto el hecho de sus reiteradas alusiones a ella, y al valor que -en su opinión de manera equivocada- se ha concedido a diversas declaraciones testificales.

QUINTO.- Como cuarto y último motivo, también de manera subsidiaria, se alega una supuesta vulneración de los arts. 14 y 35.1 de la CE y art. 179.2 Ley del Procedimiento Laboral.

El derecho a no ser discriminado está consagrado de manera general en el art. 14 CE, que también prohíbe (art. 35.1) la discriminación por razón de sexo en la relación

laboral, tanto en lo relativo a la promoción profesional como en lo atinente a la remuneración, y así-mismo los arts. 4.2 c) y 17.1 del Estatuto de los Trabajadores (ET) proscriben tal discriminación. Por otra parte, la carga de la prueba acerca de su realidad, que a tenor del art. 1214 del Código Civil (CC) estaría atribuida a la parte actora, ha quedado miti-gada, dada la dificultad de conseguirla de forma plena, por la norma general contenida en el art. 96 LPL, en cuya virtud a dicha parte le basta con introducir la existencia de indicios de discriminación por razón de sexo, correspondiendo al demandado la aportación de una justificación acerca de que las aparentes medidas discriminatorias no lo son realmente, por responder a criterios objetivos y razonables que justifiquen tales medidas. Sin duda fue este último precepto el que la recurrente quiso invocar; y no el art. 179.2 (que fue el que citó), ya que, aun cuando el contenido de ambos es similar en cuanto a la distribución del onus probandi el art. 96 es el que comprende cualquier discriminación por razón de sexo mientras que el 179.2 (radicado en el Capítulo XI, Título II del Libro II de la Ley) está llamado a regular la materia específicamente en la modalidad procesal de tutela de los derechos de libertad sindical, por lo que no era aplicable en el supuesto aquí enjuicia-do.

Aclarado lo anterior, debe decirse que la sentencia recurrida no ha infringido al valorar la prueba el citado art. 96 LPL, por cuanto razona suficientemente (F. 2º, 3º, 4º, 5º, y 6º) cuáles son los vehementes indicios acerca de la existencia de trato desigual en función del sexo que de la prueba se deducen, así como que los datos que la demandada aportó y las razones que adujo en pro de su tesis de no discriminación carecían de la suficiente consistencia para justificar la gran diferencia existente entre el número de varones y el de mujeres que en el territorio de Cataluña acceden en la empresa demandada al cargo de director de sucursal.

SEXTO.- Por lo que se refiere a la cuestión relativa a si estamos en presencia de una práctica empresarial constitutiva de discriminación por razón de sexo [lo que supondría un quebrantamiento por parte de la empresa demandada de los arts. 14 y 35.1 CE y arts. 4.2 c) y 17.1 ET], para llegar a la conclusión afirmativa basta con acudir al relato de hechos probados de la sentencia recurrida, donde, entre otros extremos, se constata que "es práctica empresarial constante, invitar sugerir o recomendar a determinadas personas empleadas que cursen una solicitud para el cargo de delegado o subdelegado en la Caixa de Catalunya, antes de que efectivamente los empleados la formalicen; en el entendido de que ello es un paso previo que avala la solicitud, resultando inusual y extraño presentarla si no ha mediado la indicación de

hacerlo. Tales sugerencias e indicaciones son al margen de los informes anuales que se efectúan sobre los empleados por los jefes inmediatos" (hecho probado décimo). Así como que del colectivo de hombres y mujeres que entraron a "Caixa Catalunya desde 1986 hasta el 15 de junio de 1998 han accedido al cargo de delegados 40 de los 799 hombres (5% respecto del colectivo de varones) y 12 de las 780 mujeres (1,5 % del colectivo femenino) que habían sido contratados durante el expresado período" (hecho probado undécimo).

No se produce la desigualdad de trato en el momento de seleccionar para el cargo a los solicitantes, pues tal como se dice en la fundamentación jurídica de la resolución recurrida con valor de hecho probado (F. 4º), de 95 hombres peticionarios del cargo de delegado lo obtuvieron 40, y de 31 mujeres que lo solicitaron accedieron a él 12, lo que arroja un porcentaje del 42,10 % de varones y, del 38,71 % de mujeres, entre cuyos porcentajes no existe una diferencia llamativa. Sin embargo, la discriminación se lleva a cabo por vía indirecta, y estriba en que de hecho solicitan el puesto muchas menos mujeres que hombres, debido a la práctica empresarial (carente de aval en la reglamentación interna y también de justificación por razones objetivas) inveterada de que sólo se permite "de facto" la petición del cargo -independientemente de cuál fuera el sentido de los informes anuales emitidos sobre los empleados por sus jefes inmediatos- a aquellas personas a las que previamente se les ha sugerido que lo hagan; y como el puesto de referencia conlleva no sólo una mayor responsabilidad sino también una superior retribución que hace variar sustancialmente los ingresos con respecto a los subdelegados (hecho probado duodécimo), resulta que la discriminación en el plano laboral comporta asimismo otra en el estrictamente salarial. Por consiguiente, la Sala de instancia no ha cometido las infracciones del ordenamiento jurídico que la recurrente le atribuye, procediendo en consecuencia la desestimación de este motivo, y con él la del recurso con las consecuencias prevenidas en los arts. 215 y 233 de la Ley del Procedimiento Laboral.

COMENTARIO A LA STS DE 1 DE JUNIO DE 1999

Mediante la sentencia objeto de este comentario, el Tribunal Supremo resuelve el recurso de casación inter-

puesto por Caixa D'Estalvis de Catalunya contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Social) de 21 de octubre de 1998. El origen de esta última resolución judicial fue una demanda de conflicto colectivo formulada por la Federació de Catalunya de Banca y Estalvi del Sindicat Comissió Obrera Nacional de Catalunya, que pretendía que se declarase contraria a la Constitución y a las leyes, por contraposición a la igualdad, de la práctica de dicha empresa traducida, de hecho, en permitir el acceso a determinados puestos directivos de una proporción de mujeres muy reducida respecto a los hombres. Esta demanda de conflicto colectivo fue estimada parcialmente y contra la sentencia que contiene dicho pronunciamiento, se plantea el recurso de casación.

En primer lugar, ha de destacarse el interés colectivo existente en el presupuesto de partida de este procedimiento judicial, que convive junto al interés individual de cada una de las 19 mujeres que no accedieron a los cargos directivos que habían solicitado, frente a los 40 solicitantes masculinos que sí los obtuvieron. En este sentido, al tratarse de una posible discriminación indirecta precisamente por razón de sexo, que afecta a un conjunto de mujeres, es pertinente el uso del procedimiento de conflicto colectivo, además de haber podido ejercitar cada una de las directamente afectadas una acción individual de tutela, por existir un interés de carácter colectivo y genérico merecedor de protección jurídica²².

Debe recordarse que la práctica empresarial que se denuncia consistía en sugerir a determinados trabajadores que solicitaran los puestos directivos necesitados de ocupación, con anterioridad a la formalización de dicha solicitud. En la sentencia de instancia se declaró la contradicción de esta conducta con los derechos de igualdad y al trabajo, reconocidos en los artículos 14 y 35.1 de la Constitución. En concreto, dentro del último precepto mencionado, puede enmarcarse el citado comportamiento empresarial, en el derecho a la promoción a través del trabajo sin que, en ningún caso, pueda hacerse discriminación por razón de sexo.

Este derecho a no ser discriminado por razón de sexo, reconocido constitucionalmente, con carácter general, en el artículo 14 y, específicamente en el marco de la relación laboral, en el art. 35.1 de la Constitución, ha sido recogido también en la legislación laboral²³. Una de sus principales

²² Los razonamientos que, en esta línea, sostiene el Tribunal Supremo en el 2º Fundamento de Derecho, siguen el criterio asentado por el Tribunal en sentencia de la Sala de lo Social de 18 de febrero de 1994. Se trata, en definitiva, de una realidad en la que confluyen el interés individual y el colectivo, siendo posible la utilización del procedimiento de conflicto colectivo, previsto en el art. 151 de la Ley de Procedimiento Laboral, "toda vez que es a una práctica empresarial a la que el colectivo actor atribuye la vulneración de su derecho a la igualdad" (FD 2º in fine).

²³ Se recoge en el artículo 4.2.c) del Estatuto de los Trabajadores que, en la relación de trabajo, los trabajadores tienen derecho "a no ser discriminados para el empleo, o una vez empleados, por razones de sexo", y en el artículo 17.1 del mismo texto, que "se entenderán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que contengan discriminaciones desfavorables o adversas en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo por circunstancias de sexo".

JURISPRUDENCIA • TS •

consecuencias se configura en la flexibilidad producida en la determinación de la carga de la prueba, que se distribuye entre demandante y demandado²⁴. Con carácter general, corresponde efectuarla a la parte actora, aunque es suficiente que ésta aporte indicios de este tipo de discriminación. Esto permite configurar también lo que, en esa determinación compartida, corresponde a quien es demandado, habiendo sido recogida esa distribución de la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo, en el artículo 96 de la Ley de Procedimiento Laboral²⁵.

En el supuesto de hecho que se encuentra en el sustrato de esta sentencia del Tribunal Supremo, se aprecia la existencia de una discriminación indirecta en la promoción dentro de la empresa, con reflejo en la remuneración recibida como consecuencia, debido a que la sugerencia previa a la presentación de la solicitud para obtener un puesto directivo es parte del procedimiento habitual para acceder a dichos cargos. Es en la determinación de quienes reciben esa sugerencia previa, donde se produce la discriminación por razón de sexo, como se indica en la sentencia de instancia y asume el Tribunal Supremo, con datos que abarcan el período 1986-1998. En efecto, solicitaron dichos puestos directivos muchas menos mujeres que hombres, debido a esa conducta empresarial de efectuar la citada invitación o sugerencia previas.

Es interesante destacar que, para el Tribunal Supremo, el reproche a la práctica empresarial supone una consolidación de la eficacia del derecho de igualdad y a no sufrir

discriminación en las relaciones establecidas entre los particulares, que debiera tener reflejo también en la propia reglamentación interna de la empresa correspondiente. De este modo, la extensión de los efectos constitucionales incide, no sólo en el plano de la legislación laboral, sino también en el de las normas internas que disciplinan el desarrollo de las relaciones contractuales.

Un aspecto relacionado con esta última cuestión y conectado con el necesario restablecimiento del derecho a la igualdad, es criticable en la sentencia de instancia y muestra las dificultades que sigue teniendo la aplicación de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares. Se refiere, en concreto, a la estimación parcial de la demanda de conflicto colectivo planteada, pues se declaró la contradicción de la práctica empresarial con las normas constitucionales que proscriben la discriminación por razón de sexo, así como el mandato a la empresa de dejar de efectuarla en el futuro. Sin embargo, habiéndose acreditado el perjuicio sufrido por 19 mujeres en la promoción dentro de la empresa, durante el período 1986-1998, se desestimó la pretensión de indemnizar los daños y perjuicios causados y se centró la pretensión de materializar la igualdad en las dos declaraciones mencionadas. Ciertamente, el propio reconocimiento de una realidad dual en este concreto proceso judicial, por confluir el interés individual y el colectivo en la pretensión deducida, podría haber propiciado un paso más en el restablecimiento material del derecho a la igualdad. (ANTONIO JAVIER TRUJILLO PÉREZ).

24. Vid sobre su justificación, BALAGUER CALLEJÓN, M^aL., La interpretación de la Constitución por la jurisdicción ordinaria, Civitas, Madrid, 1990, p. 77.

25. Este precepto indica que "en aquellos procesos en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de discriminación por razón de sexo, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad"

OTRAS REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES

TS SALA 2ª, SENTENCIA 20 DE OCTUBRE DE 1999. PONENTE: D. EDUARDO MONER MUÑOZ

El Tribunal Supremo estima que permanecer mirando una violación múltiple no constituye delito de cooperación necesaria a ese delito. En consecuencia, absuelve al condenado por la Audiencia Provincial de Málaga a 48 años de cárcel por cooperación a tres delitos de agresión sexual, además de por otro como autor directo de violación. Se da la circunstancia de que el condenado por la Audiencia de Málaga, no fue acusado en ningún momento de algún otro delito ajustado al caso, como pudiera ser el de omisión del deber de socorro, o complicidad de un delito contra la Administración de Justicia al no denunciar los hechos, lo que, en virtud del principio acusatorio que rige en el ámbito penal, ha impedido al TS enjuiciar la procedencia de estos otros delitos, limitándose a absolver al acusado por el único delito por el que fue acusado y condenado.

TSJ CATALUÑA, SENTENCIA 18 DE JUNIO DE 1999. PONENTE: Dª. Mª. LOURDES ARASTEY

Despido de trabajadora con jornada reducida por maternidad. Se estima el recurso de suplicación contra la Sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Tarragona y, en consecuencia, se revoca ésta última. La reducción de la jornada laboral por maternidad no ha de ser tenida en cuenta para computar la indemnización por despido. Ésta debe ser ajustada al salario correspondiente a la jornada completa. La interpretación contraria supondría un perjuicio a quienes optan por esta posibilidad, debido a los menores costes que la calificación de improcedencia produciría.

AP ASTURIAS, SENTENCIA 23 MARZO 1999. PONENTE: D. JOSÉ IGNACIO ÁLVAREZ ÁLVAREZ

Nulidad de capitulaciones matrimoniales por ilicitud de la causa. La Audiencia estima en apelación que la liquidación de la sociedad de gananciales y el establecimiento de un nuevo régimen matrimonial, de separación de bienes, realizado con el único propósito de perjudicar los derechos legitimarios de la esposa es nulo. La Audiencia aplica así la doctrina del TS que viene estimando la ilicitud de la causa de la liquidación de la sociedad de gananciales tanto cuando se trata de defraudar la

legítima como cuando se ocultan deliberadamente algunos bienes del caudal común.

AP MÁLAGA, SENTENCIA 2 MARZO 1999. PONENTE: D. FERNANDO GÓNZALEZ ZUBIETA

Inexistencia de delito de revelación de secretos. La Audiencia absuelve a la acusada al estimar que los hechos no son constitutivos de un delito de descubrimiento y revelación de secretos puesto que los datos que descubre no son "íntimos" del denunciante, sino que se trata de datos económicos que la acusada necesitaba conocer para poder ejercitar su legítimo derecho a la obtención de los gananciales que en justicia le correspondía, siendo ésta la única finalidad perseguida por la autora y no la de vulnerar la intimidad de la persona de la que se estaba separando.

AP ORENSE, SENTENCIA 4 JUNIO 1999. PONENTE: D. JESÚS FRANCISCO CRISTÍN PÉREZ

Desestimación de desahucio por precario en caso de ruptura de unión extramatrimonial. La Audiencia estima en apelación que no se ocupa la vivienda en situación de precario cuando esta ocupación es consecuencia de la convivencia marital que la demandada venía manteniendo con el demandante (propietario del piso) y por tanto declara improcedente el procedimiento de desahucio por precario, señalando que las cuestiones relativas al derecho de uno y otro litigante sobre la vivienda deben dilucidarse por la vía del proceso declarativo correspondiente.

AP VALENCIA, SENTENCIA 15 JUNIO 1999. PONENTE: D. JOSÉ ENRIQUE DE MOTTA GARCÍA-ESPAÑA

Régimen de visitas del cónyuge, relevancia penal. Se estima el recurso de apelación interpuesto por la recurrente frente a la sentencia del Juzgado de lo Penal nº 6 de Valencia y, en consecuencia, se revoca dicha sentencia, absolviéndola del delito imputado. Debido al traslado de la recurrente con su hijo a otro país para trabajar, se impide que sea efectivo el régimen de visitas establecido a favor del cónyuge, pero no conforma un delito de desobediencia al no constar la existencia de ningún requerimiento judicial.

NOTICIAS

El pleno del Consejo General del Poder Judicial (órgano de gobierno de todos los jueces y magistrados) acordó el pasado 1 de diciembre la dedicación de tres juzgados de Alicante (uno en la capital, los otros dos en Elche y Orihuela) a delitos y faltas relacionados con la violencia doméstica. La medida, pionera en España, será efectiva en enero, y podría extenderse a otras provincias. Con esta medida, a juicio de los magistrados que han solicitado estos juzgados, la lucha contra los malos tratos mejorará por tres vías: el juez podrá valorar y castigar la reincidencia de los agresores; su especialización servirá para unificar criterios en las medidas cautelares o castigar las faltas y, al concentrar todas las denuncias, trabajará con el fiscal adscrito al juzgado, automáticamente, también especializado en la materia. Además, tanto la policía como los servicios sociales municipales y autonómicos estudian destinar a varios de sus funcionarios a este cometido concreto, lo que crearía un equipo completo y multidisciplinar.

Los días 11 y 12 de Noviembre pasados se celebró en Sevilla el "Foro Andaluz contra la Violencia de Género" organizado por el Instituto Andaluz de la Mujer, que congregó a más de cuatrocientos profesionales del campo sanitario, judicial, policial, social y de los servicios de información a la mujer responsables en la atención a las mujeres que sufren agresiones, así mismo contó con la participación de expertas y expertos de reconocido prestigio tanto nacionales como internacionales para abordar los contenidos trazados para el foro, y que se centraron en el análisis de la violencia contra las mujeres, las acciones de los diferentes ámbitos de intervención para su erradicación, así como las metas a las que se aspira, la consecución de una sociedad libre de violencia.

El Instituto Andaluz de la Mujer ha publicado dos estudios realizados para analizar y difundir los avances legislativos y de la jurisprudencia en materia de género en los últimos años. Uno de los estudios denominado "Mujer e Igualdad estudio en materia Laboral y Social" realizado por la profesora de Derecho del Trabajo de la Universidad de Cádiz, Teresa Pérez del Río, en el que la autora hace un análisis de la normativa y jurisprudencia tanto Comunitaria como del Tribunal Constitucional en relación con la prohibición de discriminación por razón de sexo y con el principio de igualdad de oportunidades y acción positiva en el trabajo y el empleo. El otro estudio denominado "Mujer e Igualdad, la Norma y su Aplicación, aspectos Constitucionales, Penales y Civiles" elaborado por tres profesoras de la Universidad de Derecho de Sevilla expertas en cada materia, Constitucional por Ruth Rubio Marín, coautora y coordinadora de toda la obra; Penal por Myriam Herrera Moreno y Civil por Inmaculada Vivas Tesón en este estudio se realiza un análisis de las reformas legislativas en materia Penal y Civil así como la evolución jurisprudencial

La Junta de Jueces penales de Málaga ha aprobado la creación de un registro informático en el que se recogerán todos los casos de malos tratos. Los jueces se han comprometido a enviar a este registro todos los asuntos de malos tratos de los que tengan cono-

cimiento en sus respectivos juzgados. Además de los malos tratos, en este nuevo registro se contabilizarán las lesiones y agresiones sexuales que sufran las mujeres así como los menores. Con esta medida se pretende mejorar la lucha contra este tipo de agresiones, ya que este registro podrá servir para demostrar la habitualidad de los malos tratos.

Según un estudio realizado por la profesora de Derecho Penal de la Universidad de Málaga, Ana Isabel Cerezo, durante el periodo comprendido entre 1984 y 1994 se produjeron un total de 53 homicidios en la pareja en la provincia de Málaga, de los cuales, la víctima fue una mujer en el 87% de los casos. De este estudio se desprende además, que en el 43% de los casos habían existido malos tratos físicos; en el 21% malos tratos psíquicos; mientras que sólo en el 17% de los casos no se había producido sucesos de violencia con anterioridad.

El informe elaborado por la Ponencia sobre la inserción de la mujer en el campo laboral, constituida en el Senado, constata la desigualdad laboral entre hombres y mujeres. Así, el paro femenino duplica al masculino (22,87% frente al 10,57%), además, las mujeres cobran de media un 76% menos que los varones y el 70% de los contratos temporales son femeninos. Para paliar esta situación, el informe formula 29 recomendaciones. Entre otras, recomienda al Gobierno que invierta más dinero para facilitar la inserción de las mujeres en el mercado laboral. En este sentido propone que el presupuesto destinado a crear empleo entre las mujeres sea proporcional al porcentaje de mujeres paradas y que la perspectiva de sexo impregne todas las políticas de sexo. También señalan que los cursos de formación para parados deberían distribuir sus plazas en función de la tasa de desempleo. Asimismo, el informe propone la creación de un Observatorio de la Igualdad con la finalidad de evaluar de forma periódica el impacto de las políticas dirigidas a fomentar el empleo femenino y así poder comparar su evolución con la del resto de los países de la Unión Europea.

La Sala segunda del Tribunal Constitucional ha concedido el amparo, por cinco votos a uno, a una funcionaria interina, a la que la Administración de la Junta de Castilla y León denegó una excedencia voluntaria para cuidar a su hija de cuatro meses. El Tribunal Constitucional anula la resolución de la Junta de Castilla y León y la resolución también denegatoria de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, al considerar, entre otros razonamientos, que "no existe justificación objetiva y razonable para dispensar a una funcionaria interna que lleva más de cinco años ocupando una plaza, un tratamiento jurídico diferente y perjudicial respecto al dispensado a los funcionarios de carrera, con el único argumento de que legalmente su relación con la Administración es provisional".

El Instituto Andaluz de la Mujer ha publicado un Manual sobre "violencia contra las Mujeres" que reconoce la actuación de los Operadores Jurídicos ante los casos de malos tratos a las mujeres.

TELEFONO DE INFORMACION A LA MUJER

SERVICIO
24h
GRATUITO

900.200.999

Edita :
INSTITUTO ANDALUZ DE LA MUJER
C/. Alfonso XII, 52 • 41002 Sevilla

Realiza :
AREA DE DERECHO CONSTITUCIONAL
DE LA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA