

A EQUALITAS

REVISTA JURÍDICA DE IGUALDAD DE OPORTUNIDADES ENTRE MUJERES Y HOMBRES

NÚMERO 8

SEPTIEMBRE-DICIEMBRE 2001

PERIODICIDAD CUATRIMESTRAL



AequAlitaS

REVISTA JURÍDICA DE IGUALDAD DE OPORTUNIDADES ENTRE MUJERES Y HOMBRES

Editorial

ENVÍO DE ORIGINALES Y NORMAS DE PUBLICACIÓN

1

AequAlitaS aceptará para su publicación todos aquellos artículos que sean inéditos y versen sobre el tema central de la revista.

El Consejo de Redacción atenderá cualquier sugerencia o consulta previa, para evitar reiteraciones en las posibles colaboraciones (Tel. 976 761 433. Departamento de Derecho Público).

2

Los originales serán remitidos a la directora de la revista:

Profesora María Elósegui
Facultad de Derecho
Universidad de Zaragoza.
50006 Zaragoza (España).

Los trabajos no excederán de diez hojas DIN A4, de 30 líneas de texto.

Se enviarán en soporte de papel y en diskette de ordenador de 3,5" (PC o Macintosh), trabajados en WORD o similar, o bien por e-mail (elosegui@posta.unizar.es), indicando a qué sección de la revista van destinados, teniendo en cuenta que las citas se incluirán a pie de página, según el siguiente modelo:

AUTOR o AUTORA del LIBRO, N. *Título*, lugar de edición, editorial, año, página. AUTOR o AUTORA. REVISTA, N. "Título del artículo de la revista", *Revista*, n.º, vol. (año), pp. 1-31.

3

Se indicará el autor, lugar de trabajo, dirección, teléfonos y, en su caso, el e-mail.

No se devolverán los originales y no se mantendrá correspondencia sobre las colaboraciones que no se hayan encargado, sin que ello sea obstáculo para que se envíen artículos por libre iniciativa.

4

La selección se hará según criterios científicos, solicitando la lectura de los artículos a dos de los miembros del Consejo de Redacción. También y en su caso se solicitará la lectura a miembros del Consejo Asesor u otras personas especialistas cuando se estime oportuno y, en consecuencia, podrán ser aceptados para su publicación.

5

AequAlitaS no se hace responsable de las opiniones de las autoras y autores de los artículos publicados, ni de posibles variaciones en las programaciones anunciadas.



Como anunciábamos en el número 7 de *AequAlitaS*, introducimos en la presente edición algunos temas de Derecho Civil aragonés con un artículo sobre la viudedad, con ánimo de tratar en el futuro otros aspectos.

Por otra parte había quedado pendiente de desarrollar alguna cuestión de la Ley de Extranjería, como la protección de la salud de la mujer inmigrante.

También habíamos anunciado el propósito de introducir cuestiones jurídicas relativas al régimen especial agrario, en concreto la situación de la mujer en el sistema de Seguridad Social agrario.

Hemos prestado especial atención a la jurisprudencia novedosa en materias legisladas más recientemente. Entre ellas se encuentra el supuesto de petición de reducción de jornada previsto en la Ley de conciliación entre vida familiar y laboral, el despido disciplinario contrario a la prohibición de despido de la trabajadora embarazada, la figura de acoso sexual, etc.

En el próximo número trataremos cuestiones relativas a la violencia doméstica.

Queda también pendiente el análisis de novedades legislativas en materia laboral, como el Coste cero y coste proporcionado en sustituciones por maternidad y otras circunstancias (La disposición adicional segunda del RD Ley 5/2001, así como la Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad, así como el Real Decreto 1251/2001 de 16 de noviembre de prestación económica del sistema de la seguridad social por maternidad y riesgo durante el embarazo. Materias todas ellas que se irán tratando a lo largo de los tres ejemplares de la revista que se publicarán en el año 2002.

María Elósegui Itxaso

Profesora Titular de Filosofía del Derecho de la Universidad de Zaragoza.
Directora de la Revista *AequAlitaS*

La modificación de la legislación vigente para adaptarse a la nueva realidad de los múltiples papeles de hombres y mujeres en la sociedad actual, es la razón principal de la existencia de esta revista jurídica de igualdad de oportunidades.

Todavía, sin embargo, es necesario que los derechos que emanan de esta normativa, sobre todo la relacionada con la conciliación de la vida familiar, personal y laboral de las personas trabajadoras, sean ejercidas tanto por las mujeres como por los hombres, entonces podremos hablar de una verdadera corresponsabilidad. También es necesario la aplicación por los Tribunales de la normativa, y un claro ejemplo es la reciente sentencia de un Juzgado de Zaragoza que comentamos en este número de la revista.

Sólo con la colaboración de todas las instituciones implicadas y de toda la sociedad, hombres y mujeres, seremos capaces de alcanzar la igualdad en derechos y en oportunidades.

Un paso más es el análisis de la legislación y de la normativa desde la perspectiva de género para que los y las profesionales del derecho la apliquen teniendo en cuenta las necesidades de todas las personas sin discriminación por cuestión de género.

Ana de Salas Giménez de Azcárate

Directora General del Instituto Aragonés de la Mujer.
Departamento de Presidencia y Relaciones Institucionales. Gobierno de Aragón.
Subdirectora de la Revista *AequAlitaS*

D E R E C H O E S P A Ñ O L

Mujer y Seguridad Social Agraria

JOSÉ JAVIER ROMÁN CASTILLO
Licenciado en Derecho Laboralista



I. INTRODUCCION

La existencia del Régimen Especial Agrario plantea problemas en el conjunto del Sistema de la Seguridad Social, habida cuenta del progresivo envejecimiento de la población agraria, del incremento del número de pensionistas y de la elevada edad media de los trabajadores y trabajadoras cotizantes en dicho Régimen, que en particular es de 45 años por lo que a las mujeres se refiere, frente a la media de 35 años en las mujeres integradas en el Régimen General.

Existen varias razones, como posteriormente se expondrán, que pueden tener un cierto atractivo para proceder a la inscripción y alta en dicho Régimen, tales como la menor cotización social, a cambio de una cobertura o acción protectora que aun cuando no es tan completa como la del Régimen General sí que es suficiente, lo cual puede –como se ha dicho– atraer a las mujeres y, sobre todo, a las personas inmigrantes. No olvidemos tampoco las ventajas que suponen las subvenciones que por actividades en el mundo rural conceden los Órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas, así como los Planes de Empleo Rural que también se analizarán. Todo ello supone un cúmulo de circunstancias que incrementan las altas en el Régimen Agrario en algunas Comunidades Autónomas, pero que también lleva aparejado, lógicamente, un control sobre la procedencia o no de dichas altas.

Por último, una cuestión de interés es el futuro de este Régimen dentro del Sistema, y en especial respecto a los trabajadores y trabajadoras por cuenta propia, donde se plantea, cada vez con más frecuencia, su posible trasvase al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos.

II. PROBLEMÁTICA DE LA SEGURIDAD SOCIAL AGRARIA

1

Dentro del marco histórico del Sistema de la Seguridad Social en España podemos señalar el año 1963 como el punto de inflexión en la evolución del Sistema, y la razón es que en dicho año se sientan los cimientos que consoli-

dan el sistema actual y futuro. Efectivamente, la Ley 193/63, de 28 de diciembre, de Bases de la Seguridad Social, aprueba las Bases que pretenden convertir los anteriores Seguros Sociales en un auténtico Sistema de Seguridad Social.

El desarrollo de dicha Ley de Bases fue el Decreto 907/1966, de 21 de abril, que aprueba el texto articulado primero, donde se crean los regímenes especiales de la Seguridad Social. De esta manera, regula que en aquellas actividades profesionales en que por su naturaleza, sus peculiares condiciones de tiempo y lugar o por la índole de sus procesos productivos se hiciera preciso, se establecerán Regímenes Especiales para la adecuada aplicación de los beneficios de la Seguridad Social¹; y considera Regímenes Especiales los que encuadren entre otros a las trabajadoras y trabajadores dedicados a las actividades agrícolas, forestales y pecuarias, así como a los de pequeñas explotaciones que las cultiven directa y personalmente².

De conformidad con las normas expuestas, la Ley 38/1966, de 31 de mayo, establece el Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social (en lo sucesivo, REA), la Ley 41/1970 de 22 de diciembre, perfecciona la acción protectora, modificando la financiación de dicho régimen. Leyes, por lo demás, que fueron refundidas mediante Decreto 2123/1971, de 23 de julio, siendo su desarrollo reglamentario aprobado por Decreto 3772/1972, de 23 de diciembre. Esta normativa con ligeros cambios, constituye el bloque normativo actual de este Régimen Especial de la Seguridad Social.

2

Comenzando por el análisis del campo de aplicación de este Régimen Especial, nos encontramos con que el artículo 2º del Decreto 3772/72, de 23 de diciembre, señala que se entenderán incluidos en este régimen los trabajadores españoles, cualquiera que sea su sexo y estado civil, que en forma habitual y como medio fundamental de vida, realicen labores agrarias, sean propiamente agrícolas, forestales o pecuarias

1

Decreto 907/1966, de 21 de abril. (Art.10.p.1)

2

Decreto 907/1966, de 21 de abril. (Art.10. p.2)



dentro del territorio nacional³. Como se observa, no se menciona a las trabajadoras y trabajadores extranjeros, no se hace referencia alguna a las trabajadoras ni a los trabajadores comunitarios y de otros países, lo cual supone un desfase, sobre todo en relación con la incorporación de España como miembro de pleno derecho a la Unión Europea a partir de 1 de enero de 1986, y teniendo en cuenta la promulgación de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, sobre derechos y libertades de las personas extranjeras en España y su integración social⁴, por lo que se entiende que quedan incluidas en este régimen especial todas las trabajadoras y trabajadores españoles y extranjeros que residan o se encuentren legalmente en España y que naturalmente realicen la actividad agraria de forma habitual y como medio fundamental de vida.

Como podemos ver, son cuatro los requisitos para quedar incluido en este Régimen: tener la condición de trabajador/a, realizar la actividad agraria, realizarla de forma habitual y constituir el medio fundamental de vida; entendiéndose que se reúnen estos requisitos cuando el trabajador/a dedique su actividad predominantemente a las labores agrarias, forestales y pecuarias, obteniendo de ello los principales ingresos para atender a sus propias necesidades y a las de las personas de la familia a su cargo, aun cuando con carácter ocasional realice otros trabajos no específicamente agrícolas⁵.

3

En éste régimen, se reconocen 2 tipos de trabajadoras/es, los que trabajan por cuenta ajena, que pueden tener la condición de fijos o eventuales, y los trabajadores/as por cuenta propia.

Con relación al primer grupo, y a los efectos de su admisión en el Régimen, se precisa prestar servicios en una empresa agraria, bien de forma fija o bien de forma eventual o discontinúa, y ser mayor de 16 años⁶, estando excluidos de su condición de trabajadores y trabajadoras por cuenta ajena, el cónyuge, cuando conviva con el trabajador/a y esté a su cargo, a no ser que se demuestre su condición de asalariado/a.

En relación con los trabajadores y trabajadoras por cuenta propia debemos distinguir los trabajadores/as que sean titulares de una pequeña explotación agraria y las personas de la familia que colaboran en el trabajo de la explotación. A los primeros, se les exige el requisito de ser mayores de 18 años⁷ y ser titulares de pequeñas explotaciones agrarias, entendiéndose por éstas las que tienen un líquido imponible por contribución rústica y pecuaria no superior a un límite fijado por el Ministerio de Trabajo⁸, toda vez que si superan este límite, quedarían incluidos en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores Autónomos, (en lo sucesivo RETA).

Esta actividad la deben realizar de forma personal y directa en estas explotaciones, aun cuando se agrupen permanentemente con otros u otras titulares para la ejecución de labores en común y ocupen también trabajadoras/es por cuenta ajena, sin que ninguno de éstos tenga carácter fijo y sin que el número de jornales totales satisfechos a los/las eventuales supere anualmente el número de los que percibiría un trabajador o trabajadora fija⁹.

Con relación al cónyuge del trabajador o trabajadora por cuenta propia del REA, para quedar incluido en dicho Régimen son precisas tres condiciones: la primera, acreditar el vínculo matrimonial con la persona titular de la explotación; en segundo lugar, contribuir en la proporción adecuada al medio de vida de la familia; y, por último, convivir y depender económicamente de la persona cabeza de familia, titular de la explotación¹⁰.

La Sentencia del extinguido Tribunal Central de Trabajo, de 8 de mayo de 1982 (Ar. 2739) deja constancia de que reúnen las condiciones precisas para ser consideradas trabajadoras agrarias, y por ello incluidas en el REA, las esposas que trabajan con los esposos, de forma personal y directa y con habitualidad las fincas que poseen, obteniendo los rendimientos necesarios para atender sus necesidades. Ahora bien, el cónyuge, puede ser cualquiera de ellos, puesto que no es privativo de ninguno de ellos la condición de titular de las fincas y de ser cabeza de familia¹¹.

3

Decreto 3772/72, de 23 de diciembre (Art.2. p.1)

4

L.O. 8/2000, de 22 de diciembre (Art.2. p.1)

5

Decreto 3772/72, de 23 de diciembre (Art.2. p.2)

6

R.D. Leg. 1/1995, de 24 de marzo (Art.6. p.1)

7

Decreto 3772/72, de 23 de diciembre (Art.5. p.1)



Se plantearon en su momento diversas dudas en el supuesto de que una persona trabajadora agraria por cuenta ajena, fuese al mismo tiempo titular de una pequeña explotación agropecuaria, en el sentido de que quedara configurado a efectos de su correcta afiliación a la Seguridad Social como trabajadora por cuenta propia o ajena. Al respecto, la Resolución de la Dirección General del Régimen Jurídico de la Seguridad Social de 23 de abril de 1990, determinó que si quedaba demostrado que su actividad agraria realizada de forma natural y como medio fundamental de vida para atender a sus propias necesidades y las de su familia se ha llevado a cabo por cuenta de otra persona y dentro del ámbito de organización de dicha persona, será considerado como trabajador/a por cuenta ajena, aun cuando fuese titular de una pequeña explotación agraria.

4

A efectos de determinar la correcta inclusión de los trabajadores y trabajadoras en el Sistema de la Seguridad Social, y siendo obligatoria la afiliación y el alta administrativa correspondiente en el REA, la Tesorería General de la Seguridad Social, que es el órgano competente para ello, comprueba los requisitos examinando una serie de documentos, que anteriormente eran formalizados por las extintas Cámaras Agrarias y que hoy presentan los propios interesados y que posteriormente comprueba la Tesorería, admitiendo o no la inscripción y el alta. Así presentan el modelo de solicitud de afiliación, el D.N.I. o permiso de trabajo, si se trata de trabajadoras extranjeras, o el documento acreditativo correspondiente, si se trata de una trabajadora comunitaria, y cuando se trata de trabajadoras por cuenta propia acompañan la fotocopia del último recibo del impuesto sobre bienes de naturaleza rústica o, en su defecto, el certificado del catastro donde se refleja el valor catastral de las tierras que trabaja.

En el supuesto de que sea el cónyuge del titular de la explotación agraria, el propio titular debe cumplimentar un modelo (TA 15.1), donde declara bajo

su responsabilidad que el cónyuge depende económicamente de él, que convive con el mismo y que contribuye con el rendimiento de su actividad en la explotación familiar agraria a constituir el medio fundamental de la familia de la que forma parte, declaración que es corroborada por el cónyuge a su servicio.

Una vez comprobados todos los datos por la Dirección Provincial correspondiente de la Tesorería y admitida la inscripción y alta, se procede al ingreso de las cuotas que tendrán un carácter mensual, en cuantía fija, ingreso que se efectuará en una entidad bancaria dentro del mes siguiente al que corresponda (igual que en el Régimen General).

5

La acción protectora del REA, contempla prácticamente las prestaciones en el Régimen General de la Seguridad Social, con algunas variaciones sobre todo respecto a las contingencias de accidente de trabajo y enfermedad profesional, cuyas prestaciones se calculan no sobre los salarios reales del trabajador/a, sino sobre las bases de cotización vigentes en la fecha que ha acaecido la contingencia o el hecho causante. Cuando se trata de un trabajador por cuenta propia ha de formalizar la suficiente cobertura de las contingencias profesionales y no encontrarse al descubierto en el pago de las cuotas. En lo referente a la jubilación de las trabajadoras/es encuadrados en el REA, éstos no pueden jubilarse anticipadamente a partir de los 60 años, como ocurre en el Régimen General de la Seguridad Social.

6

Con relación al número de afiliaciones al régimen que nos ocupa, es significativo el número de afiliados a dicho Régimen, como trabajadoras/es por cuenta ajena, correspondiente a la Comunidad Autónoma de Andalucía, que asciende a un total de 517.774 de los 806.102 afiliados en todo el territorio nacional, lo que supone el 64,23%. Por otra parte, además, el número de afiliados en Extremadura

8

Líquido imponible no superior a 50.000 pesetas en 31-12 1982.

9

Decreto 3772/ 72 de 23 de diciembre (Art. 5. p.3.)

10

Decreto 3772/ 72 de 23 de diciembre (Art.6.)

11

Vid. GRACIA CADENA, Ángel. F: *Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social, Campo de Aplicación y Jurisprudencia*. Consejo General de Colegios Oficiales de España, Zaragoza, 1997, pag. 91.



asciende a 76.026, el 9,43% de ahí que el porcentaje entre ambas Comunidades supone el 73,66% de las y los trabajadores por cuenta ajena del REA. El número de personas trabajadoras por cuenta propia asciende en toda España a 314.490, cifra bastante menos significativa a excepción de Galicia, que cuenta con 65.668 (47,8%). En resumen, de las 15.844.140 personas afiliadas al Sistema de la Seguridad Social en España, las comprendidas en este Régimen son prácticamente el 15%¹².

Si analizamos las posibles causas sobre el elevado número de personas trabajadoras por cuenta propia en Galicia, sin duda las encontramos en el mifundio del territorio gallego, pero en lo referente a Andalucía y Extremadura, la causa esta íntimamente relacionada con la prestación de desempleo, y su extensión a las trabajadoras y trabajadores eventuales, los cuales, de conformidad con lo establecido en el R. D. 5/1997 de 10 de enero, tendrán derecho al subsidio por desempleo, con los requisitos de encontrarse desempleado, carecer de rentas inferiores en cómputo anual al 75 % del Salario Mínimo Interprofesional vigente, excluidas las pagas extraordinarias, y que teniendo su domicilio en el ámbito geográfico de las Comunidades Autónomas de Andalucía y Extremadura, estén inscritos en el Censo Agrario, como trabajadores/as por cuenta ajena en situación de alta o asimilada al alta, teniendo cubierto un periodo de cotización de 35 jornadas en los doce meses anteriores a la solicitud de subsidio, no haber cumplido la edad mínima de jubilación y estar al corriente en el pago de la cuota fija por contingencias comunes al REA en los doce meses inmediatamente anteriores a la solicitud del subsidio, o en su caso por el periodo inferior en que se haya mantenido el alta¹³.

7

Este Régimen Especial es objeto de una vigilancia y control por parte de la Tesorería General de la Seguridad Social, habida cuenta que pueden producirse situaciones de fraude, en el sentido que se pretenda una afiliación y

alta sin ejercer la actividad o no constituir el medio fundamental de vida, y son varias las razones que conllevan a ello. La primera y muy importante es su economicidad; así en el año 2001, las trabajadoras y trabajadores de este Régimen pagan una cantidad mensual de 18.480 pesetas sin la prestación de la incapacidad temporal, y 21.006 pesetas con dicha prestación, mientras que en el RETA, la base mínima supone un pago de 33.527 pesetas y 31.395 sin el pago de la prestación por incapacidad temporal.

Por otra parte, no debemos olvidarnos de las subvenciones que para la actividad agraria conceden los Organismos de las Comunidades Autónomas. Es frecuente que los cónyuges de los trabajadores o trabajadoras que poseen tierras propias, y estén incluidos en el Régimen General por prestar servicios en empresas soliciten su afiliación aun cuando en modo alguno cultiven las tierras y sea su medio fundamental de vida.

CONCLUSIONES: EL FUTURO DEL REA

¿Está justificado hoy día de la especialidad de la Seguridad Social Agraria? Según Almansa Pastor, no hay razones jurídicas suficientes para la existencia de un Régimen Especial Agrario. No existen profundas diferencias con relación al Régimen General, ni en la afiliación, cotización, ni en la acción protectora¹⁴. En realidad, y a juicio del citado profesor, la especialidad de este Régimen obedece a razones metajurídicas, con factores económicos, sociológicos y demográficos, que provocan ligeras peculiaridades en afiliación, financiación, etc., que en su conjunto explican una cierta especialidad.

Este régimen, por otra parte, cuenta con un elevado número de pensionistas y un reducido número de cotizantes, con lo que es clarividente que es un Régimen deficitario, dentro del Sistema.

Podemos concluir que el futuro de este Régimen es incierto pues cuenta con un grave déficit, y un manifiesto envejecimiento del censo, con unos ingre-

sos de doscientos mil millones de pesetas por cuotas efectuadas, frente a unas prestaciones de 1,27 billones de pesetas, de los que 1,25 billones van destinados al pago.

Por otra parte, y como bien es conocido, una de las Recomendaciones del denominado "Pacto de Toledo", (aprobado unánimemente en el Congreso de los Diputados, el 6 de abril de 1995), ratificado en 2001, por Gobierno, las empresas y el Sindicato Comisiones Obreras, es la necesidad de una unificación de los diversos Regímenes¹⁵, lo cual puede suponer que en un futuro, no muy lejano, desaparezca este Régimen Especial y como medidas concretas, las trabajadoras y trabajadores por cuenta propia sean convertidos en trabajadoras y trabajadores autónomos incluidos en el RETA, lo que supondría una mejora de las prestaciones pero al mismo tiempo un incremento de las cuotas a ingresar, con lo que mejorarían considerablemente las arcas del Sistema de la Seguridad Social.

12

Fuente: Tesorería General de la Seguridad Social, datos relativos a julio de 2001.

13

La Resolución de la Dirección General de Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social de 21-02-91, sobre acreditación de los requisitos de habitualidad y medio fundamental de vida de trabajadoras/es incluidos en el Censo Agrario que causen baja en el mismo por realizar trabajos en el marco de un plan de empleo rural, establece que quienes realicen trabajos por un periodo superior a tres meses y por los que al quedar encuadrados en un régimen distinto del agrario, causen baja en el mismo, podrán reincorporarse a dicho régimen una vez finalizados estos trabajos, sin necesidad de acreditar los requisitos de habitualidad y medio fundamental de vida.

14

RODRÍGUEZ RAMOS, María José, GORELLI, J, VILCHEZ, M: *El Sistema de la Seguridad Social*, Tecnos, Madrid 1999, pag. 509.

15

La Recomendación 4.ª del Pacto de Toledo señala la necesidad de realizar un proceso de unificación en la estructura del Sistema, reduciendo de manera gradual el número de regímenes actualmente existentes, de forma que a medio o a largo plazo todas las personas trabajadoras y empleadas queden encuadradas o bien en el Régimen de Trabajadores por Cuenta Ajena, contemplando no obstante las peculiaridades específicas y objetivas de los colectivos encuadrados entre otros en el sector de los trabajadores/as eventuales del campo.

Otra vez a vueltas con la violencia doméstica y la Seguridad Social

JOSÉ FERNANDO LOUSADA AROCHENA.

Magistrado. Sala de lo Social del Tribunal Superior de Galicia



Hace algún tiempo realicé, y se publicaron en esta misma Revista¹, unas reflexiones críticas sobre la no contemplación de la violencia doméstica en el ámbito de la normativa sobre protección social. Alertaba en esas reflexiones sobre un aspecto trascendental: el funcionamiento normal de un sistema prestacional neutral a la violencia doméstica –esto es, donde no se la contemple– lleva a situaciones irritantes. Se me ocurrieron, entonces, dos a modo de ejemplo, pero advertía que ello era sin perjuicio de existir otras. La realidad ha demostrado que sí existen otras y una de ellas ha salido a la luz a través de una Sentencia de 31.5.2001 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Actualidad Laboral 1370/2001, Pte. Ilmo. Sr. Gilolmo López.

La sentencia de suplicación se enfrentaba a una reclamación de viudedad y orfandad denegada en vía administrativa y en la sentencia de instancia por no encontrarse el causante, al momento de su fallecimiento, en situación de alta o asimilada al alta, como exigen de modo reiterativo los

1

Bajo el título “Violencia doméstica y Seguridad Social”, *AequAl itaS*, núm. 7, págs. 42 a 44. Anteriormente, se publicó en *Revista Social Mes a Mes*, núm. 57, Noviembre 2000. Traducido al francés, asimismo se publicó, bajo el título “Espagne: violence domestique et Sécurité Social”, en *Chronique féministe*, núm. 73-74, Junio-Octubre 2000, *Revista de la Université des Femmes*, Bruselas.

2

Por ejemplo, la aplicación del concepto de accidente de trabajo al acoso sexual laboral. Véase, al efecto, el trabajo de Jaime Cabeza Pereiro y de quien esto escribe, “El acoso sexual como riesgo laboral”, *Aranzadi Social*, núm. 1, 2000, págs. 2893 a 2897. Más ampliamente, mi libro “El derecho de los trabajadores a la protección frente al acoso sexual”, Editorial Comares, Granada, 1996.

3

“Mainstream” es un vocablo inglés, con función de sustantivo, cuya traducción es, según el *Diccionario Oxford*, «*corriente dominante, línea central*». “Mainstreaming” no aparece en dicho *Diccionario*.

4

Más ampliamente he estudiado estas implicaciones en “El principio de transversalidad y el Derecho de la Seguridad Social”. Pendiente de publicación en la *Revista Española de Derecho del Trabajo*.



artículos 124 –con carácter general– y 172.1.a) –en relación a las prestaciones de muerte y supervivencia– de la Ley General de la Seguridad Social. Tras esta denegación administrativa y judicial, se encontraba la siguiente situación fáctica:

“El causante fue detenido e ingresado en el centro de internamiento para extranjeros en septiembre de 1997, después de que agrediera gravemente a su esposa, de la que se encontraba separado por auto del 26.2.1998 del Juzgado de Primera Instancia núm. 29 de Madrid, y tras ser expulsado entonces de España por un periodo de tres años y ser dado de baja en la Seguridad Social por la empresa para la que trabajaba desde abril de aquel año el día 20 de dicho mes de septiembre, la orden de expulsión fue expresamente revocada por la Delegación de Gobierno en Madrid, lo que le permitió regresar a nuestro país y ser tratado del linfoma que padecía y que, a la postre, le causó la muerte tres días después del regreso”.

Frente al razonamiento de la sentencia de instancia, la de suplicación, con un criterio plenamente compartible, considera la necesidad de acudir, en el caso de autos, a *“el criterio flexibilizador, humanitario e individualizador que, respecto (al) alcance (del requisito de alta del causante), se ha venido y viene manteniendo por la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo desde sus Sentencias, entre otras, de 5.5.1971, 17.11.1975, 7.7.1977 y muchas más posteriores, en el sentido de que no debe ser exigido con un rigor formalista sino atendiendo a las circunstancias concurrentes en cada caso concreto”.*

Tales circunstancias concurrentes en el caso de autos y justificativas de la flexibilización, a estos efectos, del requisito de alta son, *“fundamentalmente, (la) significativa permanencia (del causante) como trabajador y cotizante en proporción a su edad en el momento del fallecimiento, así como su involuntariedad directa en el alejamiento temporal del Sistema, cuando, precisamente, la expulsión de España*

posiblemente tratara, entre otras cosas, de proteger a la actora de los graves malos tratos de los que había sido objeto, pero en absoluto perseguiría sin duda el efecto perverso de privarle –a ella y a su hija– del beneficio social que ahora reivindica”.

Poco se puede añadir a tan correcta forma de argumentar. Si acaso incidir en algunos aspectos. En primer lugar, la utilización de una añeja doctrina judicial para alcanzar una solución de justicia material en un caso novedoso, algo que, por cierto, ya tiene hecho la doctrina de suplicación en otros aspectos relativos a la discriminación por razón de sexo,² demuestra como los viejos odres pueden ser llenados, en no pocas ocasiones, con nuevo vino.

En segundo lugar, el argumento del efecto perverso me parece especialmente afortunado, y, aunque no se construye de manera independiente, sí se trata de un argumento jurídico a mayores respecto al de la flexibilización del requisito de alta en un sentido humano e individualizador. Parte de la idea implícita de que nuestra legislación no pretende producir efectos perversos o, siguiendo mi propia terminología, no pretende crear situaciones irritantes.

Obsérvese, en efecto, lo aberrante de otra solución: la pérdida de las prestaciones de viudedad y de orfandad se habría causado, en última instancia, por la denuncia de la víctima. El mensaje lanzado a las víctimas sería inmorale: si denuncian y, a causa de la denuncia, el agresor ingresa en prisión, perdiendo su empleo, y, por lo que sea, fallece, no tienen derecho a viudedad, de modo que, si quieren conservar sus derechos, lo mejor es no denunciar.

Argumentos de buen sentido que, por eso mismo –el sentido común no siempre es el más común de los sentidos–, pueden no ser aplicados. De hecho, en el caso resuelto en la sentencia objeto de comentario, en la vía administrativa y en la sentencia de instancia se había utilizado un estricto

legalismo. Pero, además, no siempre puede ser aplicado cuando la ley es clara en su letra y no existe la posibilidad de asirse a una corriente judicial flexibilizadora.

Con esto se quiere llegar a una conclusión: la solución judicial frente los efectos perversos de las normas, aún partiendo de la idea de ser contrarios al espíritu de la ley, resulta insuficiente; lo adecuado es un cambio legislativo donde, de manera expresa, se evite el efecto perverso. A nuestro juicio, esta conclusión no es una mera exigencia de buen sentido, sino que es, en un sentido más jurídico, una exigencia del principio de igualdad entre los sexos.

Dentro de la línea histórica de enriquecimiento progresivo de los contenidos de la tutela antidiscriminatoria, ha adquirido carta de naturaleza el principio de transversalidad, traducción libre al castellano del neologismo inglés *“mainstreaming”*³: este principio supone integrar la dimensión de género en la totalidad de los ámbitos de actuación de los poderes públicos, y, entre ellos, como ámbito muy significativo de actuación, la Seguridad Social⁴.

Parece claro que, desde la perspectiva del principio de transversalidad, a nuestro derecho de protección social le falta un estudio de impacto sobre los sexos previo a la aprobación de cada una de sus normas, y la preterición de la violencia doméstica lo demuestra a las claras. Nuestro legislador sigue adoptando, a la hora de abordar determinadas cuestiones de mujeres, una perspectiva lineal: la violencia doméstica es una cuestión penal.

Así, se le impide ocupar al Derecho de la Seguridad Social su lugar –no tan principal como el que, en una perspectiva lineal, le correspondería al Derecho Penal, pero, desde luego, un lugar nada despreciable– entre las medidas de erradicación de ese importante problema del género femenino. La sentencia de suplicación objeto de comentario pone encima de la mesa un problema que, esperemos, el legislador no tarde años en afrontar.

El horario de la jornada reducida por guarda legal. Comentario de una conocida sentencia

DAMIÁN PRIETO CRESPO
Abogado del SAM SAVVID

INTRODUCCIÓN

Con fecha 19 de octubre del presente, el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez DON CÉSAR DE TOMÁS FANJUL, titular del Juzgado de lo Social N.º 2 de Zaragoza dictó la Sentencia N.º: 325, que ponía fin al pleito N.º: 531/2.001. Dicha sentencia falla: “...debo declarar y declaro el derecho de la actora a la reducción de jornada por razón de guarda legal en el horario de **turno fijo de mañanas**: de lunes a sábado desde las 9:15 horas a las 14:00 horas, condenando a la empresa demandada a estar y pasar por dicho pronunciamiento...”

*“Notifíquese...advirtiendo que contra ella **no cabe interponer recurso alguno**”*



La negrita y el subrayado es propio, y viene a resaltar los dos aspectos novedosos de la sentencia y el objeto del presente comentario. La repercusión obtenida en los medios de comunicación, no es tanto por haber reconocido un derecho –indiscutido– a la reducción de jornada por guarda legal, sino por la amplitud o alcance con el que se reconoce el derecho de la trabajadora a concretar el horario de dicha reducción de jornada, permitiéndole pasar de trabajar en turnos alternativos semanales de mañanas y tardes, a un turno fijo de mañanas.

Por otra parte, el proceso judicial “ad hoc”, en el cual se van a ventilar las discrepancias entre trabajadora y empresa por dicha concreción horaria, se regula en el art. 138 bis del texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral (RD 2/1995 de 7 de abril), creado “ex novo” por la Ley 39/1999 de 5 de noviembre. Entre otras características, el nuevo proceso establece que la sentencia, dictada en única instancia por el Juzgado, **será firme, por lo que no cabe recurso ordinario alguno.**

LOS HECHOS ORIGEN DEL FALLO

1

La trabajadora demandante es madre de dos hijos: de 3 y 6 años, y presta sus servicios, desde hace unos 20 años, como **cajera dependiente** de unos grandes almacenes, con un sueldo neto al mes de unas 90.000 ptas. El horario de trabajo es a turnos semanales alternativos de mañana y tarde, éste desde las 18:00 a las 22:30 horas. El horario del colegio de los hijos no va más allá de las 17:00 horas, por lo que a partir de dicha hora, en la semana que la trabajadora va de tarde, no puede hacerse cargo de los menores, teniendo que recurrir a los abuelos (sus padres). El sueldo de la actora no permite albergar otras posibilidades.

2

Con anterioridad ya se le habían concedido reducciones de jornada que prorrogaba anualmente, pero en todas



ellas, únicamente se reducía el tiempo de trabajo, manteniéndose el horario de la jornada en turno semanal alternativo de mañanas y tardes. Por otra parte, el padre de la demandante, había sufrido recientemente un infarto agudo de miocardio, lo cual le impedía seguir con el cuidado de los menores. Ésta es la causa principal por la cual la trabajadora solicita ahora el cambio del horario en la reducción de jornada. La empresa, legítimamente y aplicando de alguna forma la conocida teoría de los actos propios, alega que la actora no había justificado los motivos por los cuales había cambiado de parecer solicitando ahora un turno fijo de mañanas, si en

las anteriores reducciones de jornada había estado de acuerdo con mantener la turnicidad de la jornada. Tal teoría ha sido estudiada y refutada para estos supuestos por la STSJ de Valencia de 27/09/2000 que dice textualmente: *“La circunstancia de que actora en periodos precedentes ya hubiera ejercitado el derecho que le otorga el art. 37.5 del E.T., con una concreción horaria distinta, no constituye acto propio alguno, habida cuenta de la finalidad perseguida con la reducción horaria”*.

3

El centro de trabajo emplea a unas 250 personas, de las cuales 60 prestan sus servicios como cajeras dependientas al igual que la demandante. Existían dos precedentes iguales en la misma empresa, –si bien en diferentes centros de trabajo– en los cuales, las trabajadoras con reducción de la jornada por guarda legal, habían cambiado el turno rotatorio semanal y disfrutaban ya de un horario fijo de mañanas; en uno por concesión voluntaria de la empresa, y en el otro por imposición judicial. Estos precedentes no se exponen en la demanda con el fin de alegar un derecho a la igualdad de trato entre trabajadoras de la misma empresa, lo cual no sería descabellado en otra instancia, sino al objeto de refutar dos posibles argumentos de la empresa, a saber: uno relativo a que tal concesión horaria sentaría un precedente discriminatorio en la empresa entre las compañeras lo cual ya no sería cierto (ver, mas adelante la STSJ Aragón de 7/02/96 que desestima precisamente dicho argumento); y el otro, la supuesta grave dificultad de organizar los turnos de trabajo en el centro, pues con dichos precedentes, al delegado de personal del centro afectado le bastaría copiar el sistema de los otros centros, para solventar airoso dicha dificultad. Todo ello, sin perjuicio de que el número de empleadas (60), así como la no cualificación del puesto de trabajo son factores muy importantes y tenidos en cuenta por diferentes sentencias para estimar que la

sustitución de un trabajador en estos casos no puede suponer grave perjuicio para la empresa (STS 20/07/2000, STSJ Madrid 07/09/99).

4

No se consigue acreditar por parte de la empresa demandada, que la concesión del horario propugnado por la actora, conlleve graves perjuicios o dificultades de organización del trabajo. Acreditar este extremo por parte del empresario supone tener alguna posibilidad de éxito en su planteamiento. Dicho extremo debidamente acreditado supone la concreción del interés contrapuesto con el de la trabajadora, y se erige en límite del derecho de la trabajadora a la concreción horaria, siempre y cuando, reitero, dichos perjuicios sean realmente graves y no sólo una mera incomodidad de planeamiento del cuadrante. Así la STSJ de Castilla la Mancha de 30/06/2000 deniega el horario propugnado por la trabajadora en base a que la misma desempeña un trabajo en cadena de alta especialización en una máquina de última generación: *“...el reconocimiento del horario propugnado llevaría consigo la necesidad de buscar a otro trabajador al que, no sólo especializar en el uso de dicha máquina, sino que también estuviese dispuesto a adoptar un horario absolutamente inusual...”*. El nuevo art. 37.5 según texto de Ley 39/1999 establece expresamente que: *“si dos más trabajadores de la misma empresa generan este derecho por el mismo sujeto causante el empresario podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas de funcionamiento de la empresa”*.

5

No se toma en consideración la situación del padre de los menores. Quizá la empresa entendía que tal circunstancia no era determinante toda vez que el derecho a la reducción es un derecho individual del trabajador tal y como se establece en el citado art. 37.5 del E.T., según la nueva redacción dada al mismo por la Ley 39/1999:

“constituye un derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres”. La misma empresa ya había alegado esa circunstancia en un caso idéntico ocurrido en Logroño y la respuesta judicial en la sentencia fue del siguiente tenor: “ya que aún presumiendo que en el marco familiar que hoy se analiza exista la figura del padre, pese a que no se ha articulado prueba en ese sentido, se está haciendo caso omiso de una idea fundamental cual que estamos ante un derecho individual del trabajador, que en consecuencia puede ejercitar con independencia de cual sea la situación profesional del otro progenitor”. El que suscribe, si considera que tal circunstancia puede ser un factor más a considerar por quien juzga y de hecho la STSJ de Madrid de 15/10/1990 (utilizada como sentencia de contraste en el recurso para unificación de doctrina que dio lugar a la muy citada STS de 16/06/1995), desestima la pretensión de la trabajadora dado que “su interés en que su nuevo horario coincida en parte con el tiempo que su hijo está en la guardería queda desvirtuado cuando consta que su marido, que está en desempleo, puede llevarle y recogerle”.

LA PETICIÓN DE LA DEMANDA Y LOS FUNDAMENTOS DEL FALLO

La petición textual de la demanda, en lo que aquí interesa, dice textualmente: “...**DECLARE EL DERECHO DE LA DEMANDANTE A LA REDUCCIÓN DE JORNADA POR GUARDA LEGAL EN EL HORARIO PROPUGNADO POR LA MISMA, ES DECIR EN TURNO FIJO DE MAÑANAS DE LUNES A SÁBADO DESDE LAS 9:15 HORAS A LAS 14:00 HORAS.**”

La empresa demandada reconoce el derecho a la reducción de jornada y también reconoce que la concreción horaria de tal reducción corresponde a la trabajadora, sin embargo alega, que acomodar el horario de forma que se elimine la turnicidad semanal de mañanas y tardes, para adscribirse

a un turno fijo de mañanas exclusivamente, no está amparado en lo dispuesto en el artículo 37.6 del E.T., que expresamente prevé que el trabajador o trabajadora deberá concretar el horario de prestación de servicios “**dentro de su jornada ordinaria**”, lo que debería suponer que la reducción de jornada y concreción horaria por guarda legal de una persona menor, **se haga respetando los turnos alternativos**, con una carencia semanal, de mañana y tarde en que presta sus servicios, **pues en caso contrario se estaría creando una jornada y horario nuevo, diferente al que constituía su jornada ordinaria de trabajo.**

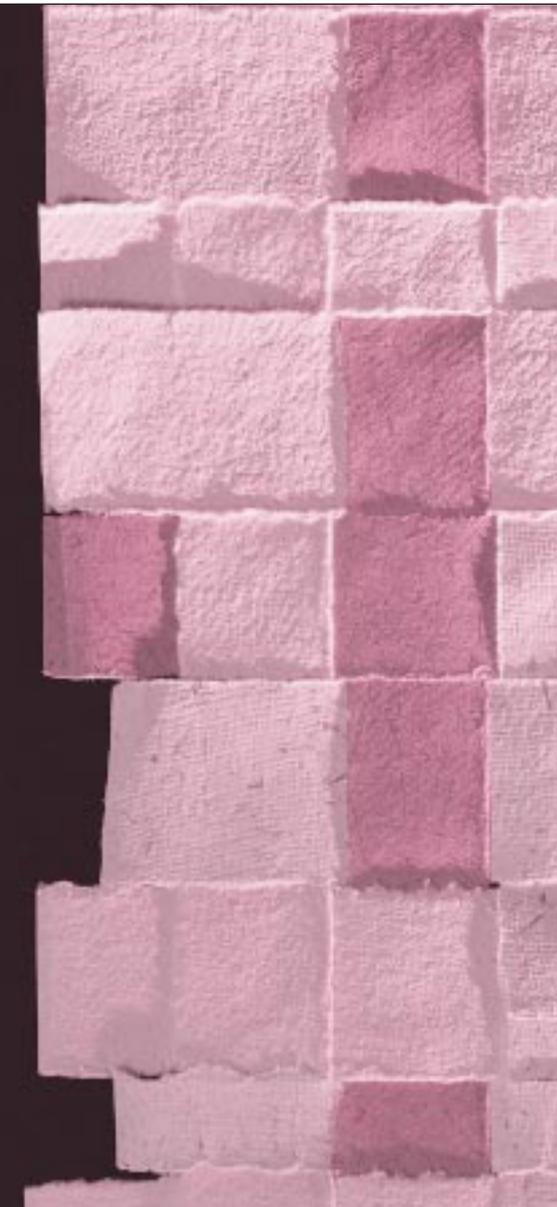
El argumento empresarial encuentra cierto apoyo en una interpretación restrictiva, literal y aislada, del texto del precepto citado, el Art. 37.6. del E.T.: “La concreción horaria y la determinación del periodo de disfrute del permiso de lactancia y de la reducción de jornada, previstos en los apartados 4 y 5 de este artículo, corresponderá al trabajador, dentro de su jornada ordinaria. El...”.

La sentencia comentada hace una interpretación del precepto y del derecho de la trabajadora, más acorde con la realidad social actual, tiene en cuenta el espíritu y finalidad de la norma, dando relevancia a la exposición de motivos de la Ley 39/1999 de conciliación de la vida familiar y laboral, atiende al contexto en el que está incluido el precepto, protege el interés preferente de los dos que están en juego (“ius dirigendi” de la empresa, contra, deber de protección de la familia y la infancia) y sigue la doctrina jurisprudencial mayoritaria y consolidada estableciendo con rotundidad en su fundamento de derecho único que: “...**sin que al no producirse una alteración en los días de prestación de servicios pueda estimarse producida una modificación de la jornada ordinaria de trabajo,...**”. Pronunciamiento de mucho calado si tenemos en cuenta las mil y una formas en que se puede concretar la reducción de jornada, máxime si tenemos en cuenta los



diferentes tipos de horarios (jornada partida, jornada continuada, a turnos, etc.).

Ante la misma alegación, de la misma empresa en un caso idéntico, la Magistrada-Jueza Doña Carmen Lasanta Sáez titular del Juzgado de lo Social n.º 1 de La Rioja, siguiendo los mismos criterios antes reseñados, establece en sentencia N.º 193 de 22 de junio de 2001 (F.D.2.º): “...**por otro lado, que la trabajadora no ha solicitado en puridad de criterios un horario ajeno a su jornada ordinaria de trabajo, como acontecería si sólo prestara servicios en turno de tarde y solicitara un horario propio del turno de**



mañana, en cuyo caso si podría plantearse la cuestión de si nos encontramos ante una modificación sustancial de la jornada ordinaria de trabajo, para lo que carecería de potestad la trabajadora...”.

Lo primero que deja claro la sentencia de Zaragoza es que “*El derecho del trabajador para elegir el horario más acorde con el cumplimiento de sus obligaciones, en este caso de guarda legal, ya aparecía recogido antes de la reforma legislativa por reiteradas sentencias de nuestros Tribunales Superiores de Justicia, y definitivamente por el Tribunal Supremo en sentencia de 20 de julio de 2000.*”

Así es, la Jurisprudencia mayoritariamente se ha decantado por una interpretación que avale preponderancia del interés de protección integral de la familia y de la infancia tal y como establece el art. 39 de nuestra Constitución, artículo a cuyo desarrollo contribuye la Ley 39/1999, que además transpone al derecho interno español las directivas comunitarias 92/85/CEE de 19 de octubre y 96/34/CE de 3 de Junio. Citaremos, entre otras: STS 20-07-00 –EL DERECHO 2000/24418–; STS 16-06-95 –EL DERECHO 1995/3833–; de nuestros Tribunales Superiores de Justicia: TSJ CATALUÑA: 26/10/00; 06/09/99; 08/03/99; 20/10/94; TSJ VALENCIA: 27/09/00; TSJ PAIS VASCO: 04/11/97; TSJ CANTABRIA: 13/07/93 ; TSJ MADRID: 07/09/99; TSJ ARAGÓN 06/02/96). Es importante destacar de entre ellas los siguientes extremos al objeto de delimitar lo más claro posible el alcance del derecho del trabajador o trabajadora a concretar el horario de la jornada reducida por guarda legal:

- La STS de 16/06/95 (EL DERECHO 1995/3833), establece como doctrina unificada: que **el trabajador o trabajadora es quien debe determinar y elegir el horario adecuado para el cuidado de los hijos e hijas menores de seis años**, que sólo excepcionalmente cuando ese derecho entrase en colisión con el derecho de dirección y organización empresarial habrá que acudir a las circunstancias concurrentes en cada caso incluida la buena fe;
- La STS de 20/07/2000 (EL DERECHO N.º 2000/24418) establece: “*ha de partirse de la base de que tal precepto forma parte del desarrollo del mandato constitucional (artículo 39 de la Constitución) que establece la protección a la familia y la infancia. Finalidad que ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa*” y continúa más adelante: “*resalta la Sala de suplicación que queda acreditada la buena fe de la trabajadora; que la empresa, por su dimensión, tiene fácil su sustitución, no existiendo problemas en cuanto a la organización del trabajo, de accederse a la petición de la actora*”.

- La STSJ CATALUÑA de 26/10/2000 (EL DERECHO: 2000/43282): “*en los supuestos en los que se produce una colisión de intereses, ..., debe prevalecer aquella posición más idónea para la protección del menor, con sacrificio del interés empresarial, que no es en estos supuestos objeto de especial protección, lo que deberá comportar la prueba clara y precisa de que la modificación horaria solicitada comporta tal finalidad*”.
- La STSJ VALENCIA de 27/09/2000 en un caso en el que la trabajadora solicita que la concreción horaria de la reducción de su jornada le permita “*no trabajar los sábados por la tarde*”, estima la citada pretensión liberando a la trabajadora de tener que probar la necesidad de la asistencia de todo orden a los hijos e hijas, pues estima que dicha asistencia es un deber legal a cumplir todos los días (no sólo los lectivos) basado en el art. 39.3 de la Constitución, y por tanto exento de prueba.
- La STSJ ARAGÓN estudia y resuelve un argumento empleado a menudo por la empresa, a saber: conceder un horario concreto al trabajador o trabajadora solicitante de la jornada reducida, supone para los demás compañeros y compañeras un trato desigual o discriminatorio. La respuesta de nuestro Tribunal es contundente y no deja lugar a dudas: “*la igualdad, ha de evaluarse en situaciones semejantes, no siendo igual la del trabajador que debe atender a la guarda que la de los que no están en esa situación (al margen de que en otro momento histórico pueden encontrarse en esa coyuntura y, entonces, tendrían el mismo derecho. Lo que les pone en situación igualitaria ante las mismas eventualidades); y tal posibilidad electiva sólo debe ceder cuando muy justificadas razones –plenamente probadas– determinen unas dificultades empresariales que afecten sustancialmente a las potestades directivas y organizativas; lo que aquí no está acreditado y, por consiguiente, la solución de instancia debe ser respetada, confirmándola, con desestimación del recurso; con ello la Sala sigue la doctrina que deriva de la STS, en unificación de doctrina de 16-6-95.*”



Existen también algunas sentencias que han interpretado de forma más restrictiva el contenido del derecho del trabajador o trabajadora a concretar el horario de su jornada reducida por guarda legal, si bien, en general, son anteriores a la publicación de la muy citada ley 39/1999. Así:

■ La TSJ ARAGÓN 13/09/95 que establece: “...*En todo caso, como señala la sentencia, no es lo mismo la reducción de jornada que el cambio de turno, pues con independencia de la fecha en que tal opción se realizó, tal cambio incide de modo más interno en la organización del servicio...*”

■ La TSJ ARAGÓN de 15/04/98, en un caso en el que la trabajadora pretende “librar” el sábado: “*Se llega así a la desestimación del recurso y confirmación de la sentencia de instancia, ya que la norma lo que establece es un derecho a reducción de jornada, pero no impone una alteración forzosa del régimen de trabajo de la empresa (en este caso de lunes a sábados, ambos inclusive)*”.

■ La TSJ CATALUÑA de 14/12/99 se refiere a la jornada ordinaria diciendo que: “...*el derecho de la demandante se contrae y refiere a la reducción de su jornada ordinaria o diaria y por ende a concretar dentro de la misma el horario a que pretenda sujetar tal reducción y el tiempo de duración de la misma...*” bien es verdad que la pretensión en este supuesto se refiere a una reducción del 50% aplicándola a la jornada anual de forma que se pretendía trabajar únicamente durante seis meses.

CONCLUSIONES

1^a

El derecho del trabajador y de la trabajadora a reducir su jornada dentro del horario habitual de la jornada ordinaria diaria, esto es sin alterar el horario, resulta incuestionable y es admitido por todos los operadores jurídicos. (La cuantía de la reducción debe estar comprendida entre un tercio y la mitad de la jornada ordinaria).

2^a

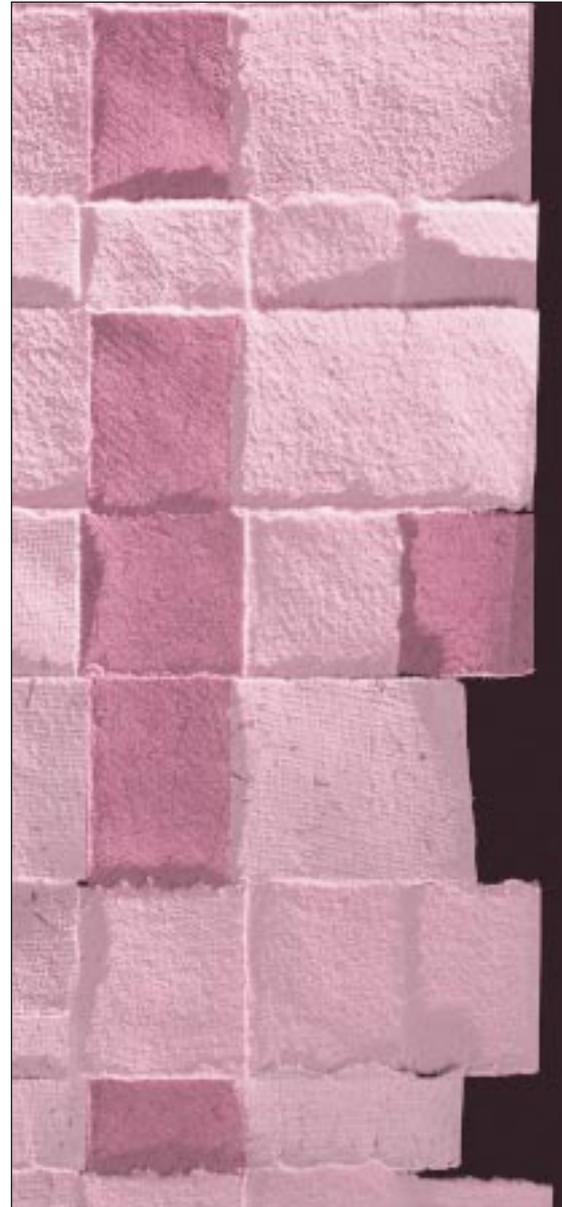
La concreción de las horas que se han de reducir dentro del mismo horario habitual y respetando el turno así como el tipo de jornada laboral, resulta igualmente admitido y sin discusión alguna.

3^a

Alterar el horario, el turno, o los días en que se va a trabajar, como consecuencia de la reducción de jornada por guarda legal, cuando la empresa no está de acuerdo con dicha alteración, NO ES UN DERECHO DEL TRABAJADOR/A QUE SE CONCEDA DE FORMA AUTOMÁTICA, es absolutamente necesario acudir a las circunstancias que concurren en cada caso concreto, y entre ellas se han de evaluar:

- a) La buena fe de ambas partes (empresa y trabajador/a) en sus planteamientos reivindicativos de acuerdo con el art. 20 del E.T. Si ambas partes acreditan razones legítimas se acudirá a las siguientes.
- b) El tamaño de la empresa, n.º de personas empleadas y la especialización del puesto de trabajo, al objeto de evaluar la facilidad de sustitución del mismo y los graves perjuicios que pudiesen derivarse.
- c) Las posibilidades familiares de atención a los y a las menores, incluida la situación laboral del cónyuge, incluido si éste también puede reducir su jornada en caso de que también trabaje.
- d) Las posibilidades de compaginar horarios laborales con los de los Colegios o Guarderías próximas al domicilio.
- e) Las posibilidades o estatus económico del trabajador o trabajadora.

Todos estos factores y algunos otros no descritos y que la realidad nos descubrirá, deberán ser tenidos en cuenta por quien juzga para inclinar la balanza a un lado o a otro. Ahora bien, la decisión que tome será la definitiva, pues la sentencia que se dicte en los procesos regulados por el art. 138 bis, es firme y, por tanto, no admite recurso ordinario alguno. Lógica tal previsión legal dado el tema a decidir y la urgencia en que la decisión sea tomada y sea definitiva, no olvidemos



que es un derecho del trabajador/a que se basa en tener bajo su guarda legal un hijo o hija **menor de seis años**.

La firmeza de la sentencia de instancia tiene como consecuencia que serán los Juzgados de lo Social los que vayan fijando sus propios criterios de decisión, ponderando los factores y circunstancias concretas de cada caso, acreditadas y puestos en juego por las partes. La jurisprudencia, en su sentido técnico jurídico, sobre este tema está escrita y no puede surgir otra nueva, pues ningún asunto que trate sobre concreción de horario de la reducción de jornada por guarda legal, va a llegar, ni a los Tribunales Superiores ni al Tribunal Supremo.

NULIDAD DEL MATRIMONIO Y REANUDACIÓN DE LA PENSIÓN DE VIUDEDAD

PENSIÓN DE VIUDEDAD. REANUDACIÓN DE LA PENSIÓN: la nulidad del matrimonio, declarada por Tribunal competente y con eficacia en el ámbito civil, permite la reanudación de la pensión de viudedad que se perdió por contraer nuevas nupcias.

T.S. (SALA CUARTA, DE LO SOCIAL). SENTENCIA 29 MAYO 2001. P.: SR. FERNÁNDEZ LÓPEZ. [R.º CASACIÓN 3794/2000]

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. La cuestión debatida estriba en determinar si la titular de una prestación por muerte y supervivencia, en concreto de “una pensión vitalicia de viudedad”, que se extinguió por la causa reglamentariamente establecida consistente en “contraer nuevas nupcias”, tiene o no derecho a obtener la rehabilitación o reanudación de la prestación por tal motivo extinguida cuando el ulterior matrimonio sea declarado nulo por tribunal competente con eficacia en el ámbito civil.

En el presente caso, la sentencia impugnada, dictada por la Sala de lo Social del TSJ Cataluña con fecha 12 Jul. 2000 –que revocó la de instancia–, llegó a una solución negativa considerando que la demandante no tiene derecho a tal rehabilitación.

Segundo. Frente a dicha sentencia, la actora interpone el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, invocando en concepto de contradictoria la dictada por la Sala de lo Social del TS.1 Murcia, con fecha 3 Jul. 1997.

Esta sentencia de contraste contempla un supuesto fáctico y jurídico sustancialmente idéntico, alcanzando, no obstante, conclusión distinta en cuanto que la actora tenía derecho a la citada reanudación.

Tercero. Esta Sala se ha pronunciado sobre la cuestión controvertida en su S 28 Jul. 2000 (Rec. 2190/1999), dictada en Sala General, en cuyo recurso también se invocaba como contradictoria la misma sentencia de la Sala de lo Social del TSJ Murcia, razonando que ésta contenía la doctrina correcta.



tos a partir de su firmeza”, no hay una vuelta al estado de cosas inicial ni una reposición en las situaciones jurídicas precedentes, por ende, el divorciado/a no recupera ni el precedente estado civil de viudo/a ni la prestación de viudedad extinguida y le resta exclusivamente la expectativa de derecho, de no contraer a su vez nuevas nupcias y de fallecer primero el otro cónyuge, a percibir en su día pensión de viudedad derivada del fallecimiento de este último, en cuantía proporcional al tiempo vivido con éste, y “con independencia de las causas que hubieren determinado... el divorcio” (arg. ex arts. 85 y 89 CC, 174.2.1 LSS).

b) La problemática es más compleja si, como en el supuesto ahora enjuiciado, este ulterior matrimonio se declara nulo. En estos casos, a diferencia de lo que se ha indicado acontece en la disolución matrimonial por divorcio, quedan invalidados todos los efectos del matrimonio declarado nulo como si el mismo no hubiera existido, salvo, y a favor o en beneficio de éstos, para los hijos y para el contrayente de buena fe, como se deduce a *sensu contrario* del art. 79 CC (“la declaración de nulidad del matrimonio no invalidará los efectos ya producidos respecto de los hijos y del contrayente o contrayentes de buena fe”). Por tanto, la declaración de nulidad produce sus efectos desde la fecha de celebración del matrimonio –y no ya sólo a partir de su firmeza–, con lo que el mismo, al dejarse sin efecto, cabe reputarse inexistente, limitándose sus posibles efectos a los generados en beneficio de los hijos y del contrayente o contrayentes de buena fe.

c) En concordancia con la normativa civil, y en favor exclusivo del cónyuge de “buena fe”, dispone el art. 174.2.1 LSS que “en caso de nulidad matrimonial, el derecho a la pensión de viudedad correspondería al superviviente respecto del que no cupiera la apreciación de mala fe y siempre que no hubiera contraído nuevas nupcias, en cuantía proporcional al tiempo vivido con el causante”. Por tanto, el ex cónyuge “de mala fe”, cuyo matrimonio fue anulado, no tendrá, en su caso, derecho a la parte proporcional de la pensión de viudedad. Obsérvese, que la norma análoga para los casos de separación o divorcio establece, por el con-

trario, que “con independencia de las causas que hubieren determinado la separación o el divorcio”.

d) Si la persona cuyo matrimonio es declarado nulo era perceptora de una pensión de viudedad como consecuencia de un anterior matrimonio, supuesto no previsto en la normativa de Seguridad Social y que ahora debe resolverse, entendemos que, al volver a tener aquélla la condición de viudo/a tiene derecho a recuperar la pensión de viudedad, pues ha desaparecido jurídicamente *ab initio* y por inexistencia la causa que motivó tal extinción.

e) Esta conclusión es independiente de la causa que hubiera motivado la declaración de nulidad, o de que esta nulidad se hubiera decretado por la jurisdicción civil (por cualquiera de las causas ex art. 73 CC: inexistencia de consentimiento, no intervención del funcionario que debe autorizarlo, bigamia, coacción o miedo grave, etc.) o por la eclesiástica (por sus específicos motivos), pues la normativa legal no posibilita que los tribunales se conviertan en censores de las causas o motivos por las que se ha declarado eclesiásticamente la nulidad matrimonial tanto más cuando a las resoluciones dictadas ya se les ha dado plena validez en el orden civil, como en el caso enjuiciado acontece.

Y f) En definitiva, en el caso enjuiciado se está ante un matrimonio declarado nulo en el ámbito eclesiástico y a esta decisión eclesiástica se le dio plena eficacia en el orden civil por resolución judicial firme inscrita registralmente. Ante la válida declaración, con plena eficacia civil, de nulidad del segundo matrimonio de la ahora recurrente, esta última unión que originó la extinción de la pensión de viudedad que había disfrutado cabe reputarla inexistente jurídicamente, y al haber desaparecido retroactivamente la causa motivadora de la extinción de la pensión se le debe, dada su actual condición de viuda, reponer en el derecho al percibo de la pensión vitalicia de viudedad originariamente reconocida.

Cuarto. Por todo lo cual, de acuerdo con el informe del Ministerio Fiscal, se debe estimar el recurso, ya que la sentencia impugnada quebranta la unidad de doctrina.

Cfr.: LSS 1994: arts. 171.1 b) y 174.1 y 2.

Procede, por tanto, reiterar las argumentaciones básicas de la referida sentencia de esta Sala:

a) Con carácter previo y por su esencial diferencia de efectos, debe distinguirse la disolución del matrimonio por divorcio y la nulidad matrimonial. En el primer supuesto, de ser declarado disuelto por divorcio ese posterior matrimonio, éste ha tenido plena validez jurídica a todos los efectos durante su subsistencia, al establecer expresamente la normativa civil que la sentencia que declara tal disolución por divorcio sólo “producirá efec-

EL DERECHO DE LA MUJER INMIGRANTE A LA PROTECCION DE LA SALUD

ÁNGEL LUIS DE VAL TENA
Profesor Titular E. U. de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social.
Universidad de Zaragoza

D E R E C H O E S P A Ñ O L



El ámbito subjetivo del derecho a la protección de la salud se ha ido extendiendo a la práctica totalidad de la población española, en la mayoría de supuestos porque las personas nacionales devienen titulares o beneficiarias de esta singular prestación de Seguridad Social y, de no ser así, por carecer de recursos económicos suficientes.

Sin embargo, hasta fechas recientes, esta cobertura no alcanzaba con la misma extensión a la población extranjera que se encontraba en España, aun cuando la Constitución Española –en adelante, CE– proclama formalmente que “los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley” (art. 13.1), figurando entre los derechos¹ reconocidos en dicho Título el de protección de la salud, con obligación de los poderes públicos de organizar y tutelar la salud mediante las medidas preventivas, las prestaciones y los servicios necesarios (art. 43.1), además de venir obligados a mantener un sistema público de Seguridad Social (art. 41).

En verdad, la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social² –en adelante, LODLE–, ha impulsado un giro copernicano en este orden, ampliando el ámbito subjetivo del derecho a la asistencia sanitaria, lo que se debe valorar como un paso más, firme y decidido, hacia la universalidad de las prestaciones sanitarias a favor de las personas extranjeras, prescindiendo del requisito de residencia legal y exigiendo sólo, para su plena equiparación con los españoles y españolas, la inscripción en un Padrón municipal, si son mayores de edad; de no alcanzar esa edad o ante riesgos específicos –como se verá en la exposición siguiente– ni siquiera se les impone este último requisito, puramente formal. Pese a la reforma parcial del texto de la LODLE a los pocos meses de su entrada en vigor, el artículo 12, donde se reconoce y regula el “Derecho a la asistencia sanitaria”, no ha sido modificado por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre³, resultando uno de los pocos preceptos cuya redacción original ha permanecido inalterada.

Interesa, por último, precisar el alcance del término “extranjero”, pues la definición que contiene la LODLE es inexacta⁴ o, al

menos, induce a error. A los efectos de la aplicación de dicha Ley, se consideran extranjeros “a los que carezcan de nacionalidad española” (art. 1.1). La inexactitud proviene de la alteración que la noción de extranjero y extranjera ha experimentado con el paso del tiempo, de forma particular tras la integración de España en el proceso de construcción y desarrollo de la actual Unión Europea, siendo así que el concepto de persona extranjera, en el presente, es aplicable únicamente a las personas nacionales de Estados no integrados en la Unión Europea. A las personas nacionales de los Estados miembros, por el contrario, se les aplica la regulación jurídica contenida en el ordenamiento comunitario, de modo que –*ad intra*– la distinción entre nacional y extranjera tiende a desaparecer, desarrollándose una especie de ciudadanía europea, con un conjunto de derechos propios, destacando el derecho a la libre circulación y residencia en el territorio de la Unión Europea, sin lugar para la discriminación entre ciudadanas o ciudadanos comunitarios por razón de su nacionalidad.

La persona extranjera inmigrante extracomunitaria es la verdadera destinataria de la nueva Ley de Extranjería, y por tanto la titular de los derechos reconocidos en la misma, entre los que se incluye separadamente el derecho a la asistencia sanitaria, sin establecer un tratamiento diferenciado entre hombres y mujeres, más allá de la lógica protección en la situación específica de embarazo.

I. INMIGRACIÓN Y PROTECCIÓN DE LA SALUD: ¿UNA CUESTIÓN PENDIENTE?

Primero, a través de la inclusión en el campo de aplicación de la Seguridad Social de las personas nacionales de algunos países que tuvieran con el nuestro una relación histórica, de afinidad cultural o de cualquier otro tipo, ampliándose progresivamente por medio de Acuerdos y Convenios internacionales, y después, también, en virtud de la reciprocidad tácita o expresamente reconocida, un importante grupo de aquéllas accedía a la asistencia sanitaria pública, más aún cuando la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad⁵ –en adelante, LGS– reconoció explícitamente el derecho a la protección de la salud y a la atención sani-

1

Acerca de la extensión objetiva, el Tribunal Constitucional ha confirmado que el término “libertades públicas” no tiene un significado restrictivo, incluyendo en el ámbito de cobertura la totalidad de los derechos y las libertades comprendidos en toda la extensión del Título I [STC 107/1984, de 23 de noviembre (BOE de 21 de diciembre de 1984)].

2

BOE de 12 de enero de 2000.

3

BOE de 23 de diciembre de 2000.

4

Así lo ha destacado, por todos, RAMOS QUINTANA, M. I. “Trabajadores extranjeros e integración social”, *Temas Laborales*, núm. 54, p. 7.

5

BOE de 29 de abril de 1986.



taria a todos las ciudadanas y ciudadanos extranjeros que tuvieran establecida su residencia en territorio nacional.

No dejaba de sorprender que la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España⁶ –en adelante, LOEx–, no contemplara particularidad alguna sobre este derecho, si bien, al estar incluido entre los derechos del Título I de la Constitución, se entendía que los extranjeros y las extranjeras gozaban del mismo en los términos establecidos por las leyes que regulaban su ejercicio (art. 4).

En consecuencia, la aprobación la LGS en 1986, más que la LOEx de un año antes, supuso un salto cualitativo en este punto, aunque –en verdad– tan sólo ampliaba la cobertura para las y los extranjeros residentes legalmente que contaran con permiso de trabajo, pues eran quienes podían acceder a la afiliación a la Seguridad Social⁷; posibilidad, por lo demás, que no fue contemplada en la legislación de Seguridad Social hasta que se modificó la redacción del artículo 7.1 de la Ley General de la Seguridad Social⁸, por la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social⁹, cuyo tenor literal extiende sin limitaciones el ámbito subjetivo del sistema de Seguridad Social, a efectos de las prestaciones de la modalidad contributiva, a “los extranjeros que residan o se encuentren legalmente en España, siempre que –al igual que los españoles– ejerzan una actividad en territorio nacional”.

De no acceder a la asistencia sanitaria desde uno de los regímenes de Seguridad Social o por cualquier otra vía de inclusión, las personas extranjeras residentes, aun sin recursos económicos suficientes, así como los extranjeros y las extranjeras no residentes, que permanecían en situación irregular en España, no se beneficiaban, de modo gratuito, de la prestación de asistencia sanitaria, circunstancia que conducía a la aplicación del artículo 16.3 de la LGS, considerándolos pacientes privados con obligación de pagar el coste efectivo del servicio médico recibido.

Con todo, la *praxis* surgida de la aplicación del Derecho Internacional General y del conjunto de normas consuetudinarias configuraron el denominado “estándar mínimo de trato”, y que en materia de derechos humanos ha dado

lugar al “estándar único de trato”¹⁰, donde se inscriben, entre otros, el derecho a la vida y a la integridad física. De ahí que, con independencia del *status* administrativo del extranjero, el derecho a la asistencia sanitaria, como derecho de la persona e inherente a la dignidad de ésta, no se pudiera negar en casos de atención de urgencia o en situación de insuficiencia económica, encontrando su fundamento último en el derecho a la vida¹¹.

La situación señalada se planteaba en esos términos, por cuanto el RD 1088/1989, de 8 de septiembre, únicamente reconocía el derecho a las prestaciones de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social “a los españoles”¹² que tuvieran establecida su residencia en territorio nacional cuando su nivel de renta se consideraba insuficiente (art. 1.1). Situación similar, por cierto, a la creada por la Ley 26/1990, de 20 de diciembre, que desde entonces estableció en la Seguridad Social las –así llamadas– “prestaciones económicas no contributivas”¹³, ya que incluía en el campo de aplicación del Sistema público de protección, a los efectos de esas prestaciones no contributivas, a “todos los españoles residentes en territorio nacional” (hoy, art. 7.3 LGSS).

Por tanto, completando esta previsión con lo dispuesto en el artículo 7.5 de la LGSS, el *status* jurídico de los extranjeros y extranjeras, incluso si residían de forma legal en España, respecto a las prestaciones no contributivas era diferente, según estuvieran o no incluidos entre los colectivos beneficiados, por cuanto la intención de quien legisla, consciente de los limitados recursos económicos, no extendió la protección dispensada por el nivel contributivo de Seguridad Social a toda la población sin suficientes recursos económicos.

II. HACIA LA “UNIVERSALIDAD”, REAL Y EFECTIVA, DE LA ASISTENCIA SANITARIA PÚBLICA

Frente al reconocimiento restringido de la universalidad subjetiva en la protección de la salud a las personas extranjeras residentes en España, la vigente Ley de Extranjería ha sido redactada desde la máxima equiparación posible de las personas nacionales y las personas extranjeras y de éstas entre sí, con independencia de las circunstancias de su residencia.

⁶ BOE de 3 de julio de 1985.

⁷ La jurisprudencia dictada en unificación de doctrina señaló como requisito para considerar válido el contrato de trabajo y, por tanto, posible la afiliación y alta en la Seguridad Social, que el trabajador contara con los permisos preceptivos de residencia y trabajo (arts. 15 y 16 LOEx); por ello, “un contrato de trabajo, sin obtención de los permisos de residencia y trabajo (...), es un contrato concertado contra la prohibición expresa de la ley, que merece la calificación de nulo por aplicación concordada de los artículos 6.3 y 1275 del Código Civil, en relación con el citado artículo 7.c) del Estatuto de los Trabajadores”, sin perjuicio del derecho del trabajador a exigir la remuneración correspondiente al trabajo efectivamente prestado (STS de 21 de marzo de 1997, Ar. 3391).

⁸ RD-Leg. 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social –en adelante, LGSS– (BOE de 29 de junio de 1994).

⁹ Cfr. Art. 91.Uno de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social (BOE de 31 de diciembre de 1996).

¹⁰ Vid. FERRER LLORET, J. “Comentario al artículo 3. Igualdad con los españoles e interpretación de las normas”, en ASENSI SABATER, J. (Dir). *Comentarios a la Ley de Extranjería*, EDIJUS, Zaragoza, 2000, pp. 40-41.



Admitiendo que se trata de un derecho que afecta de manera directa e inmediata a la dignidad de la persona y que, por ello, pertenece al grupo de derechos que corresponden a toda persona, la legislación se decanta por no introducir matización o limitación alguna según la situación administrativa del extranjero o extranjera, eliminando a un mismo tiempo el trato privilegiado otorgado a las personas nacionales de aquellos países vinculados al nuestro por razones históricas, culturales o de cualquier otra naturaleza.

Teniendo en cuenta las premisas sobre las que se articula el entramado de derechos reconocidos a las personas extranjeras en España y, en concreto, la previsión general de que los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución se disfrutarán “en los términos establecidos en los Tratados internacionales, en esta Ley y en las que regulen el ejercicio de cada uno de ellos” (art. 3.1 LODLE)¹¹, para reconocer las condiciones de atribución y el ámbito de ejercicio del derecho a la asistencia sanitaria habrá que considerar todas las previsiones genéricas y específicas, surgidas tanto en el orden internacional como en el ámbito estatal, al respecto, y muy en particular las novedosas reglas que contiene el artículo 12 de la Ley de Extranjería vigente.

Pese a que la LODLE nació aquejada una cierta provisionalidad¹², confirmada meses después por la reforma introducida en un elevado número de preceptos, es obligado destacar un dato de interés: el artículo 12, que reconoce el derecho a la asistencia sanitaria, es uno de los pocos que no se ha modificado, ni siquiera para mejorar la redacción original.

No obstante, con la reforma se introdujo un cambio relevante con incidencia sobre todos los derechos y libertades reconocidas en el Título I de la CE, por lo que en alguna medida podría trasladar su influencia al ámbito del derecho a la protección de la salud. El tenor literal del artículo 3, en su versión primera, afirmaba con rotundidad que las personas extranjeras gozaban en España de todos aquellos derechos “en igualdad de condiciones que los españoles”, lo que no dejaba de ser contradictorio con la alusión final que condicionaba su ejercicio “en los términos establecidos en esta Ley Orgánica”. Actualmente, se ha corregido ese elemento de contradic-

ción, de manera que las personas extranjeras disfrutaran de los mismos derechos en los términos establecidos en los Tratados internacionales y las leyes que los desarrollen, incluida lógicamente la propia LODLE, tal como establece el artículo 13.1 de la CE; y sólo a modo de “criterio interpretativo general”, se entiende que “los extranjeros ejercitan los derechos que les reconoce esta Ley en condiciones de igualdad con los españoles”.

III. VÍAS DE ACCESO A LA PRESTACIÓN DE ASISTENCIA SANITARIA

La Ley 4/2000, en su versión original, no distinguía entre residencia legal e ilegal, o, mejor, entre personas extranjeras regularizadas o no regularizadas, situación corregida por la Ley de reforma 8/2000, que sí diferencia las extranjeras y extranjeros residentes de forma regular y aquellos otros no residentes o con mera presencia o estancia en territorio nacional. De todos modos, no hay un estatuto diferenciado según la situación administrativa de las personas extranjeras, puesto que la legislación, al referirse a cada derecho, identifica a su titular, y así distingue: el extranjero o extranjera “residente”, en situación de residencia regular, con permiso de residencia o análogo título jurídico; la extranjera o extranjero “que se encuentre en España inscrito en el padrón del municipio en que resida habitualmente”, refiriéndose a quien está de hecho o irregularmente, pero empadronado; o el extranjero/a, sin más calificativos, o “que se encuentre o se halle en España”, esto es, cualquier persona extranjera que físicamente esté en territorio español, con independencia de su situación administrativa a efectos de extranjería. Precisamente, en el artículo 12 de la LODLE podemos observar esta diferenciación y las consecuencias que se derivan de ella y que afecta a la extensión del derecho a la asistencia sanitaria.

1 Extranjeros residentes de forma legal en España

Al igual que la población española, los extranjeros y extranjeras residentes pueden acceder a la asistencia sanitaria pública por dos vías: la primera, incluye a perso-

11

De esta opinión, BORRAJO DACRUZ, E. “Comentario al artículo 43 CE. Protección de la salud”, en VV.AA. *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, EDERSA, T. IV, Madrid, 1996, p. 182; que, además, señala: “el extranjero, en cuanto enfermo e indigente, tendrá frente a la asistencia sanitaria del régimen asistencial público los mismos derechos que el ciudadano español que se encuentre en la misma situación de necesidad”.

12

Expresamente, se ha de acreditar documentalmente “la nacionalidad española y la residencia en territorio nacional” [art. 3.1.a) Orden de 13 de noviembre de 1989].

13

BOE de 22 de diciembre de 1990.

14

Redactado conforme a la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000 (cit.).

15

La Ley fue aprobada por los grupos de la oposición, en contra del criterio de grupo parlamentario mayoritario que apoyaba al Gobierno; grupo político que tras las pasadas elecciones generales obtuvo mayoría absoluta y que, según se comprometía en su programa electoral, impulsó su reforma en profundidad, ya aprobada a final del mismo año.



nas bajo la cobertura directa o indirecta, como titulares o como beneficiarias, del sistema de Seguridad Social; la segunda, favorece a aquellas otras personas que permanecen al margen de aquel sistema de protección, por no estar encuadradas en algunos de sus regímenes. Esta afirmación de partida, sin embargo, parece no se corresponde con el planteamiento de la LODLE, que da un tratamiento diferenciado al derecho de Seguridad Social (arts. 10 y 14.1 y 2), dirigido a las personas residentes legales en nuestro país y que se conecta a la condición de trabajadora o trabajador asalariado o autónomo, y al derecho a la asistencia sanitaria (art. 12) y a las prestaciones sociales básicas (art. 14.3), asignadas con independencia de la situación administrativa de la persona extranjera, atendiendo a presuntas situaciones de necesidad.

Podríamos pensar, en consecuencia, que la asistencia sanitaria se ha desvinculado totalmente del derecho a las prestaciones de Seguridad Social. Pero no es cierto, por cuanto la población extranjera que reside de forma legal en España y ejerce una actividad profesional queda encuadrada en el Sistema público y se beneficia de su acción protectora, donde se cuenta con la asistencia sanitaria (art. 38.1.a. LGSS). De todos modos, esta posibilidad no es nueva ya que el artículo 7.1 de la LGSS, en consonancia con las normas supranacionales ratificadas por nuestro país, al determinar el campo de aplicación del sistema de Seguridad Social admite a los extranjeros y extranjeras que trabajan por cuenta ajena o por cuenta propia y que residen o se encuentran legalmente en España, en situación de igualdad plena con las personas nacionales residentes.

En cambio, la LODLE sí amplía el campo de aplicación del sistema de Seguridad Social a efectos de las prestaciones no contributivas, al proclamar el derecho de los extranjeros y extranjeras residentes a acceder a las prestaciones y servicios de la Seguridad Social en las mismas condiciones que los españoles y españolas, equiparación que engloba tanto las prestaciones de nivel contributivo como las de nivel asistencial¹⁶; es decir, se extienden estos beneficios a todas las personas extranjeras residentes, cualquiera que sea su condición o situación laboral, a la vez que desaparece el reco-

nocimiento excepcional previsto en el artículo 7.5 de la LGSS, singularmente el régimen privilegiado del que se beneficiaban los ciudadanos y ciudadanas de países con lazos históricos con España.

Así, la prestación de servicios sanitarios a las personas extranjeras residentes en régimen de gratuidad no dependerá exclusivamente de su inclusión o no en el Régimen General o en el Régimen Especial de la Seguridad Social que les corresponda según su actividad por cuenta propia o ajena, sino de la cuantía de los recursos económicos disponibles, tanto si consideramos la existencia de un nivel no contributivo en la prestación de asistencia sanitaria, como si admitimos que ésta forma parte de las prestaciones sociales básicas, que se reconocen a todos los extranjeros y extranjeras, cualquiera que sea su situación administrativa (art. 14.3 LODLE). De modo que el derecho a la prestación de asistencia sanitaria gratuita a las personas españolas que tengan establecida su residencia en territorio nacional y carezcan de recursos económicos necesarios (art. 1 RD 1088/1989) se extiende a los extranjeros¹⁷ y extranjeras con residencia legal en España cuyo umbral de rentas sea igual o inferior, en cómputo anual, al Salario Mínimo Interprofesional¹⁸.

2

Extranjeros y extranjeras en situación de no residencia legal

Quienes claramente resultan beneficiadas por la nueva Ley son las personas extranjeras, inmigrantes extracomunitarias, no residentes, con escasos o nulos recursos económicos, que lamentablemente, en muchas ocasiones, se convierten en mano de obra ilegal.

A

Extensión del derecho a las prestaciones sanitarias a las personas extranjeras empadronadas mayores de dieciocho años

Lo más significativo, como antes se ha destacado, es el reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria “a los extranjeros que se encuentren en España inscritos en el padrón del municipio en que residen habitualmente”, además “en las mismas condiciones que los españoles” (art. 12. 1 LODLE). No ha sido intención de la legis-

16

Por todos, GARCÍA DE CORTAZAR Y NEBREDA, C. “La situación de los extranjeros ante el sistema de protección social español”, Foro de Seguridad Social, núm. 2, 2000, p. 67.

17

Compartimos la opinión de GORELLI HERNÁNDEZ, J. “La prestación de asistencia sanitaria”, en VV.AA. *Sistema de Seguridad Social*, Tecnos, 2.ª ed., Madrid, 2000, p. 281.

18

Esta interpretación también se aplicará en relación con los requisitos exigidos por la Orden de 13 de noviembre de 1989, de desarrollo del RD 1088/1989, que en el artículo 3.1.a) hacía mención a la “nacionalidad española”, y que no se exigirá.

19

El artículo 16 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local –en adelante, LBRL– (BOE de 3 de abril de 1985), hasta que fue modi-



lación referirse a los extranjeros y extranjeras que se encuentren en las situaciones enumeradas en el artículo 29 de la Ley (estancia, residencia temporal o residencia permanente), por cuanto la condición de residente no se adquiere en el momento de realizar la inscripción en el padrón municipal²⁰, sino a todas aquellas personas que permanecen de forma irregular en España, de manera que el empadronamiento sería una manifestación de arraigo, de su presencia continuada entre nuestra población.

Hay que recordar que, por imperativo legal, toda persona que viva en España está obligada a inscribirse en el Padrón del municipio en que resida habitualmente (art. 15 LBRL). El Padrón municipal “es el registro administrativo donde constan los vecinos y vecinas de un municipio” y, en principio, “sus datos constituyen prueba de la residencia en el municipio y del domicilio habitual en el mismo” (art. 16 LBRL). Ahora bien, a modo de cautela, la inscripción de los extranjeros y extranjeras en el Padrón municipal “no constituirá prueba de su residencia legal en España ni les atribuirá ningún derecho que no les confiera la legislación vigente, especialmente en materia de derechos y libertades de los extranjeros en España” (art. 18.2 LBRL).

Ciertamente, en el Padrón pueden y deben estar dadas de alta todas las personas que habitan en el municipio, sean nacionales o extranjeras, máxime cuando los Ayuntamientos no tienen competencia sobre el control de la legalidad o ilegalidad de la residencia de las personas extranjeras en territorio español y tampoco constituye prueba de residencia legal. Sin embargo, el texto vigente de la Ley de extranjería e integración social sí otorga a las personas extranjeras empadronadas el derecho a la asistencia sanitaria, y deja a la vista cierta incoherencia con las disposiciones legales reguladoras del padrón municipal.

Al margen de esta crítica, lo relevante es que por el mero empadronamiento las personas extranjeras se convierten en titulares del derecho a la asistencia sanitaria. Es un requisito *sine qua non*, pero suficiente para disfrutar de ese derecho “en las mismas condiciones que los españoles”, es decir, si carecen de recursos económicos suficientes, tendrán derecho a las prestaciones de asistencia sanitaria de la Seguridad Social, gratuita y con idéntica

extensión, contenido y régimen que la prevista en el Régimen General de la misma (arts. 1 y 2 RD 1088/1989).

Para acogerse a este beneficio, como requisito formal adicional, el extranjero o extranjera completará el formulario para la expedición de la Tarjeta Sanitaria y el correspondiente impreso a fin de acreditar la insuficiencia de recursos, aportando conjuntamente fotocopia del documento que acredite su identidad, declaración de no estar incluido en ninguno de los regímenes de Seguridad Social, así como certificación que acredite el empadronamiento expedido por el Ayuntamiento correspondiente.

La legislación, en fin, considerando la protección de la salud como uno de los derechos relacionados directamente con la dignidad de la persona y sabedora de la existencia –se quiera o no– de personas extranjeras no residentes, no regularizadas o en situación ilegal, opta por reconocer el derecho a la asistencia sanitaria, de forma tan amplia como a las propias personas nacionales, con tal de que el extranjero/a salga de la clandestinidad y haga pública su presencia²⁰, inscribiéndose en el Padrón del municipio donde habitualmente se encuentre viviendo.

B Extranjeros y extranjeras menores de edad

Las personas menores de edad, cualesquiera que sean las circunstancias de su permanencia en nuestro país, y sin acreditar ningún requisito adicional específico, “tienen derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles” (art. 12.3 LODLE).

No se trata de un derecho nuevo, ni siquiera de una nueva formulación clarificadora, sino que es un derecho previamente reconocido a nivel legal; no hay que olvidar que la protección jurídica del menor ha evolucionado permanentemente, tanto en el ámbito del derecho interno como en el del derecho internacional y comunitario, hacia niveles de máxima protección frente a los potenciales riesgos. Así, con carácter general, nuestra Constitución ratifica que “los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos” (art. 39.4) y, en particu-

ficado por la Ley 4/1996, de 10 de enero, sobre el padrón municipal de habitantes (BOE de 12 de enero de 1996), señalaba que “la condición de residente se adquiere en el momento de realizar la inscripción en el Padrón” (núm. 1), clasificando los residentes en vecinos y domiciliados, incluyendo entre los últimos a “los extranjeros residentes habitualmente en el término municipal y que como tales figuren inscritos en el Padrón municipal” (núm. 3).

20

Como ha puesto de relieve GARCÍA DE CORTAZAR Y NEBREDA, C. “La situación de los extranjeros ante el sistema de protección social español”, cit., p. 69, que el extranjero se tenga que empadronar, por tanto salir de la clandestinidad y hacer pública su presencia, no deja de ser una obligación “no exenta de riesgos por su localización y consecuente posible expulsión”.



lar, la Ley 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor –en adelante, LPJM–, establece que, en lo que ahora interesa, “tienen derecho a la asistencia sanitaria y a los demás servicios públicos los menores extranjeros que se hallen en situación de riesgo o bajo tutela o guarda de la Administración pública competente, aun cuando no residan legalmente en España” (art. 10.3).

Tanto, primero, la LPJM como, ahora, la LODLE trasladan al derecho interno los postulados de la Convención de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España por Instrumento de 30 de noviembre de 1990²¹, que establece “el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud”, esforzándose cada Estado “por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios” (art. 24). Es, por tanto, una obligación asumida por los Estados –según continúa el mismo precepto– adoptar “las medidas apropiadas para asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria que sean necesarias a todos los niños, haciendo hincapié en el desarrollo de la atención primaria de la salud, combatir las enfermedades y la malnutrición; asegurar la atención sanitaria prenatal y postnatal apropiada a las madres; desarrollar la atención sanitaria preventiva, la orientación a los padres y la educación y servicios en materia de planificación de la familia”. Más aún, la citada Convención reconoce el derecho de la niña o del niño, internado por las autoridades competentes en un establecimiento para los fines de atención, protección o tratamiento de su salud física o mental, a un examen periódico del tratamiento a que esté sometido y de todas las demás circunstancias propias de su internamiento (art. 26).

Una primera observación, tras la exposición de la Convención de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño de 1989, debemos hacer a la vista del tenor literal del artículo 12.3 de la LODLE: del reconocido derecho a la asistencia sanitaria a las personas menores de dieciocho años también forman parte cuantas actuaciones complementarias, incluidas las preventivas, están previstas en la Convención internacional puesto que, una

vez ratificado y publicado oficialmente en España, su contenido se incorpora al ordenamiento interno (art. 96.1 CE).

En cuanto supuesto de prestación de asistencia sanitaria de larga duración en el tiempo, hasta que se alcance la mayoría de edad, tendrán derecho a la expedición de la correspondiente Tarjeta Sanitaria, solicitada por sí mismo o por sus representantes legales, así como al reconocimiento de su derecho a la asistencia sanitaria como personas sin recursos, presentando los formularios correspondientes, adjuntando fotocopia del documento que demuestre su identidad y acredite la minoría de edad y, también, las declaraciones citadas sobre la insuficiencia de recursos.

Una vez la persona menor cumpla dieciocho años, se le informará del derecho que le asiste a continuar recibiendo asistencia sanitaria siempre que se encuentre empadronado en el municipio de su residencia habitual.

C Personas extranjeras ingresadas en centros de internamiento como medida previa al retorno o a la expulsión

Las personas extranjeras a los que en la frontera no se les permita el ingreso en el país, por imperativo de la legislación vigente, serán retornadas a su punto de origen en el plazo más breve posible. No obstante, en el supuesto de que el retorno se fuera a retrasar más de setenta y dos horas, la autoridad gubernativa que haya acordado esta medida se debe dirigir al Juez de Instrucción “para que determine el lugar donde hayan de ser internados hasta que llegue el momento del retorno” (art. 60 LODLE). De otra parte, está previsto que durante la tramitación del expediente sancionador en el que se formule una propuesta de expulsión, la autoridad gubernativa competente, a instancia de quien instruya y a fin de asegurar la eficacia de la futura resolución, pueda acordar algunas medidas cautelares, entre las que se incluye el “internamiento preventivo, previa autorización judicial, en los centros de internamiento” [art. 61.1.e) LODLE].

Con independencia de los motivos que pueden dar lugar a la decisión de internamiento²², interesa destacar, en este punto

21

BOE de 31 de diciembre de 1990.

22

Al respecto, vid. ÁLVAREZ CORTÉS, J. C. “Los beneficiarios del derecho a asistencia sanitaria en la Ley de Extranjería”, *Relaciones Laborales*, núm. 4, 2001, pp. 40-41.





de la exposición, que los lugares de internamiento para personas extranjeras “no tendrán carácter penitenciario, y estarán dotados de servicios sociales, jurídicos, culturales y sanitarios” (art. 60.2 LODLE). Así pues, hasta que la decisión administrativa de retorno o expulsión sea efectiva y provoque definitivamente la salida del territorio nacional, las personas extranjeras durante ese periodo de espera permanecerán confinados en centros de internamiento dotados de diferentes servicios, entre ellos los sanitarios, que prestarán asistencia ambulatoria, atendiendo cualquier tipo de patología, sin perjuicio de trasladar al enfermo a un hospital cuando la gravedad así lo aconseje. Y es que las personas extranjeras internadas sólo estarán privadas del derecho a la libre circulación, sin ninguna otra restricción.

En consecuencia, el reconocimiento del derecho a la prestación de asistencia sanitaria en los lugares de internamiento es una manifestación más del trato humanitario que el Estado está obligado a dispensar a las personas inmigrantes, según los instrumentos internacionales ratificados; extensión congruente, por lo demás, con el régimen jurídico desarrollado por la vigente Ley de Extranjería en materia propia de asistencia sanitaria.

3

Extensión del derecho de las personas extranjeras a la asistencia sanitaria en determinadas circunstancias de riesgo específico para la salud o en situaciones de atención preferente

Con ser importantes los progresos que la LODLE ha impulsado para la protección sanitaria de las personas extranjeras, si fueran mayores de edad, en situación irregular inscritos en el padrón municipal, de igual modo habrá que valorar la tutela otorgada ante determinadas situaciones de riesgo para la salud que precisan asistencia urgente e inmediata, así con ocasión de enfermedades graves y accidentes, o frente a posibles alteraciones de la salud merecedoras de una protección específica, como la maternidad.

A

Derecho a la atención sanitaria de urgencia

Si en algunos supuestos la universalidad de la asistencia sanitaria atiende a determinadas circunstancias subjetivas, en

última instancia se amplía el derecho a la protección de la salud en situaciones objetivas de urgencia ante enfermedades graves o accidentes (art. 12.2 LODLE). La asistencia sanitaria que precise cualquier extranjero o extranjera que se enfrente a una situación de riesgo para su integridad física o, incluso, su vida se debe prestar inmediatamente por la red asistencial pública, sin reparar en ninguna exigencia adicional, ni siquiera *a posteriori*.

La asistencia pública de urgencia se contempla en dos supuestos: ante enfermedades graves o accidentes, resultando indiferente que la causa de la alteración de la salud derive de una contingencia profesional²³ o común. La Ley califica las enfermedades que darán derecho a la asistencia de urgencia, incluyendo sólo las graves, calificación que se otorgará por los servicios médicos que atiendan al paciente; por el contrario, ante accidentes, esto es, lesiones súbitas que provoquen alteración de la salud, las prestaciones sanitarias de urgencia se garantizan al extranjero/a tengan o no consecuencias graves.

La extensión de la atención sanitaria a las personas extranjeras, independientemente de su situación administrativa en España, en ambos supuestos es una manifestación de la protección del derecho a la vida, reconocido por igual a personas españolas y personas extranjeras (art. 15 CE), de manera que negar la atención médica en situaciones de urgencia vital podría ser considerado trato inhumano y degradante en el sentido del artículo 3 del Convenio de Roma.

Sin embargo, la previsión de que esa atención inicialmente dispensada de urgencia haya de continuar –según se dice expresamente– “hasta la situación de alta médica” supone un importante plus respecto a la asistencia sanitaria ante riesgos para la vida humana. Al sobrepasar el derecho a la asistencia sanitaria de urgencia e incluir el seguimiento médico posterior, incluidas las prestaciones recuperadoras, hasta obtener el alta médica, no está suponiendo que sean exclusivamente los servicios médicos de urgencia los que deban seguir la evolución del paciente extranjero, simplemente pretende dejar constancia inequívoca de que la protección de la salud en situaciones de riesgo vital integra la atención de urgencia hospitalaria o ambulatoria y el ulterior proceso de recuperación.

23

Adviértase que el trabajador ilegal víctima de un accidente de trabajo o enfermedad profesional, conforme al artículo 10.3 del Decreto 2766/1967, de 16 de noviembre, que regula las prestaciones de asistencia sanitaria (BOE de 28 de noviembre de 1967), tenía reconocido el derecho a la prestación de asistencia sanitaria por contingencias profesionales; protección que la doctrina judicial extiende a cualquiera de las prestaciones económicas que deriven de contingencias profesionales (STSJ de Cataluña de 25 de abril de 1997 –Ar. 2430- y STSJ de Murcia de 4 de octubre de 1999 –Ar. 3206-).



Ante enfermedades graves y lesiones derivadas de accidentes, dado que requieren inmediatez en la prestación de asistencia sanitaria, no se incoa procedimiento previo de reconocimiento del derecho. En efecto, se prestarán los servicios médicos de urgencia y, en su momento, se informará al extranjero o extranjera sobre el derecho a la asistencia sanitaria general si se empadrona.

En definitiva, el reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria pública de urgencia ante la contracción de enfermedades graves o accidentes se configura en la Ley como un derecho absoluto, no condicionado por la situación económica o por la obligación de reembolso; y es que ni tan siquiera establece que tendrán derecho a esa asistencia en las mismas condiciones que las personas españolas.

B

Asistencia sanitaria a mujeres extranjeras embarazadas

Independientemente de su situación administrativa, “las extranjeras embarazadas que se encuentren en España tendrán derecho a la asistencia sanitaria durante el embarazo, parto y postparto” (art. 12.4 LODLE). No importa, por tanto, la calificación jurídica de dicha estancia, ni siquiera es preciso que acrediten estar empadronadas, pues del tenor incondicionado del precepto se deduce un derecho absoluto, no limitado a la asistencia sanitaria específica por causa del embarazo, admitiendo cualquier otra causa mientras la mujer extranjera se encuentre en periodo de gestación o de recuperación tras el alumbramiento.

Las mujeres inmigrantes con residencia legal en España, bien por tener derecho a la asistencia sanitaria como titulares o beneficiarias por cualquiera de los regímenes de la Seguridad Social, bien por carecer de recursos económicos suficientes, acceden a la asistencia sanitaria pública, al igual que la población femenina española, disfrutando de idéntica extensión, contenido y régimen que la prevista en el Régimen General de la Seguridad Social. En particular, la acción protectora de la Seguridad Social comprende la asistencia sanitaria en los casos

de maternidad (art. 38 LGSS), y concretamente durante “el embarazo, el parto y el puerperio” (art. 99 LGSS –1974–). Es más, el derecho a la asistencia sanitaria por maternidad muy pronto se reconoció expresamente por el Decreto 2766/1967, de 16 de noviembre, regulador de las prestaciones de asistencia sanitaria²⁴, a “las trabajadoras extranjeras, cualquiera que sea su nacionalidad, al servicio de Empresas, comprendidas en el Régimen General de la Seguridad Social” (art. 14.1.e.).

Realmente, las extranjeras embarazadas que no residan de forma legal en España son quienes se benefician de este reconocimiento absoluto a la asistencia sanitaria, tal y como, sin distinción alguna, está previsto en el artículo 24 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, que exige “asegurar la atención sanitaria prenatal y postnatal apropiada a las madres”. Y estamos en presencia de un derecho absoluto o pleno a la asistencia sanitaria porque no se exige el cumplimiento de ningún otro requisito, aunque sea de fácil acreditación como el empadronamiento previo, ni hace constar que se disfrutará de este derecho en las mismas condiciones que las mujeres españolas. Parece, en suma, que el reconocimiento en esos términos sobrepasa las condiciones en que tal derecho está reconocido a las españolas, de tal manera que una interpretación literal conduce a la conclusión de que la Ley reconoce el derecho en condiciones más favorables que a las españolas o a las extranjeras residentes, que no siempre es gratuita.

Ahora bien, la propia lógica del precepto²⁵ y el criterio interpretativo general²⁶ establecido en la LOLDE, según el cual “se entenderá que los extranjeros ejercitan los derechos que les reconoce esta Ley en condiciones de igualdad con los españoles” (art. 3), inclina a pensar que todas las extranjeras embarazadas tienen derecho a la prestación de asistencia sanitaria en situación de igualdad respecto de las españolas, y al margen de la vía de acceso a dicha prestación la gratuidad quedará condicionada –en última instancia– por la posición económica, que si demuestra recursos suficientes obligará al reembolso de los cos-

tes efectivos de los servicios, con consideración de una paciente privada. No es que esta interpretación impida dar un trato desigual a los desiguales²⁷; al contrario, posibilita tratar igual a quienes se encuentran en las mismas situaciones, independientemente de su nacionalidad. Pensemos –aunque la situación ciertamente no sea la más común– en ciudadanas extranjeras que, con altos niveles de rentas personales o familiares, se trasladan a nuestro país y llegando embarazadas se beneficiarían de la asistencia sanitaria gratuita, favor que no gozan las españolas o extranjeras residentes, con igual nivel de renta, si no están bajo la cobertura del Régimen General de la Seguridad Social; la dificultad en estas situaciones de “turismo sanitario” será, no obstante, comprobar el nivel de renta y una vez comprobado obtener el reembolso.

En cualquier caso, la mujer extranjera podrá disfrutar del derecho a la asistencia sanitaria una vez determinen los servicios médicos que se encuentra embarazada, bastando la sola presentación en el centro sanitario, donde se le proveerá de un documento acreditativo de su derecho. La extensión de este derecho no se limita a las prestaciones sanitarias que se precisen de manera específica por causa de embarazo, sino por cualquier causa durante el embarazo, parto y postparto.

No incluye, sin embargo, el derecho a la asistencia sanitaria ante decisiones personales de interrumpir voluntariamente el embarazo. Sin entrar en valoraciones éticas o relacionadas con las creencias religiosas, lo cierto es que en nuestro país no hay una ley de interrupción voluntaria del embarazo y, por consiguiente, un derecho positivizado. Lo regulado en España son, simplemente, supuestos de exención de responsabilidad penal²⁸ cuando en un aborto voluntario concurren determinadas circunstancias; de ahí que una mujer extranjera en la que concurra alguna de las circunstancias previstas en el Código Penal para la exención de responsabilidad por la práctica de un aborto podrá llevarlo a cabo sin que de su conducta derive responsabilidad penal. Ahora bien, que el aborto pueda ser practicado gratuitamente por centros



24

BOE de 28 de noviembre de 1967.

25

GORELLI HERNÁNDEZ, J. “La prestación de asistencia sanitaria”, cit., p. 266.

26

Este criterio interpretativo general se introduce en el artículo 3 de la Ley tras la reforma que ha llevado a cabo la Ley 8/2000; anteriormente, se decía que “los extranjeros gozarán en España, en igualdad de condiciones que los españoles, de los derechos y libertades reconocidos en el título I de la Constitución y en sus leyes de desarrollo, en los términos establecidos en esta Ley Orgánica”, lo que posibilitaba que la igualdad de condiciones con los españoles se pudiera alterar según lo dispuesto para cada derecho reconocido en la Ley.

27

Señalaba RIVERO LAMAS, J. *Protección de la salud y Estado Social de Derecho*, Real Academia de Medicina de Zaragoza, Zaragoza, 2000, p. 69, ante la enmienda que introducía el criterio general de interpretación incorporado ya al artículo 3 de la LODLE, que “por encima de la coherencia y la técnica legislativa están las razones de justicia que impiden dar un trato desigual a los desiguales”.

28

El artículo 417 bis del anterior Código Penal, todavía vigente a tenor de la Disp. Derogatoria Única 1.a) de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, que aprueba el Código Penal (BOE de 24 de noviembre de 1995), establece que:

“1. No será punible el aborto practicado por un médico, o bajo su dirección, en centro o establecimiento sanitario, público o privado, acreditado y con consentimiento expreso de la mujer embarazada, cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

1.^a Que sea necesario para evitar un grave peligro para la vida o la salud física o psíquica de la embarazada y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por un médico de la especialidad correspondiente, distinto de aquel por quien o bajo cuya dirección se practique el aborto.

En caso de urgencia por riesgo vital para la gestante, podrá prescindirse del dictamen y del consentimiento expreso.

2.^a Que el embarazo sea consecuencia de un hecho constitutivo de delito de violación del art. 429 (actualmente, arts. 179 y 180 CP), siempre que el aborto se practique dentro de las doce primeras semanas de gestación y que el mencionado hecho hubiese sido denunciado.

3.^a Que se presuma que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas, siempre que el aborto se practique dentro de las veintidós primeras semanas de gestación y que el dictamen, expresado con anterioridad a la práctica del aborto, sea emitido por dos especialistas del centro o establecimiento sanitario, público o privado, acreditado al efecto, y distintos de aquel por quien o bajo cuya dirección se practique el aborto.

2. En los casos previstos en el número anterior, no será punible la conducta de la embarazada aún cuando la práctica del aborto no se realice en un centro o establecimiento público o privado acreditado o no se hayan emitido los dictámenes médicos exigidos”.

o establecimientos sanitarios públicos dependerá, en cada caso, de la situación administrativa de la ciudadana extranjera –recuérdese que tendrá derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que las españolas simplemente por estar inscrita en el Padrón municipal– o de la urgencia en la intervención por riesgo vital para la gestante.

IV. A MODO DE REFLEXIÓN FINAL

Titulares del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria son los españoles y españolas, bien derive ese derecho de su inclusión en cualquier régimen del sistema de Seguridad Social, al que acceden por prestar una actividad profesional por cuenta ajena o por cuenta propia, bien se reconozca a nivel asistencial por carecer de recursos económicos suficientes. Igualmente, el derecho a la asistencia sanitaria se reconoce a todos los extranjeros y extranjeras que residan legalmente en España, en las mismas condiciones que a los ciudadanos y ciudadanas nacionales, tanto por ejercer una actividad profesional remunerada por cuenta propia o ajena, como si gozan de este beneficio en el nivel asistencial o no contributivo. Y ello porque, con carácter general, las personas extranjeras residentes tienen derecho a acceder a las prestaciones y servicios de la Seguridad Social en igualdad con los españoles/as (art. 14.1 LODLE). En consecuencia, el nuevo texto legislativo supera la confusión normativa previa con el objetivo, compartido por el derecho comparado, de igualar los derechos de las personas residentes legales y las nacionales.

La legislación, sin embargo, no ignora la presencia de extranjeros/as en situación irregular, aunque con presencia relativamente estable en España. No se conforma con reconocer de forma genérica los más elementales derechos humanos que constitucionalmente les corresponden, sino que intenta configurar un mínimo de derechos que permita desarrollar a este colectivo una vida digna, sin perjuicio de las consecuencias derivadas de su irregularidad. Aunque la mayor parte de los derechos y libertades reconocidos por la vigente Ley de Extranjería, más aún tras su reforma, se vinculan a las personas extranjeras que ingresan en nuestro país

cumpliendo los requisitos previstos en la propia norma legal, otros, los menos, extienden su ámbito subjetivo a todo extranjero/a que esté en el territorio nacional, cualquiera que sea su situación administrativa. Así ocurre cuando se trata del derecho a la asistencia sanitaria de urgencia ante el padecimiento de enfermedades graves o accidentes, al margen de cuál sea su origen y hasta el alta médica, cuando las personas extranjeras son menores de dieciocho años y para mujeres en estado de gestación durante el embarazo, parto y postparto.

En última instancia, la prestación de asistencia sanitaria en circunstancias o situaciones personales distintas a las reseñadas se condiciona a que la persona extranjera, sea hombre o mujer, en situación irregular esté empadronada en el municipio donde resida habitualmente. Cumpliendo esta formalidad administrativa, todos los extranjeros y extranjeras tienen reconocido aquel derecho en las mismas condiciones que las personas españolas, esto es, siempre que carezcan de recursos económicos suficientes.

Se alcanza de esta forma la universalidad, tantas veces demandada, en la protección dispensada por el sistema público sanitario español. Pudiera pensarse, incluso, que la vigente legislación sobre extranjería da un trato más favorable a las personas extranjeras que acceden a las prestaciones sanitarias en determinadas circunstancias de riesgo específico para la salud –casos objetivos de urgencia ante enfermedades graves o accidentes– o ante situaciones de atención preferente –embarazo, parto y postparto–, y ello por cuanto la población de nacionalidad española que no tuviera reconocido el derecho a la asistencia sanitaria en alguno de los regímenes de la Seguridad Social está obligada a reembolsar los gastos siempre que sus rentas anuales superen los umbrales mínimos que dan derecho a la asistencia gratuita. Sin embargo, tal discriminación positiva, aunque pudiera haber razones para su justificación, como el desarraigo o la ausencia de la red de seguridad familiar, no es tal puesto que, según el criterio general de interpretación consignado en la LODLE, “los extranjeros ejercitan los derechos que les reconoce esta Ley en condiciones de igualdad con los españoles” (art. 3).

D E R E C H O A U T O N O M Í A S

LA PROTECCIÓN DEL CÓNYUGE VIUDO EN EL DERECHO CIVIL ARAGONÉS



JOSÉ ANTONIO SERRANO GARCÍA
Profesor Titular de Derecho Civil. Universidad de Zaragoza



I. INTRODUCCIÓN

En este artículo, que tiene una finalidad meramente divulgadora, nos preguntamos por la situación del cónyuge viudo cuyo matrimonio ha estado regido por la ley aragonesa cuando, además, la ley aplicable a la sucesión del cónyuge premuerto es también la aragonesa: en tal caso, qué medios ofrece nuestro Derecho civil para proteger la situación del viudo o viuda. Nos preguntamos, como es obvio, por la protección civil derivada de la configuración del régimen económico matrimonial (que incluye el derecho de viudedad) y de la ordenación voluntaria o legal de la sucesión del cónyuge premuerto. Quedan al margen de esta protección las pensiones y prestaciones de la Seguridad Social, los planes de jubilación privados, los seguros de vida concertados, las rentas vitalicias, y cualesquiera otros medios de protección distintos de los que proporciona el Derecho de familia y sucesiones.

En las sociedades modernas, y especialmente en los núcleos urbanos, parece existir entre las personas casadas una preocupación por intentar asegurar la situación del que más viva de ellos. En las familias urbanas predomina la familia nuclear dedicada al sector servicios, al ejercicio libre de la profesión y al trabajo dependiente. En ellas no suele haber un patrimonio que conservar y transmitir unido como en las tradicionales familias rurales. Los padres han criado y educado a las hijas e hijos, éstos han adquirido autonomía e independencia económica y se quedan solos en la vejez, deseando ahora asegurar la subsistencia del que quede viudo. En otras ocasiones, pensando en la muerte prematura de uno de los cónyuges, se quiere asegurar que el otro podrá continuar con todos los medios y facilidades de la familia la crianza y educación de los hijos y de las hijas.

¿Cómo contempla el Derecho civil aragonés la situación del cónyuge viudo? y ¿qué posibilidades existen en nuestro Derecho para aumentar la protección legal del cónyuge viudo? De entrada hay que decir, como es de sobras conocido, que en Aragón existe el llamado derecho de viudedad, pero, como

vamos a ver, no es sólo este derecho el que configura la situación del cónyuge viudo; junto a la viudedad hay que tener muy en cuenta el régimen económico matrimonial legal y la ordenación voluntaria de la sucesión.

El régimen económico matrimonial legal previsto en la Compilación del Derecho civil de Aragón (en adelante: Comp.) es de comunidad de bienes, comunidad que tras la muerte del primero de los cónyuges permanece un tiempo más o menos largo indivisa, bien en la forma dinámica propia de la llamada “comunidad conyugal continuada”, bien como una comunidad estática en espera de ser liquidada y partida; en ambos casos, el viudo es el administrador del patrimonio común; hecha la liquidación, el viudo tiene derecho a detraer las ventajas y en la partición del consorcio conyugal tiene derecho de adjudicación preferente sobre determinados bienes de uso personal o profesional.

Además, en la situación del cónyuge viudo incidirán notablemente las previsiones de Derecho sucesorio que el cónyuge premuerto o ambos hayan realizado en vida mediante pacto o testamento. Ya podemos adelantar que, si no hay descendientes del premuerto, todos los bienes de su herencia pueden ser para el viudo; si los hay, los descendientes tienen la consideración de legitimarios y la ley les concede derecho a recibir la mitad del caudal computable a tales efectos: el resto puede ser dejado al viudo o viuda sin carga alguna; sucede además que, aunque haya legitimarios, la nueva Ley de sucesiones por causa de muerte (en adelante: Lsuc.) permite dejar todos los bienes al viudo quien, en este caso, responde, frente a los descendientes que lo reclamen individualmente, del valor proporcional que en la legítima lesionada corresponda a los reclamantes y que podrá pagar con dinero propio o prestado o procedente de la enajenación de bienes de la herencia.

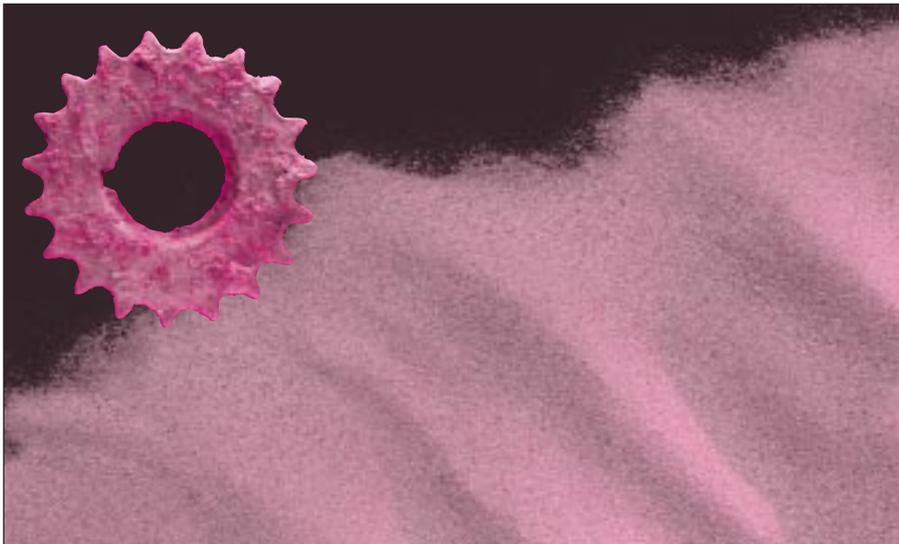
En Derecho de sucesiones hay otra institución con la que se puede favorecer notablemente al cónyuge viudo, es la llamada “fiducia sucesoria”: tanto si hay descendientes como si no, un cónyuge

puede nombrar fiduciario al otro para que a su muerte ordene su sucesión; normalmente, el cónyuge fiduciario es el administrador de los bienes de la herencia pendiente de asignación, con amplias facultades legales de disposición (aunque los bienes adquiridos a cambio se subrogan en el caudal sujeto a fiducia).

Sucede, sin embargo, que la designación del viudo como heredero, legatario y/o fiduciario es algo voluntario y requiere ser hecho en testamento o pacto sucesorio. A falta de pacto o testamento con previsiones de este tipo, el cónyuge viudo ocupa una posición poco favorable en la sucesión legal o intestada: sólo es llamado a heredar en la sucesión legal del premuerto cuando, no habiendo descendientes ni ascendientes de éste, los bienes no tienen la condición de troncales o no hay parientes con derecho preferente a ellos.

¿Son suficientes estas medidas legales y estas posibilidades de los cónyuges mediante testamento o pacto sucesorio para garantizar la protección del cónyuge viudo? La respuesta presupone, desde un punto de vista material, que los cónyuges tengan suficientes bienes comunes o privativos con los que poderse favorecer el uno al otro y, desde el punto de vista de la política legislativa, depende, como es obvio, de lo que cada uno de nosotros piense sobre la necesidad de la legítima y la mayor o menor libertad de testar.

Al respecto hay que dejar constancia de que la legítima colectiva de los descendientes, única existente en Aragón, se ha reducido con la Ley de sucesiones de 1999 de dos tercios a una mitad del caudal computable, y además se han introducido excepciones en la intangibilidad cuantitativa y cualitativa de la legítima a favor del cónyuge viudo. Con ello puede decirse que se ha ampliado notablemente la libertad de testar y, por tanto, de favorecer en la sucesión al cónyuge viudo, pero que la libertad de testar no es total porque sigue existiendo la legítima colectiva de los descendientes, si bien ahora es de menor cuantía y el viudo puede pagarla a quienes la reclamen con bienes distintos de los de la herencia.



La Comisión Aragonesa de Derecho Civil, siendo consciente de que en algunos países y territorios el cónyuge viudo hereda con preferencia a los ascendientes (en Cataluña, por ejemplo) o incluso a la vez que los descendientes (como en Suiza), no consideró necesario introducir cambios de este estilo en el Derecho aragonés por entender que la posición del cónyuge viudo ya estaba suficientemente reforzada con el conjunto de instituciones actualmente existentes y que le son favorables. De hecho, la Comisión Aragonesa de Derecho Civil estudió y debatió un informe “Sobre la reforma del sistema legítimo aragonés”, presentado por Don Adolfo Calatayud Sierra, que proponía un sistema de absoluta libertad de testar; tal propuesta fue rechazada por la mayoría de la Comisión, que, en cambio, se mostró proclive a una reducción de la cuantía de la legítima y a introducir en su regulación la mayor claridad posible, especialmente en materia de preterición y desheredación. Con ello se ha producido una relativa mejora de la posición del cónyuge viudo, que ya partía de una situación muy favorable. Veamos todo esto con un poco más de detenimiento.

II. PREPARACIÓN DURANTE EL MATRIMONIO DE LA SITUACIÓN DEL CÓNYUGE VIUDO

La situación del cónyuge viudo puede ser muy distinta en función de cual haya sido durante el matrimonio su régimen

económico matrimonial: si ha sido de comunidad de bienes, los frutos y ganancias obtenidos por cualquiera de los cónyuges a lo largo del matrimonio se reparten al final por mitad (o en la proporción pactada); si ha sido de separación de bienes cada uno se queda con los frutos y ganancias que ha obtenido durante el matrimonio, de modo que el que no ha trabajado fuera de casa o ha ganado menos que el otro, nada o poco le queda cuando muere el que aportaba todos o los principales ingresos a la familia. También es importante, cualquiera que sea el régimen económico matrimonial, analizar las posibilidades efectivas de cada cónyuge de disponer de sus bienes privativos sin contar con el otro, especialmente si se espera poder tener usufructo de viudedad sobre los bienes del que primero fallezca.

En Aragón, si los cónyuges no pactan en capítulos matrimoniales otra cosa, el régimen económico matrimonial es el tradicional de consorciales, un régimen de comunidad parcial de bienes; además, con la celebración del matrimonio se adquiere el derecho de viudedad universal sobre los bienes del que primero fallezca, derecho que se manifiesta como expectante mientras ambos viven e implica en la práctica un control sobre la disposición de los bienes privativos del otro. El régimen legal de bienes y el derecho de viudedad son instituciones de Derecho de familia, ambas unidas al matrimonio,

pero que tienen, como puede verse, una notable incidencia en la preparación de la situación económica del cónyuge viudo.

Por otra parte, sabiendo que la posición que ocupa el cónyuge viudo en la sucesión legal le impide heredar si hay descendientes o ascendientes del cónyuge premuerto, es imprescindible otorgar testamento o pacto sucesorio si queremos que resulte favorecido en nuestra sucesión.

1

El régimen económico matrimonial legal

Todo matrimonio tiene un régimen económico matrimonial, aunque los cónyuges lo desconozcan. Si nada han previsto al respecto en capitulaciones, su régimen económico es el legal, el que regula la ley aplicable a su matrimonio para estos casos, y, como se ha dicho, en Aragón se trata de un régimen de comunidad parcial de bienes. Todas las ganancias o adquisiciones del trabajo o actividad de los cónyuges y los frutos de todos los bienes de los cónyuges se hacen comunes y a la muerte de ellos (o a la disolución por otra causa), tras la liquidación, se dividen y adjudican por mitad a los lotes de los cónyuges o sus herederos. En este régimen, por tanto, junto a los bienes que cada cónyuge tenía antes del matrimonio y los adquiridos luego a título gratuito, que tienen la condición de privativos de cada cónyuge (salvo si se han comunicado al consorcio por el juego de la presunción legal de muebles por sitios del art. 39.1 Comp. o por voluntad de los cónyuges o del tercero disponente), existe un patrimonio común que les pertenece a ambos y en el que ingresan la mayoría de los bienes que se adquieren a lo largo de la vida matrimonial, todos los que no son privativos. Al morir el primero de los cónyuges, el supérstite conserva la propiedad de sus bienes privativos y es cotitular, ahora con los herederos del fallecido, de los comunes; tras la liquidación y división será propietario exclusivo de los bienes comunes que le sean adjudicados a cambio de su participación en el extinto consorcio conyugal.



Cuando los dos cónyuges trabajan y obtienen unos ingresos similares, el régimen de separación de bienes les da mayor libertad de actuación durante el matrimonio y, por otra parte, no perjudica tampoco su previsible situación en caso de viudedad, pues el sobreviviente se quedará con lo que ya tenía al finalizar el matrimonio (equivalente, en principio, al patrimonio del otro), y, además, usufructuará los bienes de la herencia del premuerto. Pero cuando sólo un cónyuge trabaja, o cuando uno de ellos obtiene ingresos muy inferiores a los del otro, el régimen de separación de bienes es perjudicial para éste. En los matrimonios en los que existe este desequilibrio económico entre los cónyuges, no es lo mismo, por tanto, que el régimen económico matrimonial sea de comunidad de bienes (o de participación en las ganancias) que de separación de bienes (aunque en éste también existen o pueden introducirse modalizaciones de tipo comunitario que corrigen en parte el posible desequilibrio).

2

El derecho expectante de viudedad

Venimos diciendo que el derecho de viudedad nace con el matrimonio, siempre que éste se halle regido por la ley aragonesa, y atribuye a cada cónyuge el usufructo de viudedad sobre todos los bienes del que primero fallezca y los afectos al derecho expectante de viudedad; el usufructo de viudedad es universal: se extiende, en principio, a todos los bienes del premuerto que existan a su fallecimiento y, además, a todos los enajenados durante el matrimonio sin extinción del derecho expectante de viudedad.

La viudedad ha sido calificada como “la institución más mimada de Aragón”, “la más amada del país, la que más motivos da para el noble orgullo de propios y sincera admiración de extraños”. Hasta la Compilación de Huesca de 1247 la protección a la viuda tenía lugar por medio de dos instituciones legales: las arras y la comunidad continuada; si bien mediante negocio jurídico (principalmente testamento), ya desde el siglo XII era frecuente la concesión por el pre-

muerto del usufructo vitalicio de bienes determinados o de todo su patrimonio como forma añadida de protección del cónyuge viudo. Esta práctica se convierte, desde la Compilación de Huesca de 1247, en beneficio legal. El fuero 1.º *De iure dotium* introduce en el Derecho aragonés el principio de la conservación por la viuda, mientras no contraiga nuevo matrimonio y guarde castidad, de los bienes que hubo juntamente con el marido, tanto los consorciales como los privativos. El beneficio legal –desde entonces designado como viudedad– lo concede el fuero de 1247 únicamente a la viuda; comprende toda clase de bienes, tanto inmuebles como muebles; y procede incluso habiendo hijos. El Fuero 1.º *De alimentis*, de 1390, extiende la viudedad legal al marido y la hace recaer exclusivamente sobre los bienes inmuebles o sitios; otros fueros y observancias comportan algunas adiciones que tienden a fijar el régimen jurídico de la institución en puntos que no habían quedado decididos en la ley, y cuyos problemas habían sido resueltos por la costumbre y la jurisprudencia. Con esta configuración limitada a los bienes inmuebles llega la viudedad legal hasta la segunda mitad del siglo XX, concretamente hasta 1967.

El primer párrafo del art. 63 del Apéndice de 1925 (texto que derogó expresamente el Cuerpo de Fueros y Observancias del Reino de Aragón) afirmaba que “la celebración del matrimonio atribuye, por ministerio de la ley a los cónyuges, solamente respecto de los bienes raíces o inmuebles que hayan aportado a aquél o que con posterioridad adquieran, así a título lucrativo como a título oneroso, el derecho expectante y recíproco de usufructuar el uno los del otro en la forma y condiciones que se expresan en este Apéndice. Este derecho, que se denomina *viudedad legal*, no se altera por la estipulación llamada de *hermandad llana*”.

En la actualidad y desde que la estableciera la Compilación en 1967, la viudedad legal es universal, es decir, se extiende sobre todos los bienes del que primero fallezca (tanto muebles como inmuebles), a salvo lo pactado en instrumento público o lo dispuesto de

mancomún por ambos cónyuges (art. 72.1 Comp.). En el caso de matrimonio de persona que tuviera descendencia conocida con anterioridad, el derecho de viudedad del otro cónyuge no podrá extenderse a bienes, porción o cuota de ellos, cuyo valor exceda de la mitad del caudal hereditario (art. 73 Comp.). Además, por voluntad de uno de los cónyuges expresada en testamento o instrumento público puede reducirse el derecho de viudedad del otro a los inmuebles por naturaleza y a los sitios comprendidos en el número 1.º del artículo 39. Si el valor de unos y otros no representa la mitad del caudal hereditario se extenderá la viudedad a otros bienes hasta completar dicha mitad (art. 72.2 Comp.).

El derecho de viudedad tiene una primera fase que se manifiesta durante el matrimonio y se conoce como “derecho expectante de viudedad”. Todos los bienes de los cónyuges, comunes o privativos, se hallan afectos a este derecho expectante, si bien opera de una manera para los inmuebles y muebles como sitios del núm. 1 del art. 39 Comp. y de otra para los demás bienes muebles.

Respecto de los inmuebles o muebles como sitios del 39.1 Comp. (explotaciones económicas, vehículos y máquinas, etc.), sucede que la enajenación de cualquiera de ellos sin el consentimiento del titular del expectante o sin renuncia a éste, no extingue o menoscaba su derecho a usufructuarlo si sobrevive al otro, y ello aunque se encuentre legítimamente en manos de un tercer adquirente. De modo que en este tipo de bienes, el derecho de viudedad afecta a todos los que existan al fallecimiento del otro y también a los enajenados durante el matrimonio sin extinción del expectante.

Para los restantes bienes muebles (no incluidos en la presunción de sitios del art. 39.1 Comp.), el derecho de viudedad afecta exclusivamente a aquellos que existan al fallecimiento o hayan sido enajenados en fraude de tal derecho (art. 76.4 Comp.).

El derecho expectante facilita el control de los actos de disposición del otro cónyuge sobre los bienes privativos.



Habiendo derecho expectante, lo normal a la hora de disponer de bienes privativos afectos a él como gravamen real es que ambos cónyuges acudan al notario, uno para disponer de ellos y el otro para renunciar a su derecho expectante de viudedad. La viudedad es un derecho que puede ser objeto de renuncia total o parcial, que deberá constar en documento público (74.1 Comp.); la renuncia puede ser sólo del expectante y puede ser hecha de forma genérica sobre todos o parte de los bienes, presentes o futuros, o de forma específica sobre determinados bienes actuales (art. 76.3). Pero si no se renuncia de alguna de las maneras posibles, el expectante queda a salvo. Ahora bien, no es lícito hacer un uso abusivo del derecho expectante negándose injustificadamente a renunciarlo e impidiendo así que el otro pueda operar ventajosamente en el tráfico jurídico. En tal caso se puede acudir al Juez y pedirle que declare la extinción del expectante (art. 76.2.2 Comp.). El expectante, en definitiva, no es más que un medio de garantizar que el derecho de usufructo del viudo no ha quedado vaciado de contenido de mala fe durante el matrimonio. Sin el control que supone la existencia del expectante, el derecho a usufructuar los bienes del premuerto podría quedar defraudado con facilidad. El derecho expectante es, por tanto, una garantía de la efectividad del derecho de usufructo del cónyuge sobreviviente ya adquirido al celebrar el matrimonio.

3

Las posibilidades de ordenar la propia sucesión en favor del cónyuge viudo

Para mejorar la situación del cónyuge viudo, junto a estas instituciones legales – el régimen matrimonial legal y el derecho de viudedad– propias del Derecho de familia, hay que conocer y usar oportunamente las posibilidades que ofrecen las sucesiones voluntarias en Aragón: el pacto sucesorio, el testamento, la fiducia sucesoria.

Conviene recordar, de entrada, que el Derecho sucesorio ordena solamente el destino de las relaciones jurídicas de una persona fallecida que no se extingan por su muerte y que no estén sujetas a reglas distintas (art. 1 Lsuc.). De manera que, por ejemplo, lo que el cónyuge viudo pueda recibir como beneficiario de contratos de seguro de vida, renta vitalicia, planes de jubilación, etc., queda al margen del Derecho de sucesiones y se rige por las reglas que resulten aplicables al caso.

Los cónyuges tienen que ser conscientes de que si no otorgan pacto o testamento a favor del otro, será muy difícil que simplemente por ley le corresponda heredar al cónyuge viudo: para ello es preciso que no haya descendientes ni ascendientes del fallecido y que los bienes que éste tenga no sean de origen familiar (troncales). Los cónyuges, otorgando pacto sucesorio o testamento, pueden evitar que al fallecer se abra la

sucesión legal pues gozan de la más amplia libertad para ordenar su sucesión por pacto, por testamento individual o mancomunado, o por medio de uno o más fiduciarios, sin más límites que el respeto a la legítima y los generales del principio *standum est chartae* (art. 3 Lsuc.).

A

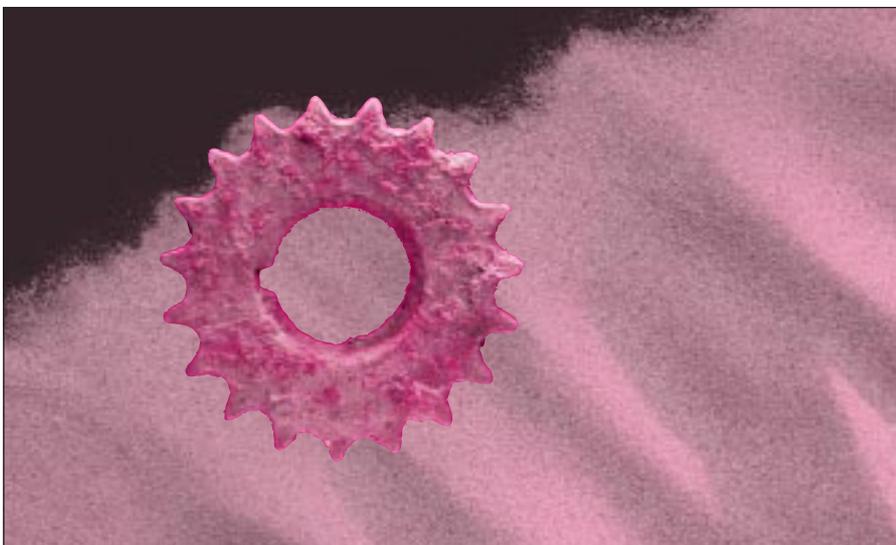
Pacto sucesorio o testamento en ausencia de descendientes

“Quien no tenga legitimarios puede disponer, por pacto o testamento, de todos sus bienes o de parte de ellos a favor de cualquier persona que tenga capacidad para suceder” (art. 149.1 Lsuc.). Si no hay descendientes, pueden instituirse herederos recíprocamente el uno al otro en testamento mancomunado o pacto al más viviente, de modo que, al fallecimiento del primero de ellos, el viudo se quedará con todo lo que los dos tenían y podrá disponer de ello con entera libertad. También pueden designarse heredero universal el uno al otro en sendos testamentos individuales. La presencia de descendientes en el momento de la apertura de la sucesión obligará a dejar a salvo la legítima, y, en caso de pacto al más viviente, si los y las descendientes son todos comunes, el pacto equivale a la concesión de usufructo universal y vitalicio sobre los bienes del premuerto y de la facultad de distribuir la herencia (art. 81.2 Lsuc.).

B

Pacto sucesorio o testamento existiendo legitimarios

Quien tenga legitimarios sólo puede disponer de sus bienes con las limitaciones que por razón de la legítima establece la ley. Habiendo descendientes, al no existir libertad de testar absoluta, hay que respetar los derechos de las personas legitimarias. En la actualidad, una mitad del caudal computable a efectos de la legítima (caudal relicto más donaciones) ha de ir a parar a los descendientes por cualquier título lucrativo. Los descendientes son los únicos legitimarios. Esta legítima colectiva puede distribuirse, igual o desigualmente,





entre todos o varios de tales descendientes, o bien atribuirse a uno solo (art. 171.2 Lsuc.); ningún límite legal impide, por tanto, atribuir en pacto o testamento la parte de libre disposición al cónyuge en plena propiedad. En este caso, junto a sus bienes privativos y los que se le adjudiquen en la partición de los comunes, el cónyuge viudo tendrá derecho a una mitad de los bienes de la herencia del otro; es posible también, desde la entrada en vigor de la Ley de sucesiones, dejar toda la herencia al cónyuge, sin perjuicio de su responsabilidad ante los descendientes que reclamen individualmente su participación en la legítima lesionada. Por otra parte, recordemos que, sobre los bienes de la herencia no atribuidos al cónyuge viudo, éste tiene por derecho de viudedad el usufructo, de manera que los sucesores en tales bienes (descendientes u otras personas) son, mientras dure la viudedad, meros nudo-propietarios.

C*Fiducia sucesoria*

La existencia de descendientes de la persona causante no implica necesariamente que a su muerte puedan ya reclamar los derechos legítimos: para ello es preciso que se haya producido la delación de la herencia o atribución del derecho a aceptar o repudiar la herencia, delación que en Aragón puede retrasarse encomendado que la lleve a cabo tras la muerte del causante una persona de su confianza que llamamos fiduciario. En Aragón la ordenación de la sucesión y el nombramiento de sucesores puede ser encomendado a uno o varios fiduciarios (art. 124 Lsuc.), y lo frecuente en la actualidad es nombrar único fiduciario al cónyuge viudo. “Salvo disposición del comitente, no surtirá efecto el nombramiento del cónyuge como fiduciario si al fallecimiento de aquél estuviera declarada judicialmente la nulidad del matrimonio, decretado el divorcio o la separación o se encontraran en trámite los procedimientos dirigidos a ese fin” (art. 125.2 Lsuc.). “El cargo es voluntario y gratuito, salvo que la persona causante hubiese previsto que fuera retribuido; las facultades del fiduciario se entenderá que tie-

nen carácter personalísimo” (art. 125.3 Lsuc.). El fiduciario no puede modificar las disposiciones sucesorias del causante (art. 126 Lsuc.). La designación de fiduciario y las instrucciones del comitente, si las hubiera, deberán constar necesariamente en testamento o escritura pública (art. 127 Lsuc.). El nombramiento puede ser revocado libremente por el causante en la misma forma (art. 128 Lsuc.). Pues bien, en caso de fiducia sucesoria, “la delación de la herencia no se entenderá producida hasta el momento de la ejecución de la fiducia o de su extinción” (art. 133.1 Lsuc.).

El nombramiento del cónyuge como único fiduciario mejorará notablemente su situación durante la viudedad. En este caso, el cónyuge viudo, además de propietario de sus bienes privativos, cotitular de los comunes y sucesor en los bienes de la herencia del otro a él deferidos por pacto sucesorio o testamento, será su fiduciario: es decir, la persona de confianza del difunto a quien ha encargado ordenar su sucesión en todo lo no previsto directamente por él. “Salvo disposición en contra del comitente, cuando en el momento de ejecutar la fiducia existan descendientes suyos, el fiduciario habrá de ordenar la sucesión exclusivamente a favor de alguno o algunos de ellos, con la misma libertad con que podría hacerlo el causante” (art. 142.1 Lsuc.). Pero su encomienda no tiene plazo, pues tiene para cumplir la fiducia toda la vida (art. 129.2 Lsuc.) y puede hacerlo en escritura pública o en testamento (art. 141.2 Lsuc.). Mientras no ejecute la fiducia y tenga lugar la delación de la herencia, se considerará ésta en situación de herencia yacente (art. 133.2 Lsuc.), pero con la peculiaridad de que en esta yacencia no existen todavía personas llamadas a suceder que puedan aceptar o repudiar la herencia. Por otra parte, si no ha habido todavía delación, difícilmente puede haber derechos legítimos lesionados.

Así que, en definitiva, nombrando fiduciario al cónyuge reforzamos su situación de poder frente a los legítimos: sobre la parte del caudal hereditario que a éstos haya de corresponder cuando se ejecute la fiducia, el viudo tendrá el usufructo de viudedad y, además, las facultades de

administración y disposición que le correspondan por razón de la fiducia; y sobre todo, podrá decidir qué hijos o descendientes son los llamados a recibir finalmente tales bienes. No hay duda, por tanto, de que la fiducia mejora la posición del cónyuge viudo.

III. EFECTOS PATRIMONIALES DERIVADOS DE LA MUERTE DE UNO DE LOS CÓNYUGES

Hasta aquí hemos examinado la previsible situación del cónyuge viudo teniendo en cuenta los efectos favorables que para él pueden derivarse de la configuración del régimen matrimonial legal y del derecho de viudedad, también de la ordenación voluntaria que de la propia sucesión hagan los cónyuges; ha sido una aproximación hecha considerando que el matrimonio no se ha disuelto todavía, que ambos cónyuges están vivos y pueden, de la manera indicada, mejorar la situación del que de ellos quede viudo. Ahora interesa dar un paso más para situarnos ya tras la muerte del primero de los cónyuges y tratar de describir los efectos que por ministerio de la ley se siguen de ese hecho y de qué manera pueden influir en ellos las previsiones sucesorias hechas en pacto o testamento.

La muerte de uno de los cónyuges disuelve el matrimonio (art. 85 Cc.), lo que es a su vez causa de disolución de pleno derecho del consorcio conyugal que, tarde o temprano, habrá que liquidar, partir y adjudicar los bienes comunes al viudo y a la herencia del premuerto; además, desde el fallecimiento de un cónyuge el sobreviviente tiene el usufructo de los bienes de la herencia del otro y de los enajenados en vida que sigan afectos al derecho expectante y, desde ese momento, su posesión (art. 79 Comp.); y, por último, en el momento de la muerte de un cónyuge se abre su sucesión y se defiende su herencia a los llamados en pacto o testamento o, en su defecto, a los llamados por la ley; pero recordemos también que la delación de la herencia ha podido ser encomendada en pacto o testamento a uno o varios fiduciarios en cuyo caso no ten-



drá lugar la delación hasta que la fiducia se ejecute. Veamos estos efectos en el orden inverso al ahora seguido al enumerarlos.

1

Apertura y delación de la sucesión del cónyuge premuerto

“La sucesión se abre en el momento de la muerte del causante, y en el lugar de su último domicilio” (art. 5.1 Lsuc.); desde la apertura de la sucesión hasta la aceptación del llamado la herencia carece de titular y se dice que se halla yacente (art. 9 Lsuc.). Los llamamientos pueden ser de origen voluntario o, en su defecto, legales.

A

Sucesión legal

“En defecto, total o parcial, de sucesión ordenada válida y eficazmente por pacto o testamento, se abre la sucesión legal” (art. 201 Lsuc.), también conocida como intestada. Resulta, por tanto, que “los distintos modos de delación son compatibles entre sí” (art. 2 Lsuc.). Expresamente dice el art. 150 Lsuc. que “el pacto sucesorio y el testamento serán válidos aunque no contengan institución de heredero, o ésta no comprenda la totalidad de los bienes. También lo serán aunque el instituido sea incapaz de heredar o no acepte la herencia. En estos casos se cumplirán las disposiciones paccionadas o testamentarias hechas con arreglo a las leyes, y el remanente de los bienes se deferirá a los herederos legales, abriéndose para ellos la sucesión legal.”

Herederos legales son, en primer lugar, los descendientes; si no los hay, los bienes recobrables y los troncales se defieren a parientes de la familia de procedencia (sucesión troncal): nunca pueden ir, por tanto, al cónyuge (salvo que sea un pariente troncal); los restantes bienes, y también los recobrables y troncales si no hay parientes con derecho preferente, se defieren, sucesivamente, a los ascendientes, al cónyuge, a los colaterales hasta el cuarto grado y a la Comunidad Autónoma o, en su caso, al Hospital de Nuestra Señora de Gracia (art. 202 Lsuc.).

Habiendo descendientes del cónyuge premuerto, nada corresponde por sucesión legal al viudo. No habiéndolos, nada le corresponde tampoco en la sucesión troncal (salvo casos muy excepcionales de parentesco entre los cónyuges y ausencia de otros parientes preferentes) o por derecho de recobro. En la Compilación, hasta la derogación del libro II por la Ley de sucesiones, existía el art. 129 que regulaba el “recobro de dote y firma de dote” y que en la redacción dada en 1985 (para suprimir la referencia a la legitimidad de los descendientes) decía así: “1. El que asignó dote o firma de dote a su cónyuge las recobrará si éste falleciere sin descendientes comunes y sin haber dispuesto expresa y singularmente de las mismas. 2. En las propias circunstancias, premuerto el asignante, sucederán en tales bienes quienes en el momento del recobro resulten ser sus herederos.” Este tipo de recobro no ha sido mantenido por la Ley de sucesiones.

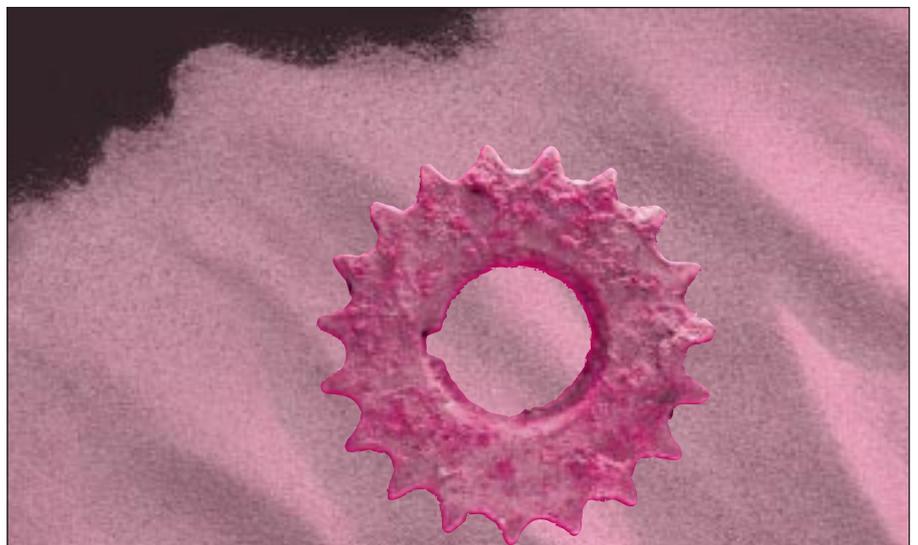
Para que el cónyuge viudo tenga derecho a heredar por disposición de la ley se precisa, por tanto, que no haya descendientes y tampoco ascendientes del causante; en tal caso, todos los bienes no deferidos por pacto o testamento y que no sean objeto del recobro de liberalidades o de la sucesión troncal se defieren al cónyuge viudo. La posición del cónyuge en la sucesión legal le es poco favorable, por lo que, como se ha dicho, conviene hacer uso de las amplias posibilidades de favorecerle mediante la sucesión voluntaria.

B

Sucesiones voluntarias

La sucesión voluntaria a favor del cónyuge viudo requiere como requisito imprescindible que el cónyuge premuerto haya otorgado pacto o testamento en el que le nombre heredero, legatario, o ambas cosas. En el mismo título sucesorio le puede designar también fiduciario.

Tanto si la delación es voluntaria o legal, el cónyuge viudo para poder adquirir lo atribuido necesita, como cualquier otro sucesor, ser capaz de suceder al causante y no ser declarado indigno. “El sucesor a título particular adquiere su derecho desde el momento de la delación, sin perjuicio de la posibilidad de repudiarlo” (art. 7.3 Lsuc.); en cambio, el llamado a título de heredero necesita aceptar, expresa o tácitamente, la herencia para llegar a serlo, si bien los efectos de la aceptación se retrotraen al momento del fallecimiento del causante (art. 7 y 28 Lsuc.). Nos dice el artículo 151 Lsuc. que “tendrá la consideración de heredero el nombrado para suceder, en todo o en parte, en las relaciones patrimoniales y personales del causante que no se extingan por su muerte, cualquiera que sea la denominación que éste le haya dado y tanto si ha sido llamado a la totalidad o a una cuota del caudal como a uno o varios bienes determinados. Los designados sucesores por causa de muerte que no sean herederos tendrán la consideración de





legatarios. El llamado a una cuota de la herencia será considerado heredero y el llamado a cosa determinada, legatario, salvo que resulte que otra es la voluntad del causante.” El viudo puede estar llamado a suceder, por tanto, como heredero o como legatario.

Si es heredero (y no, por tanto, si es legatario) será responsable de las obligaciones del causante y de los legados y demás cargas hereditarias, aunque exclusivamente con los bienes que reciba del caudal relicto (art. 40.1 Lsuc.). Al heredero corresponde también la posesión de los bienes de la herencia, si bien, como importante novedad introducida por la Ley de sucesiones, hay que señalar que el legatario de cosa cierta y determinada existente en el caudal hereditario puede, por sí solo, aun habiendo legitimarios, tomar posesión de la misma y, si fuera inmueble, obtener la inscripción a su nombre en el Registro de la Propiedad en virtud de la escritura pública en que formalice su aceptación (art. 164 Lsuc.).

Lo más favorable para el viudo es ser legatario de cosas ciertas y determinadas existentes en el caudal hereditario, porque, además de ser propietario desde la apertura de la sucesión sin necesidad de aceptación, es poseedor civilísimo de tales bienes y puede apoderarse de ellos por sí mismo siempre que no haya un poseedor inmediato que se oponga a ello. En todo caso, quedan a salvo los derechos de los legitimarios si los hay.

C Pacto o testamento estableciendo la fiducia sucesoria

Supongamos ahora que el cónyuge premuerto ha otorgado pacto o testamento y en el ha nombrado único fiduciario a su cónyuge para que ordene entre sus descendientes la distribución de la totalidad de su herencia o de la parte no atribuida directamente al viudo; en tal caso, no hay todavía delación (o sólo parcialmente), ni, por ello, herederos de los bienes que integran la fiducia; el viudo fiduciario no puede atribuirse a sí mismo ninguno de tales

bienes, pero hasta que ejecute el encargo recibido es el administrador de estos bienes y tiene sobre ellos las facultades de disposición previstas en la Ley de sucesiones, si bien siempre con subrogación de lo adquirido en el caudal sujeto a fiducia.

En esta situación, por tanto, resulta que el cónyuge viudo es propietario de sus bienes privativos y cotitular de los bienes del consorcio conyugal disuelto pero no liquidado, usufructuario de los bienes del otro por derecho de viudedad, administrador (con ciertas facultades de disposición) del patrimonio de la comunidad conyugal disuelta pero no liquidada, y administrador (con las facultades de disposición legales) de la herencia del otro sujeto a fiducia.

El causante ha podido designar sucesor al cónyuge viudo sin infringir la legítima y, al mismo tiempo, nombrarle fiduciario para que distribuya entre los descendientes los bienes a que tienen derecho. Aquí ya hay delación, aunque parcial, y ya puede saberse si al abrirse la sucesión hay o no lesión de la legítima. Respecto de los bienes que falten de atribuir, el cónyuge viudo es fiduciario y, por tanto, administrador con ciertas facultades de disposición.

Mientras no cumpla el encargo recibido (tiene de plazo toda la vida) no habrá sucesores designados para recibir la herencia, o parte de ella, sometida a fiducia y, si en caso de delación parcial el causante no ha infringido la legítima colectiva, tampoco los legitimarios podrán pedir la reducción de liberalidades hechas a favor de no descendientes puesto que con los bienes sujetos a fiducia la legítima colectiva queda garantizada y no sufre lesión alguna.

En esta situación de pendencia derivada de la fiducia sucesoria, la administración y representación del patrimonio hereditario pendiente de asignación corresponderá, normalmente, al propio cónyuge viudo aunque no sea fiduciario (por tener la condición de administrador de la comunidad conyugal, o, en otro caso, sólo sobre los bienes afectos al usufructo de viudedad: art. 134.1 Lsuc.); por otra parte, el fidu-

ciario puede disponer de los bienes o derechos hereditarios sujetos a fiducia si el comitente le ha autorizado para ello, o para el pago de las obligaciones y cargas hereditarias, o cuando lo juzgue conveniente para sustituirlos por otros; ahora bien, la contraprestación obtenida quedará subrogada en lugar de los bienes enajenados (art. 138 Lsuc.).

D Los límites en la facultad de ordenar la sucesión, por sí mismo o mediante fiduciario, derivados de la legítima

Ya hemos dicho que, como señala el art. 3 Lsuc., los límites de la ordenación voluntaria de la sucesión, hecha por uno mismo o por medio de uno o más fiduciarios, son el respeto a la legítima y los generales del *standum est chartae* [que lo ordenado no sea de imposible cumplimiento o contrario a la Constitución o a las normas imperativas del Derecho aragonés (art. 3 Comp), entre las que se hallan, efectivamente, las relativas a la legítima].

Sabemos también que en Aragón la legítima es sólo de descendientes, que es colectiva, y que, por ello, basta con que en el grupo de descendientes recaiga la mitad del caudal computable a estos efectos (caudal relicto más donaciones computables), lo cual implica una libertad por parte del causante o su fiduciario para distribuir la legítima colectiva, igual o desigualmente, entre todos o varios descendientes, o bien para atribuirle a uno solo (art. 171 Lsuc.).

Es importante igualmente tener en cuenta que la legítima ha podido ser satisfecha ya en vida por el cónyuge premuerto puesto que puede ser atribuida por cualquier título lucrativo (art. 172.1 Lsuc.). De manera que se imputan a la legítima colectiva las liberalidades, entre vivos o por causa de muerte, recibidas del causante por cualquiera de sus descendientes, incluso premuertos, incapaces de suceder, desheredados con causa legal o renunciando a la legítima (art. 174 Lsuc.); como excepción, dice el art. 175 Lsuc.,



que no se imputan a la legítima a) las liberalidades que el causante hubiera excluido de imputación y b) las no computables para el cálculo de la legítima; estas últimas son, según el apartado 2 del art. 174 Lsuc., las liberalidades usuales (hechas a descendientes hay que entender tratándose de la exclusión de imputación a la legítima) y los gastos de alimentación, educación y asistencia en enfermedades de legitimarios (dice parientes dentro del cuarto grado, entre los que se hallan obviamente los descendientes) que estén en situación de necesidad; finalmente, dice este apartado de la Ley que “los gastos de educación y colocación de los hijos sólo se computarán (en nuestro caso: sólo se imputarán a la legítima) cuando sean extraordinarios”. Hay que tener presentes por tanto las donaciones hechas a los hijos por el causante y, en su caso, si en su educación o colocación han recibido una ayuda que pueda considerarse extraordinaria para las posibilidades de su familia. En la medida en que así sea resultará que al abrirse la sucesión del cónyuge premuerto la legítima se encontrará, en todo o en parte, ya satisfecha y el viudo instituido heredero universal podrá recibir todos los bienes de la herencia como si no hubiera descendientes o, si parte de la legítima no ha sido satisfecha aún, sólo tendrá que abonarles si se la reclaman la parte de legítima que falte por satisfacer.

La legítima da derecho a los descendientes a recibir una mitad del caudal computable a estos efectos y precisamente, en lo no recibido ya en vida del causante, en bienes del caudal relicto, pues en otro caso se entiende que hay lesión cuantitativa (si no quedan bienes suficientes en el caudal para satisfacer la legítima) o cualitativa (si lo atribuido a los descendientes cubre sus derechos legitimarios pero no con bienes del caudal hereditario). La regla general es que la lesión cuantitativa permite a los legitimarios (actuando cada uno en defensa de la fracción del importe de la lesión proporcional a su cuota en la sucesión legal: art. 179.2 Lsuc.) pretender la reducción de las liberalidades hechas a favor de no

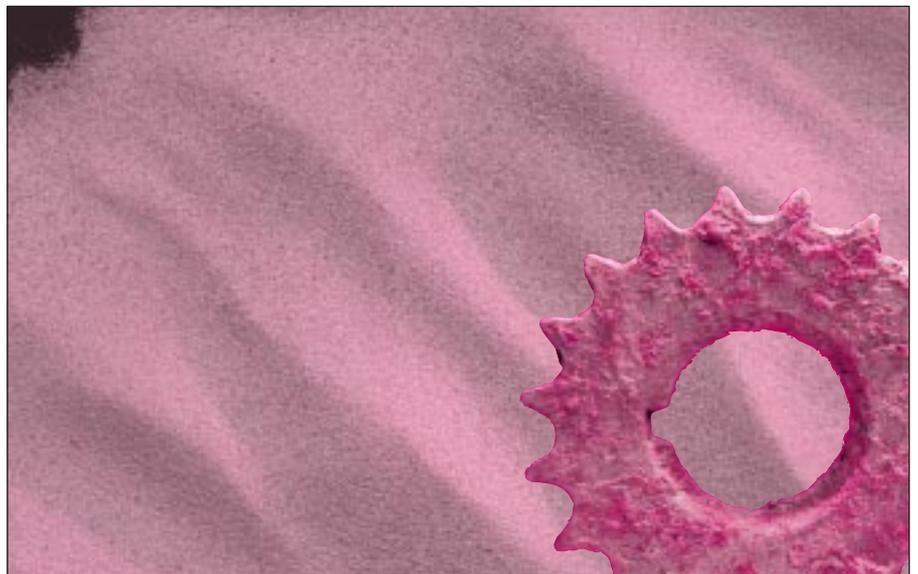
descendientes; pero el apartado 1 del art. 181 Lsuc. ha previsto como excepción que “si la reclamación de reducción se dirige contra el cónyuge viudo, podrá éste evitarla pagando en metálico lo que al legitimario reclamante le correspondiera percibir”. Por tanto, hay infracción cuantitativa y posibilidad de pedir individualmente la reparación proporcional de la lesión, pero no hay obligación por parte del cónyuge viudo de hacerlo devolviendo los mismos bienes recibidos de la herencia: a él se le permite evitar la reducción y optar por pagar en metálico lo que al legitimario reclamante le correspondiere percibir. El principio de que la legítima debe atribuirse en bienes relictos (*pars bonorum*) queda excepcionado en beneficio del cónyuge viudo para quien la legítima queda reducida a un valor que tienen derecho a reclamar los descendientes (*pars valoris*).

La mayor parte de las herencias existentes están compuestas únicamente por la vivienda conyugal y unos ahorros en el banco; hasta ahora el cónyuge viudo se veía en muchos casos con que, cuando no podía valerse por sí y los hijos no le ayudaban, no podía vender la vivienda para pagarse una residencia. Con la nueva ley esto es posible si el viudo recibe el piso (la mitad correspondiente al premuerto) como heredero o legatario y, al venderlo, hay dinero suficiente para pagar los

derechos legitimarios de los descendientes que los reclamen y el importe de la residencia.

Por lo demás, “la renuncia o la simple falta de ejercicio por alguno (de los legitimarios) de su derecho de reclamación no incrementa el de los demás” (179.3 Lsuc.), con lo que aumenta la libertad de testar (en nuestro caso, en favor del cónyuge viudo), porque sólo se corregirá la lesión cuantitativa total si todos los legitimarios legitimados reclaman su parte proporcional en la lesión, mientras que si todos o algunos renuncian a reclamar o simplemente no ejercitan su acción de lesión cuantitativa, en la misma medida se consolidará la distribución de la herencia realizada.

Frente al cónyuge viudo la legítima es meramente un valor. Esta excepción esta expresamente contemplada al regular la intangibilidad cualitativa de la legítima. La regla general, según el apartado 2 del art. 182, es que “el incumplimiento del deber de atribuir en bienes relictos lo que falte para alcanzar la cuantía de la legítima colectiva, computadas las donaciones imputables, faculta individualmente a los legitimarios afectados para pedir que la parte proporcional que en la diferencia les corresponda les sea entregada en bienes relictos por los extraños que los han recibido, renunciando a favor de éstos a los correspondientes bienes no relictos”. Y la excepción es que, como dice el apartado 3, “la reducción de libera-





lidades de bienes relictos hechas a favor de no descendientes no podrá afectar al cónyuge viudo”. En consecuencia, si en el conjunto de legitimarios ha recaído, especialmente mediante legados de crédito o de cosas ajenas al caudal relictivo, la mitad del valor del caudal computable (*relictum* más *donatum* computable), nada pueden éstos reclamar al cónyuge viudo que ha recibido bienes de la herencia por valor superior a la mitad del caudal computable.

La legítima no es pues un obstáculo para atribuir por sucesión voluntaria cualesquiera bienes del causante al cónyuge sobreviviente, quien podrá atender las reclamaciones individuales de los descendientes con dinero de cualquier procedencia.

E

Imposibilidad de gravar a los legitimarios con una sustitución fideicomisaria a favor del cónyuge viudo

Veremos que al cónyuge viudo el derecho de viudedad no le permite disponer de los bienes que usufructúa. La posibilidad de que el viudo pueda disponer de los bienes de la herencia del premuerto ha sido una de las propuestas que para el futuro se han pronunciado en alguna ocasión en el foro aragonés, especialmente por Notarios: sería conveniente –se ha dicho– que la ley permitiera atribuir al viudo un derecho a disponer de los bienes de la herencia del otro, exclusivamente a título oneroso pero extensivo incluso a los bienes que constituyen la legítima. Se trataría de permitir gravar la legítima con una sustitución fideicomisaria de residuo que nombrara heredero fiduciario al cónyuge viudo y como herederos fideicomisarios a los descendientes. Una propuesta de este estilo fue debatida por la Comisión Aragonesa de Derecho Civil y finalmente rechazada.

La Comisión descartó la libertad de testar plena pero se mostró, en principio, abierta a aceptar la posibilidad de que el testador o disponente pueda conceder a su cónyuge ciertos derechos de disposición sobre los bienes de

la herencia aun habiendo legitimarios. El grupo encargado de redactar la ponencia sobre la legítima trabajó esta posibilidad. Para la mayoría de dicho grupo, esta facultad tendría que serle concedida al viudo expresamente en pacto, testamento o acto de ejecución de la fiducia, sería independiente de la que al viudo le correspondiera como fiduciario, no dependería de su condición de usufructuario por derecho de viudedad y podría ejercitarla en beneficio propio mediante cualesquiera actos de disposición a título oneroso, aunque no se hallase en estado de necesidad. Se trataría, en definitiva, de una sustitución fideicomisaria de residuo a favor del cónyuge viudo que tendrían que soportar los legitimarios que sólo recibirían como herederos fideicomisarios los bienes de la herencia no enajenados por el viudo.

En concreto, el borrador de articulado elaborado por la mayoría del grupo de trabajo sobre la legítima incluía un artículo del siguiente tenor:

“Atribución de facultades dispositivas al cónyuge viudo

- 1. Aun habiendo descendientes, incluso no comunes, el causante podrá conceder a su cónyuge la facultad de disponer a título oneroso y en su propio beneficio de la totalidad o parte de los bienes del caudal relictivo, con las limitaciones que en su caso le imponga.*
- 2. En la medida en que el cónyuge viudo no sea usufructuario de los bienes relictos, se entenderá establecido un fideicomiso de residuo.*
- 3. La interposición de la demanda de separación, divorcio o nulidad matrimonial supondrá la revocación de la atribución de dichas facultades.”*

La propuesta, según sus autores, se hizo con el fin de responder a las expectativas de los cónyuges aragoneses, que en muchos casos desean poder atribuir esta facultad como medio de conseguir una vejez desahogada y sin dependencias de los hijos. Es decir, de lo que se trataba era de dar la posibilidad al causante de conceder a su cónyuge un derecho que pudiera utilizar en su propio beneficio,

sin tener que vincularlo a una situación de necesidad y sin generar subrogación real de lo obtenido como consecuencia de la disposición.

La mayoría de la Comisión, sin embargo, no consideró precisa esta innovación y estimó que era suficiente con la reducción cuantitativa de la legítima ya acordada y las excepciones en su naturaleza favorables al viudo que ya hemos comentado (*vid.* actas de las sesiones de 24 y 27 de mayo de 1988). La Comisión se coloca, pues, en una posición de equilibrio entre las pretensiones favorables a los viudos y las que defienden los derechos legitimarios de los hijos y descendientes.

2

Comienzo del usufructo de viudedad

Por otra parte, recordemos que, sobre todos los bienes deferidos a los legitimarios o a cualesquiera sucesores del premuerto, el cónyuge sobreviviente tiene el usufructo por derecho de viudedad. Este derecho es anterior al de los legitimarios y sucesores pues nace ya, en la fase de derecho expectante, al ingresar los bienes en el patrimonio común o en los privativos de los cónyuges. Por tanto, el usufructo de viudedad se extiende también sobre los bienes recibidos por los descendientes en pago de la legítima (salvo si se recibieron en vida con renuncia del expectante), sin que aquél pueda ser considerado como un gravamen de la legítima y ser tenido por no puesto (art. 184 Lsuc.); ni siquiera puede ser considerado como uno de los gravámenes permitidos sobre la legítima: la viudedad no es un gravamen de la legítima, sino un derecho previo a ella.

Dice el art. 79 Comp. que “el fallecimiento de un cónyuge atribuye al sobreviviente con derecho expectante el de usufructo sobre los bienes afectos y, desde ese momento, su posesión”. Bienes afectos son todos los de la herencia, incluida la participación del premuerto en el patrimonio conyugal, y los enajenados sin renuncia del derecho expectante. No obstante, veremos



que en caso de comunidad conyugal continuada los frutos, tanto de los bienes comunes como de los que fueron privativos de los cónyuges, siguen ingresando en el patrimonio común.

El cónyuge viudo no está obligado por ley a formalizar inventario de los bienes usufructuados y a prestar fianza, salvo cuando lo haya ordenado el causante, lo exijan los nudo-propietarios o lo pida el Ministerio Fiscal si hay legitimarios (art. 80 Comp.).

“El derecho de viudedad es inalienable. No obstante, cuando no haya descendencia del cónyuge fallecido el viudo o viuda puede pactar con los herederos de aquél lo que se estime oportuno, respetando las cargas establecidas por el mismo. Haya o no descendencia, puede enajenarse la plena propiedad de bienes determinados, concurriendo el viudo usufructuario con el nudo-propietario, pero salvo pacto en contrario quedarán subrogados el precio o la cosa adquirida en lugar de lo enajenado” (art. 83 Comp.). El viudo carece de facultades dispositivas sobre los bienes usufructuados, incluso en caso de necesidad. No obstante, ésta es una cuestión que posiblemente sea revisada en la próxima reforma que está preparando la Comisión Aragonesa de Derecho Civil.

Los nudo-propietarios pueden hacer al usufructuario indicaciones o advertencias sobre la administración y explotación de los bienes y, si son desatendidas, podrán acudir a la Junta de Parientes o al Juez (art. 85). En tal caso, “si el viudo usufructuario no pudiera o no se aviniera a cumplir el acuerdo de la Junta o la decisión judicial, podrán pedir los nudo-propietarios la entrega de los bienes y la sustitución del usufructo por una renta a su cargo no inferior al rendimiento medio obtenido en los cinco últimos años y revisable cuando varíen las circunstancias objetivas” (art. 87 Comp.).

A la muerte del viudo se extingue el usufructo de viudedad (salvo si se ha extinguido antes por la concurrencia de alguna otra causa de las previstas en el art. 86 Comp.) y los propietarios podrán entrar en posesión de los bienes usufructuados por interdicto de adquirir (art. 88).

3

Disolución del consorcio conyugal y nacimiento de nuevas comunidades familiares

La disolución del matrimonio, en este caso por muerte de uno de los cónyuges, es también causa de disolución automática de la comunidad conyugal legal (art. 52.2.º Comp. y 1392.1.º Cc.). Por tanto, si éste era el régimen económico del matrimonio, dejan de aplicarse sus reglas y la comunidad disuelta pasa a estar regida hasta la partición por un nuevo estatuto. En Aragón el nuevo estatuto de la comunidad conyugal disuelta puede ser el de la comunidad conyugal continuada o el de la comunidad postconsorcial dividenda (vid. art. 52.2.º Comp.).

Pues bien, vamos a ver ahora como el cónyuge viudo, aunque no sea heredero o legatario de los bienes del fallecido y con independencia de si tiene o no el usufructo de viudedad sobre todos o parte de ellos, goza de una posición privilegiada en la administración del patrimonio común indiviso y en la división y adjudicación de los bienes comunes.

A

La comunidad conyugal continuada

En Derecho aragonés la comunidad conyugal disuelta no necesariamente ha de paralizarse y prepararse para la liquidación y división, sino que puede continuar siendo una comunidad dinámica, gestionada ahora por el cónyuge superviviente con la colaboración de los demás partícipes, comunidad que asume el activo y pasivo consorcial del disuelto matrimonio y tiene para el futuro sus propias reglas. Dice el art. 60.1 Comp. que “continuará entre el sobreviviente y los herederos del premuerto la comunidad existente al fallecimiento de uno de los cónyuges, siempre que los principales ingresos de la sociedad conyugal provengan de explotaciones agrícolas, ganaderas, industriales o mercantiles”.

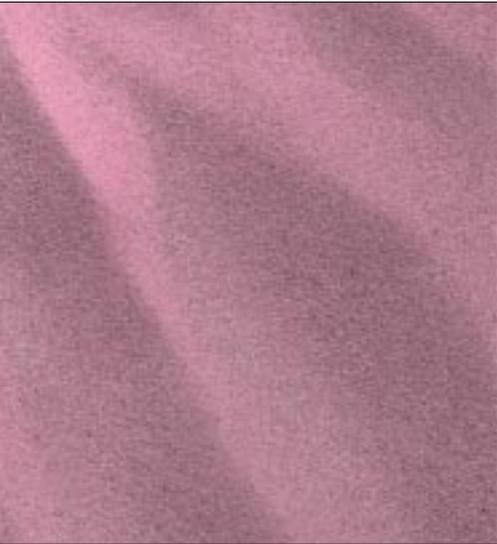
La continuación es obligatoria si así lo han pactado en capítulos o dispuesto de mancomún ambos cónyuges (art.



60.1.1.º); en ausencia de tales pactos y disposiciones, sólo si ha quedado descendencia del matrimonio puede continuar la comunidad (art. 60.1.2.º), y continuará sin más si ninguno de los interesados notifica a los demás su voluntad en contrario (art. 61.1), y de manera forzosa si entre los descendientes que sucedan en todo o en parte de la explotación hay algún menor de edad (art. 61.2).

Esta comunidad familiar, dado su presupuesto, ha de seguir siendo la principal fuente de ingresos de la familia, sirviendo así a su unidad y protección y favoreciendo el respeto al cónyuge viudo. Pero la comunidad continuada es compatible con la viudedad universal (art. 60.2), lo cual significa que prevalecen las normas de aquélla sobre las de ésta en caso de contradicción, y que, por tanto, los frutos y rendimientos de los bienes comunes y de los que eran privativos del premuerto ingresan en la comunidad (art. 63.1.1.º) y no en el patrimonio del viudo usufructuario. La situación es muy similar a la existente durante el matrimonio, si bien ahora no se hacen comunes los beneficios y ganancias obtenidos por los partícipes con independencia de los bienes y negocios de la masa común (art. 63.2 Comp.).

La muerte, incapacidad o ausencia del cónyuge viudo, y las demás causas previstas en el art. 68 Comp., disuelven la comunidad conyugal continuada. Para la liquidación y división se aplican, en



lo pertinente, las disposiciones propias de la comunidad conyugal en liquidación, de la que ahora nos ocupamos.

B

La comunidad postconsorcial en liquidación

Producida la disolución del consorcio conyugal deja de aplicarse el régimen de la comunidad legal pero hasta que, tras la liquidación, tiene lugar la división y adjudicación del caudal remanente sigue existiendo la comunidad postconsorcial, sujeta ahora a un nuevo régimen; de ella son titulares el viudo y los herederos del premuerto. Se trata de una comunidad que pierde parte del carácter familiar y dinámico que tenía su antecesora para convertirse en una comunidad ordinaria y estática cuyo destino es ser liquidada y dividida entre los partícipes.

En los casos de disolución por muerte o declaración de fallecimiento debe tenerse en cuenta que el cónyuge sobreviviente tendrá normalmente el usufructo universal de viudedad y que además puede ser su fiduciario. A los herederos del premuerto, si están ya designados, les corresponde normalmente sólo la nuda-propiedad de los bienes de la herencia; y, entre los bienes de la herencia, hay que incluir la participación del premuerto en el consorcio conyugal. Por lo demás, es evidente, que si el sucesor en la parti-

cipación consorcial del premuerto es el cónyuge viudo desaparece definitivamente el patrimonio común y todos sus bienes pertenecen en plena propiedad en exclusiva al cónyuge viudo, sin perjuicio de que si hay descendientes pueden reclamarle individualmente el pago de sus derechos legítimos.

Pues bien, si la participación del premuerto en la comunidad conyugal no ha correspondido por Derecho de sucesiones al cónyuge viudo se mantiene indiviso el patrimonio común hasta la partición y, mientras tanto, la administración corresponde al cónyuge viudo: es una solución realista dado que el cónyuge sobreviviente, además de partícipe, es normalmente usufructuario de los bienes y derechos del premuerto (derecho de viudedad), representante legal de los hijos comunes menores de 14 años (que serán frecuentemente los herederos de aquél), y puede ser incluso fiduciario del cónyuge fallecido. Solución que, en cambio, no parece adecuada cuando la muerte de uno de los cónyuges acaece iniciados los trámites de la separación de bienes, la nulidad del matrimonio, la separación personal o el divorcio.

El cónyuge viudo suele concentrar en sus manos la administración de todo el patrimonio familiar, pues administra sus propios bienes, también los que eran privativos del otro (derecho de viudedad, fiducia, representación), y continúa la administración del patrimonio común mientras permanece indiviso –frecuentemente hasta su muerte–, pudiendo, entre otras cosas, “deducir de él alimentos para sí y las personas que con el matrimonio convivían, atender el pago de las deudas exigibles, así como al normal desarrollo de los negocios comunes y a la conservación de los bienes” (art. 53.1). Son facultades de gestión de una comunidad que, sin ser la comunidad conyugal continuada, sigue teniendo provisionalmente carácter familiar, algo más atenuado cuando el viudo administrador es también usufructuario por derecho de viudedad: los frutos, en tal caso, no ingresan en el patrimonio común

sino que le pertenecen a él, como le seguirán perteneciendo mientras viva los frutos de los bienes comunes que se adjudiquen a los herederos del premuerto si se practica la división de la comunidad postconsorcial. En cuanto administración de un patrimonio en parte ajeno, dice el art. 53.3 que el cónyuge viudo “responderá de su gestión y dará cuenta de ella a los partícipes en aquello que les afecte” (son sólo nudo-proprietarios de la cuota consorcial del cónyuge premuerto). Añade que a instancia de cualquiera de ellos el cónyuge viudo estará obligado, en su caso, a formalizar inventario de los bienes comunes, a prestar fianza (art. 80) y a observar las otras medidas cautelares previstas para el usufructo de viudedad (art. 81). La petición de inventario es el inicio de las operaciones liquidatorias (cfr. art. 55.1). Si la comunidad está integrada exclusivamente por el viudo y los hijos comunes, “los bienes consumibles que no aparezcan al tiempo de la división se presumen aprovechados en beneficio del consorcio” (art. 53.4): presunción *iuris tantum*; en otro caso (si hay otros partícipes o si, aun no habiéndolos, se trata de bienes muebles no consumibles), el viudo ha de justificar su desaparición.

Es regla general en las situaciones de cotitularidad que los actos de disposición de los bienes comunes, a título oneroso o gratuito, requieren el acuerdo de la totalidad de los partícipes (cfr. art. 67.1), en nuestro caso, de los cónyuge o del viudo y los herederos del premuerto. Cuando por haberse encomendado su designación mediante fiducia no existan todavía herederos del premuerto, la facultad de disposición corresponderá al cónyuge viudo y al fiduciario en los términos que prevén los arts. 138 y 139 Lsuc.: si son la misma persona, el viudo (partícipe-usufructuario-fiduciario) podrá disponer por sí solo en los casos del art. 138 Lsuc., pero necesitará la autorización prevista en el art. 139 Lsuc. para disponer de inmuebles por naturaleza y de los muebles como sitios a que se refiere el art. 39 Comp. En ejecución de la fiducia, el



fiduciario puede atribuir la cuota consorcial del premuerto, o parte de ella, a alguno o algunos de los descendientes (cfr. arts. 141-143 Lsuc.), pero además “cuando el comitente haya designado como único fiduciario al cónyuge, éste, en uso parcial de la fiducia, podrá atribuir bienes pertenecientes a la disuelta comunidad conyugal con el causante, sin necesidad de practicar su previa liquidación” (art. 142.3 Lsuc. y, previamente, Auto del Presidente del TSJA de 3 octubre 1989): si los bienes comunes así adjudicados no agotan el valor de la participación del premuerto se imputarán en ella al hacer la división del caudal consorcial remanente.

4

Liquidación y división de la comunidad conyugal disuelta

“Cualquiera de los partícipes en una comunidad disuelta podrá pedir que se haga inventario del patrimonio consorcial”, petición que entraña el deseo de iniciar las operaciones de liquidación, operaciones que no han de practicarse necesariamente ante el Juez (como desde 1985 dice el art. 55.1 Comp.) sino que, si hay acuerdo, el inventario y las demás operaciones de liquidación pueden hacerse en la forma convenida o pueden encomendarse a árbitros o arbitradores; si no hay acuerdo puede solicitarse al Juez la liquidación y partición.

Las operaciones de liquidación suponen: a) La fijación del estado y contenido del patrimonio dividiendo en el momento anterior a la división; b) La liquidación de las relaciones que median entre él y los acreedores, incluidos los patrimonios privativos; c) La distribución del remanente, si lo hay.

El segundo punto del art. 56.3.º Comp. contiene una norma de carácter procesal según la cual, si al practicar la liquidación “fuera necesario vender o dar en pago bienes consorciales, se respetarán en tanto sea posible, los mencionados en los dos artículos siguientes”, es decir, las ventajas y los bienes que pueden ser objeto de adjudicación preferente. La norma pre-

tende facilitar la efectividad de tales derechos subjetivos haciendo que las enajenaciones o donaciones en pago se hagan con otros bienes, siempre que los haya y sean suficientes; en otro caso, habrá que acudir primero a los bienes del art. 58 Comp. y, en último término, a los que hubieran podido constituir ventajas.

Si la liquidación las ha respetado, antes de la división del patrimonio ya liquidado se detraen las ventajas (art. 56.4.º Comp.): operación, por tanto, previa a la división pero que no es estrictamente liquidatoria. Según el art. 57.1 Comp. “el cónyuge sobreviviente detraerá de los bienes comunes, como ventajas, sus ropas de uso y llevar, sus instrumentos de trabajo de un valor no desproporcionado al patrimonio consorcial y ajuar de casa en consonancia con el tenor de vida del matrimonio; además de cualesquiera otros bienes que, como tales ventajas, le conceda la costumbre local”. La detracción de ventajas cumple la función de evitar la brusca interrupción de los hábitos personales y profesionales del sobreviviente (función que podrían cumplir también en la disolución por causa distinta de la muerte) concediéndole el derecho, que el apartado 2 del art. 57 Comp. califica de personalísimo y no transmisible a los herederos, a quedarse determinados bienes muebles comunes relacionados con su persona o profesión sin imputárselos en su participación. No es una atribución sucesoria y, más que un premio o don de supervivencia, parece un derecho de origen legal derivado del régimen matrimonial legal que, al disolverse por muerte de un cónyuge, introduce un factor de corrección en el principio de comunicación de los bienes muebles del art. 37.4.º Comp. (distinto régimen prevén los arts. 1321 y 1346.7.º y 8.º del Cc.).

Liquidado el patrimonio (y detraídas, en su caso, las ventajas), el caudal remanente se dividirá y adjudicará por mitad o en la forma pactada (art. 58.1 Comp.). La partición no es un acto meramente declarativo, tampoco es un acto de disposición, es un acto de

materialización o especificación en bienes concretos del valor de la cuota de cada partícipe. El apartado 2 del art. 58 Comp. concede al cónyuge sobreviviente un derecho potestativo, denominado “de adjudicación preferente” (que podría extenderse a las otras causas de disolución: cfr. art. 1406 Cc.), que le permite, si manifiesta su voluntad antes de que sean enajenados o dados en pago, “hacer incluir en su lote los bienes de uso personal o profesional que no constituyan ventajas, la explotación industrial, comercial o agrícola que dirigiera, así como los bienes que hubiera aportado al consorcio. Todo ello sin perjuicio de las compensaciones que procedan”. Este derecho no se extiende a la vivienda habitual pues no parecen de aplicación supletoria los arts. 1406 y 1407 Cc.

Desde la muerte del primero de los cónyuges hemos visto que ha tenido lugar la apertura de su sucesión, la vocación y delación a favor de los primeros llamados a suceder; la aceptación de la herencia ha podido retrasarse pero no importa porque, una vez producida, tiene efectos retroactivos al momento del fallecimiento del causante. Por otra parte, hemos visto que el fallecimiento de un cónyuge atribuye al otro el usufructo viudal que, en principio, es vitalicio. Finalmente, acabamos de ver que el patrimonio común indiviso lo administra, en principio también hasta su muerte, el cónyuge viudo. En esta situación, los herederos del premuerto no suelen tener interés en pedir la liquidación y división del patrimonio conyugal común y tampoco, si son varios, de la comunidad hereditaria, porque, aunque promuevan la liquidación de ambas comunidades –normalmente primero la conyugal y luego la hereditaria–, los bienes que se les adjudiquen individualmente los seguirá usufructuando el viudo. Podrán saber qué bienes son suyos individualmente pero sólo en nuda propiedad. Por ello es frecuente que la liquidación del consorcio conyugal y de las comunidades hereditarias de ambos cónyuges se pospongan hasta la muerte del viudo o la extinción de su derecho de viudedad.

Despido de una trabajadora embarazada, con contrato de trabajo de duración determinada



MARCO JURÍDICO

La nominativa comunitaria

La Directiva 76/207 tiene por objeto aplicar el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la promoción y a la formación profesional, así como a las condiciones de trabajo.

El art. 3, apartado 1, de la Directiva 76/207 dispone:

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

A tenor del art. 5, apartado 1, de dicha Directiva:

“La aplicación del principio de igualdad de trato en lo que se refiere a las condiciones de trabajo, comprendidas las condiciones de despido, implica que se garanticen a hombres y mujeres las mismas condiciones, sin discriminación por razón de sexo.”

Conforme a su decimoquinto considerando, el objetivo principal de la Directiva 92/85 es proteger a las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia contra el riesgo de despido como consecuencia de su estado, circunstancia que podría perjudicar su salud física y psíquica.

Así, según el art. 10, apartado 1, de dicha Directiva 92/85:

“Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para prohibir el despido de las trabajadoras [...]

durante el período comprendido entre el comienzo de su embarazo y el final del permiso de maternidad [...], salvo en los casos excepcionales no inherentes a su estado admitidos por las legislaciones y/o prácticas nacionales y, en su caso, siempre que la autoridad competente haya dado su acuerdo”.

El decimocuarto considerando de la Directiva 92/85 precisa que, habida cuenta de su vulnerabilidad, es necesario conceder un permiso de maternidad a la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia. Este derecho está previsto en el art. 8 de la mencionada Directiva, que establece:

“1. Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para que las trabajadoras a que se refiere el art. 2 disfruten de un permiso de maternidad de como mínimo catorce semanas ininterrumpidas, distribuidas antes y/o después del parto, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales.

2. El permiso de maternidad que establece el apartado 1 deberá incluir un permiso de maternidad obligatorio de como mínimo dos semanas, distribuidas antes y/o después del parto, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales”.

La legislación nacional

El art. 9 de la ley *om ligebehandling af mxnd og kvinder med hensyn til beskæftigelse og barselsorlov m.v.* (Ley sobre la igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, al permiso de maternidad, etc.; en lo sucesivo, “Ley sobre la igualdad de trato”) dispone:

“Un empleador no podrá despedir a un trabajador porque éste haya invocado su derecho a un permiso o porque haya disfrutado un permiso con arreglo al art. 7 o por otros motivos relacionados con el embarazo, el período post-parto o la adopción”.

Según el art. 16 de la Ley sobre igualdad de trato:

“1. Si un trabajador es despedido con infracción del art. 9, el despido es declarado nulo, si se solicita, salvo que se considere, en casos excepcionales y después de haber sopesado los intereses de las partes, que resulta manifiestamente injustificado exigir que se mantenga o que se restablezca la relación laboral.

2. Si un trabajador es despedido con infracción del art. 9 y el despido no es anulado, el empresario debe indemnizar al trabajador.

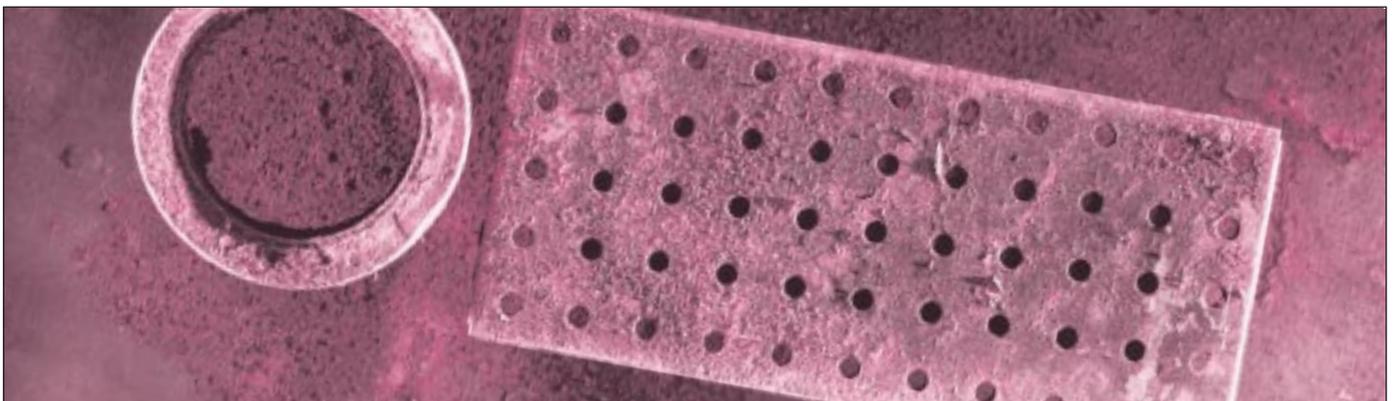
[...]

4. Si el despido tiene lugar durante el embarazo, el período post-parto o la adopción, el empresario debe demostrar que no obedece a esas causas.

[...]”.

EL LITIGIO PRINCIPAL Y LAS CUESTIONES PREJUDICIALES

En junio de 1995, la Sra. Brandt-Nielsen fue contratada por Tele Danmark por un período de seis meses, a partir del 1 jul. 1995, para trabajar en su servicio post-venta de teléfonos móviles. En la entrevista de contratación las partes acordaron que la Sra. Brandt-Nielsen debía seguir una formación durante los dos primeros meses de duración de su contrato.





En agosto de 1995, la Sra. Brandt-Nielsen informó a Tele Danmark de que estaba encinta y esperaba dar a luz a principios del mes de noviembre. Poco tiempo después, el 23 Ago. 1995, fue despedida con efecto a partir del 30 Sep., debido a que no había comunicado su embarazo a Tele Danmark en la entrevista. La Sra. Brandt-Nielsen trabajó durante todo el mes de septiembre.

Con arreglo al convenio colectivo aplicable, la Sra. Brandt-Nielsen tenía derecho a un permiso de maternidad retribuido de ocho semanas antes de la fecha prevista para el parto. En este caso, dicho período debería haber comenzado el 11 Sep. 1995.

El 4 Mar. 1996, HK, actuando en representación de la Sra. Brandt-Nielsen, demandó a Tele Danmark ante el Retten i Århus para obtener el pago de una indemnización porque el despido de la empleada infringía el artículo 9 de la Ley sobre la igualdad de trato.

Mediante sentencia de 14 Ene. 1997, el Retten i Århus desestimó el recurso debido a que la Sra. Brandt-Nielsen, que había sido contratada por un período de seis meses, no había indicado que se hallaba encinta en la entrevista de contratación siendo así que el parto estaba previsto para el quinto mes de vigencia del contrato de trabajo.

Mediante S 15 Abr. 1999, el Vestre Landsret, ante el que había apelado la Sra. Brandt-Nielsen, le dio satisfacción debido a que se había probado que su despido estaba relacionado con su embarazo.

Tele Danmark recurrió en casación contra dicha sentencia ante el *Højesteret*, alegando que la prohibición de despedir a una trabajadora embarazada establecida por el Derecho comunitario no se aplica a una trabajadora por cuenta ajena contratada con carácter temporal que, aun sabiendo que estaba encinta en el momento de celebrar el contrato de trabajo, no lo comunicó al empresario y que, debido al derecho a permiso de maternidad, no iba a poder realizar el trabajo para el que había sido contratada durante una parte significativa de la vigencia del contrato.

En estas circunstancias, el *Højesteret* decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

“1) El art. 5, apartado 1, de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 Feb. 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 y/o el art. 10 de la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 Oct. 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, u otras disposiciones de dichas Directivas o del Derecho comunitario, ¿se oponen a que una trabajadora sea despedida por encontrarse embarazada cuando:

- la interesada fue contratada para un empleo temporal por un período determinado;
- al ser contratada, conociendo su estado, no advirtió de este hecho al empleador; y
- el embarazo suponía que la trabajadora no podría trabajar durante una parte significativa del contrato?

2) ¿Tiene alguna relevancia para la contestación de la primera pregunta el hecho de que la trabajadora fuera contratada por una gran empresa que recurre con frecuencia a la contratación de trabajadores temporales?”.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN

Tele Danmark alega que la prohibición de despedir a una trabajadora embarazada establecida por las Directivas 76/207 y 92/85 no se aplica en las circunstancias del presente asunto. En realidad, la razón determinante del despido no es el propio embarazo, sino el hecho de que la Sra. Brandt-Nielsen no iba a poder cumplir una parte sustancial del contrato. Además, el hecho de que ésta no hubiese informado al empresario de su estado, sabiendo que no iba a poder ejercer su empleo durante una parte sustancial de la vigencia del contrato debido a su embarazo, constituye

un incumplimiento del deber de lealtad que se impone en las relaciones entre trabajadores y empresarios, de modo que justifica por sí mismo el despido.

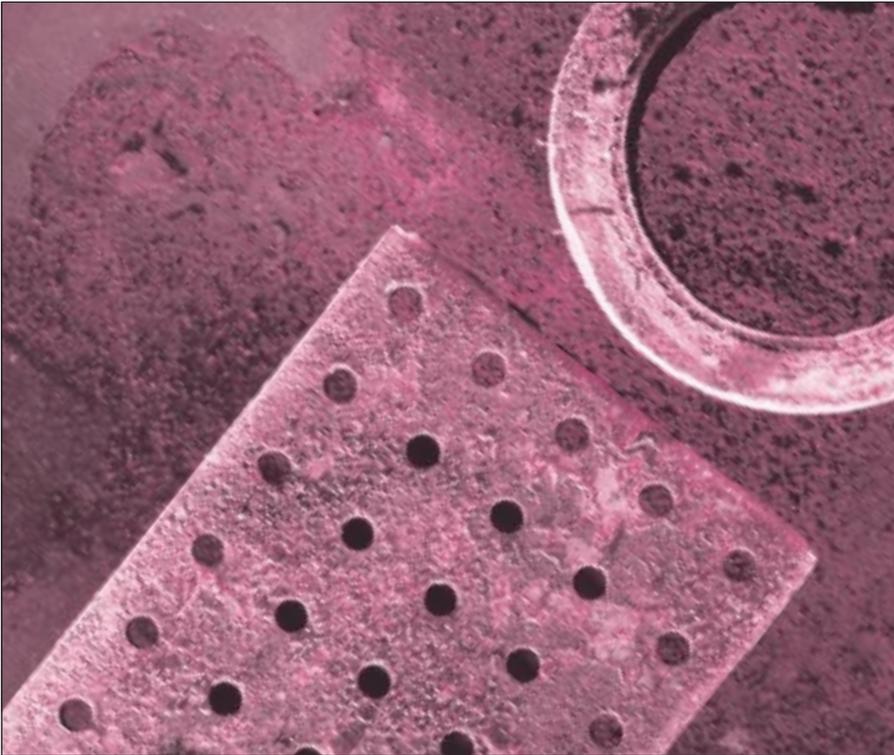
Tele Danmark añade que la negativa a contratar a una mujer encinta o su despido sólo infringen el Derecho comunitario cuando se trata de un contrato por tiempo indefinido. En efecto, en el marco de dicha relación laboral, debe suponerse que las obligaciones de la trabajadora siguen existiendo una vez terminado el permiso de maternidad, por lo que el respeto del principio de igualdad de trato conduce a un resultado equilibrado.

Por el contrario, la Sra. Brandt-Nielsen, la Comisión y el órgano de Vigilancia de la AELC sostienen que ni las Directivas 76/207 y 92/85 ni la jurisprudencia del Tribunal de Justicia establecen diferencias dependiendo de que el contrato celebrado con la trabajadora sea de duración determinada o por tiempo indefinido.

Consideran que, en el presente asunto, tanto la Directiva 76/207 como la Directiva 92/85 se oponen al despido de la Sra. Brandt-Nielsen, puesto que es evidente que la causa del despido ha sido el embarazo de esta última. Conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el perjuicio económico sufrido por el empresario o las necesidades inherentes al buen funcionamiento de su empresa no pueden justificar el despido de una trabajadora embarazada, dado que el empresario debe asumir el riesgo de las consecuencias económicas y de organización del trabajo producidas por el embarazo de sus empleadas.

En cuanto a la circunstancia de que la Sra. Brandt-Nielsen no señalara que estaba encinta en el momento de su contratación, la Comisión alega que la trabajadora no está obligada a informar al empresario de su estado, puesto que este último no puede tenerlo en cuenta en el momento de la contratación.

El órgano de Vigilancia de la AELC añade que, si se admitiera dicha obligación de informar al empresario, se correría el riesgo de privar de efecto a la protección de las trabajadoras embarazadas establecida por el art. 10 de la



Directiva 92/185, cuando el legislador comunitario ha deseado que dicha protección sea especialmente elevada.

El legislador comunitario tomó también en consideración el riesgo que un posible despido crea respecto a la situación física y psíquica de las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia, incluido el riesgo particularmente grave de incitarlas a interrumpir voluntariamente su embarazo, por lo que previó, en el art. 10 Directiva 92/85, una protección especial en favor de estas trabajadoras imponiendo la prohibición de despido durante el período comprendido entre el comienzo del embarazo y el final del permiso de maternidad.

Además, es preciso señalar que, durante dicho período, el art. 10 Directiva 92/85 no establece ninguna excepción o inaplicación de la prohibición de despido de las trabajadoras embarazadas, salvo en casos excepcionales no inherentes a su estado y siempre que el empresario justifique por escrito las causas de dicho despido.

Por otra parte, el Tribunal de Justicia ha declarado que la negativa de contratación debida al embarazo no puede estar justificada por motivos basados en el perjuicio económico padecido por el

empresario en caso de contratación de una mujer embarazada durante su permiso de maternidad.

El Tribunal de Justicia declaró asimismo que, aunque la disponibilidad del empleado es necesariamente para el empresario un requisito esencial para la correcta ejecución del contrato de trabajo, la protección que el Derecho comunitario garantiza a la mujer durante el embarazo y, después, tras el parto no puede depender de si la presencia de la interesada, durante el período correspondiente a su permiso de maternidad, es indispensable para la buena marcha de la empresa en la que está empleada. La interpretación contraria privaría de efecto útil a las disposiciones de la Directiva 76/1207.

Dicha interpretación no puede ser modificada por la circunstancia de que el contrato de trabajo celebrado sea de duración determinada.

En efecto, puesto que el despido de una trabajadora por razón de su embarazo constituye una discriminación directa basada en el sexo, independientemente de la naturaleza y el alcance del perjuicio económico sufrido por el empresario debido a la ausencia ocasionada por el embarazo, el hecho de que el contrato de trabajo celebrado

sea de una duración determinada o por tiempo indefinido sigue careciendo de incidencia sobre el carácter discriminatorio del despido. En ambos casos, la incapacidad de la trabajadora para ejecutar su contrato de trabajo se debe al embarazo.

Además, la duración de una relación laboral es un elemento particularmente aleatorio de ésta ya que, aun cuando el trabajador haya sido contratado en virtud de un contrato de duración determinada, dicha relación puede ser más o menos larga y, además, es posible que se renueve o prolongue.

En consecuencia, procede responder a la primera cuestión que los arts. 5, apartado 1, de la Directiva 76/207 y 10 de la Directiva 92/85 deben interpretarse en el sentido de que se oponen al despido de una trabajadora por causa de embarazo

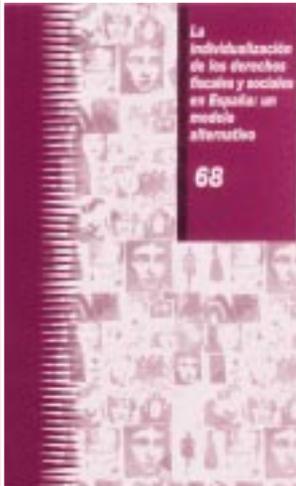
- cuando esta última fue contratada por un período determinado,
- no informó a su empresario de su embarazo, a pesar de que ya lo conocía en el momento en que se celebró el contrato de trabajo,
- y, debido a dicho estado, no va a poder trabajar durante una parte significativa de la duración de dicho contrato.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN

Basta señalar que las Directivas 76/1207 y 92/85 no establecen ninguna distinción, respecto al alcance de las prohibiciones que enuncian y de los derechos que garantizan, en función del tamaño de la empresa de que se trate.

En cuanto a la circunstancia de que el empresario recurra en gran medida a los contratos de duración determinada, hay que recordar que, la duración de la relación laboral carece de incidencia sobre el alcance de la protección garantizada por el Derecho comunitario a las trabajadoras embarazadas.

En consecuencia, el hecho de que la trabajadora haya sido contratada por una empresa muy grande que recurre con frecuencia a personal temporal carece de incidencia sobre la interpretación de los arts. 5, apartado 1, de la Directiva 76/207 y 10 de la Directiva 92/85.



LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LOS DERECHOS FISCALES Y SOCIALES EN ESPAÑA: UN MODELO ALTERNATIVO

Villota, Paloma de; Ferrari, Ignacio. *La individualización de los derechos fiscales y sociales en España: un modelo alternativo.* Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Instituto de la Mujer, D.L. 2001. 283 p. (Estudios; 68)

Esta investigación se llevó a cabo durante 1999 dentro del programa del Plan Nacional I+D, Programa Sectorial de estudios de las Mujeres y del Género, y en ella se aborda un tema muy novedoso, como es la individualización de los derechos sociales y fiscales, mediante un riguroso examen de la política fiscal y de la Seguridad Social en España, desde una perspectiva de género.

El estudio pone de relieve que la discriminación fiscal de las mujeres se patentiza de forma drástica en los sistemas que aceptan la familia tradicional como unidad contributiva, quedando al margen de la realidad sociológica actual. Los sistemas tributarios basados en el concepto tradicional de familia encasillan a las mujeres en el cuidado de los niños y de las niñas, así como de las tareas domésticas exclusivamente, considerando al esposo-padre como cabeza de familia y único perceptor de ingresos. Tan

es así que cuando las casadas acceden al mercado de trabajo, el sistema de tributación conjunta penaliza los ingresos del segundo perceptor, gravando de forma excesiva el trabajo remunerado de las mujeres...



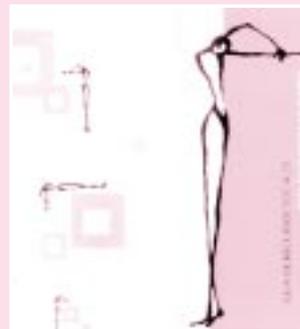
LOS FORMULARIOS EN EL DERECHO DE FAMILIA (ADAPTADOS A LA LEY 1/2000)

Sánchez Pedrero, Adolfo. *Los formularios en el Derecho de familia (Adaptados a la Ley 1/2000).* Valencia, Tirant Lo Blanch, 2001. 449 p. (Formularios; 15)

Esta obra desarrolla de forma pormenorizada los distintos supuestos de demandas en este tipo de procesos especiales, los cuales están adaptados a la Ley de Enjuiciamiento Civil, Ley 1/2000, de 7 de enero.

Su texto se inicia con un esquema de cada procedimiento, continúa con el desarrollo de supuestos de demandas y, al principio de cada una de ellas, mediante nota, se advierte de los puntos principales de la misma (causa invocada, pensiones solicitadas, existencia o no de hijos, etc.), así como el formulario con el que guarda relación (para el supuesto de contestación de la demanda). Prosigue la obra con los distintos formularios de resoluciones

judiciales y con la liquidación del régimen económico matrimonial, con sus correspondientes esquemas. Y, por último se añaden estudios jurídicos que, por su relación con esta materia en puntos tan controvertidos –entre otros– como la actualización de pensiones, la reconvencción o el allanamiento, se entienden de aplicación práctica.



GUÍA DE RECURSOS SOCIALES PARA LAS MUJERES EN ARAGÓN

Delgado del Río, Gregorio. *El proceso de nulidad de matrimonio.* Barcelona, Bosch, 2001. 198 p.

Contiene los recursos existentes en cada una de las tres provincias de la Comunidad Autónoma de Aragón, referentes a:

Organismos de igualdad. Servicios de atención a las mujeres víctimas de violencia. Casas de acogida, otros centros y servicios de interés. Salud. Servicios sociales. Educación. Empleo. Gobierno de Aragón. Oficinas de información socio-laboral. Instituto Nacional de Empleo. Otras entidades. Organizaciones empresariales. Organizaciones sindicales. Cámaras de Comercio. Asociaciones de mujeres. Otros servicios de interés para las mujeres: Teléfonos 24 horas. Teléfonos útiles.



EL PROCESO DE NULIDAD DE MATRIMONIO

Delgado del Río, Gregorio. *El proceso de nulidad de matrimonio.* Barcelona, Bosch, 2001. 198 p.

La familia sigue siendo, en los inicios del tercer milenio, una de las instituciones sujeta a más cambios y transformaciones. El matrimonio católico no es una excepción. El proceso de nulidad de matrimonio es el cauce a través del cual se busca, ante los Tribunales eclesiásticos, una salida coherente con la verdad objetiva del caso concreto.

Este trabajo analiza aspectos esenciales del proceso canónico de nulidad de matrimonio desde una perspectiva singular. Le preocupa sobre todo la tutela del derecho a la propia defensa y las exigencias que conlleva respecto a la instrucción de las causas. Toda una nueva mentalidad que choca abiertamente con viejas prácticas, poco respetuosas con los derechos del fiel y de la persona. No es extraño, en consecuencia, su insistencia en la necesidad urgente de superar la llamada “ley de la sospecha”, cuya vigencia real viene originando tantas arbitrariedades.

Todo el esfuerzo de crítica y propuesta se realiza desde el plano de la más absoluta practicidad que, como profesional que actúa diariamente ante los Tribunales eclesiásticos, tan bien conoce el autor.



Cifras sobre la situación de las mujeres en Aragón

El diseño de políticas de igualdad parte, necesariamente, de conocer cuál es la situación de las mujeres en Aragón.

La realización de este documento es reflejo de la presencia y participación de las mujeres en todos los ámbitos de la sociedad aragonesa, en la vida política, económica, cultural y social de nuestra Comunidad Autónoma y por tanto su participación en el desarrollo de Aragón.

El análisis de las cifras sobre la situación de las mujeres y los hombres, demuestran la mejora de la situación de las mujeres hoy en Aragón en prácticamente todos los ámbitos. Sin embargo, también destaca la necesidad de fomentar y aplicar acciones positivas que permitan corregir las desigualdades que todavía hoy dificultan a las mujeres situarse en igualdad de condiciones en distintos ámbitos y su participación y presencia activa en la misma medida que los hombres.

El Gobierno de Aragón a través de la introducción efectiva en todos sus programas y proyectos de la perspectiva de género, va a aplicar políticas públicas de igualdad entre mujeres y hombres, para que las condiciones de partida de todas las personas que conformamos la Comunidad Autónoma sean las mismas en derechos y oportunidades, consiguiéndose entonces una verdadera igualdad real.

Este estudio se estructura en diferentes capítulos monográficos en los que se presentan datos, lo más actualizados posibles, analizados en gráficos y tablas con su correspondiente comentario. Dichos apartados son: Población y familias; Educación; Trabajo; Participación política y social; Salud; Riesgo de exclusión y prestaciones sociales.

Este documento pretende ser, por tanto, instrumento de trabajo para todas aquellas personas y profesionales que en nuestra Comunidad trabajan en la aplicación de la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres.

Finalmente, en nombre del IAM me gustaría agradecer a todas aquellas instituciones, públicas o privadas, –especialmente al Instituto Aragonés de Estadística– y a todas las organizaciones, entidades y agentes sociales que han colaborado en la elaboración de este estudio, sin cuya participación difícilmente se hubiera realizado el mismo.

ANA DE SALAS GIMÉNEZ DE AZCÁRATE
Directora del Instituto Aragonés de la Mujer



INSTITUTO ARAGONÉS DE LA MUJER

HUESCA

E mail: iamhu@aragob.es

Alto Gállego

Ayuntamiento. Plaza de España, 2.
Teléfono 974 480 005.
Sabiñánigo.

Bajo Cinca

Paseo Barrón, 7.
Teléfono 974 472 147.
Fraga.

Cinca Medio

Ayuntamiento. Plaza Mayor, 4.
Teléfono 974 400 700.
Monzón.

Hoya de Huesca

Ricardo del Arco, 6.
Teléfono 974 293 031.
Huesca.

Jacetania

Oficina Delegada. Levante, 10.
Teléfono 974 356 735.
Jaca.

Monegros

Pza. España, 1.
Teléfono 974 391 276.
Sariñena.

Ribagorza

Angel Samblancat, 6.
Teléfono 974 540 390.
Graus.

Sobrarbe

La Solana, 1.
Teléfono 974 500 909.
Ainsa.

Somontano de Barbastro

Plaza de la Constitución, 2.
Teléfono 974 310 150.
Barbastro.

TERUEL

E mail: iamter@aragob.es

Andorra

Casa de la Cultura. C/ Aragón, 4.
Teléfono 978 843 853.
Andorra.

Bajo Aragón

C/ Mayor, 2, bajo dcha.
Teléfono 978 871 217.
Alcañiz.

Calamocha

Avda. Valencia, 3.
Tel. 978 731 618.
Calamocha.

Cuencas Mineras

Casa de la Cultura. Escucha, 2.
Teléfono 978 756 795.
Utrillas.

Gúdar-Javalambre

Mancomunidad Gúdar-Javalambre.
Plaza de la Villa, 1.
Teléfono 978 800 418.
Mora de Rubielos.

Teruel

San Vicente de Paul, 1.
Teléfono 978 641 050.
Teruel.

ZARAGOZA

E mail: iam@aragob.es

Aranda

Plaza de España, 6, bajos.
Teléfono 976 822 362.
Illueca.

Campo de Daroca

Casa de la Comarca. Mayor, 116-118.
Teléfono 976 800 312.
Daroca.

Caspe

Ayuntamiento. Plaza de España, 1.
Teléfono 976 639 078.
Caspe.

Cinco Villas

Ayuntamiento. Avda. Coscolluela, 1.
Teléfono 976 661 515.
Ejea de los Caballeros.

Comunidad de Calatayud

San Juan el Real, 6.
Teléfono 976 881 018.
Calatayud.

Valdejalón

Plaza de España, s/n.
Teléfono 976 811 759.
La Almunia de Doña Godina.

Tarazona y el Moncayo

Avda. de la Paz, 31 bajos.
Teléfono 976 641 033.
Tarazona.

Zaragoza

Paseo María Agustín, 38.
Teléfono 976 445 211.
Zaragoza.

<http://www.aragob.es/pre/iam>



EL IAM ofrece Asesorías y Servicios gratuitos que trabajan de forma coordinada para conseguir una asistencia personalizada, integral y eficaz.

Funcionan con cita previa.

ASESORÍA JURÍDICA

En principio se orientó el servicio a la atención a mujeres maltratadas y agredidas sexualmente, pero actualmente se atiende todo lo relativo a la discriminación de la mujer en todos los campos de actuación jurídica.

ASESORÍA PSICOLÓGICA

La atención y el trabajo se desarrolla de forma individualizada, ofreciendo ayuda a las mujeres, proporcionándoles tanto información como apoyo psicológico y dotándolas de recursos que les permitan afrontar los conflictos cotidianos.

El trabajo de prevención lo realiza fundamentalmente con la asistencia a reuniones de asociaciones de mujeres, charlas a las mismas sobre temas psicológicos y el desarrollo de cursos y seminarios específicos sobre autoestima, asertividad, habilidades sociales, etc.

ASESORÍA LABORAL

iamlaboral@aragob.es

Ofrece asesoramiento presencialmente en las sedes de Zaragoza, Huesca y Teruel y por teléfono carta o correo electrónico, mediante:

- Recepción de demandas de búsqueda de empleo.
- Ofertas de empleo: estudio.
- Proposición sobre mejoras en cuanto al acceso al empleo.
- Individualización del proceso de búsqueda de empleo.
- Oferta formativa.

ASESORÍA EMPRESARIAL

iamza@aragob.es

Ofrece asesoramiento empresarial para las mujeres que pretenden crear su propio puesto de trabajo mediante:

- Información.
- Asesoramiento: Estudio de viabilidad económico-financiera, planificación a tres o cinco años de las inversiones, cuando sea necesario. Fiscal. Sobre la búsqueda de socios/as. Sobre el acceso al mercado.
- Acciones de Motivación.
- Seguimiento: Apoyo en la gestión. Contactos con organismos, instituciones y otras empresas. Nuevas ayudas. Seguimiento y apoyo a la emprendedora durante toda la vida del proyecto.
- Programa inf@empresarias. Envía a las empresarias información periódica y asesoramiento a su dirección de correo electrónico.

ASESORÍA SOCIAL

Ofrece información y asesoramiento en los aspectos sociales y coordinación con las diferentes asesorías del IAM y con otras Instituciones.

SERVICIO DE MEDIACIÓN FAMILIAR

El objetivo es restablecer la comunicación entre la pareja y llegar a un acuerdo satisfactorio para las partes en conflicto, que regule todas las consecuencias de la disolución de la pareja y de la transformación de la familia. La Mediación Familiar consiste en la intervención de una tercera persona neutral y cualificada que trabaja en común con la pareja para realizar una gestión positiva del conflicto teniendo en cuenta las necesidades de cada miembro de la familia y en particular las de los hijos e hijas, con un espíritu de corresponsabilidad parental.



ESPACIO

SERVICIO DE ATENCIÓN PSICOLÓGICA A HOMBRES
CON PROBLEMAS DE CONTROL Y VIOLENCIA EN EL HOGAR

Atiende hombres residentes en la Comunidad Autónoma de Aragón, que hayan sido actores de malos tratos a mujeres y niños/as, en el marco de las relaciones familiares o similares, desarrollando con ellos un tratamiento psicológico adecuado. El objetivo es asegurar el bienestar psicológico de las mujeres víctimas de maltrato tanto en caso de separación como de mantenimiento de la relación y prevenir posteriores situaciones violentas.

C O N T E N I D O

Editorial..... 4

DERECHO ESPAÑOL

Legislación

Mujer y Seguridad Social agraria.

Por José Javier Román Castillo.

Licenciado en Derecho Laboralista..... 6

Jurisprudencia

Otra vez a vueltas con la violencia doméstica y la Seguridad Social.

Por José Fernando Lousada Arochena.

Magistrado. Sala de lo Social del Tribunal Superior de Galicia..... 11

El horario de la jornada reducida por guarda legal. Comentario de una conocida sentencia.

Por Damián Prieto Crespo.

Abogado del SAM SAVVID 14

Nulidad de matrimonio y reanudación de la pensión de viudedad.

T.S. (Sala Cuarta, de lo Social).

Sentencia 29 mayo 2001 20

Comentario doctrinal

El derecho de la mujer inmigrante a la protección de la salud.

Ángel Luis de Val Tena.

Profesor Titular E.U. de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Zaragoza 22

DERECHO AUTONOMÍAS

Legislación

La protección del cónyuge viudo en el Derecho Civil Aragonés.

Por José Antonio Serrano García.

Profesor Titular de Derecho Civil. Universidad de Zaragoza 32

DERECHO COMUNITARIO

Jurisprudencia

Despido de una trabajadora embarazada, con contrato de trabajo de duración determinada.

Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas..... 45

LIBROS

Referencias bibliográficas comentadas.

Por IAM Documentación y Publicaciones..... 49

MISCELÁNEA

Cifras sobre la situación de las mujeres en Aragón

Instituto Aragonés de la Mujer.

Departamento de Presidencia y Relaciones Institucionales. Gobierno de Aragón 50

