

175/1980); de manera que se establece a partir de ella una peculiar relación de colaboración entre la Administración concedente y el concesionario en el ámbito de la gestión del servicio. Debe ser, por tanto, el otorgamiento de la concesión o su denegación, o la falta de solicitud —en virtud de la naturaleza de ese acto administrativo— el punto de referencia que determine la titularidad de la competencia para la inspección y sanción de las emisoras clandestinas. Y hay que concluir que todo ello corresponde a la Generalidad de Cataluña.

La misma lógica del procedimiento para el otorgamiento de una concesión, que refleja la regulación reglamentaria vigente, conduce a corroborar esta conclusión: según el art. 12 del Decreto 175/1980, la Generalidad resolverá (apartado 1.º) sobre las solicitudes de emisoras de frecuencia modulada y asignará provisionalmente las frecuencias y potencias correspondientes de acuerdo con el Gobierno (art. 2) y según el previo informe técnico del Ente Público Radio y Televisión Española; notificada esta adjudicación provisional (apartado 2.º del art. 12), el interesado presentará a la Administración autonómica un proyecto técnico de la instalación, ajustándose a la frecuencia, potencia y localización provisionalmente aprobadas; la falta de presentación en tiempo de este proyecto técnico comporta la automática caducidad de la adjudicación provisional y la vacante producida queda disponible para «una nueva concesión» (párrafo 2.º, apartado 2.º del citado art. 12); transcurridos dos meses, la Generalidad notificará al solicitante la aprobación definitiva o la denegación del proyecto (apartado 3.º).

4. Como conclusión de cuanto precede, corresponden a la Generalidad de Cataluña (art. 16 del Estatuto y art. 149.1.27 de la Constitución) las facultades de inspección de emisoras radiofónicas clandestinas en ondas métricas con modulación de frecuencia, entendiéndose por tales aquéllas que emitan sin poseer la correspondiente concesión administrativa, así como la imposición en su caso de sanciones y la adopción de las medidas provisionales pertinentes durante la tramitación del expediente sancionador.

FALLO

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

Ha decidido

Declarar que corresponde a la Generalidad de Cataluña la titularidad de la competencia controvertida y ejercida a través del Oficio del Director general de Telecomunicaciones del Ministerio de Transportes, Turismo y Comunicaciones, de 31 de octubre de 1986, dirigido al Gobernador Civil de Barcelona.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid a veinticinco de marzo de mil novecientos noventa y tres.—Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer.—Luis López Guerra.—Fernando García-Mon y González-Regueral.—Carlos de la Vega Benayas.—Eugenio Díaz Eimil.—Alvaro Rodríguez Bereijo.—Vicente Gimeno Sendra.—José Gabaldón López.—Rafael de Mendizábal Allende.—Julio Diego González Campos.—Pedro Cruz Villalón.—Carles Viver Pi-Sunyer.—Firmado y rubricado.

10692 Pleno. Sentencia 109/1993, de 25 de marzo. Cuestión de inconstitucionalidad 1.348/1988. En relación con el artículo 37.4 de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores. Voto particular.

El Pleno del Tribunal Constitucional compuesto por don Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, Presidente; don Luis López Guerra, don Fernando García-Mon y González-Regueral, don Carlos de la Vega Benayas, don Eugenio Díaz Eimil, don Alvaro Rodríguez Bereijo, don Vicente Gimeno Sendra, don José Gabaldón López, don Rafael de Mendizábal Allende, don Julio Diego González Campos, don Pedro Cruz Villalón y don Carles Viver Pi-Sunyer, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de inconstitucionalidad núm. 1.348/88, promovido por la Magistrada de Trabajo núm. 1 de Guipúzcoa, respecto del art. 37.4 de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores. Han sido partes el Abogado del Estado y el Fiscal General del Estado, y Ponente el Magistrado don José Gabaldón López, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. Antecedentes

1. El 27 de julio de 1988 tuvieron entrada en el Registro de este Tribunal actuaciones referentes al planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad respecto del art. 37.4 de la Ley 8/1980 por la Magistratura de Trabajo núm. 1 de Guipúzcoa.

2. De las actuaciones resultan los siguientes antecedentes:

a) Don Joseba Yurramendi Mendizábal formuló demanda contra su empresa, Banco de Bilbao, interesado el pago de 2.175 pesetas. Tal cantidad se le había descontado de los haberes correspondientes al mes de octubre de 1987, durante el que el actor se había ausentado del puesto de trabajo para atender a la lactancia de su hijo porque su cónyuge, al trabajar lejos del domicilio familiar, no podía hacerlo dentro de los márgenes horarios previstos en el E.T. La empresa autorizó las ausencias del trabajador demandante pero practicó las deducciones correspondientes por entender que, legalmente, las mismas no habían de ser retribuidas.

b) Seguida la oportuna tramitación ante la Magistratura de Trabajo núm. 1 de Guipúzcoa, se celebró el juicio el 7 de abril de 1988. El 9 de abril siguiente la Magistratura dictó Auto en el que, tras señalar la posible contradicción entre el art. 37.4 E.T. y los arts. 14 y 35 C.E., acordó oír a las partes y al Ministerio fiscal sobre la pertinencia del planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad.

c) En sus alegaciones, el Ministerio Fiscal interesó el planteamiento de la cuestión. Tras señalar que la misma reúne los requisitos formales del art. 35 LOTC, advierte que el art. 37.4 E.T. reconoce el derecho a la reducción de jornada por lactancia sólo a la mujer trabajadora. Sin embargo, siendo posible la lactancia artificial que puede ser atendida perfectamente por el padre cuando la madre del niño no pueda ejercer el derecho reconocido por la Ley, aquél vería limitado su derecho «e incluso obligado a desatender obligaciones inherentes a la patria potestad y privando de un beneficio al hijo como es

el que uno de los progenitores realice la importante tarea de alimentar a su prole». Ello puede afectar al derecho del trabajador varón a no ser discriminado en su relación laboral respecto del personal femenino y de los derechos reconocidos a las trabajadoras. El art. 37.4 E.T. puede ser, por ello, contrario a lo dispuesto en los arts. 9.2 y 35 C.E.

d) Transcurrido el plazo para alegaciones, la Magistratura de Trabajo dictó Auto de 2 de julio de 1988, en el que acordaba plantear cuestión de inconstitucionalidad del art. 37.4 E.T. en relación con los arts. 9.2 y 35 C.E.

3. En la fundamentación jurídica de este Auto se exponen las siguientes consideraciones:

a) Es claro que el derecho a la reducción de la jornada establecido por el art. 37.4 E.T. se atribuye sólo a las trabajadoras. Si bien en los casos de lactancia natural es evidente que sólo la mujer podrá utilizar este permiso para dicha finalidad, en los supuestos, por lo demás actualmente los más numerosos, de lactancia artificial, con independencia de que, desde el punto de vista psicológico, sea deseable que la madre la asuma, es posible que por los motivos que sea deba delegar tal función. Y en tales casos, lo más deseable es que sea el padre el encargado de la lactancia, y por ello que la Ley reconozca el mismo derecho a ambos progenitores.

b) En el presente caso, dadas las particulares circunstancias del trabajo de la madre, ésta no puede disfrutar útilmente del derecho. En consecuencia, ha de ser el padre quien se ocupe de la lactancia «y, al no reconocerle el Estatuto de los Trabajadores tal derecho por su condición de varón, dicha Ley, en su art. 37.4, pudiera vulnerar lo dispuesto en los arts. 9.2 y 35 C.E.».

4. En providencia de 12 de agosto de 1992, la Sección de Vacaciones acordó admitir a trámite la presente cuestión de inconstitucionalidad, dar traslado de las actuaciones conforme al art. 37.2 LOTC al Congreso de los Diputados y la Senado, por conducto de sus Presidentes, al Gobierno de la Nación, por conducto del Ministerio de Justicia, y al Fiscal General del Estado para que, en plazo de quince días, pudieran personarse en el procedimiento y formular alegaciones, así como publicar la incoación de la cuestión en el «Boletín Oficial del Estado» para general conocimiento.

5. En escrito registrado el 25 de agosto de 1988, el Presidente del Senado solicitó que se tuviera por personada a la Cámara y por ofrecida su colaboración a los efectos del art. 88.1 LOTC.

6. En escrito registrado el 9 de septiembre de 1988, el Presidente del Congreso de los Diputados comunicó que, aunque la Cámara no se personaría en el procedimiento ni formularía alegaciones, ponía a disposición del Tribunal cuantas actuaciones pudiera precisar.

7. El Abogado del Estado, en representación del Gobierno de la Nación, se opuso a la declaración de inconstitucionalidad del art. 37.4 E.T. con base en las siguientes alegaciones:

a) La cuestión planteada viene de una controversia judicial de carácter laboral de signo puramente económico y de modesta cuantía: Se discute si la repercusión económica del tiempo invertido por el actor en la lactancia de su hijo ha de ser soportada por éste o por su empresa, habida cuenta de que la madre no puede utilizar el permiso retribuido que le concede la legislación. La inconstitucionalidad del art. 37.4 E.T. que la Magistratura parece advertir se describe en términos muy vagos: Se afirma que, en casos como el de autos, la

Ley debería reconocer el mismo derecho al padre. En consecuencia, la supuesta inconstitucionalidad residiría en la omisión del legislador que sólo contempla a las madres como beneficiarias del permiso de lactancia. Sin embargo, según repetida jurisprudencia constitucional, «la figura de la inconstitucionalidad "por omisión" sólo aparece cuando la Constitución establece un mandato expreso y concreto al legislador y éste incumple lo mandado».

b) Ninguna de las normas constitucionales aludidas en el Auto de planteamiento podría por ello permitir la declaración de inconstitucionalidad del art. 37.4 E.T. El art. 9.2 C.E. —como se ha señalado, por ejemplo, en la STC 98/1985, fundamento jurídico 9.º— contiene un mandato a los poderes públicos para que promuevan la libertad e igualdad real y efectiva entre los individuos y los grupos en que se integran, «pero no puede pretenderse su aplicación para obtener la declaración de inconstitucionalidad de una norma en la que presuntamente se incumple el mandato de promover la igualdad real, pues esta igualdad no opera como un límite concreto en la actuación de los poderes públicos». En consecuencia, aunque el art. 37.4 E.T., en atención a la realidad social del tiempo presente, puede no ser la norma más conveniente, ni ello autoriza a declararla inconstitucional por omisión ni es el Tribunal competente para «declarar las medidas concretas que el legislador o el aplicador de la ley pueden o deben adoptar en cumplimiento del deber de promoción de la igualdad real y efectiva que les impone el art. 9.2 C.E.» (STC 8/1986, fundamento jurídico 7.º).

Por otro lado, no se alcanza fácilmente a comprender en qué medida el caso de autos puede representar una situación de desigualdad real que imponga indefectiblemente una corrección precisa. No es difícil suponer que el trabajo de los dos cónyuges es índice seguro de mayores posibilidades económicas para atender al cuidado de los hijos comunes. Además, la cuestión se sitúa no en el plazo de concesión o denegación del permiso sino en el de quién ha de soportar sus consecuencias económicas. Y, ¿en qué medida el art. 9.2 C.E. supone que éstas recaigan en la empresa y no sobre otro sujeto —el Estado, la empresa de la madre o los mismos cónyuges—?

c) Por su parte, el art. 35 C.E. no se refiere en absoluto a la materia cuestionada. Este precepto se proyecta sobre el deber y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión y oficio, a la promoción en el trabajo y a la remuneración del mismo. De este modo, la interdicción de la arbitrariedad que lo cierra tiene su mismo alcance: Prohíbe las discriminaciones en el derecho al trabajo, en la promoción en el mismo y en la remuneración. No es una inútil reiteración de lo dispuesto en el art. 14 C.E., pues el art. 35 C.E. goza de una proyección personal más amplia al referirse a las relaciones de trabajo entre los particulares. En consecuencia, es evidente que el tratamiento distinto establecido por el art. 37.4 E.T. no incide en el ámbito material del art. 35 C.E.: La limitación a las madres del disfrute del permiso de lactancia no plantea un problema de retribución del trabajo —aunque en este caso concreto asume dimensión económica—. La materia de los permisos laborales encuentra mejor conexión con el art. 40.2 C.E. O más exactamente, con el art. 39.3 C.E., pues el permiso no refleja una manifestación del derecho al descanso de la madre sino de la protección de los hijos. Esta norma es «el auténtico parámetro de la constitucionalidad del precepto cuestionado». En efecto, lo que el legislador pretende es garantizar la asistencia del hijo y es desde

esta perspectiva teleológica desde donde debe analizarse el art. 37.4 E.T.

d) De lo que se trata es de armonizar el «deber de jornada», inherente al contrato de trabajo, con el de asistir a los hijos inherente a la paternidad. El contrato de trabajo se concreta en una prestación de servicios a lo largo del tiempo. El deber de estar un determinado tiempo de trabajo encuentra dos tipos de excepciones. En un primer grupo de excepciones, el legislador atiende a la dignidad del trabajador aparejando a determinados acontecimientos (matrimonio, nacimiento de hijos, enfermedad de parientes próximos, ...) la suspensión del deber de trabajar. Son las licencias establecidas en el art. 37.3 E.T. En ellas, la concurrencia de la causa que las justifica excluye un juicio negativo desde la perspectiva de la igualdad respecto de los trabajadores no afectados. Sin embargo, una vez ocurrida la causa, no es controlable el empleo que de la licencia hace el trabajador: Los permisos del art. 37.3 E.T. «asumen un contenido indeterminado en cuanto al empleo del tiempo de ausencia al trabajo, aunque su concesión esté sometida a una causa legal específica». Por el contrario, el permiso de lactancia no entra dentro de este grupo ya que «repugna al entendimiento» que la madre puede invertir el tiempo de lactancia en cualquier otra actividad ajena, de diversión o de descanso. A diferencia de los supuestos del art. 37.3 E.T., en el art. 37.4 E.T. el legislador no ha valorado el interés del trabajador sino el prevalente de un tercero, el niño lactante. Se trata, por tanto, de un permiso «para un objeto bien preciso y configurado en beneficio exclusivo de un tercero que representa también un interés indiscutiblemente social: La salud física y psíquica del niño en sus primeros momentos de vida».

e) Habida cuenta de esta finalidad, la norma no puede considerarse inconstitucional. Ciertamente circunscribe su ámbito de aplicación a la mujer trabajadora, pero «no cabe duda de que la razón determinante de la referencia al sexo femenino se sitúa en el hecho de la maternidad». Esta circunstancia es importante: El propio Auto de planteamiento advierte el papel preponderante de la madre en la lactancia, incluso cuando la misma es artificial. Pues bien, mencionadas las madres en el precepto, podría pensarse que el mismo ha pretendido «estimular con un beneficio excepcional la lactancia natural, cuyas ventajas sanitarias son un hecho notorio o incluso, y esta vez atendiendo a un elemento de diferenciación traído a colación por el propio auto a que, con independencia del tipo de la lactancia, sea la madre misma la que preste este deber alimenticio al reconocerse en esta individualización unas ventajas ciertas». En definitiva, aun cuando la lactancia puede ser atendida artificialmente por el padre o un tercero, esta posibilidad no llega a equiparar ni a confundir lo que la naturaleza separó. Existe un pues un elemento de diferenciación entre el padre y la madre.

f) En fin, la diferenciación de efectos legales entre situaciones distintas aparece «como algo justificado y razonable». El padre puede también atender a la alimentación de los hijos a través del permiso genérico del art. 37.5 E.T. La única diferencia entre este permiso y el del art. 37.4 E.T. se encuentra en la retribución. En este contexto, el permiso de lactancia aparece proporcionado: «Se ha querido conferir un derecho excepcional a las madres en los casos de lactancia, estableciendo un plazo más corto de ausencia y no estableciendo ninguna reducción proporcional del salario». Ello favorece en realidad el acoplamiento de las relaciones laborales al hecho de la maternidad. Puede sostenerse así que este desigual tratamiento de las madres responde a las últimas exigencias del propio art. 9.2 C.E., con-

firmándose ello por la recomendación 95 de la O.I.T. sobre protección a la maternidad.

8. El Fiscal General del Estado, tras reseñar brevemente los antecedentes, realiza las siguientes alegaciones:

a) Según el art. 37.4 E.T. sólo corresponde a la mujer el derecho a una hora de ausencia del trabajo o, según su voluntad, a una reducción de la jornada laboral en media hora por lactancia de su hijo menor de nueve meses. Es claro que este permiso no podría corresponder al hombre, padre del menor, si de amamantamiento se tratara. Pero es de recordar a este respecto que la jurisprudencia del Tribunal Central de Trabajo dictada respecto de normas anteriores similares ha entendido que el permiso corresponde a la madre no solamente en los supuestos de amamantamiento, sino también en los de alimentación artificial con productos preparados. Indudablemente en el primer supuesto, la exclusión del padre estaría suficientemente justificada porque su situación sería distinta a la de la madre. La cuestión, sin embargo, no es tan clara cuando la lactancia tiene lugar de manera artificial con productos preparados. En tales casos, el padre puede alimentar al hijo, y no parece que exista razón, en principio, para que no se le otorgue el mismo trato que a la mujer respecto del derecho del art. 37.4 E.T.

b) La doctrina constitucional anterior, que ha puesto de manifiesto que «la expresa exclusión de la discriminación por razón del sexo halla su razón concreta ... en la voluntad de terminar con la histórica situación de inferioridad en que, en la vida social y jurídica, se había colocado a la población femenina» ... (STC 128/1987, fundamento jurídico 5.º), permite alcanzar esta conclusión. En efecto, desde este punto de vista, debe notarse que la protección de la mujer no es, en sí misma, suficiente para justificar la diferenciación de tratamiento (STC 81/1982). Por el contrario, no puede olvidarse que, «partiendo de presupuestos de inferioridad física, o de una mayor vocación (u obligación) hacia las tareas familiares, diversas disposiciones han venido a establecer diferencias de trato entre hombres y mujeres en el ámbito laboral, que, aunque aparentemente resulten de índole protectora, perpetúan y reproducen, en la práctica, la posición de inferioridad social de la población» (STC 128/1987). Es más, esta última Sentencia citaba el art. 4.1 de la Convención Internacional de 18 de diciembre de 1979, de acuerdo con el cual las medidas especiales de carácter temporal adoptadas por los Estados para acelerar la igualdad *de facto* entre el hombre y la mujer no se considerarán discriminatorias en tanto no hayan alcanzado los objetivos de igualdad perseguidos, pero deberán cesar cuando desaparezcan las condiciones discriminatorias, lo que supone una necesidad de revisión periódica al respecto. Consideración aplicable al presente asunto, puesto que, si bien es cierto que el art. 37.4 del E.T., que ahora se cuestiona pudo tener su fundamento en la consideración de la lactancia como modo natural de alimentar a los hijos, cuando la protección se extiende a los casos de alimentación artificial, aquel fundamento decae al ser posible que lo efectúen tanto el hombre como la mujer.

c) Obviamente, tales argumentaciones sólo valen si el art. 37.4 E.T. se extiende a la lactancia artificial. Si el concepto «lactancia» se limita a la natural, el precepto no podría considerarse inconstitucional pues respondería a una situación peculiar de la mujer que no se da en el hombre. En este punto, sin embargo, no puede olvidarse que la jurisprudencia ordinaria —a quien corresponde la interpretación de la legalidad ordinaria— ha utilizado un concepto extensivo de lactancia. Siendo ésto

así, el precepto resulta discriminatorio en los casos en que la alimentación es artificial porque concede el derecho a la mujer y no al hombre. Bien entendido que aquél siempre ha de entenderse concedido a uno de los padres, hombre o mujer, y no a los dos conjuntamente.

d) En consecuencia, el Fiscal General interesa que este Tribunal dicte Sentencia declarando que el art. 37.4 del Estatuto de los Trabajadores es discriminatorio y contrario al art. 35.1 de la Constitución en la interpretación y aplicación a que se ha hecho referencia.

9. En providencia de 23 de marzo de 1993, se fijó para deliberación y fallo el día 25 del mismo mes.

II. Fundamentos jurídicos

1. Plantea la Magistratura de Trabajo núm. 1 de Guipúzcoa cuestión de inconstitucionalidad del art. 37.4 del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, E.T.), en su redacción original debida a la Ley 8/1980 que establecía:

«Las trabajadoras, por lactancia de un hijo menor de nueve meses, tendrán derecho a una hora de ausencia al trabajo, que podrán dividir en dos fracciones. La mujer, por su voluntad, podrá sustituir este derecho por una reducción de la jornada normal en media hora con la misma finalidad».

Con posterioridad al planteamiento y tramitación de la cuestión, el art. 37.4 E.T. ha sido modificado por el 1.5 de la Ley 3/1989, de 3 de marzo. Esta Ley amplía el permiso por maternidad y establece medidas para favorecer la igualdad de trato de la mujer en el trabajo; el referido artículo contiene este inciso final:

«Este permiso podrá ser disfrutado indistintamente por el padre o por la madre en el caso de que ambos trabajen.»

2. No cabe en el caso plantear dudas acerca de la admisibilidad de la cuestión, a consecuencia de la posterior modificación de la norma, como en algún caso ha ocurrido (así ATC 438/1990). Según hemos puesto de manifiesto en otras ocasiones, la derogación o modificación de una norma no siempre priva de sentido a la cuestión que pone en duda su constitucionalidad (por todas, STC 93/1988). Así ocurre en el caso, porque la nueva redacción del art. 37.4 E.T., da al problema planteado sólo una solución *pro futuro*, ya que de las disposiciones intertemporales de la Ley 3/1989 no se deduce que la nueva regla de su art. 1.5 pueda ser aplicada a situaciones anteriores ni los límites temporales allí establecidos permiten que el supuesto enjuiciado quede incluido en su ámbito de aplicación. De ahí que la primitiva redacción del art. 37.4 E.T., siga siendo aplicable en el proceso *a quo* y, por tanto, deba la cuestión de inconstitucionalidad resolverse en su fondo.

3. El órgano judicial, en vista de que el art. 37.4 E.T., en su redacción original, sólo otorga el derecho al permiso de lactancia a la mujer trabajadora, entiende que la privación del mismo al padre sólo por su condición de varón podría vulnerar lo dispuesto en los arts. 9.2 y 35 de la Constitución (en adelante C.E.) puesto que es hoy posible que el padre se encargue de la nutrición del niño mediante lactancia artificial. Por eso se plantearía un problema de igualdad de trato entre el trabajador padre y la trabajadora madre de cuya resolución depende la que haya de darse a la pretensión de abono de las ausencias del trabajo producidas con aquel fin, que es lo que el interesado reclamó ante la Magistratura de Trabajo. Consecuencia económica que, en aquel litigio, es la única relevante porque el recurrente se valió

de permisos o licencias ordinarias para la atención al lactante.

Objeta el Abogado del Estado que se trataría de una inconstitucionalidad por omisión (el precepto no contempla el derecho del padre al permiso de lactancia) la cual sólo surge cuando exista un expreso mandato constitucional que el legislador incumple. Y ni del art. 9.2 ni del 35 C.E., invocados se deduce el mandato de igualdad entre el padre y la madre; el primero, por su carácter excesivamente genérico; el segundo, porque no se refiere en absoluto a la materia objeto de la cuestión.

Del art. 9.2 de la C.E., deriva, sin duda, una habilitación a los poderes públicos para «promover las condiciones para que la libertad y la igualdad ... sean reales y efectivas», campo de aplicación que, en lo reservado al legislador, le otorga una amplia libertad de configuración de esas condiciones según lo exigido para lograr aquella finalidad. Y al llevarlo a cabo puede, evidentemente, partir de las diferencias existentes en la realidad para establecer algún trato diferencial compensatorio de situaciones desfavorables con el fin de lograr aquella efectiva igualdad. No puede, pues, afirmarse genéricamente que cualquier ventaja legal otorgada a la mujer sea siempre discriminatoria para el varón por el mero hecho de no hacerle partícipe de la misma (como podría al contrario serlo para la mujer la que le impusiera una privación solamente por razón del sexo). Y al contrario, la justificación de tal diferencia podría hallarse en una situación de desventaja de la mujer que se trata de compensar; en este caso, porque ello tiene lugar frente a la relación de trabajo; y sin perjuicio de que el legislador pueda extender el beneficio al varón o incluso suprimirlo sin que ello se oponga tampoco a los preceptos constitucionales invocados.

4. En el caso, estas condiciones de hecho tienen su origen en la necesidad de cuidados de alimentación periódica para un recién nacido y la finalidad igualatoria a la que atendió la primitiva redacción de la Ley fue sin duda la de compensar la desfavorable situación de la mujer respecto de la relación de trabajo. Así, pues, la disposición favorecedora de la madre sería, en su caso, contraria, no al art. 9.2 sino al 35.1 de la Constitución, que formula una expresa prohibición de la discriminación por razón de sexo en las relaciones de trabajo y las condiciones de su prestación (en materia retributiva lo ha declarado la STC 145/1991, fundamento jurídico 4.º). Y sin que aquí proceda entrar en la consideración del recelo con el que son miradas las normas protectoras de la mujer trabajadora por las consecuencias desfavorables que pueden a la postre ocasionarle en cuanto significan a veces un «obstáculo para el acceso real de la mujer al empleo en igualdad de condiciones con los varones» (STC 28/1992) porque en este caso no se trata de «una consideración no igual de la mujer como trabajadora» (ídem, fundamento jurídico 3.º) cuanto de una ventaja para compensar aquella situación general desfavorable de la mujer en la relación laboral.

La maternidad, y por tanto el embarazo y el parto, son una realidad biológica diferencial objeto de protección, derivada directamente del art. 39.2 de la Constitución y por tanto las ventajas o excepciones que determine para la mujer no pueden considerarse discriminatorias para el hombre. No se trata sin embargo aquí de los permisos de embarazo y maternidad sino de una especial licencia para ausentarse del trabajo durante una hora fundada en atenciones de lactancia del hijo menor de nueve meses. Estas ausencias estarían justificadas tratándose de la lactancia natural, porque ésta revela también un hecho diferencial biológico. Pero la cuestión se plantea porque los permisos, al no prever otra cosa,

pueden concederse igualmente en caso de lactancia artificial y el órgano judicial entiende que el trabajador varón también podría prestar ese cuidado al recién nacido.

5. Conviene insistir en que el precepto cuestionado es una norma de la legislación laboral y no se refiere a la organización de la familia o al reparto de las responsabilidades entre el padre y la madre, sino a la regulación de las condiciones de trabajo. Por ello, el objeto de comparación es el trabajador padre en relación con la trabajadora madre a la que la Ley concede, y no a aquél, ese particular derecho. Aunque se tomen en cuenta las responsabilidades familiares y también la protección del niño, la norma tiene por concreto objeto el hacer compatible para la mujer su trabajo y el cuidado del su hijo recién nacido.

No puede olvidarse, como antes se indica y reiteradamente ha afirmado este Tribunal, que por pertenecer la mujer al grupo desfavorecido, la interdicción de la discriminación implica también la adopción de medidas que tratan de asegurar la igualdad efectiva de trato y oportunidades de la mujer y del hombre (SSTC 128/1987 y 19/1989) lo cual justifica constitucionalmente preceptos como el cuestionado, destinados a remover obstáculos que impiden aquella real igualdad en el trabajo «y en la medida en que esos obstáculos puedan ser removidos efectivamente a través de ventajas o medidas de apoyo que aseguren esa igualdad real de oportunidades y no puedan operar de hecho en perjuicio de la mujer (STC 229/1992, fundamento jurídico 2.º); su riesgo en el ámbito laboral es el de que puedan suponer la consolidación de una división sexista de papeles en las responsabilidades familiares, a lo que responde la posterior reforma del precepto de que tratamos efectuado por la Ley 3/1989; mas ni aquel riesgo ni esta reforma sirven de fundamento para la inconstitucionalidad planteada.

6. La justificación de que el permiso cuestionado se otorgase a la madre trabajadora sin mencionar al padre ni siquiera tiene su origen en la diferencia de sexo, pues halla un fundamento objetivo y razonable en la peculiar incidencia que respecto de la situación laboral de aquélla tiene el hecho de la maternidad y la lactancia, en cuanto se trata de compensar las desventajas reales que para la conservación de su empleo soporta la mujer a diferencia del hombre y que incluso se comprueba con datos revelados por la estadística (tal como el número de mujeres que se ven obligadas a dejar el trabajo por esa circunstancia a diferencia de los varones).

Conviene al efecto recordar la doctrina sentada en la STC 128/1987, la cual parte de que el derecho al trabajo se reconoce indistintamente a hombres y mujeres, la asistencia a los hijos ha de ser prestada asimismo indistintamente y si las medidas de protección fundadas en el hecho diferencial biológico de la maternidad no ofrecen duda desde el punto de vista del principio de igualdad, no ocurre igual respecto de las responsabilidades familiares de la trabajadora madre si pueden ser atendidas igualmente por el padre. No obstante lo cual la propia Sentencia establece que «a efectos laborales la diferencia entre hombres y mujeres con hijos de corta edad no es únicamente de sexo» y reside en que «existe una innegable y mayor dificultad para la mujer con hijos de corta edad para incorporarse al trabajo o permanecer en él» y «en tanto esa realidad perdure, no pueden considerarse discriminatorias las medidas tendentes a favorecer el acceso al trabajo de un grupo en situación de clara desigualdad social y que se traten de evitar facilitando el empleo de guarderías» (fundamento jurídico 10).

En resumen, debemos afirmar que el otorgamiento por el precepto cuestionado a la madre sin mención del padre del derecho a ausentarse durante una hora de trabajo «por lactancia de un hijo menor de nueve meses», no vulnera el derecho del segundo a la igualdad en las condiciones de trabajo en relación con la mujer ni, por tanto, ha de considerarse como discriminatorio por razón del sexo. En consecuencia, la duda habrá de resolverse declarando que en atención a los motivos alegados no es inconstitucional el art. 37.4 del Estatuto de los Trabajadores en su redacción según la Ley 8/1980.

FALLO

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

Ha decidido

Que no ha lugar a declarar la inconstitucionalidad del art. 37.4 del Estatuto de los Trabajadores en su redacción de la Ley 8/1980.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a veinticinco de marzo de mil novecientos noventa y tres.—Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, Luis López Guerra, Fernando García-Mon y González-Regueral, Carlos de la Vega Benayas, Eugenio Díaz Eimil, Álvaro Rodríguez Bereijo, Vicente Gimeno Sendra, José Gabaldón López, Rafael de Mendizábal Allende, Julio Diego González Campos, Pedro Cruz Villalón, Carles Viver Pi-Sunyer.—Firmado y rubricado.

Voto particular discrepante que formula el Excmo. Sr. don Vicente Gimeno Sendra a la Sentencia dictada en la C.I. 1.348/88, al que se adhieren los Excmos. Sres. don Fernando García-Mon y González-Regueral, don Carlos de la Vega Benayas y don Eugenio Díaz Eimil

Es doctrina consolidada de este Tribunal la de que, para que pueda estimarse vulnerado el principio constitucional de igualdad en la Ley, se produzca la concurrencia de estos dos requisitos: de un lado, que exista alguna de las discriminaciones contempladas en el art. 14 C.E. y, de otro, que la situación jurídico material que originó dicha discriminación carezca de justificación objetiva y razonable.

A nuestro parecer ambas circunstancias están presentes en el antiguo art. 37.4 del Estatuto de los Trabajadores, objeto de esta Sentencia de inconstitucionalidad. En efecto, en su redacción originaria la norma tan sólo concedía el permiso de trabajo por lactancia a «las trabajadoras», con lo que se erigía en un motivo de discriminación por razón del sexo y por omisión con respecto a «los trabajadores», que se veían privados del derecho a dicho permiso de lactancia, la cual, por poder ser artificial, posibilita que dicho permiso pueda ser ejercido indistintamente, tanto por la madre, como por el padre.

Descontado, pues, el hecho diferencial biológico como causa justificante de dicha discriminación, la Sentencia pretende encontrarla en «compensar las desventajas reales que para la conservación de su empleo soporta la mujer a diferencia del hombre» (fundamento jurídico 6.º) y aquí es en donde reside el motivo primordial de nuestra discrepancia, porque, si bien dicha finalidad tuitiva a lo sumo pudo encontrarse en los remotos orígenes de la norma frente a la situación anterior en la que no existía el derecho al permiso de lactancia (así,

en el art. 168 de la Ley de Contrato de Trabajo de 1944), desde el momento en que se instaura dicho derecho y se otorga exclusivamente a la mujer trabajadora, aquella finalidad se vuelve contra ella misma, ya que a nadie se le oculta que, para un empresario poco escrupuloso con el principio de igualdad, siempre le será «más rentable» contratar a hombres que a mujeres trabajadoras, dado el incremento de los costes laborales, que, por esta causa y por otras biológicas (vgr.: las bajas por maternidad), las mujeres siempre ocasionan.

Por esta razón, lo que en la norma impugnada aparece formalmente como una discriminación del varón, materialmente se convierte en una discriminación de la propia mujer, ya que el precepto, al no consagrar el principio de igualdad en el disfrute del permiso de trabajo, se erige en un factor de alejamiento de la mujer del mercado de trabajo, sin que contribuya a su emancipación de las tareas domésticas (STC 3/1993, fundamento jurídico 3.º), y, por las mismas, debió el Pleno de este Tribunal haber declarado la inconstitucionalidad de dicha norma por violación del principio de igualdad (arts. 14 y 9.2 C.E.), tal como, por lo demás, no se le ha ocultado al propio legislador, quien certeramente ya modificó, mediante la Ley 3/1989, el precepto en el sentido de coherenciarlo con nuestra Constitución.

Madrid, a veintinueve de marzo de mil novecientos noventa y tres.—Vicente Gimeno Sendra, Fernando García-Mon y González-Regueral, Carlos de la Vega Benayas, Eugenio Díaz Eimil.—Firmado y rubricado.

10693 Pleno. Sentencia 110/1993, de 25 de marzo. Cuestiones de inconstitucionalidad 419/1989 y 1.922/1989 (acumuladas). En relación con los artículos 8 y 12 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por supuesta vulneración de los artículos 14 y 24 de la Constitución. Votos particulares.

El Pleno del Tribunal Constitucional compuesto por don Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, Presidente; don Luis López Guerra, don Fernando García-Mon y González-Regueral, don Carlos de la Vega Benayas, don Eugenio Díaz Eimil, don Alvaro Rodríguez Bereijo, don Vicente Gimeno Sendra, don José Gabaldón López, don Rafael de Mendizábal Allende, don Julio Diego González Campos, don Pedro Cruz Villalón y don Carles Viver Pi-Sunyer, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En las cuestiones de inconstitucionalidad núms. 419/89 y 1922/89, acumuladas y promovidas, respectivamente, por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Cáceres, la primera de ellas, y por el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de El Ferrol, la segunda, frente a los arts. 8 y 12 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por supuesta vulneración de los arts. 14 y 24 de la Constitución. Han comparecido el Gobierno de la Nación, representado por el Abogado del Estado, y el Fiscal General del Estado. Ha sido Ponente el Magistrado don Fernando García-Mon y González-Regueral, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. Antecedentes

1. El 8 de marzo de 1989, tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal un Auto del entonces Juz-

gado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Cáceres, de fecha del día 2 anterior, por el cual se promueve una cuestión de inconstitucionalidad relativa al art. 8 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, L.E.C.), que regula el procedimiento de jura de cuentas, por entender que dicho precepto pudiera vulnerar los arts. 14 y 24, en sus dos apartados, de la Constitución.

En el proceso previo, el Procurador actor solicitó el procedimiento de jura de cuentas que regula el citado art. 8 de la L.E.C. contra una persona física, alegando que fue primero designado por el turno de oficio para su representación en un proceso seguido ante dicho Juzgado, y siendo el cliente declarado solvente, le pasó una cuenta de suplidos, derechos y honorarios derivados de tales actuaciones (19.000 pesetas) sin que le fueran abonados. El Juez, en providencia de 8 de noviembre de 1988, tuvo por solicitado el procedimiento y por parte al Procurador, al tiempo que acordó la suspensión del procedimiento hasta que el Tribunal Constitucional dictara resolución en otra cuestión de inconstitucionalidad sobre la misma materia, promovida por el mismo Juzgado y que fue inadmitida a causa del desistimiento del actor en el proceso *a quo* mediante el ATC 1.316/1988. Una vez recaída dicha resolución, el Juez, en providencia de 8 de febrero de 1989, levantó la suspensión y acordó oír a las partes por el término de diez días sobre la procedencia del planteamiento de la cuestión; todo ello antes de requerir de pago al deudor. Interesa destacar que en este trámite el Fiscal estimó que se incumplía lo dispuesto en el art. 35.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (desde ahora, LOTC), pues para que el procedimiento estuviera concluso, debió requerirse el pago al poderdante bajo apercibimiento de apremio. Finalmente, por Auto de remisión de 2 de marzo de 1989, el Juez elevó la cuestión, aduciendo (fundamento jurídico 1.º) que, pese a la literalidad del art. 35.2 de la LOTC, tal proceder no era posible en un «procedimiento de ejecución puro y simple» en el que no existe una resolución judicial que revista la forma de Sentencia, y porque, además, de requerirse de pago con apercibimiento de apremio por la resolución judicial, el procedimiento habría concluido y se habría producido la lesión constitucional.

El Auto de planteamiento se funda, en primer lugar, en la posible oposición del art. 8 de la L.E.C. con los siguientes derechos fundamentales de los comprendidos en el art. 24, apartados 1.º y 2.º, de la Constitución: a ser oído en todo tipo de procesos, a defenderse, a presentar pruebas y a la presunción de inocencia. El procedimiento regulado en dicho precepto legal es un procedimiento de ejecución en el cual la cuenta detallada de los gastos que se dicen adeudados al Procurador se convierte en un título de ejecución, pero claro está nos encontramos ante un mero documento privado de formación unilateral, es decir, sin la intervención del deudor ni del órgano judicial. Se trata, según la doctrina científica, de un título de ejecución paracontractual que abre directamente la vía de apremio y que se diferencia de los títulos judiciales (Sentencias firmes y Autos aprobando la tasación de costas, art. 421 de la L.E.C.), de los títulos parajudiciales (laudo arbitral) y de los contractuales (como la hipoteca inmobiliaria que abre la vía del art. 131 de la Ley Hipotecaria). Sobre la base de ese título de formación privada y unilateral se abre directamente la vía de apremio (embargo, venta de bienes en pública subasta), con el deterioro económico que ello supone y sin admitir posibilidad alguna de defensa y audiencia del deudor. Además, el procedimiento del art. 8 de la L.E.C. se dirige indiscriminadamente contra todos los bienes del deudor, a diferencia de los procedimientos de ejecución hipotecaria, que afectan a los