

ARTICULO

14

UNA PERSPECTIVA DE GÉNERO

SUMARIO

PRESENTACIÓN

- **Carmen Olmedo.**
(Directora del Instituto Andaluz de la Mujer) 2

DOCTRINA

- **María Luisa Balaguer Callejón.**
(Catedrática de Derecho Constitucional)
"La igualdad de derechos de la mujer en el ordenamiento jurídico español". 3

LEGISLACIÓN

- **RDL 11/1998, de 4 de Septiembre.**
Por el que se regulan las bonificaciones de cuotas a la seguridad social de los contratos de interinidad que se celebren con personas desempleadas para sustituir a trabajadores durante los periodos de descanso por maternidad, adopción y acogimiento. 6

JURISPRUDENCIA

- Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. TJCE.**
 - **Sentencia del TJCE.**
De 30 de junio de 1998, sobre despido de una mujer embarazada. Caso Mary Brown/Rentokil. 7
 - **Sentencia del TJCE.**
De 22 de septiembre de 1998, sobre negativa de empresario a proporcionar referencias a una antigua empleada despedida. Caso Belinda Jane Coote/Granada Hospitality. 12
- **Tribunal Constitucional.**
STC 155/1998, de 15 de julio. Equiparación de uniones de hecho y matrimoniales a efectos de subrogación en arrendamientos. 15
- **Tribunal Supremo.**
 - STC 11 de mayo de 1998, sobre subsidio por parto múltiple. 20
 - STC 14 de abril de 1998, sobre interrupción del consentimiento de la víctima en delito de violación. 23
 - STC 22 de junio de 1998, sobre negativa injustificada a someterse a prueba biológica para la determinación de la paternidad. 27

OTRAS REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES 30

FUE NOTICIA 31

Boletín de Información Jurídica

Instituto Andaluz de la Mujer

NÚM. 1 • ABRIL 1999

PRESENTACIÓN

UNA PERSPECTIVA DE GÉNERO

El artículo catorce de la Constitución Española establece la igualdad ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de (...) sexo (...)

Carmen Olmedo Checa.

Directora del Instituto Andaluz de la Mujer

La publicación del Boletín de información y análisis jurídico "Artículo 14 una perspectiva de género", pretende **difundir la legislación que protege el derecho a la igualdad y observar la aplicación del principio de igualdad en el ordenamiento jurídico.**

Han pasado veinte años desde que se adoptara el principio constitucional de igualdad entre hombres y mujeres, que recoge el artículo 14 de la Constitución de 1.978. Uno de los avances democráticos más importantes en éstos años ha sido la adecuación de nuestra legislación al principio de no discriminación por razón de sexo y la incorporación plena a la misma del marco jurídico de igualdad de derechos de la Unión Europea.

También han sido numerosos y muy importantes los cambios sociales, políticos y culturales que se han producido en nuestra sociedad en estas dos décadas de desarrollo del principio constitucional de igualdad, a los que ha contribuido el impulso de las políticas de igualdad de oportunidades para las mujeres, encaminadas a favorecer que la igualdad formal recogida en la Constitución y en el Estatuto de Autonomía para Andalucía constituya una realidad, en aras a la consecución de una sociedad más justa e igualitaria.

Para el avance hacia la consecución de la igualdad real y efectiva de derechos y oportunidades para las mujeres es fundamental el papel de los operadores jurídicos. Para ello es preciso proseguir en la tarea de hacer

visibles a las mujeres en nuestras normas, para las que han permanecido, durante muchos años, ignoradas. Ahondar en el desarrollo legislativo de normas que contemplen la posición de las mujeres. Acercarnos al conocimiento de la argumentación jurídica desde un enfoque de género, en estos momentos en los que la sociedad demanda mayor especialización en todas las ciencias. Así como atender a una correcta aplicación del derecho, por ser en ésta donde más patente se hace la ausencia de los factores de diferenciación de género, que permitirían la adaptabilidad de la norma al caso.

Con este nuevo boletín jurídico se pretende poner a disposición de los profesionales del derecho un instrumento práctico, de fácil manejo, que nos acerque al conocimiento de los avances legislativos que se vayan produciendo y que profundicen en el desarrollo del principio constitucional de igualdad. Dar a conocer las resoluciones judiciales más significativas, sobre todo aquellas que supongan un avance en la interpretación del derecho para la igualdad y no discriminación de las mujeres, así como de aquellas otras que supongan un retroceso en la aplicación del derecho en este sentido, todo ello seguidas de comentarios por parte de analistas que aporten una perspectiva de género. Y por último, se pretende dar a conocer la doctrina jurisprudencial más asentada y novedosa en materia de igualdad para en definitiva, contribuir al estímulo de opciones que favorezcan las posibilidades de avanzar en la igualdad.

DOCTRINA

“LA IGUALDAD DE DERECHOS DE LA MUJER EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL”

MARÍA LUISA BALAGUER CALLEJÓN

Catedrática de Derecho Constitucional. Universidad de Málaga.

Introducción.

1.- Evolución de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en la aplicación del derecho a la igualdad.

2.- Situación actual de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de igualdad.

Conclusiones.

Bibliografía.

INTRODUCCIÓN.

La Constitución Española de 1978 ha reconocido en su art. 14 el derecho a la igualdad, y con ello, se ha producido la equiparación jurídica a todos los efectos entre el hombre y la mujer, poniendo fin a una secular diferencia de trato jurídico en todos los órdenes jurisdiccionales, que consagró históricamente la inferioridad de la mujer en el derecho.

Se dice por lo tanto, que el hombre y la mujer están formalmente equiparados en derechos desde la promulgación de la Constitución, por el reconocimiento del derecho fundamental a la igualdad¹. Pero la desigualdad de la mujer en la sociedad sigue siendo un hecho que pone en evidencia la distancia entre la realidad y el derecho. La naturaleza de derecho fundamental conferida por el constituyente a la igualdad, tiene como consecuencia la inmediata aplicación de ese derecho por parte de todos los poderes públicos².

¿Qué es lo que impide que la mujer adquiera la plena

igualdad social, en las mismas condiciones de ciudadanía que los hombres?. Desde luego no es el ordenamiento jurídico en su conjunto, ordenado desde el plano constitucional, que se disciplina en función del contenido constitucionalmente proclamado de la igualdad. Mas aún, en una Constitución normativa, en donde el ordenamiento jurídico entendido como conjunto de normas que componen un sistema jurídico, ha de ser conforme a la Constitución, cualquier norma jurídica infraconstitucional que fuera contraria al art. 14 de la Constitución, necesariamente ha de declararse inconstitucional³.

Las razones pues, no deben buscarse en el ordenamiento. Si persiste la desigualdad sexual en la sociedad, es necesario desde las disciplinas jurídicas profundizar mas en la indagación de los factores que siguen manteniendo la desigualdad.

En tal sentido, conviene detenerse en esta primera observación: hemos dicho que el sistema desde un punto de vista estático no puede producir desigualdades dada la inconstitucionalidad de las normas contrarias al art. 14. Pero es evidente que en sistema jurídico las desigualdades se mantienen. Ello exige la indagación de las causas que producen la desigualdad material por encima de la igualdad formal, e investigar en qué momento de la aplicación del derecho, podemos decir que se introduce la discriminación que permite seguir manteniendo los niveles de inferioridad de la mujer en la sociedad⁴.

Cuando se produce una discriminación, y se requiere la actuación de los poderes públicos para la restauración del derecho lesionado, los mecanismos de depuración de las conductas sociales que han de restablecer el

¹ El art. 14 de la Constitución Española de 1978, establece que <<los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social>>. No podemos tratar aquí, por las limitaciones de este trabajo, la cuestión acerca de la relación entre la fase constituyente de la Constitución Española, y la mujer como sujeto de derechos constitucionales. Sin duda sería importante tratar como cuestión previa a todo estudio de la igualdad en la Constitución, la concepción de un texto fundamental desde posiciones político-sociales, que dirigen su actuación al ciudadano genéricamente determinado como hombre, y en el que la mujer inicia su inserción como sujeto histórico diferenciado, en un ordenamiento jurídico que no ha considerado la posibilidad de que la mujer adopte posiciones propias.

² El art. 53 de la Constitución, establece que <<los derechos y libertades reconocidos en el capítulo segundo del presente título (el título I), vinculan a todos los poderes públicos>>.

³ El Tribunal Constitucional tiene competencia para declarar inconstitucionales las leyes contrarias a la Constitución. Como quiera que además la igualdad es un derecho fundamental, cualquier lesión de ese derecho fundamental, producido por los poderes públicos o por instancias privadas, se podrá impugnar ante los jueces y tribunales, mediante un proceso especial sumario y preferente, que garantizará el restablecimiento del derecho fundamental.

⁴ La aplicación del derecho exige la interpretación de las normas vigentes en un ordenamiento jurídico. Esta actividad la desarrollan los órganos de la aplicación del derecho, que deben resolver ateniéndose al sistema de fuentes establecido en un ordenamiento jurídico concreto. Pero esta labor de indagación, investigación e interpretación del derecho, conlleva un margen amplio de creación, en el que interviene de forma inevitable el sujeto que interpreta. Acerca de la función del juez en la interpretación de las normas, M.L. Balaguer Callejón.- "Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico". Edit. Tecnos. MADRID. 1997.

DOCTRINA

sistema jurídico alterado, han de producir una decisión⁵. Pues bien, el proceso mediante el que se lleva a cabo esa decisión, ha de estudiarse y valorarse en los términos en que colaboren al cumplimiento de las exigencias constitucionales.

A la entrada en vigor de la Constitución, los jueces y tribunales ordinarios, con ligeras variaciones, entendieron que la Constitución no era una norma jurídica de obligado cumplimiento, sino un conjunto de normas programáticas que debían orientar las decisiones judiciales⁶. Con la creación y puesta en funcionamiento del Tribunal Constitucional, la naturaleza normativa de la Constitución quedó plenamente implantada.

1.- LA EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN LA APLICACIÓN DEL DERECHO A LA IGUALDAD SEXUAL. (1980-1998).

Se trata de analizar casi veinte años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional, tomando como Objeto de análisis las resoluciones judiciales en las que la mujer constituye un aspecto central del proceso, con independencia de su postulación procesal.

La jurisprudencia del TC respecto de la discriminación sexual se inicia con un conjunto de sentencias en las que se evidencia cuál había sido la situación laboral de la mujer en el franquismo, y pone de manifiesto la legislación discriminatoria para la mujer⁷. Una ley de 22 de julio de 1961 sobre derechos políticos, profesionales y laborales de la mujer, no modificó sustancialmente los derechos de incorporación de la mujer al trabajo, que estaba obligada a la excedencia si contraía matrimonio por Decreto-ley de 1925. Este decreto que no se modificaría ni por el RDL 17/77, de 4 de marzo, ni por la ley de relaciones laborales

de 8 de abril de 1976, que modificó la dote en el sentido de considerarla voluntaria para la mujer, con la percepción de una cantidad consistente en seis mensualidades de salario.

Las sentencias que dicta el TC entre los años 81 al 83 en relación con las excedencias forzosas, nos ofrecen una valoración positiva de la interpretación que el TC efectúa del artículo 14 en orden a implantar una igualdad históricamente negada a la mujer, pero las limitaciones que el TC mantiene en el tiempo, van a reducir considerablemente los efectos sociales⁸.

Una regresión a esa línea jurisprudencial se produce con la sentencia 103/83, por la que se equipara a los hombres al derecho de viudedad que el art. 120 de la Ley General de la Seguridad Social concedía solamente a las viudas. El voto particular de F. Rubio Llorente razonará un concepto de igualdad sexual que históricamente tendrá ocasión de imponerse y constituir la mayoría.

Este momento lo constituye la sentencia 128/87, de 16 de julio, al denegarse a los recurrentes el derecho a una ayuda a guardería que solicitan en amparo, por discriminación respecto de sus compañeras trabajadoras del mismo organismo. El razonamiento de la mayoría en este caso, acoge el argumento del voto particular de la sentencia 103/83, para concluir en que el art. 14 de la Constitución obedece a la finalidad de conseguir la equiparación de la desigualdad histórica de la mujer.

A partir de estas dos sentencias, que representan las dos opciones claramente opuestas en su planteamiento, la jurisprudencia del TC en torno a la desigualdad sexual tendrá una serie de oscilaciones en cuanto a los razonamientos que sirven de base, y el TC intenta crear un modelo de discriminación positiva que a veces favorece una clara posición de acción positiva, y otras veces se sitúa en una neutralidad objetiva que es por ello mismo favorable al mantenimiento de la discriminación⁹.

⁵ En el plano de la decisión judicial, el juez ha de dictar una resolución que restablezca el orden constitucional lesionado. Si se trata de un acto que ha producido discriminación, ordenando el cese de la conducta discriminatoria. Si se trata de una norma inaplicando o promoviendo la inconstitucionalidad, así como declarando en su caso la inconstitucionalidad de la norma afectada de inconstitucionalidad.

⁶ En este contexto se produjeron varias Sentencias del TS durante los años 1979 a 1982. En la St. 80/82 de 20 de diciembre, el Tribunal Constitucional anula una sentencia del TS de 8 de abril de 1982, (Sala Primera), en materia de filiación ilegítima, y reafirma la naturaleza plenamente normativa de la Constitución.

⁷ Son las Sts. 7/83, 8/83, 13/83, 15/83, 38/84, y 58/84. Todas ellas solicitan el amparo por inconstitucionalidad sobrevenida de la Reglamentación de Trabajo de la Compañía Telefónica Nacional de España de 1958, que contenía un precepto por el que al contraer matrimonio se suspendía el contrato de trabajo de la mujer, que si enviudaba, podía solicitar el reingreso.

En esa dirección apunta el voto particular que emite a esa sentencia L. Díez Picazo. También P. Lucas Verdú. - "El valor constitucional de la igualdad y la condición femenina". RPC. N. 7. 1981. En M.L. Balaguer. "Igualdad y discriminación sexual en la jurisprudencia del Tribunal

⁸ Constitucional", RDP. n. 33. 1991, se pone de manifiesto como la prescripción a tres años del derecho, después de una secular discriminación de la mujer, ha generado una injusticia material irreparable desde el punto de vista histórico. Si a la promulgación de la Constitución, se hubiera publicado una ley de la mujer, las posibilidades de reparación de ese modelo histórico, habría permitido espaciar en el tiempo medidas de equiparación histórica a esa situación. Al menos no habrían prescrito los derechos de toda una generación de mujeres que se vieron obligadas a abandonar el puesto de trabajo al contraer matrimonio por efecto de la normativa que impedía a las mujeres funcionarias y trabajadoras de la Administración Pública, empresas estatales y organismos autónomos incluidos, mantenerse en activo después del matrimonio.

⁹ En un sentido claramente adscrito a la desigualdad compensatoria, acción positiva o desigualdad de trato, después de la 128/87, las sentencias que siguen en la década de los ochenta, van en la dirección de permitir la diferencia de trato compensatorio para la mujer.

DOCTRINA

2.- SITUACION ACTUAL DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE IGUALDAD.

Si se puede decir que en una primera etapa, hasta la sentencia 128/87, la posición del Tribunal Constitucional resultó ser indiferente a la cuestión sexual¹⁰, la siguiente década, hasta la sentencia 126/97, se caracteriza por una búsqueda del Tribunal de las verdaderas razones de la desigualdad, por encima de la apariencia de las normas, sobre todo Convenios Colectivos, que esconden actitudes discriminatorias para la mujer en el trabajo¹¹, y que exigen un mayor esfuerzo de comprensión por el Tribunal de las razones por las que se llega a la discriminación.

Con estos criterios, el Tribunal Constitucional mantiene una línea de cobertura de todas aquellas medidas de discriminación positiva y trato favorable a las mujeres, tendente a conseguir un nivel de igualdad con los hombres, para el que es necesario que los poderes públicos fomenten actuaciones tendentes a conseguir la igualdad. En éste sentido la Sentencia 114/95, de 6 de julio por la que el Pleno del Tribunal desestima un recurso de amparo, de un varón que había visto alterado su orden sucesorio dando preferencia a su hermana, como consecuencia de una demanda en vía civil, en la que la jurisdicción ordinaria estimó inconstitucional la preferencia del hombre sobre la mujer en el derecho a la sucesión de un título nobiliario¹². Esta línea de tutela que parecía clara en el Tribunal Constitucional, se quiebra sin ninguna razón dogmática, al menos aparente, que puedan justificarla, en la sentencia 126/97, por la que se considera que la preferencia del varón en la línea sucesoria a un título nobiliario, o sea el principio de varonía, no es contrario a la Constitución.

Esta sentencia, ha supuesto una regresión, no solamente desde el punto de vista de la igualdad sino en una dimensión mas amplia, desde el ordenamiento jurídico en su conjunto¹³.

La sentencia parte de la consideración de que en un Estado Social y democrático de Derecho, el título nobiliario no supone más que un símbolo desprovisto de cualquier contenido jurídico material. De ahí se desprende para el Tribunal una consecuencia respecto de la igualdad: si no es discriminatoria en sí misma la nobleza, tampoco ha de serlo la preferencia del varón sobre la mujer.

Los votos particulares de la sentencia, consideraban por el contrario, que si las normas que determinan la preferencia del varón sobre la mujer en el orden sucesorio de los títulos nobiliarios son normas jurídicas han de estar sometidas a la Constitución, y si no fueran, no tendría que pronunciarse el Tribunal Constitucional acerca de su conformidad con el art. 14 de la Constitución.

El principal problema de esta sentencia estriba precisamente en esto, en considerar que pueda existir una norma jurídica que no esté sometida a la cadena de validez de las normas jurídicas que culmina con la supremacía de la Constitución. El ordenamiento jurídico en su conjunto, ha de estar sometido a la Constitución, por lo que no cabe exceptuar del control de constitucionalidad ninguna norma jurídica que opere en el ordenamiento.

CONCLUSIONES.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de igualdad sexual, no ha encontrado todavía un tratamiento coherente y sistemático, que permita decir que hay una línea interpretativa lógica para el desarrollo del derecho de igualdad. A un incipiente desarrollo jurisprudencial indiferente a la desigualdad sexual, sucedió en 1987, una comprensión del tratamiento de la desigualdad compensatoria, que acepta la constitucionalidad de las acciones positivas de la igualdad en el contenido del art. 9.2 de la Constitución.

Pero las resoluciones del Tribunal Constitucional en materia de discriminación, conllevan la mayoría de las veces una desorientación clara en el entendimiento de lo que es el problema de la mujer en el derecho. Así, se pasa de la igualdad como identidad, a la admisión de la diferencia de trato que esté justificada, y aquí, en el plano de la justificación, pueden considerarse justificadas o no justificadas, determinadas actuaciones, normas, o situaciones de hecho, que parezcan justificadas, o que no sean jurídicamente relevantes.

La aplicación por parte del Tribunal Constitucional del derecho de igualdad de la mujer, exigiría una reflexión teológica acerca de cual es la posición que la mujer ha de mantener en la sociedad, sobre todo en relación con la aceleración del proceso histórico de la igualdad que la propia

¹⁰ F. Rey Martínez.- " El derecho fundamental a no ser discriminado por razón del sexo". Mc Graw Hill. MADRID. 1995. Pg. 18.

¹¹ La sentencia 145/91, aborda el concepto de discriminación indirecta como aquella que comprende tratamientos formalmente no discriminatorios de los que derivan consecuencias fácticas que tienen lugar entre trabajadores de distinto sexo, consecuencias desiguales, perjudiciales, por el impacto diferenciado y desfavorable que tienen para la mujer.

¹² La fundamentación jurídica del Tribunal Constitucional consiste en la consideración de que la interpretación que un juez ordinario efectúa de un derecho fundamental, no debe ser restringida por el Tribunal Constitucional, a menos que afecte a otro derecho fundamental. Sobre la sentencia, F. Caamaño Domínguez.- " El recurso de amparo y la reforma peyorativa de derechos fundamentales: el denominado contra-amparo". REDC. N. 47. 1996.

¹³ Sobre la sentencia, M.A. Martín Vida.- " La cuestionable vigencia del principio de masculinidad en la sucesión de títulos nobiliarios (comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 126/97, de 3 de julio)", en REP. N. 99. 1998.

DOCTRINA

mujer se ha propuesto. Entendiendo que la mujer pretende conseguir la igualdad en la sociedad, acortando el proceso histórico inercial que la podría llevar a ser igual en un Estado Social y democrático, a la misma velocidad que otros grupos sociales, y que pretende la igualdad para este momento histórico, la interpretación del artículo 14 de la Constitución exigiría tener en cuenta que no sólo cualquier norma, acto o situación ha de ser sometida al test de la igualdad sexual, sino que cada disciplina, poder político, acción social pública o privada, debe acelerarse con las medidas de acción positiva que favorezcan el acortamiento de las distancias.

BIBLIOGRAFIA.

BALAGUER CALLEJON, M.L.- "Igualdad y discriminación sexual en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional". RDP. n. 33. MADRID. 1991.

BALAGUER CALLEJON, M.L.- "Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico". Edit. Tecnos. MADRID. 1997.

CAAMAÑO DOMINGUEZ, F.- "El recurso de amparo y la reforma peyorativa de derechos fundamentales: el recurso denominado <<contra-amparo>>". REDC. N. 47. 1996.

LUCAS VERDU, P.- "El valor constitucional de la igualdad y la condición femenina". RPC. N. 7. 1981.

MARTIN VIDA, M.C.- "La cuestionable vigencia del principio de masculinidad en la sucesión de títulos nobiliarios. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 127/97, de 3 de julio". REP. N. 99. 1998.

REY MARTINEZ, F.- "El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo." Edit. Mc Graw Hill. MADRID. 1995.

LEGISLACIÓN

REAL DECRETO LEY 11/1998, de 4 de septiembre, por el que se regulan las bonificaciones de cuotas a la Seguridad Social de contratos de interinidad que se celebren con personas desempleadas para sustituir a trabajadores durante los periodos de descanso por maternidad, adopción y acogimiento. (BOE nº 213, de 5 de Septiembre de 1998)

Las directrices aprobadas por la cumbre de Jefes de Estado celebrada en Luxemburgo el 15 de Diciembre de 1997 obligan a los Estados miembros de la Unión Europea a fomentar la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en el acceso al empleo. En la actualidad, más de la mitad de los demandantes de empleo de nuestro país pertenecen al género femenino, pero sólo el 38 por ciento de los contratos se realizan con mujeres. No cabe duda de que uno de los motivos que pueden frenar la contratación de mujeres son los costes adicionales que para la empresa puede tener si, contratada una mujer, ésta queda embarazada. Consecuencia de lo anterior, el Plan Nacional de Acción para el empleo del Reino de España para 1998

establece para fomentar la igualdad entre hombres y mujeres, entre las medidas a poner en marcha de forma inmediata, asumir los costes de la Seguridad Social a cargo del empresario derivados de las situaciones de maternidad o, en su caso, paternidad, cuando los trabajadores se encuentren en periodos de descanso por tal causa, por adopción o por acogimiento de menores.

En su virtud siendo urgente la adopción de las medidas anteriormente expuestas y haciendo uso de la autorización contenida en el artículo 86 de la Constitución, a propuesta del Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales y previa deliberación del Consejo de Ministros en su reunión del día 4 de Septiembre de 1998,

LEGISLACIÓN

Dispongo:

Artículo 1.

Los contratos de interinidad que se celebren con personas desempleadas para sustituir a trabajadores que tengan suspendido su contrato de trabajo durante los periodos de descanso por maternidad, adopción y acogimiento, en los términos establecidos en el número 4 del artículo 48 del Estatuto de los Trabajadores, tendrán derecho a una bonificación del 100 por 100 en las cuotas empresariales de la Seguridad Social, incluidas las de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, y en las aportaciones empresariales de las cuotas de recaudación conjunta.

La duración máxima de las bonificaciones previstas en el párrafo anterior coincidirá con la de los periodos de descansos a que se refiere el citado número 4 del artículo 48 del Estatuto de los Trabajadores. En los supuestos en que el trabajador no agote el periodo de descanso a que tuviera derecho, los beneficios se extinguirán en el momento de su reincorporación a la empresa.

Artículo 2.

Los beneficios que se establecen en el artículo anterior no serán de aplicación en los siguientes casos:

a) Contrataciones de interinidad que se suscriban con el cónyuge, ascendientes, descendientes y demás parientes por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado inclusive del empresario, o de aquellos que sean miembros de los órganos de administración de las empresas que revistan la forma jurídica de sociedad.

b) Contratos celebrados por las Administraciones Públicas y sus organismos autónomos.
c) Contrato de puesta a disposición.

Artículo 3.

Las contrataciones realizadas al amparo de lo establecido en esta disposición se regirán por lo dispuesto en el artículo 15.1.c) del Estatuto de los Trabajadores y sus normas de desarrollo.

Disposición Adicional Única.

Las bonificaciones previstas en la siguiente norma se financiarán con cargo al presupuesto del INEM, programa 322-A, concepto presupuestario 487.03, salvo, las relativas a la aportación al Fondo de Garantía Salarial, que se financiarán con cargo al presupuesto de dicho organismo, programa 315-B.

Disposición Transitoria Única.

Lo dispuesto en el presente Real Decreto-Ley será de aplicación solamente a los contratos de interinidad celebrados con personas desempleadas para sustituir a trabajadores que inicien los periodos de descanso a partir de la entrada en vigor de este Real Decreto-Ley.

Disposición Final Única.

El presente Real Decreto-Ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el B.O.E.
Dado en Madrid a 4 de Septiembre de 1998.

JURISPRUDENCIA • TJCE •

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD EUROPEA, de 30 de junio de 1998, sobre despido de una mujer embarazada. Caso Mary Brown/Rentokil.

ANTECEDENTES

Tipo de proceso: prejudicial, cuestión planteada por la *House of Lords* sobre la interpretación de los arts 2.1 y 5.1 de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, según los cuales "el principio de unidad de trato (...) supone la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, bien sea directa o indirectamente, en lo que se refiere, en particular, al estado matrimonial o familiar" (art.2.1) y "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" (art. 5.1).

Decisión del tribunal: interpretar que estos artículos de la Directiva se oponen al despido de una trabajadora en cualquier momento del embarazo por ausencias debidas a

JURISPRUDENCIA • TJCE •

una incapacidad laboral motivada por una enfermedad causada por el embarazo.

Comentario: en el litigio principal, la actora había sido despedida por ausentarse del trabajo por más días de lo pactado en el convenio colectivo, ausencias que tenían su origen en una enfermedad causada por el embarazo. Debido a que no tenía una antigüedad en la empresa superior a dos años, la trabajadora no tenía derecho, según la ley inglesa contra la discriminación, a reanudar su trabajo tras la baja por maternidad, si bien sí tenía derecho a la prestación legal por maternidad a partir de la undécima semana anterior al parto. Según el tribunal de instancia, el despido a causa de sus ausencias por enfermedad, que se iniciaron mucho antes de cuando le habría correspondido la prestación por maternidad, no podía calificarse de discriminatorio. El TJCE establece ahora que la Directiva se opone al despido de una mujer en cualquier momento de su embarazo por ausencias debidas a una incapacidad laboral por enfermedad causada por dicho embarazo.

TEXTO DE LA SENTENCIA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA
de 30 de junio de 1998

1. Mediante resolución de 28 de noviembre de 1996, recibida en el Tribunal de Justicia el 9 de diciembre siguiente, la House of Lords planteó, con arreglo al artículo 177 del Tratado CE, dos cuestiones prejudiciales sobre la interpretación del apartado 1 del artículo 2 y del apartado 1 del artículo 5 de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo (DO L 39, p. 40; EE 05/02, p. 70).
2. Dichas cuestiones se suscitaron en el marco de un litigio entre la Sra. Brown y Rentokil Ltd (en lo sucesivo, «Rentokil»), en relación con el despido de la Sra. Brown, ocurrido durante su embarazo.
3. De la resolución de remisión se deduce que la Sra. Brown trabajaba para Rentokil como conductora. Su actividad consistía principalmente en transportar y sustituir unidades «Sanitact» de tiendas y otros centros. Según la interesada, se trataba de un trabajo pesado.
4. En agosto de 1990 la Sra. Brown informó a Rentokil de que estaba encinta. Acto seguido se enfrentó a dificultades relacionadas con su embarazo. A partir del 16 de agosto de 1990 presentó una serie de certificados de baja de cuatro semanas que aludían a diferentes trastornos imputables al embarazo. Dejó de trabajar a mediados de agosto de 1990.
5. Rentokil había incluido una cláusula en los contratos de trabajo los miembros de su personal según la cual, en caso de baja por enfermedad superior a veintiséis semanas ininterrumpidas, se despediría al trabajador afectado, fuera hombre o mujer.
6. El 9 de noviembre de 1990 los representantes de Rentokil informaron a la Sra. Brown de que había transcurrido la mitad del período de veintiséis semanas y le recordaron que su contrato de trabajo finalizaría el 8 de febrero si antes de esta fecha no había reanudado su trabajo, tras un reconocimiento de un médico independiente. Ello le fue confirmado mediante carta del mismo día.
7. La Sra. Brown no reanudó su trabajo con posterioridad a dicha carta. Ha quedado acreditado que nunca se consideró que pudiera hacerlo antes del término del período de veintiséis semanas. Por consiguiente, mediante carta de 30 de enero de 1991, con efecto a 8 de febrero de 1991, fue despedida durante el embarazo. Su hijo nació el 22 de marzo de 1991.
8. En el momento en que se despidió a la Sra. Brown el artículo 33 de la Employment Protection (Consolidation) Act 1978 establecía que una trabajadora ausente del trabajo total o parcialmente por causa de embarazo o de parto tenía derecho, siempre que concurrieran determinados requisitos, a reanudar el trabajo. En particular, la trabajadora debía haber estado empleada hasta inmediatamente antes del inicio de la undécima semana anterior a aquella en que se esperaba que tuviera lugar el alumbramiento y debía llevar empleada sin interrupción, como mínimo, dos años al comenzar esta undécima semana.
9. Según la resolución de remisión, si se parte de la hipótesis de que la fecha de nacimiento de su hijo era también la fecha en la que se esperaba que tuviera lugar el alumbramiento, el 30 de diciembre de 1990 la Sra. Brown no llevaba dos años empleada, de manera que no tenía derecho a ausentarse de su trabajo a partir del inicio de la undécima semana anterior al alumbramiento, con arreglo al artículo 33 de la Employment Protection (Consolidation) Act, ni a reanudar su trabajo en cualquier momento durante las veintinueve semanas siguientes al referido acontecimiento. No obstante, con arreglo a los artículos 46 a 48 de la Social Security Act 1986, habría tenido derecho a la «Statutory Maternity Pay» (prestación legal de maternidad).
10. Mediante sentencia registrada el 5 de agosto de 1991 el Industrial Tribunal desestimó una demanda que había presentado la Sra. Brown contra su despido con arreglo a la Sex Discrimination Act 1975. Según este órgano jurisdiccional, una situación como la presente, con una ausencia debida a una enfermedad relacionada con el embara-

JURISPRUDENCIA • TJCE •

zo, pero que comenzó mucho antes de que resultaran aplicables las disposiciones relativas a la prestación de maternidad y que prosiguió sin interrupción hasta que se produjo el despido, no puede calificarse automáticamente de discriminatoria por haber sido el embarazo la causa del despido.

11. Mediante sentencia de 23 de marzo de 1992 el Employment Appeal Tribunal desestimó el recurso de apelación de la Sra. Brown.

12. Mediante sentencia de 18 de enero de 1995, la Extra Division de la Court of Session declaró, a modo de conclusión preliminar, que en el presente asunto no existía discriminación alguna con arreglo a la Sex Discrimination Act 1975. Según este órgano jurisdiccional, puesto que el Tribunal de Justicia ha establecido una clara distinción entre el embarazo y la enfermedad causada por el embarazo (sentencia de 8 de noviembre de 1990, *Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund, «Hertz»*, C-179/88, Rec. p. I-3979), no podía prosperar la acción de la Sra. Brown, cuya ausencia se debía a enfermedad y que había sido despedida a causa de esta enfermedad.

13. La Sra. Brown recurrió en casación ante la House of Lords, que planteó al Tribunal de Justicia las cuestiones prejudiciales siguientes:

«1) a) ¿Resulta contrario al apartado 1 del artículo 2 y al apartado 1 del artículo 5 de la Directiva 76/207 despedir en cualquier momento de su embarazo a una trabajadora por ausencias debidas a incapacidad laboral causada por el embarazo?

b) ¿Supone alguna diferencia en la respuesta a la letra a) de la primera cuestión que el despido de la trabajadora se produzca en virtud de una cláusula contractual que permite al empresario despedir a cualquier trabajador, con independencia de su sexo, tras un determinado número de semanas de ausencia continuada?

2) a) ¿Resulta contrario al apartado 1 del artículo 2 y al apartado 1 del artículo 5 de la Directiva 76/207 despedir a una trabajadora por ausencias debidas a incapacidad laboral causada por el embarazo, que no tiene derecho a ausentarse del trabajo por causa de embarazo y de parto durante el período establecido por la normativa nacional, porque no ha estado contratada el tiempo necesario, cuando el despido se produce durante aquel período?

b) ¿Supone alguna diferencia en la respuesta a la letra a) de la segunda cuestión que el despido de la trabajadora se produzca en virtud de una cláusula contractual que permite al empresario despedir a cualquier trabajador, con independencia de su sexo, tras un determinado número de semanas de ausencia continuada?»

Sobre la primera parte de la primera cuestión

14. Con carácter preliminar debe recordarse que, según el apartado 1 de su artículo 1, la Directiva 76/207 contempla

la aplicación en los Estados miembros del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo.

15. El apartado 1 del artículo 2 de la Directiva establece que «el principio de igualdad de trato [...] supone la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, bien sea directa o indirectamente, en lo que se refiere, en particular, al estado matrimonial o familiar». En virtud del apartado 1 del artículo 5, «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».

16. Según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el despido de una trabajadora por razón de su embarazo o por una causa basada esencialmente en ese estado sólo puede afectar a las mujeres y, por lo tanto, constituye una discriminación basada en el sexo (véanse las sentencias de 8 de noviembre de 1990, *Dekker*, C-177/88, Rec. p. I-3941, apartado 12; *Hertz*, antes citada, apartado 13; de 5 de mayo de 1994, *Habermann-Beltermann*, C-421/92, Rec. p. I-1657, apartado 15, y de 14 de julio de 1994, *Webb*, C-32/93, Rec. p. I-3567, apartado 19).

17. Como declaró el Tribunal de Justicia en la sentencia *Webb*, antes citada, apartado 20, al reservar a los Estados miembros el derecho a mantener o a adoptar disposiciones destinadas a proteger a la mujer en lo que se refiere «al embarazo y a la maternidad», el apartado 3 del artículo 2 de la Directiva 76/207 reconoce la legitimidad, en relación con el principio de igualdad de trato entre los sexos, de la protección de la condición biológica de la mujer durante su embarazo y después del mismo, por una parte, y de la protección de las particulares relaciones entre la mujer y su hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto, por otra.

18. Precisamente en consideración al riesgo que un posible despido supone para la condición física y psíquica de las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia, incluido el riesgo particularmente grave de incitar a la trabajadora encinta a interrumpir voluntariamente su embarazo, el legislador comunitario, con arreglo al artículo 10 de la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (Décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE) (DO L 348, p. 1), a la cual debían adaptarse los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, a más tardar, dos años después de su adopción, ha previsto ulteriormente una protección particular para la mujer,

estableciendo la prohibición de despido durante el período comprendido entre el inicio del embarazo hasta el término del permiso de maternidad. En efecto, el artículo 10 de la Directiva 92/85 no ha previsto ninguna excepción a la prohibición de despido de la mujer encinta durante dicho período, salvo en los casos excepcionales no inherentes al estado de la interesada (véase, al respecto, la sentencia Webb, antes citada, apartados 21 y 22).

19. Procede responder a la primera parte de la primera cuestión prejudicial, que se refiere a la Directiva 76/207, teniendo en cuenta este contexto general.

20. En primer lugar, de los autos se deriva que esta cuestión se refiere al despido de una trabajadora durante su embarazo debido a ausencias motivadas por una incapacidad laboral causada por dicho estado. Como señala Rentokil, la causa del despido de la Sra. Brown radica en la circunstancia de que estuviera enferma durante su embarazo hasta el punto de estar incapacitada para trabajar durante veintiséis semanas. Por lo demás, ha quedado acreditado que la causa de dicha enfermedad era el embarazo.

21. Ahora bien, el despido de una mujer durante el embarazo no puede fundarse en motivos basados en la incapacidad, derivada de su estado, para desempeñar la actividad laboral a que se comprometió frente a su empresario. Si se acogiera semejante interpretación, la protección que el Derecho comunitario garantiza a la mujer durante el embarazo quedaría reservada únicamente a las trabajadoras embarazadas que pudieran cumplir las obligaciones de su contrato de trabajo, de manera que las disposiciones de la Directiva 76/207 perderían su eficacia (véase la sentencia Webb, antes citada, apartado 26).

22. En efecto, si bien el embarazo no puede en absoluto compararse a un estado patológico (sentencia Webb, antes citada, apartado 25), no es menos cierto que, como señaló el Abogado General en el punto 56 de sus conclusiones, el embarazo es un período durante el cual pueden producirse trastornos y complicaciones que pueden obligar a la mujer a someterse a un control médico riguroso y, en su caso, a guardar reposo absoluto durante todo el embarazo o una parte de éste. Dichos trastornos y complicaciones, que pueden implicar una incapacidad laboral, constituyen riesgos inherentes al embarazo y, por lo tanto, comparten la especificidad de este estado.

23. En la sentencia Hertz, antes citada, apartado 15, el Tribunal de Justicia, basándose en el apartado 3 del artículo 2 de la Directiva 76/207, recordó, además, que la Directiva 76/207 permite la adopción de disposiciones nacionales que garanticen a las mujeres derechos específicos a causa del embarazo y de la maternidad. De ello dedujo que durante el permiso por maternidad de que disfruta con arreglo al Derecho nacional, la

mujer está protegida contra los despidos motivados por su ausencia.

24. Si bien, en virtud del apartado 3 del artículo 2 de la Directiva 76/207, dicha protección contra el despido debe ser reconocida a la mujer durante el permiso de maternidad (sentencia Hertz, antes citada, apartado 15), el principio de no discriminación, por su parte, exige una protección similar durante todo el embarazo. En efecto, como se deriva del apartado 22 de la presente sentencia, el despido de una trabajadora producido durante el embarazo y motivado por ausencias debidas a incapacidad laboral derivada del embarazo está relacionado con la aparición de riesgos inherentes al embarazo y, por lo tanto, debe considerarse fundado esencialmente en el embarazo. Tal despido sólo puede afectar a las mujeres y, por lo tanto, supone una discriminación directa por razón de sexo.

25. De ello se desprende que el apartado 1 del artículo 2 y el apartado 1 del artículo 5 de la Directiva 76/207 se oponen al despido de una trabajadora en cualquier momento de su embarazo por ausencias debidas a una incapacidad laboral motivada por una enfermedad causada por dicho embarazo.

26. En cambio, en la medida en que aparezcan tras el permiso de maternidad, los estados patológicos causados por el embarazo o el parto están comprendidos en el ámbito de aplicación del régimen general aplicable en caso de enfermedad (véase, en este sentido, la sentencia Hertz, antes citada, apartados 16 y 17). En tal situación, la única cuestión es si las ausencias de la trabajadora posteriores al permiso de maternidad y motivadas por la incapacidad laboral resultante de dichos trastornos son tratadas de la misma manera que las ausencias de un trabajador debidas a una incapacidad laboral de idéntica duración; si es así, no existe discriminación basada en el sexo.

27. Resulta asimismo de todas las consideraciones que preceden que, contrariamente a lo declarado por el Tribunal de Justicia en la sentencia de 29 de mayo de 1997, Larsson (C-400/95, Rec. p. I-2757), apartado 23, cuando una trabajadora está ausente debido a una enfermedad causada por el embarazo o el parto, en el supuesto de que esa enfermedad haya sido contraída durante el embarazo y se haya prolongado durante y después del permiso de maternidad, dicha ausencia, no sólo durante el permiso de maternidad, sino también durante el período comprendido entre el inicio de su embarazo y el inicio del permiso de maternidad, no puede tenerse en cuenta para el cálculo del período que justifica su despido según el Derecho nacional. En cuanto a la ausencia de la trabajadora posterior al permiso de maternidad, podrá tenerse en cuenta en las mismas condiciones que la ausencia de un hombre a causa de una incapacidad laboral de idéntica duración.

JURISPRUDENCIA • TJCE •

28. Por consiguiente, procede responder a la primera parte de la primera cuestión que el apartado 1 del artículo 2 y el apartado 1 del artículo 5 de la Directiva 76/207 se oponen al despido de una trabajadora en cualquier momento de su embarazo por ausencias debidas a una incapacidad laboral motivada por una enfermedad causada por dicho embarazo.

Sobre la segunda parte de la primera cuestión

29. La segunda parte de la primera cuestión se refiere a una cláusula contractual que permite al empresario despedir a los trabajadores, independientemente de su sexo, tras un número determinado de semanas de ausencia continuada.

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

31. En la medida en que la cláusula se utiliza para despedir a una trabajadora encinta por ausencias debidas a la incapacidad laboral que se deriva de su embarazo, la norma que contiene y que se refiere tanto a los hombres como a las mujeres es aplicada de la misma forma a situaciones diferentes, habida cuenta de que, como se desprende de la respuesta dada a la primera parte de la primera cuestión, la situación de una trabajadora encinta que se encuentra en un estado de incapacidad laboral causada por los trastornos relacionados con su embarazo no puede compararse con la situación de un trabajador masculino enfermo que esté ausente por incapacidad laboral durante el mismo espacio de tiempo.

32. En consecuencia, la cláusula contractual controvertida, cuando se aplica en un caso como el de autos, supone una discriminación directa basada en el sexo.

33. Por consiguiente, procede responder a la segunda parte de la primera cuestión que la circunstancia de que se despida a la trabajadora durante su embarazo en virtud de una cláusula contractual que permite al empresario despedir a los trabajadores, independientemente de su sexo, después de un número determinado de semanas de ausencia continuada no puede modificar la respuesta dada a la primera parte de la primera cuestión.

Sobre la segunda cuestión

34. Habida cuenta de la respuesta dada a la primera cuestión, no procede responder a la segunda cuestión.

Costas

35. Los gastos efectuados por el Gobierno del Reino Unido y por la Comisión, que han presentado observaciones ante este Tribunal de Justicia, no pueden ser objeto de reembolso. Dado que el procedimiento tiene, para las par-

tes del litigio principal, el carácter de un incidente promovido ante el órgano jurisdiccional nacional, corresponde a éste resolver sobre las costas.

En virtud de todo lo expuesto,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA,

pronunciándose sobre las cuestiones planteadas por la House of Lords mediante resolución de 28 de noviembre de 1996, declara:

1. El apartado 1 del artículo 2 y el apartado 1 del artículo 5 de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, se oponen al despido de una trabajadora en cualquier momento de su embarazo por ausencias debidas a una incapacidad laboral motivada por una enfermedad causada por dicho embarazo.
2. La circunstancia de que se despida a la trabajadora durante su embarazo en virtud de una cláusula contractual que permite al empresario despedir a los trabajadores, independientemente de su sexo, después de un número determinado de semanas de ausencia continuada no puede modificar la respuesta dada a la primera parte de la primera cuestión.

Gulmann, Ragnemalm, Wathelet, Schintgen, Mancini, Kapteyn, Murray, Edward, Puissochet, Jann, Sevón

Pronunciada en audiencia pública en Luxemburgo, a 30 de junio de 1998.

*El Secretario R. Grass
El Presidente G.C. Rodríguez Iglesias*

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD EUROPEA, DE 22 DE SEPTIEMBRE DE 1998, SOBRE NEGATIVA DE UN EMPRESARIO A PROPORCIONAR REFERENCIAS A UNA ANTIGUA EMPLEADA DESPEDIDA. CASO BELINDA JANE COOTE/GRANADA HOSPITALITY.

ANTECEDENTES

Tipo de proceso: prejudicial, cuestión planteada por el *Employment Appeal Tribunal* de Londres sobre la interpretación del art 6 de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, según el cual «los Estados miembros introducirán en su ordenamiento jurídico interno las medidas necesarias para que cualquier persona que se considere perjudicada por la no aplicación del principio de igualdad de trato en el sentido de los artículos 3, 4 y 5 pueda hacer valer sus derechos por vía jurisdiccional después de haber recurrido, eventualmente, a otras autoridades competentes».

Decisión del tribunal: interpretar que el artículo 6 de la Directiva obliga a los Estados miembros a introducir en su ordenamiento jurídico interno las medidas necesarias para garantizar una protección jurisdiccional al trabajador cuyo empresario, tras la extinción de la relación laboral, se niega a proporcionar referencias como reacción a una acción judicial ejercitada para exigir que se respete el principio de igualdad de trato en el sentido de la Directiva.

Comentario: en el litigio principal, una trabajadora llegó a un acuerdo con su empresa, contra la que había entablado acciones judiciales por haber sido despedida debido a su embarazo, para extinguir de mutuo acuerdo su relación laboral. Al iniciar la búsqueda de un nuevo empleo, demandó de nuevo a su antigua empresa por negarse ésta a facilitarle referencias, demanda que fue desestimada en instancia por entender el tribunal que la petición de la actora no formaba parte de sus derechos según la transposición nacional de la Directiva. Ante la cuestión que le plantea el tribunal de apelación, el TJCE establece ahora que el art 6 de la Directiva, interpretado a la luz de los principios que se derivan del art 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, como expresión de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, comprende que puedan entablarse acciones judiciales para exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres incluso cuando las medidas contra las que se pretende entablar la acción judicial han sido tomadas por el empresario con posterioridad a la extinción de la relación laboral.

TEXTO DE LA SENTENCIA

*SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA
de 22 de septiembre de 1998*

(...) 2. Las cuestiones se suscitaron en el marco de un litigio entre la Sra. Coote y su antiguo empresario privado, Granada Hospitality Ltd (en lo sucesivo, «Granada»), que versaba sobre la negativa de este último a proporcionar referencias a empresarios potenciales de la Sra. Coote.

3. Con arreglo al apartado 1 de su artículo 1, la Directiva «contempla la aplicación, en los Estados miembros, del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, incluida la promoción, y a la formación profesional, así como a las condiciones de trabajo y, en las condiciones previstas en el apartado 2, a la seguridad social. Este principio se llamará en lo sucesivo "principio de igualdad de trato"».

4. El apartado 1 del artículo 5 de la Directiva dispone: «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.»

5. Conforme al artículo 6 de la Directiva, «los Estados miembros introducirán en su ordenamiento jurídico interno las medidas necesarias para que cualquier persona que se considere perjudicada por la no aplicación del principio de igualdad de trato en el sentido de los artículos 3, 4 y 5 pueda hacer valer sus derechos por vía jurisdiccional después de haber recurrido, eventualmente, a otras autoridades competentes».

6. Según el artículo 7 de la Directiva, «los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para proteger a los trabajadores contra cualquier despido que constituya una reacción del empresario a una queja formulada a nivel de empresa, o a una acción judicial encaminada a hacer respetar el principio de igualdad de trato».

(...)

El litigio principal

9. De la resolución de remisión se desprende que la Sra. Coote estuvo empleada por Granada desde diciembre de 1992 a septiembre de 1993. En 1993, ejercitó una acción judicial contra Granada alegando una discriminación por

JURISPRUDENCIA • TJCE •

razón de sexo consistente en haber sido despedida debido a su embarazo. El litigio se zanjó mediante una transacción y la relación laboral entre la Sra. Coote y Granada se extinguió de mutuo acuerdo el 7 de septiembre de 1993.

10. En julio de 1994, la Sra. Coote, que buscaba un nuevo empleo, se dirigió a dos agencias de colocación. Considera que las dificultades que surgieron para encontrar trabajo se deben a que Granada no proporcionó referencias a una de estas agencias de colocación, extremo que, por su parte, niega Granada.

11. La Sra. Coote demandó de nuevo a Granada ante el Industrial Tribunal, Stratford, alegando que había sufrido un perjuicio a causa de la negativa de Granada a proporcionar referencias a la agencia de colocación. La interesada afirmó que esta negativa constituía una reacción a la acción judicial ejercitada anteriormente contra su antiguo empresario.

12. La demanda fue desestimada porque la supuesta discriminación tuvo lugar tras la extinción de la relación laboral con Granada y porque el perjuicio alegado se produjo, en cualquier caso, después de dicha fecha. En efecto, según el Industrial Tribunal, la SDA debía interpretarse en el sentido de que sólo prohíbe las medidas de represalia cuyos efectos perjudiciales se manifiestan durante la relación laboral. El órgano jurisdiccional de primera instancia indicó que lamentaba adoptar esta decisión, ya que dejaba a la interesada sin posibilidad de ejercitar acciones en vía judicial.

(...)

17. Desde un primer momento debe precisarse que, según jurisprudencia reiterada desde la sentencia de 26 de febrero de 1986, Marshall (152/84, Rec. p. 723), apartado 48, una Directiva no puede, por sí sola, crear obligaciones a cargo de un particular, en el caso de autos, un empresario privado, y, por consiguiente, no puede ser invocada, en su calidad de tal, contra dicha persona.

18. No obstante, en virtud de jurisprudencia reiterada desde la sentencia de 10 de abril de 1984, Von Colson y Kamann (14/83, Rec. p. 1891), apartado 26, se desprende también que la obligación de los Estados miembros, derivada de una Directiva, de alcanzar el resultado previsto por esta última, así como su deber, conforme al artículo 5 del Tratado CE, de adoptar todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de dicha obligación, se imponen a todas las autoridades de los Estados miembros, con inclusión, en el marco de sus competencias, de las autoridades jurisdiccionales. Como resulta de las sentencias del Tribunal de Justicia de 13 de noviembre de 1990, Marleasing (C-106/89, Rec. p. I-4135), apartado 8, y de 16 de diciembre de 1993, Wagner Miret (C-334/92, Rec. p. I-6911), apartados 20 y 21, al aplicar el Derecho nacional, y, en particular, las disposiciones de

una Ley que, como en el caso de autos, fueron introducidas para dar cumplimiento a la Directiva, el órgano jurisdiccional nacional está obligado a interpretar su Derecho nacional, en todo lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva, para alcanzar el resultado a que se refiere el párrafo tercero del artículo 189 del Tratado.

19. Habida cuenta de estas circunstancias, las cuestiones prejudiciales deben entenderse en el sentido de que el órgano jurisdiccional nacional solicita que se dilucide si, a los efectos de la interpretación de las disposiciones nacionales de adaptación del Derecho interno a la Directiva, ésta obliga a los Estados miembros a introducir en su ordenamiento jurídico interno las medidas necesarias para garantizar una tutela judicial a un trabajador cuyo empresario, tras la extinción de la relación laboral, se niega a proporcionar referencias como reacción a una acción judicial ejercitada para exigir que se respete el principio de igualdad de trato en el sentido de la Directiva.

20. A este respecto, es preciso recordar que el artículo 6 de la Directiva impone a los Estados miembros la obligación de introducir en su ordenamiento jurídico interno las medidas necesarias para que cualquier persona que se considere perjudicada por una discriminación «pueda hacer valer sus derechos por vía jurisdiccional». De esta disposición se desprende que los Estados miembros están obligados a adoptar medidas de eficacia suficiente para alcanzar el objetivo de la Directiva y a hacerlo de tal manera que las personas afectadas puedan invocar efectivamente los derechos así conferidos ante los tribunales nacionales (véanse, en especial, la sentencia Von Colson y Kamann, antes citada, apartado 18; y las sentencias de 15 de mayo de 1986, Johnston, 222/84, Rec. p. 1651, apartado 17, y de 2 de agosto de 1993, Marshall, C-271/91, Rec. p. I-4367, apartado 22).

21. El control jurisdiccional impuesto por dicho artículo es la expresión de un principio general del Derecho que es básico en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y que está igualmente consagrado por el artículo 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950 (véase, en especial, la sentencia Johnston, antes citada, apartado 18).

22. En virtud del artículo 6 de la Directiva, interpretada a la luz del principio general antes mencionado, todas las personas tienen derecho a un recurso efectivo ante el órgano jurisdiccional competente contra aquellos actos que, en su opinión, vayan en contra de la igualdad de trato entre hombres y mujeres prevista por la Directiva. Corresponde a los Estados miembros garantizar un control jurisdiccional efectivo para que se respeten las disposiciones aplicables de Derecho comunitario y las de la legislación nacional destinada a garantizar los derechos

JURISPRUDENCIA • TJCE •

previstos en la Directiva (sentencia Johnston, antes citada, apartado 19).

23. Como también ha precisado el Tribunal de Justicia (sentencia de 2 de agosto de 1993, Marshall, antes citada, apartado 34), el artículo 6 de la Directiva constituye un elemento indispensable para alcanzar el objetivo fundamental de la igualdad de trato entre hombres y mujeres, que como se desprende de una jurisprudencia reiterada (véase, en especial, la sentencia de 30 de abril de 1996, P./S., C-13/94, Rec. p. I-2143, apartado 19), constituye uno de los derechos humanos fundamentales cuyo respeto debe garantizar el Tribunal de Justicia.

24. Pues bien, el principio del control jurisdiccional efectivo consagrado por el artículo 6 de la Directiva quedaría privado en lo esencial de su eficacia si la protección que confiere no incluyera las medidas que, como en el litigio principal, puede llegar a adoptar un empresario como reacción a una acción judicial ejercitada por un empleado ante los tribunales con el objeto de garantizar el respeto del principio de igualdad de trato. En efecto, el temor a tales medidas, contra las que no se pudiera ejercitar ninguna acción en vía judicial, podría disuadir a los trabajadores que se considerasen discriminados de hacer valer sus derechos por vía jurisdiccional y, por tanto, podría poner en peligro gravemente la consecución del objetivo perseguido por la Directiva.

25. Ante tales circunstancias, no cabe acoger la alegación del Gobierno del Reino Unido de que las medidas adoptadas por un empresario contra un empleado como reacción a una acción judicial ejercitada para exigir que se respete el principio de igualdad de trato no están comprendidas en el ámbito de aplicación de la Directiva, cuando dichas medidas se adoptan tras la extinción de la relación laboral.

26. Es cierto que, como destaca también el Gobierno del Reino Unido, el artículo 7 de la Directiva obliga expresamente a los Estados miembros a adoptar las medidas necesarias para proteger a los trabajadores contra cualquier despido que constituya una reacción del empresario a una acción judicial encaminada a hacer respetar el principio de igualdad de trato.

27. No obstante, en contra de lo que sostiene este mismo Gobierno, habida cuenta del objetivo perseguido por la Directiva, que es lograr la igualdad efectiva de oportunidades entre hombres y mujeres (sentencia de 2 de agosto de 1993, Marshall, antes citada, apartado 24), así como del carácter fundamental del derecho a una tutela judicial efectiva, a falta de una indicación clara en sentido contrario, del artículo 7 de la Directiva no se puede deducir que la intención del legislador consistiera en limitar la protección del trabajador contra las medidas de represalia decididas por el empresario únicamente al despido, que, si

bien constituye una medida de especial gravedad, no es, sin embargo, la única que puede disuadir eficazmente a un trabajador de hacer uso de su derecho a la protección jurisdiccional. Entre tales medidas disuasorias figuran, en particular, aquellas que, como en el litigio principal, se adoptan como reacción a una acción ejercitada en vía judicial contra el empresario y que están destinadas a obstaculizar las gestiones del trabajador despedido en su búsqueda de un nuevo empleo.

28. En estas circunstancias, procede responder al órgano jurisdiccional nacional que el artículo 6 de la Directiva obliga a los Estados miembros a introducir en su ordenamiento jurídico interno las medidas necesarias para garantizar una protección jurisdiccional al trabajador cuyo empresario, tras la extinción de la relación laboral, se niega a proporcionar referencias como reacción a una acción judicial ejercitada para exigir que se respete el principio de igualdad de trato en el sentido de la Directiva.
(...)

En virtud de todo lo expuesto,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA,

pronunciándose sobre las cuestiones planteadas por el Employment Appeal Tribunal, London, mediante resolución de 20 de noviembre de 1996, declara:

El artículo 6 de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, obliga a los Estados miembros a introducir en su ordenamiento jurídico interno las medidas necesarias para garantizar una protección jurisdiccional al trabajador cuyo empresario, tras la extinción de la relación laboral, se niega a proporcionar referencias como reacción a una acción judicial ejercitada para exigir que se respete el principio de igualdad de trato en el sentido de dicha Directiva.

Rodríguez Iglesias, Ragnemalm, Schintgen, Mancini, Moitinho de Almeida, Murray, Edward, Puissochet, Hirsch, Jann, Ioannou R. Grass

Pronunciada en audiencia pública en Luxemburgo, a 22 de septiembre de 1998.

El Secretario R. Grass
El Presidente G.C. Rodríguez Iglesias

JURISPRUDENCIA • TC •

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 155/1998, DE 15 DE JULIO. EQUIPARACIÓN DE UNIONES DE HECHO Y MATRIMONIALES A EFECTOS DE SUBROGACIÓN EN ARRENDAMIENTOS.

Tipo de proceso:

amparo, arrendamiento de vivienda; unidad familiar; unión de hecho

Requisitos:

Imposibilidad de contraer matrimonio

Concordancia:

La st. 222/92 que apreció también el derecho de subrogación de la pareja extramatrimonial del arrendatario fallecido.

Límites:

La voluntad de contraer matrimonio después de la entrada en vigor de la Ley 30/81 de divorcio.

La sentencia del TC 184/90 estimó no haber derecho a una pensión de viudedad cuando, pese a la posibilidad de contraer matrimonio, se ha mantenido la unión de hecho.

Voto particular:

Considera que no debe otorgarse el amparo porque al no haber identidad entre las situaciones de matrimonio y las uniones de hecho, sino que son realidades distintas, para que se deba aplicar el artículo 14 de la Constitución (derecho de igualdad), será necesario que se de una identidad de circunstancias, que en este caso exigirían que persistiera la convivencia, que, como se desprende de la sentencia, cesó en 1979.

Conclusión:

El análisis que la sentencia realiza de la discriminación de la unión de hecho frente a la unión matrimonial, frente al voto particular, no es formalista, sino centrada en la jurisprudencia de intereses y por eso otorga amparo a la mujer que, por razones seguramente materiales, no suscribió el contrato de arrendamiento (que efectuó el varón) aunque, como se desprende de la sentencia, fue su hogar y no el de su pareja.

TEXTO DE LA SENTENCIA

La Sala 2.^a del TC, compuesta por los Sres. Gabaldón López, García-Mon y González-Regueral, De Mendizábal Allende, González Campos, Viver Pi-Sunyer y Vives Antón, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 3115/1995 interpuesto por D.^a Purificación C. M., contra S 6 Jun.1995, de la Secc. 20.^a

de la AP Madrid, recaída en apelación contra la dictada por el JI núm. 27 de aquella capital en autos de juicio de cognición sobre resolución de contrato de arrendamiento de vivienda. Ha intervenido el MF y ha sido parte D. César F. A. R. Ha sido Ponente el Magistrado Sr. Viver Pi-Sunyer, quien expresa el parecer de la Sala:
(...)

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1º: La cuestión que se plantea en este recurso consiste en determinar si la sentencia de la AP Madrid, que declaró la resolución del arrendamiento por estimar la concurrencia de cesión o subarriendo incontestado prevista en los núms. 2 y 5 del art. 114 LAU (TR aprobado por D 4101/1964), ha vulnerado el derecho a la igualdad jurídica de la recurrente, que se garantiza en el art. 14 CE.

Con cita de la TC S 222/1992, la demandante de amparo alega que la lesión del referido derecho fundamental se ha producido porque el Tribunal de apelación le ha impedido continuar en el disfrute de la vivienda que ocupó la unidad familiar con el argumento de que la relación que mantuvo con la persona arrendataria de la vivienda, antes de que ésta abandonara el domicilio, no era una relación matrimonial sino una mera unión de hecho.

De este modo, continúa alegando la actora, la Audiencia le ha dispensado un trato discriminatorio respecto del que hubiera recibido de haber contraído matrimonio con la persona que contrató el arrendamiento de la vivienda. Esta diversidad de tratamiento carecía de justificación habida cuenta de que la relación extramatrimonial que mantuvo entre 1973 y 1979 con D. José Manuel P. C. fue debida a la imposibilidad legal de contraer matrimonio con su pareja por la condición de persona casada de este último y la inexistencia del divorcio en nuestro ordenamiento en aquellas fechas.

2º: Para centrar los términos en los que se plantea el presente proceso constitucional conviene traer a colación los siguientes datos:

a) En primer lugar, es un hecho que la sentencia de instancia declara probado el «que los hoy demandados constituyeron pareja o unión estable similar a la matrimonial en el año 1973 permaneciendo en dicha convivencia semejante a la marital hasta el año 1979 en que el demandado D. José Manuel P. C. abandona el domicilio familiar al haber cesado la libre unión que mantenían. Vigente su convivencia marital suscriben contrato de arrendamiento

JURISPRUDENCIA · TC ·

del piso sito en la Plaza de Olavide, en el que habitaron desde el año 1973 hasta 1979 y que constituyó en este tiempo su domicilio familiar» (FJ 2.º).

b) En segundo lugar, es también un dato incontrovertible que, como señala la recurrente, en el tiempo en que se desarrolló la convivencia *more uxorio* no existía en nuestro ordenamiento posibilidad de disolución matrimonial, al margen de la declaración de nulidad del matrimonio. La CE 1978 en su art. 32.2 establece un mandato al legislador para que regule «las causas de separación y disolución y sus efectos», pero en 1979, cuando se produjo la ruptura de la relación, todavía no se había dictado la referida Ley. Este hecho no se produjo hasta la entrada en vigor de la L 30/1981 de 7 Jul., por la que se modificó la regulación del matrimonio y se determinó el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio.

c) En cuanto a la legislación de arrendamientos urbanos vigente en el momento de dictarse las sentencias de las que trae causa el presente recurso de amparo, debe notarse que en ella —especialmente en el mencionado TR LAU 1964— no se contemplaba explícitamente el supuesto de abandono de la vivienda por parte del arrendatario. Concretamente, nada se preveía en cuanto a la resolución o continuación del contrato en la persona del cónyuge del arrendatario, ni menos todavía, obviamente, en la del conviviente *more uxorio*. El citado TR sí regulaba, en cambio, en su art. 24, la posibilidad de que el arrendatario cediese o subrogase a su cónyuge en los derechos y obligaciones propios del contrato.

Esta situación cambió con la entrada en vigor de la L 29/1994 de 24 Nov., de Arrendamientos Urbanos, que reguló expresamente los supuestos de abandono de la vivienda arrendada, reconociendo la posibilidad de que en estos casos el arrendamiento continuara no sólo en beneficio del cónyuge, sino también de «la persona que hubiera venido conviviendo con el arrendatario de forma permanente en análoga relación de afectividad a la de cónyuge, con independencia de su orientación sexual» (art. 12.4). Por su parte, la disp. trans. 2.ª A) 2 de esta Ley estableció que el referido art. 12 sería aplicable a los contratos de arrendamiento celebrados antes del 9 May. 1985. Esta no era, sin embargo, la normativa aplicable al dictarse las sentencias aquí analizadas.

d) Finalmente, respecto de la selección, interpretación y aplicación de la legislación vigente en aquel momento, debe señalarse que el Juzgado de Instrucción, para declarar la continuidad del arrendamiento, no aplicó análogicamente el art. 24 del TR —que, como se ha señalado, prevé la cesión entre cónyuges—, ni tampoco las causas de extinción establecidas en los núms. 2 y 5 art. 114 relativos a las cesiones y subarriendos incontinentes —ya que, a su entender, en los supuestos de abandono del domici-

lio familiar, no existe intención de ceder, ni media precio alguno y éstas son dos condiciones necesarias para que pueda hablarse de cesión o subarriendo—. Consideró, por el contrario, que en estos casos, según reiterada jurisprudencia, «el cónyuge que queda en la vivienda goza de una situación jurídica de coarrendatario» y concluyó que esta condición debería reconocerse también al conviviente *more uxorio* que no hubiera podido contraer matrimonio, ya que así lo exige el art. 14 CE interpretado a la luz de la jurisprudencia del TC. Por el contrario, la Audiencia estimó que al estar «ayuna por completo la unión de mero hecho» de los derechos que conforman el régimen matrimonial, la recurrente es una «tercera persona» completamente ajena al contrato de arrendamiento y este solo dato bastaba para que en el supuesto enjuiciado el arrendamiento se considerase extinguido en virtud de las causas 2.ª y 5.ª art. 114 LAU, «llámese a esa situación cesión o subarriendo incontinentes».

La recurrente pide el amparo por vulneración del derecho a la «igualdad ante la Ley». No imputa al legislador la lesión de su derecho, sino a la forma en la que el órgano judicial ha seleccionado, interpretado y aplicado la legislación vigente, ya que esa triple tarea la lleva a cabo, a su juicio, a partir de una distinción previa entre uniones matrimoniales y uniones de hecho contraria al art. 14 CE. 3º: No es ésta la primera vez que este Tribunal tiene que resolver controversias jurídicas derivadas de supuestos en los que, siendo la convivencia marital el elemento determinante para el reconocimiento de ciertos derechos, se constata una diferencia de trato exclusivamente fundada en el carácter no matrimonial de la misma. El examen de esos precedentes jurisprudenciales pone de manifiesto la existencia de una doctrina constitucional consolidada, cuyo punto de partida lo constituye la afirmación de que «el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son situaciones equivalentes» (TC A 56/1987) sino realidades jurídicamente distintas, por lo que, en principio, su tratamiento jurídico diferenciado y, correlativamente, la diversa atribución de derechos y obligaciones, no es contraria al derecho fundamental a la igualdad que reconoce el art. 14 CE.

Concretamente, respecto del legislador la jurisprudencia constitucional ha declarado que le asiste un amplio margen de libre configuración de esas distintas formas de convivencia. No obstante, también hemos advertido que esa libertad de configuración legal no es absoluta. La regulación desigual de lo diferente sólo es constitucionalmente lícita cuando se ajusta a las exigencias derivadas del derecho a la igualdad. Como se declaró en la TC S 222/1992, «las diferenciaciones normativas habrán de mostrar, en primer lugar, un fin discernible y legítimo, tendrán que articularse, además, en términos no inconsistentes con tal

finalidad y deberán, por último, no incurrir en desproporciones manifiestas a la hora de atribuir a los diferentes grupos y categorías derechos, obligaciones o cualesquiera otras situaciones jurídicas subjetivas» (FJ 6.º).

Respecto de los Jueces y Tribunales, se ha reiterado que el derecho a la igualdad consagrado en el art. 14 CE exige que al seleccionar, interpretar y aplicar la normativa vigente no se introduzcan distinciones basadas en condiciones o circunstancias personales proscritas por este precepto constitucional.

Pero en la doctrina constitucional no solamente pueden encontrarse esas referencias genéricas, sino que en ella también se han abordado cuestiones que guardan una evidente relación con el problema de fondo aquí planteado, es decir, con la alegada vulneración del art. 14 CE derivada del trato diferenciado entre uniones matrimoniales y no matrimoniales en lo que atañe a la subrogación en el contrato de arrendamiento del domicilio familiar. Concretamente, en la ya citada TC S 222/1992 se apreció la vulneración del derecho a la igualdad por un precepto legal —el entonces vigente art. 58.1 LAU (TR 1964)— que excluía del beneficio de la subrogación mortis causa en el arrendamiento de la vivienda a quien hubiera convivido extramatrimonialmente con el arrendatario fallecido.

Ciertamente, en el supuesto aquí enjuiciado no estamos en presencia de una subrogación mortis causa, sino de una continuación del arrendamiento que trae causa del abandono del domicilio familiar por parte del conviviente arrendatario. En estos casos la ruptura de la relación sentimental deriva de la libre decisión de, al menos, uno de los convivientes y al analizar las consecuencias jurídicas de este hecho puede no ser irrelevante el dato de que la relación more uxorio se basa, precisamente, en la decisión libre y, en principio, no jurídicamente formalizada de los convivientes e mantener una relación en común que, también en principio, no produce el nacimiento de ningún derecho u obligación específicos entre ellos (TC S 184/1990, FJ 3.º). No obstante, este hecho tampoco es en sí mismo concluyente ya que para determinar si este elemento diferencial —la voluntariedad de la ruptura— es suficiente para llegar aquí a una conclusión distinta a la alcanzada en las TC SS 222/1992 y 6 y 47/1993 deberá analizarse, de ser necesario entrar en el fondo de la cuestión, si esa diferencia justifica ex art. 14 CE una diversidad de trato en cuanto a la subrogación en el arrendamiento en caso de abandono del domicilio familiar. Para efectuar ese enjuiciamiento deberá tenerse en cuenta, entre otros datos, que la finalidad o, como se dijo en la TC S 222/1992, «el fundamento constitucional de la subrogación que aquí consideramos» (FJ 4.º a) es la protección de la familia entendida en sentido amplio y esta condición debe predicarse

tanto de la unión matrimonial como la more uxorio (TC S 222/1992, FJ 5.º).

Con todo, en la jurisprudencia constitucional se ha establecido una consideración previa al examen de la legitimidad constitucional ex art. 14 CE del trato diferenciado entre uniones matrimoniales y no matrimoniales: la existencia o no de libertad por parte de quienes desean convivir para escoger entre mantener una relación extramatrimonial o contraer matrimonio. Así este Tribunal en varias resoluciones, al enjuiciar la diferencia de trato en la pensión de viudedad entre los cónyuges y quienes conviven de hecho, ha partido del dato de que, tras la entrada en vigor de la L 30/1981 que prevé la posibilidad de divorciarse y contraer nuevo matrimonio, debe presumirse que quienes no contraen matrimonio es porque así lo han decidido libremente, ya que no existe ningún precepto que legalmente se lo impida, y esa libertad de elección es la que legitima, en principio, el tratamiento diferenciado de estos dos tipos de convivencia (por todas, TC S 184/1990). Ciertamente, esta afirmación, como veremos con mayor detenimiento en el siguiente fundamento jurídico, no supone que por exigencias del art. 14 CE deban reconocerse de forma mecánica y generalizada los mismos derechos y obligaciones que poseen quienes conviven en virtud del vínculo matrimonial a todos aquellos que conviven con otra persona y no pueden contraer matrimonio porque no reúnen los requisitos legalmente establecidos para ello. Lo único que se ha declarado es que antes de proceder al análisis de fondo de la legitimidad constitucional del trato diferenciado a la luz del art. 14 CE, deberá examinarse si quienes convivían more uxorio tenían libertad para contraer matrimonio y si las causas que hipotéticamente lo impedían resultaban constitucionalmente admisibles, ya que de no ser así deberá concluirse que esa ausencia de libertad conlleva ex art. 14 CE una obligada igualdad de trato.

4º: La aplicación al caso de la doctrina expuesta lleva a otorgar el amparo solicitado por la última de las razones apuntadas al final del fundamento jurídico precedente, sin necesidad de adentrarnos en ulteriores consideraciones.

En efecto, en el presente supuesto, como hemos repetido, los convivientes more uxorio no pudieron contraer matrimonio mientras duró su relación porque en aquel momento no existía en nuestro ordenamiento posibilidad alguna de que el conviviente arrendatario consiguiese el divorcio. Es cierto que, como también hemos avanzado, no toda imposibilidad de cumplir los requisitos legales para contraer matrimonio permite concluir que quienes se ven así impedidos tienen, sólo por ello, los mismos derechos y deberes que quienes conviven matrimonialmente. Para que esto sea así la causa que limita la libertad de casarse

JURISPRUDENCIA • TC •

debe ser una causa que pugne con los principios y reglas constitucionales. Pero esto es cabalmente lo que ocurre en el presente caso en el que la CE establece en su art. 32.2 un mandato explícito al legislador para que regule las causas de separación y disolución del matrimonio y sus efectos; mandato al que, como sabemos, no se dio cumplimiento hasta la aprobación de la L 30/1981 de 7 Jul.

En estas circunstancias, al no darse las condiciones de libertad para contraer matrimonio o no hacerlo debido a causas constitucionalmente proscritas, debe presumirse que quienes convivieron more uxorio lo hicieron así porque no gozaron de la libertad efectiva para contraer matrimonio y, en consecuencia, debe reconocérseles los mismos derechos que hubieran tenido de haber formado una convivencia matrimonial. En efecto, así como el TC ha venido presuponiendo que, salvo prueba en contrario (TC S 260/1988), tras la entrada en vigor de la L 30/1981, quienes no contraen matrimonio es porque libremente no quieren hacerlo (TC S 29/1992), antes de esa fecha debe presumirse, salvo prueba en contrario —que en el proceso aquí enjuiciado no se aporta—, que los convivientes more uxorio se vieron jurídicamente impedidos de formalizar ese vínculo matrimonial, por lo que merecen igual trato que los que mantuvieron este tipo de convivencia.

Debe concluirse, pues, que la sentencia objeto del presente recurso, al no fundarse sobre estas bases, vulnera el derecho a la igualdad en su vertiente de igualdad en la aplicación de la ley, ya que, en lugar de partir de la necesaria igualdad de trato constitucionalmente exigida en atención a la imposibilidad de contraer matrimonio, funda su decisión única y exclusivamente en la premisa de que la unión de hecho formada por los arrendatarios «está ayuna por completo» de los «derechos y deberes de toda índole, incluidos los de carácter sucesorio y por supuesto de los de naturaleza patrimonial, que conforman el régimen matrimonial» y por ello quien ha convivido extramatrimonialmente en el domicilio familiar con el arrendatario de la vivienda, constituye «una persona extraña a dicho vínculo (arrendaticio)», ya que no puede equipararse «la unión de hecho de los demandados (...) con un inexistente vínculo matrimonial entre ellos» (FJ 2.º).

No corresponde a este Tribunal determinar las consecuencias jurídicas que, en relación con la continuidad o no del arrendamiento, habrían de vincularse a los supuestos de abandono del domicilio familiar por el arrendatario y, menos todavía, precisar si en el presente supuesto concurrían en la demandante los requisitos que le hubieran sido exigidos si se encontrase legalmente casada para, en su caso, poder subrogarse en el contrato. En este proceso constitucional de amparo, basta con constatar que la Sala de apelación mantuvo un criterio no ajustado a las exi-

gencias derivadas del derecho a la igualdad, para otorgar el amparo y declarar la nulidad de la sentencia recurrida. Con todo, lo que la recurrente nos pide es que «se anule la sentencia dictada por la Secc. 20.ª de la AP Madrid en el rollo núm. 909/1993, del juicio de cognición 291-Bis/88 del JI Madrid núm. 27, retrotrayendo las actuaciones al momento anterior a dictar la sentencia de 6 de junio dictada por dicha AP con el fin de que por la misma se dicte una nueva sentencia, en la que, con pleno respeto al principio de igualdad, se decida sobre la resolución del contrato interesada»; a esta petición debemos ajustar nuestro fallo en atención al principio de congruencia y a la existencia de una contraparte en el proceso a quo, que ha comparecido también en el presente proceso constitucional de amparo.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el TC, por la autoridad que le confiere la CE,

Ha decidido

Otorgar el amparo solicitado y, en consecuencia:

Primero: Declarar que la sentencia de la Secc. 20.ª de la AP Madrid, dictada el 6 Jun. 1995 en el rollo de apelación núm. 909/1993, ha vulnerado el derecho a la igualdad de la recurrente.

Segundo: Restablecerle en su derecho y, a tal efecto, anular dicha sentencia para que la AP Madrid dicte otra en la que se respete el derecho a la igualdad de la recurrente. Madrid, 13 Jul. 1998.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO SR. GABALDÓN LÓPEZ RESPECTO DE LA SENTENCIA DICTADA EN EL RECURSO DE AMPARO NUM. 3115/1995.

Lamento disentir del criterio de la mayoría, como mantuve en las deliberaciones de la Sala, así como del fallo dictado que entiendo debió ser desestimatorio de la petición de amparo.

Estas son las razones en que apoyo mi disenso:

1º: El recurso de amparo tuvo por objeto la sentencia de la Secc. 20.ª de la AP Madrid que revocó en apelación la del Juzgado núm. 27 de la misma ciudad en autos de juicio de cognición sobre resolución de contrato de arrendamiento de la vivienda que viene ocupando quien ha sido demandante ante este Tribunal, por haber convivido en ella maritalmente con el arrendatario.

Se trataba de situación arrendaticia anterior a la vigencia de la LAU 29/1994 y el Juzgado desestimó la pretensión del propietario-arrendador fundándose en la aplicación de la doctrina constitucional acerca de que las uniones de hecho se consideraban equiparables al matrimonio en el beneficio de la prórroga arrendaticia cuando, por tratarse de situaciones anteriores a la L 30/1981 de 7 Jul., no exis-

JURISPRUDENCIA • TC •

tía posibilidad legal de contraer matrimonio si el cónyuge era casado, como en este caso ocurría.

Se daban sin embargo aquí unas características diferenciales que debieron determinar en mi opinión una conclusión distinta a la adoptada, sobre todo porque la situación de convivencia de la recurrente con el arrendatario, que se había mantenido entre 1973 y 1979, ya no existía ni cuando el propietario instó la resolución del arrendamiento ni en Dic. 1992 cuando se dictó la sentencia de instancia.

Mi discrepancia actual no se funda, pues, solamente en la opinión que ya expuse en votos particulares a las sentencias de este Tribunal 222/1992 y 48/1993 y la cual me limito a reiterar, sino a la propia situación juzgada ahora que entiendo sustancialmente distinta y por tanto no amparable bajo la invocación del principio de igualdad con la unión conyugal. Se trata en este caso, no ya de que exista una situación de convivencia de hecho, sino de su inexistencia; y por otra parte, de la aplicación extensiva a la misma de los requisitos establecidos en la nueva LAU, cuyas prescripciones tampoco permiten una asimilación a las del caso.

2º: Ciertamente ha de partirse, como la sentencia hace, de la doctrina reiterada de este Tribunal según la cual «el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son situaciones equivalentes "sino realidades jurídicamente distintas" por lo que en principio su tratamiento jurídico ha de ser diferenciado y, correlativamente, la diversa atribución de derechos y obligaciones no es contraria al derecho fundamental a la igualdad que reconoce el art. 14 CE». Por eso, para que la aplicación del principio de igualdad sea posible a alguna de las consecuencias de la convivencia de hecho, deberá existir, al menos, una identidad en las circunstancias.

Sin embargo, se aplica aquí el criterio de igualdad al derecho de continuación en el arrendamiento como si, en el momento de plantearse la cuestión judicial, la relación de convivencia persistiera y asimismo persistieran los efectos de la imposibilidad de contraer matrimonio con anterioridad a la L 30/1981, de suerte que según esa aprobación la demandada en el proceso civil sufriría discriminación respecto de la esposa en el supuesto de abandono del domicilio conyugal por el marido.

Lo cierto es, sin embargo, que la situación de convivencia había concluido en 1979 por voluntad al menos de una de las partes, lo cual habría de producir (y no consta nada acerca de su posterior reanudación) la cesación de sus efectos e incluso de las derivadas de la anterior circunstancia de la imposibilidad legal de contraer matrimonio antes de la L 30/1981, la cual si fue cierta cuando se inició la convivencia, ya no lo era después de su cesación en cuanto no consta que existiera una ulterior decisión al respecto. Tratábase, pues, de una situación estable en su ori-

gen y durante algún tiempo, pero que había dejado de serlo y ni siquiera existía como situación de convivencia cuando se plantea la cuestión sobre la posesión del piso.

Se ha aplicado, pues, la asimilación del abandono del domicilio conyugal a una situación de convivencia estable que ni siquiera permanecía desde varios años antes. No se trataría de una diferencia de trato fundada exclusivamente en el carácter no matrimonial de la unión, sino que, al contrario, se habría pretendido (y se aplicó por el Juez de instancia) una igualdad de trato fundada en la asimilación al cese de la convivencia conyugal cuando no subsistía una situación de hecho que permitiera la equiparación por haber sido disuelta años antes. En cierto aspecto, cabría aplicar a dicha pretensión la consideración vertida en los votos particulares a la TC S 47/1993, es decir, la de que la asimilación de las uniones de hecho con las matrimoniales han de ser a todos los efectos, tanto los beneficios como los inconvenientes, y no pretendiendo solamente aquéllas con exclusión de las cargas o al menos considerando sólo sus ventajas, abstracción hecha de los gravámenes que le son inherentes.

3º: Puesto que la situación de convivencia terminó en 1979 y la sentencia sobre la pretensión de resolución del contrato arrendaticio se dicta en 1992, se trataba, como la sentencia dice, «de una continuación del arrendamiento que trae causa del abandono del domicilio familiar por parte del conviviente arrendatario»; mas aplicando a la ruptura el mismo criterio de asimilación que si se tratase del matrimonio, a pesar de la reiterada doctrina del Tribunal acerca de que quienes, pudiendo hacerlo, no contraen matrimonio es porque así lo han decidido libremente, lo cual legitima el tratamiento diferenciado de esos dos tipos de convivencia. No obstante, a la ruptura y continuación en el arrendamiento no se ha aplicado un criterio de diversidad, sino un criterio de igualdad que lleva, además, a asimilar la ruptura producida en 1979 a la que pudo haber tenido lugar en 1992 y no sólo esto, sino con unas consecuencias que ni siquiera la posterior regulación legal haría posibles, puesto que los requisitos exigidos en el art. 12 L 29/1994 de 24 Nov., de Arrendamientos Urbanos tampoco se daban en el caso enjuiciado. Esta Ley aunque prescribe para dichas situaciones una regulación absolutamente expansiva (párr. 4) habrá de ser aplicada al conviviente en las mismas condiciones en que lo sería para el cónyuge a fin de no otorgar a aquél una situación preferente sobre éste, para quien exige «que conviviere» (obviamente, en el momento en que el arrendatario decide no renovar el contrato) para poder «continuar» el arrendamiento, además de la voluntad expresa al efecto, como se establece en los párrs. 2 y 3. Circunstancias de continuidad y permanencia que no se daban en una situación ya rota hacía varios años y por consiguiente voluntariamente

JURISPRUDENCIA • TC •

te extinguida y de cuyas demás consecuencias de hecho no hay constancia.

4º. Por último, y precisamente como resultado de la aplicación de un criterio que establece la igualdad con la convivencia conyugal actual a una situación de hecho rota hacía varios años, se hace abstracción (puesto que ello no es competencia de este Tribunal) de todas las consecuencias jurídicas que el fallo de igualación pueda determinar. Mas también en relación con ello es aplicable la cautela a la que se refería nuestro voto en la TC S 47/1993 al señalar que «se trata de la ampliación de un precepto (el de subrogación en el arrendamiento) que en la ley es excepcional respecto del régimen general de la institución arrendaticia puesto que, además de la prórroga forzosa, aplica ésta a terceros, limitando por consiguiente los derechos del arrendador»; y esta aplicación privilegiada se extiende ahora, junto al cónyuge, al que de hecho pudo ser tenido por tal, aunque ya no lo sea. De ahí que si, como allí se

dice: «la interpretación de los supuestos tasados de prórroga a favor de terceros debiera ser estricta, con mayor motivo debe serlo el concepto de convivencia de hecho more uxorio al que el supuesto conyugal se amplía».

Y en casos como el aquí enjuiciado no sólo concurre esa cautela por razón en general de las consecuencias respecto del arrendador u otros terceros, sino que aquí la situación de éstos podría eventualmente ser de tal naturaleza que, al ser enjuiciadas sus consecuencias por los Tribunales ordinarios, planteasen unos efectos capaces de enervar los sustanciales del pronunciamiento igualatorio por resultar entonces concurrentes otras pruebas, otras pretensiones u otras situaciones que, en el terreno de la legalidad, otorgasen el derecho de permanencia en el piso a otras personas.

Por todo ello es por lo que entiendo que nuestro fallo debió haber sido desestimatorio de la petición de amparo.

Madrid, 15 Jul. 1998.

JURISPRUDENCIA • TS •

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 11 DE MAYO DE 1998,
SOBRE SUBSIDIO POR PARTO MÚLTIPLE.

ANTECEDENTES

Tipo de proceso: Socio-laboral, demanda de cantidad, mujer de parto múltiple solicita prestaciones a la Seguridad Social.

Comentario:

Dentro de las medidas de acción positiva tendentes a fomentar la incorporación de las mujeres al mercado de trabajo está la modificación legislativa operada en la Ley General de la Seguridad Social, por la que la baja laboral por maternidad, se desvincula del concepto de enfermedad y pasa a ser una contingencia separada. Los poderes públicos deben fomentar estas acciones, y deben interpretar las normas favoreciendo la expansión de la igualdad como Derecho Fundamental. Esta sentencia del TS, ante dos sentencias contradictorias, opta por la interpretación que favorece a la mujer, en relación con la conciliación de dos intereses básicos: la maternidad y el trabajo.

TEXTO DE LA SENTENCIA

STS 11 mayo 1998. Ponente: Sr. González Peña.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. El proceso por el que se inician estas actuaciones, tuvo su origen en la demanda presentada por la hoy recurrida interesando del Instituto Nacional de la Seguridad Social la condena al abono del subsidio especial por parto múltiple, consistente en uno igual al concedido por el primer hijo y durante el período de 18 semanas, en vez del de seis semanas reconocidas y por sentencia del Juzgado núm. 2 de los de Gijón se desestimó dicha pretensión que fue acogida por la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior del Principado de Asturias, del día 12 de septiembre de 1997 al resolver el recurso de Suplicación que la actora había interpuesto contra la referida sentencia.

JURISPRUDENCIA • TS •

Constan como hechos probados que interesan a los efectos del recurso, que la actora, en alta en el Régimen General de la Seguridad Social desde el mes de abril de 1990, el día 14 de junio de 1996 fue madre de dos hijos, iniciando el período de descanso por maternidad que se prolongó durante 18 semanas en las que percibió la prestación económica por maternidad sobre una base reguladora diaria de 8.320 ptas. No consta en el relato el hecho de haberle reconocido el subsidio especial por parto múltiple durante el período de 6 semanas, aunque la demanda y ambas sentencias en sus razonamientos parten de este hecho. La sentencia de contraste es la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Castilla y León, sede en Valladolid, del día 24 de marzo de 1995, que estimó el recurso de suplicación, contra la sentencia dictada por el Juzgado núm. 2 de Palencia que había reconocido el subsidio por todo el periodo que se discute. De los hechos probados declarados en la sentencia, y a los efectos de la casación hay que destacar los siguientes: Que la actora figuraba afiliada a la Seguridad Social y con fecha 20 de octubre de 1993, en parto múltiple tuvo dos mellizos, permaneciendo en situación ILT por maternidad desde la indicada fecha hasta el día 11 de febrero de 1994, reclamando las diferencias económicas por prestaciones derivadas del subsidio especial por parto múltiple, habiendo percibido el correspondiente al período del 20 de octubre de 1993 al 30 de noviembre del mismo año bajo una base reguladora de 4.623 ptas. diarias.

La cuestión que se somete a la decisión de la Sala consiste en dilucidar si en los supuestos de parto múltiple, el subsidio, igual al que corresponda percibir por el primer hijo, comprende el período de seis semanas o por el contrario ha de amparar todo el período de 18 semanas establecido en el art. 48.4 ETT.

SEGUNDO: Acreditada la contradicción entre ambas sentencias, que ante la misma pretensión adoptaron soluciones diversas, ya que mientras la sentencia combatida reconoció esta prestación durante toda la situación de incapacidad temporal, y en la de contraste se rechazó esta pretensión, procede entrar a examinar el motivo del recurso en el que se alega como infringido, el art. 2.2 D 3158/1966, de idéntico tenor literal que el art. 2.3 D 13 de octubre de 1967, en los que se establecen las normas de aplicación y desarrollo de la prestación de ILT en el régimen general, preceptos modificados en la tesis de la sentencia, por el art. 48.4 ETT.

A los efectos de resolver la cuestión planteada hay que destacar la profunda evolución experimentada en la protección de la maternidad, tanto en el aspecto referido al contrato de trabajo como a la protección de la Seguridad Social, evolución que siguiendo la tesis de la sentencia plantearía el problema de la posible derogación de las

normas que se citan como infringidas, en cuanto concretan las prestaciones establecidas en la Ley General de la Seguridad Social.

El D 3158, por el que se aprueba el Reglamento General que determina la cuantía de las prestaciones económicas del Régimen General de la Seguridad Social y las condiciones para el derecho a las mismas, en relación con la O 13 de octubre de 1967, que da la consideración de estado o situaciones determinantes de la incapacidad laboral transitoria a los períodos de descanso, voluntarios y obligatorio en caso de maternidad, se publicó cuando estaba vigente la Ley del Contrato de Trabajo, que en su art. 166 reconocía a la mujer embarazada, cuando haya entrado en el octavo mes del embarazo, el derecho a abandonar el trabajo, siempre que se presente certificación médica en la que se haga constar que el alumbramiento se producirá aproximadamente en seis semanas, y no se reintegrará a su ocupación hasta que transcurra igual período de tiempo posterior al parto. Ese Decreto y la Orden de referencia no se alteraron pese a la evolución que se produjo en la regulación de esa causa de suspensión del contrato de trabajo, que seguidamente se expone.

El art. 25 de la Ley de Relaciones Laborales del 8 de abril de 1976, modificó esa primitiva regulación y amplió esos periodos de suspensión del contrato de trabajo en los que el Decreto había distinguido entre los períodos de descanso obligatorio y voluntario a seis semanas antes y ocho después del parto, indicando que el período posnatal será en todo caso obligatorio y a él podrá sumarse, a petición de la interesada, el tiempo no disfrutado antes del parto. En la primitiva redacción del art. 45 ETT se reguló la maternidad en la misma línea de hipótesis de suspensión del contrato de trabajo, y en el art. 48.4 se indicó que la misma tendría una duración máxima de 14 semanas.

En la Carta Social Europea del 18 de octubre de 1961, ratificada por España el 29 de abril de 1980 y publicada el 26 de junio, se reconoce como objetivo y se comprometen las Partes Contratantes a establecer un descanso de un período mínimo de 12 semanas, en consonancia con el Convenio de la OIT núm. 103 del 28 de junio de 1952, ratificado por Instrumento del 26 de mayo de 1965, publicado el día 31 de agosto de 1996, plazos que como vemos ya había superado nuestra legislación sustantiva.

Posteriormente por la L 3/1989 del 3 de marzo, se modificó nuevamente el art. 48.4 del Estatuto, estableciendo el periodo de descanso en dieciséis semanas ininterrumpidas ampliables por parto múltiple hasta dieciocho semanas.

TERCERO: En la regulación de esa protección a la maternidad en la Seguridad Social y su evolución, hay que señalar los siguientes momentos: En la Ley de Bases de la L.G. se indicaba que la prestación económica consistirá en un

JURISPRUDENCIA • TS •

tanto por ciento sobre las bases de cotización que se fijará con carácter unitario para todas ellas, y en el Texto Articulado Primero de la Ley General de la Seguridad Social siguiendo la referida Ley se incardinaba la maternidad dentro de la Incapacidad Laboral Transitoria, y se indicaba que en esas situaciones se percibirá un subsidio equivalente a un tanto por ciento sobre las bases de cotización que con carácter unitario se fijará y se hará efectivo en la cuantía y términos establecidas en dichos textos, y en los Reglamentos Generales para su desarrollo (arts. 126 y 127). Esta remisión se concretó en el Decreto y la Orden que se señalan como infringidos.

En el art. 126 del Texto Refundido de 1974 se da igualmente la consideración de situaciones determinantes de la ILT los períodos de descanso, voluntario y obligatorio que procedan en caso de maternidad, con la duración que reglamentariamente se determine, que en ningún caso podrá ser inferior a la prevista para los mismos en la vigente Ley del Contrato de Trabajo, que como hemos señalado, de acuerdo con su art. 166, era de seis semanas. El Decreto que se cita como infringido, señala como período de descanso obligatorio las seis semanas inmediatamente posteriores al parto hecho causante, y como voluntario el no prescrito como obligatorio por el médico, y que disfrute la trabajadora por su propia decisión durante el tiempo inmediatamente anterior a la fecha prevista, y como límite el de seis semanas. Esta distinción aparece en el citado art. 166, por cuanto en relación con el período posterior al parto el legislador se pronuncia en términos imperativos, al señalar que no se reintegrará a su ocupación hasta que no transcurra el período de seis semanas. En la Orden reguladora de la prestación se fija la de carácter económico en un 75% de la base reguladora, reiterando lo indicado en el Reglamento, a percibir durante los períodos de descanso obligatorio y en su caso voluntario, con el subsidio especial por cada hijo a partir del segundo, igual al que corresponda percibir por el primero, como señalan los art. 2.6 y 7 del Dto y 2 y 8 de la Orden, lo que origina el presente debate.

La L 42/1994 del 30 de diciembre altera profundamente el sistema de protección en materia de maternidad. En relación con el período de descanso se remite al núm. 4 del art. 48 ETT, con la consecuencia de ampliar en el ámbito de la Seguridad Social el período que inicialmente estaba señalado en la Ley del Contrato de Trabajo; se alteran las condiciones de acceso al beneficio, por cuanto únicamente permanece la obligación genérica del art. 124 de estar afiliados y en alta en la Seguridad Social, desapareciendo la carencia de los nueve meses antes de la prevista para el parto; y se incrementan las prestaciones de carácter económico, según el art. 133, quater, que pasan a ser del cien por ciento de la base reguladora.

CUARTO: Como ha señalado la sentencia de la Sala 3ª del 2 de noviembre de 1989, doctrina reiterada en las de 24 de abril de 1990 y 4 de mayo de 1992, tesis que en esencia sigue la de esta Sala del 4 de junio de 1996. «En la posible relación entre la legislación sustantiva laboral y de la Seguridad Social frecuentemente se olvida que existe una autonomía este derecho de la Seguridad Social frente al Derecho del contrato de trabajo, «debe partirse del dato de que el ordenamiento de la Seguridad Social es completo y cerrado en sí mismo, y no un mero apéndice del ordenamiento jurídico de las relaciones laborales...». El ordenamiento jurídico privado de la relación laboral y el ordenamiento jurídico-público de la Seguridad Social son perfectamente diferenciales, y aunque ciertamente, en aquél se tomen a veces como elementos de su regulación datos del ordenamiento laboral, ha de estarse en cada supuesto a la concreta remisión que en su caso, se contenga en la normativa de la Seguridad Social; mas cuando ésta no existe y el ordenamiento de la Seguridad Social es completo y preciso no cabe extrapolar al mismo una relación jurídico laboral, para recortar o desvirtuar la estricta eficacia de la norma de Seguridad Social».

Si aplicamos la referida doctrina al supuesto litigioso evidentemente se llega a una conclusión distinta a la adoptada por la sentencia que se combate, pues el legislador, que pudo hacerlo, al ampliar, modificándolos, los períodos establecidos para la suspensión de la relación laboral, no alteró los períodos de descanso voluntario y obligatorio previstos en Reglamento de Prestaciones y en la Orden reguladora de la de incapacidad laboral transitoria para la situación de maternidad, períodos de descanso voluntario y obligatorio que permanecieron inmutables a los efectos de las prestaciones de la Seguridad Social, desde el momento de su regulación inicial. El hecho de modificar los derechos y obligaciones reguladores en el contrato de trabajo no significa que automáticamente se altere el sistema de protección de la Seguridad Social, pues ello únicamente podría tener lugar si el legislador lo manifestase expresamente. Por ello ha de rechazarse la tesis de la sentencia en el sentido de que el período obligatorio de descanso en materia de Seguridad Social se amplió al modificarse el art. 48.4 ETT.

QUINTO: La nueva regulación legal del Capítulo IV bis del nuevo Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social aprobado por el RD-Leg. 1/1994, en el que se regula la Maternidad recogido en la L 42/1994 como situación protegida como entidad independiente de la ILT no hace referencia a su desarrollo reglamentario y ello puede plantear dudas sobre la vigencia de los textos anteriores que con ese carácter normaban esa prestación, por cuanto no existe tampoco una derogación

JURISPRUDENCIA • TS •

expresa de los mismos y específicamente del subsidio especial por hijo al que se refieren las normas que se citan como infringidas.

Si la Seguridad Social no ha de ser regresiva, aunque los nuevos textos no lo regulen hay que estimar que subsiste ese beneficio, pero únicamente en los límites reconocidos por la anterior legislación, es decir por el periodo de seis semanas, ya que si en relación con el resto del desarrollo reglamentario anterior puede afirmarse que se derogó tácitamente no ocurre lo mismo con el subsidio.

SEXTO: Por ello hay que concluir que limitado el problema al período en el que se percibe el subsidio, la doctrina correcta es la mantenida por la sentencia de contraste y que la combatida quebranta la unidad de doctrina lo que lleva por ello de acuerdo con el informe del Ministerio Fiscal a la estimación del motivo y del recurso y resolviendo el problema planteado en suplicación con los pronunciamientos ajustados a dicha unidad como establece el art. 226.2 se impone la desestimación del recurso de suplicación confirmando la sentencia de instancia.

JURISPRUDENCIA • TS •

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 14 DE ABRIL DE 1998. INTERRUPCIÓN DEL CONSENTIMIENTO DE LA VÍCTIMA EN DELITO DE VIOLACIÓN.

ANTECEDENTES

Tipo de proceso:

penal, muerte por asfixia durante violación.

Comentario:

Sorprende que en los delitos contra la libertad sexual, la defensa utilice siempre argumentos del estilo de "dominado por el deseo y los instintos, sea capaz, no ya de entender, sino tan siquiera de comprender que la resistencia actuada por la mujer expresara realmente su voluntad de detener la fornicación". Plantea un modelo de relación sexual de dominación, pero sobre todo de que el descontrol del varón en la realización del acto sexual es una situación:

- 1) lógica y derivada de su naturaleza;
- 2) exculpatoria.

Sorprende más el obiter dicta del TS acerca de que la revocación del consentimiento no es posible después de la penetración, basada en la valoración que el sujeto activo (violador) podría hacer de los gestos de la mujer o incluso de sus "voces de protesta", porque entiende el TS que, conseguida la penetración, ya en adelante no se produce fuerza o violencia.

Estas lecturas del TS acerca de la libertad sexual de la mujer evidencian, además de un claro desconocimiento de la psicología de la mujer, un criterio paracontractual del acto sexual.

Finalmente es importante destacar que pese a la evidencia de que en la práctica generalidad de los casos, la fuerza física del varón, condiciona la consumación del delito, esta circunstancia de género no se contempla en el Código Penal.

TEXTO DE LA SENTENCIA

STS 14 abril 1998. Ponente.: Sr. Martín Pallín.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

(...)

SEGUNDO: El segundo motivo se articula al amparo del art. 849.1 LECrim. Por haberse infringido, por inaplicación, el art. 406.1 anterior CP.

1. El motivo se propone, aun para el caso de que no haya prosperado el anterior, al estimar la parte recurrente que, en el hecho probado, existen elementos suficientes para solicitar que se aplique la agravante de alevosía, ya que se relata y declara que la víctima se encontraba inerte y sin sentido cuando el acusado, por asfixia, le ocasiona la muerte.

Existen, a su juicio, los elementos objetivos y subjetivos de la alevosía derivados de la situación de la víctima, derrotada, inerte y sin sentido y de la actuación del acusado, tendente, sin lugar a dudas, a ocasionar la muerte de la víctima, tapándole la boca y la nariz durante 10 minutos.

2. Para contestar adecuadamente a las pretensiones de la parte recurrente, es necesario hacer una debida valoración de todos los pasajes del hecho probado en los que se narra la forma en que el acusado dio muerte a su víctima. La fase comisiva arranca en el momento en que la víctima muestra una decidida oposición a la práctica del coito, lo que motiva que el acusado le tape con su mano derecha la boca y la nariz, privándola de la voz y de la normal respiración. Se entabla una lucha con las manos y el procesado, con la mano izquierda, le agarra el pelo hasta golpear su cabeza contra el suelo en dos ocasiones, quedando sin conocimiento.

Más adelante se nos dice que la víctima, a partir de los golpes recibidos en la cabeza, junto con el tiempo que llevaba privada de aire para respirar quedó inerte y sin movimiento alguno. Después de conseguida la penetración anal y la subsiguiente eyaculación, continuó durante 10 minutos tapando la boca y la nariz hasta que se produjo la muerte por asfixia.

3. Debemos manifestar, como preámbulo necesario, que la existencia de una resistencia y discusión previa entre la víctima y el agresor, no es un obstáculo insalvable para que pudiera estimarse la concurrencia de la circunstancia cualificativa de alevosía. No obstante, debemos centrarnos en el examen de los hechos tal como se describen en el relato fáctico para determinar si ha existido o no esta modalidad comisiva que nos llevaría a calificar los hechos como asesinato.

Desde esta primera perspectiva de carácter objetivo, tenemos que decir que el acusado no emplea medios, modos o formas agresivas que tiendan directamente a asegurar la muerte sin el riesgo que para su persona pudiera derivarse de la defensa que eventualmente realizase la persona acometida. Realiza la agresión de manera directa en el momento que observa que la víctima, que inicialmente se había mostrado proclive a realizar el acto carnal, inicia movimientos de resistencia para evitar los propósitos del autor.

Se trata de un enfrentamiento abierto en el que, la mayor fuerza física del acusado, consigue inmovilizar a su antagonista tapándole las vías respiratorias y golpeándole la cabeza contra el suelo. No hay ataque sorpresivo, oculto o inopinado que pudiera colocar al sujeto pasivo en condiciones de total indefensión.

Desde una perspectiva de carácter subjetivo, tampoco tenemos datos fácticos que nos permitan establecer que el acusado tenía elaborada una estrategia de la acción que iba a desarrollar y que hubiera escogido de manera cuidadosa el momento en que iba a realizar de manera inesperada, el ataque que posteriormente desencadenaría la muerte de la persona agredida.

Ni con el relato de hechos que hemos respetado, ni con la

hipotética variación que pedía la parte recurrente en el motivo anterior, se puede llegar a la construcción de la circunstancia especificada de la alevosía, en cuanto que el hecho de que el acusado mantuviese la presión sobre las vías respiratorias durante diez minutos después de conseguir la penetración anal y la eyaculación, y cuando la víctima ya estaba inerte, no puede ser considerada como una alevosía sobrevenida, cuando no existe constancia fáctica de que el acusado buscara o se aprovechara de esta situación para desencadenar el desenlace de manera segura y sin riesgos. Nos encontramos ante un supuesto en el que existe una incuestionable unidad de acto y todo el comportamiento, desde su fase inicial a la final, está impregnado de una misma finalidad y propósito inicial que no era otro que el de vencer la resistencia de la víctima a la realización del coito, derivándose después hacia la causación voluntaria de su muerte.

Por lo expuesto el motivo debe ser desestimado.

(...)

CUARTO: El motivo segundo se formaliza por infracción de ley al amparo del art. 849.1 LECrim. por estimar que se ha infringido el art. 429.1, en relación con los arts. 1, 6 bis a) y 12 anterior CP.

1. Mantiene la parte recurrente que en el presente supuesto existe un consentimiento a la relación sexual que se inicia y una vez comenzada, el sujeto pasivo, bien por causas exógenas (traumatismo de la penetración y subsiguiente dolor), bien por decisión propia intenta apartarse o desistir. En definitiva, alega, que nos encontramos ante un desistimiento de la acción emprendida o para más precisión ante un supuesto de revocación del consentimiento, inicialmente prestado por el sujeto pasivo. Combate la postura de la Sala de instancia por estimar que da una respuesta tangencial a la cuestión dogmatizando el valor y alcance de la libertad sexual a términos absolutamente discutibles.

Sostiene que el sujeto activo actuó en todo momento bajo la firme creencia de que el consentimiento de su pareja estaba presente y subsistía, y nunca se representó la voluntad contraria de la misma y en su consecuencia creía que su comportamiento no entrañaba forzar la libertad sexual de la misma; en suma, no se representaba que estaba cometiendo un delito de violación. Estamos en presencia de una representación falsa de la realidad y existe un error acerca de la correspondencia de la situación de hecho que vivía. Enfocando la impugnación desde el punto de vista del dominio de la acción, atendiendo a la edad de los actores advierte que no puede olvidarse que la víctima, que al inicio de la situación había accedido a la relación, hace surgir un clima de confianza mutua y recíproca, en la que no resulta concebible que el acusado, dominado por el deseo y los instintos, sea capaz no ya de

JURISPRUDENCIA · TS ·

entender, sino tan siquiera de comprender que la resistencia actuada por la mujer expresara realmente su voluntad de detener la fornicación.

2. Toda argumentación anteriormente desarrollada, que sigue una línea dogmática perfectamente atendible, hay que proyectarla sobre el contenido del hecho probado para comprobar si existe el suficiente sustento fáctico como para aceptar las propuestas impugnatorias que se formulan en relación con la existencia del delito de violación.

Es evidente que tanto el acusado como su víctima iniciaron los contactos eróticos con pleno consentimiento mutuo y sin que se observe, al inicio, una renuente voluntad a consumir el acto carnal. Es más, la sentencia nos dice se tumban los dos en el suelo al tiempo que uno y otro se desnudan, quedando la joven solamente con las bragas y el sujetador y ésta adopta la posición de cúbito supino mientras el acusado se pone encima e intenta inmediatamente la penetración vaginal.

Siguiendo el relato fáctico, paso a paso, nos encontramos con que, a continuación se declara probado que la víctima entró en una fase de nerviosismo y de decidida oposición a la práctica del coito que se exterioriza en una «manifiesta resistencia» y en gritos de socorro. La descripción de los acontecimientos nos pone de relieve que frente a la agresión del acusado, tapándole las vías respiratorias y golpeando la cabeza contra el suelo, la joven intenta defenderse removiendo el cuerpo sobre la espalda para evitar que el recurrente continuase encima suya, pero se añade al final del pasaje que la víctima quedó inerte y sin movimiento alguno, habiéndose producido la penetración rectal, pero no la vaginal.

3. Cuando en el curso de una relación y contactos eróticos libremente consentidos, se rompe la anuencia a la relación carnal oponiéndose la mujer a la consumación del coito, nos encontramos ante una situación que es merecedora de una respuesta penal en cuanto que la fuerza, que a partir de ese momento se utilice para vencer la resistencia de la víctima, entraña un ataque indiscutible a su libertad sexual. Es cierto que se debe valorar el momento consumativo en que se encuentra la relación sexual, pues si ya se hubiere producido la penetración, habría que ponderar muy cuidadosamente, la valoración que el sujeto activo podría hacer de los gestos corporales obstativos de la mujer o incluso de sus voces de protesta, pues ya se habría producido un consentimiento que actuaría como elemento negativo de la tipicidad al excluir la fuerza o violencia. Pero éste no es el caso presente en el que el inicial consentimiento, que parecía indicar la predisposición a realizar el acto carnal, fue roto de manera clara e inequívoca por la joven que, como se ha descrito, opuso una firme y decidida resistencia a la consumación del coito.

Al existir una evidencia de la oposición decidida de la víctima, es exigible que la otra parte modifique su actitud ante la variación observada en el curso de los acontecimientos y cualquier valoración sobre su capacidad para detener el desenlace debe realizarse en función de los intangibles hechos probados. No existe error posible en torno a la interpretación de la actitud de la joven, ya que, según el relato fáctico, fue decidida y sostenida hasta que, por virtud de la fuerza empleada por el acusado, perdió el sentido y quedó inerte ante los deseos sexuales de su agresor.

Por lo expuesto el motivo debe ser desestimado.

QUINTO: El tercer motivo de casación se fundamenta en el art. 849.1 LECrim. Por inaplicación del art. 9.8, en relación con el art. 61.5 anterior CP.

1. Sostiene la parte recurrente que, en el caso presente, existen datos fácticos suficientes para entrar en el análisis de la circunstancia atenuante que se invoca y que se considera como muy cualificada. Se apoya para ello en la juventud extremada de ambos protagonistas, su indudable inexperiencia sexual y las circunstancias en que los hechos discurren. Resalta que nos encontramos ante un muchacho de 17 años que vive su primera aventura sexual que previamente había concertado con su joven pareja. Ambos se desnudan e inician su juego amoroso para seguidamente, en el común deseo y voluntad, disponerse a consumir el acto sexual, acto que comienza a realizarse para seguidamente ser interrumpido por la voluntad de la mujer. Sostiene que no se puede ignorar el efecto psíquico de la excitación que una situación como la descrita ha de producir necesariamente sobre una personalidad inmadura de baja capacidad intelectual y reflexiva.

2. Como sostiene el recurrente es necesario integrar el hecho probado con las referencias fácticas que se contienen en los fundamentos jurídicos. Después de describir los hechos en la forma que ya han sido recogidos al abordar el motivo anterior, se añade que el acusado no adolece de alteración alguna que incida sobre su inteligencia o sobre su voluntad. Su comportamiento antes de los hechos era normal, actuando con parsimonia y equilibrio, y así continuó desenvolviéndose después. También se descarta que, durante el desarrollo de los hechos, sufriese una alteración en su psiquismo que hiciera disminuir sus facultades intelectivas y volitivas. Matizando estas referencias fácticas, en los fundamentos de Derecho 3.º y 5.º, se nos dice que tuvo un decidido afán de eliminar la libertad de la víctima hasta el punto de que confunde la penetración vaginal con la anal y añadiendo que actuó en «términos de tal furor libidinoso» que no supo distinguir la clase de coito que había realizado, con abstracción de su alegada inexperiencia.

3. Como ha dicho la sentencia de esta Sala de 8 Mar. 1993, el fundamento del reconocimiento como circunstancia atenuante de la responsabilidad criminal derivada del arrebató u obcecación u otro estado pasional, radica en su incidencia sobre la imputabilidad del sujeto, debilitando su ánimo, ofuscando su inteligencia y alterando su libertad al disminuir sus facultades de elección, sin llegar a anularla. Se reducen las bases de la imputabilidad (raciocinio y voluntad) y ello ha de tener su correspondencia en el ámbito de la culpabilidad. Se aminora la responsabilidad en función de los disturbios emocionales que agitan el ánimo y los poderosos estímulos externos que los suscitan, el turbador desorden interior y la desestabilización conmocional de las facultades psíquicas.

Fundamentalmente se señala esta atenuante como la más subjetivamente matizada, sin desdeñar aspectos objetivos atenuantes a la índole y a la potencialidad de los estímulos, por exigencia de una razonable adecuación reaccional. Estos componentes subjetivos y objetivos no aparecen expresamente acreditados en el caso que nos ocupa en cuanto que la relación de hechos probados no ofrece posibilidades para construir sobre su contenido la atenuante pedida por la parte recurrente. Se nos dice, por la sentencia recurrida, que el acusado no adolece de alteración alguna que incida sobre su inteligencia y voluntad. Esta declaración pudiera ser considerada como un dato abstracto que habría que valorarlo, en función de su imputabilidad o capacidad de culpabilidad antes de desencadenarse los acontecimientos que fueron objeto de enjuiciamiento. Ahora bien, el relato fáctico resalta de manera muy expresiva que su comportamiento antes de los hechos fue normal y que en todo momento se desarrolló con parsimonia y equilibrio. Para reforzar más sólidamente esta conclusión añade que, durante todo el desarrollo de lo acontecido la noche de autos, no consta que sufriese una alteración de su psiquismo que afectase o hiciese disminuir sus facultades intelectivas y volitivas.

La alusión al furor libidinoso que no le permitió distinguir si realizaba un coito anal o vaginal sólo puede ser entendida como descriptiva de la normal excitación sexual que toda persona puede sentir en el momento de consumir el acto sexual, pero no puede proyectarse sobre la medida de la culpabilidad que permaneció intacta durante los momentos anteriores a la consumación de la relación sexual y durante el desarrollo de los acontecimientos que narra la sentencia recurrida.

Por lo expuesto el motivo debe ser desestimado.

SEXTO: El motivo cuarto se ampara también en el art. 849.1 LECrim. por inaplicación del art. 565, en relación con el art. 407 y art. 582, todos ellos del anterior CP.

1. Sostiene la parte recurrente que de los hechos relatados no fluye, con la necesaria seguridad, que el acusado en el

estado en que se encontraba, se representara que con su acción de tapan la boca y la nariz de su acompañante, pudiera ocasionar la muerte de la misma y menos aún que admitiera este resultado; en su consecuencia, el tribunal, al apreciar la comisión de un delito de homicidio a título de dolo eventual, ha incidido en el error de derecho que se denuncia.

La cuestión que plantea es si, en el supuesto contemplado, la muerte producida es reprochable a su autor a título de dolo eventual o de culpa, ya sea consciente o inconsciente; o dicho de otra forma si de los hechos ocurridos se puede concluir, con toda rotundidad, que el sujeto activo se representó el resultado de muerte y si lo aprobó y consintió en su caso (teoría del consentimiento) o si, por el contrario, el resultado no fue previsto y de serlo, nunca fue aceptado por el autor (culpa consciente) en cuyo caso estaríamos en presencia de un delito o falta a título de dolo, en concurso real con un delito de homicidio culposo.

2. La Sala sentenciadora se muestra sensible a las diversas posibilidades concurrentes y señala, en el comienzo del fundamento de derecho cuarto, que si bien la dinámica de la muerte está clara, se abren interrogantes para aclarar si el homicidio es o no doloso y, en su caso, si se está ante un supuesto de dolo directo tesis de la acusación particular, o de dolo eventual tesis del Ministerio Fiscal, o por el contrario la acción no es calificable como dolosa, sino imputable a título de culpa consciente tesis de la defensa.

La Sala razona acertadamente sobre las diversas formas de acción planteadas y recuerda que en el delito doloso se distinguen dos elementos configuradores: el intelectivo o cognoscitivo (conocimiento de los elementos integrantes del tipo penal de que se trate) y el volitivo o intelectual (consistente en querer o aceptar el resultado de la acción). Cuando se quiere el resultado se está ante el dolo directo y, cuando se acepta, el dolo es denominado eventual. El dolo directo existe cuando, de manera consciente y querida, la voluntad del sujeto se dirige directamente al resultado propuesto, incluidas las consecuencias necesarias del acto, que se asumen, mientras que el denominado dolo eventual se da si habiéndose representado el agente un resultado de posible y no necesaria originación, no directamente querido y deseado, se acepta sin renunciar a la ejecución de los actos pensados. Admite que existe una zona de duda entre el dolo eventual y la culpa consciente o culpa con previsión, ya que, en ambos supuestos, el autor no busca directamente el resultado, pero se diferencian en que, en el dolo eventual el resultado se acepta o se tolera y en la culpa consciente se rechaza. El autor confía en que el resultado no se producirá, porque, en otro caso, no habría actuado. Termina decantándose por el dolo eventual después de analizar las circunstancias concurrentes en la acción que estamos examinando.

JURISPRUDENCIA • TS •

3. El recurrente actúa sobre la víctima de forma agresiva, como pone de manifiesto el hecho de que se entable una lucha con las manos y que con la mano izquierda la agarre por el pelo golpeándole la cabeza contra el suelo hasta que la deja sin conocimiento. Pero la acción más decisiva y que va a producir como consecuencia la muerte es la que se materializa en la obstrucción de las vías respiratorias al tapar con la mano derecha la boca y la nariz. En ese momento, el actor debe tener en su mente, como posible, el resultado inherente a dejar a una persona durante un cierto tiempo sin posibilidades de respirar. Pero no sólo inicia la realización de la acción que podría desencadenar la muerte, sino que avanza un paso más y, siguiendo el relato de hechos probados, mantiene, durante diez minutos más tapando la nariz y la boca de la víctima comprobando que su maniobra había dado el resultado previsible

que no era otro que la muerte por asfixia. Durante este lapso de tiempo tuvo en sus manos la posibilidad de evitar la muerte, pero no obstante no sólo se representó esta posibilidad, sino que también lo aprobó, ya que la probabilidad de que se produjese un resultado letal, a consecuencia de la obturación de las vías respiratorias de una persona durante más de 10 minutos, era notablemente elevada, por lo que cabe descartar cualquier atisbo de culpa consciente en tanto en cuanto que la eventualidad de la muerte nunca podía representarse como lejana e improbable. El propio relato de hechos probados nos habla de una asfixia voluntariamente provocada con lo que aleja y hace inviable cualquier posibilidad de construir una culpa consciente derivada del hecho de que el acusado confiase que la muerte no se produciría.

Por lo expuesto el motivo debe ser desestimado.

JURISPRUDENCIA • TS •

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 22 DE JUNIO DE 1998.
NEGATIVA INJUSTIFICADA A SOMETERSE A PRUEBA BIOLÓGICA PARA LA DETERMINACIÓN
DE LA PATERNIDAD.**

ANTECEDENTES

Tipo de proceso: Civil, demanda de declaración de paternidad y pensión de alimentos.

Comentario: Desde la sentencia 7/94 del Tribunal Constitucional, que estimó el recurso de amparo de una madre que solicitó declaración de paternidad y al negarse a las pruebas de paternidad, el TC estimó que junto a otras pruebas, la negativa infundada a las pruebas podía considerarse prueba de paternidad, los jueces y tribunales han considerado desde entonces que esta negativa, con alguna prueba más como fotografías o testigos, constituyen prueba suficiente para declarar la paternidad.

Debemos destacar la trascendencia de estas resoluciones para los derechos de la mujer, en orden a obtener no solamente obligación de alimentos para sus hijos e hijas, sino la

recuperación de una dignidad social para su propia situación y la de sus hijos e hijas. Los efectos de futuro, indirectos, tienen importancia sobre todo para la responsabilidad de aquellos que intenten obviar las consecuencias de sus propios actos.

TEXTO DE LA SENTENCIA

STS 22 junio 1998. Ponente: D. Francisco Morales Morales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En diciembre de 1990, D^a Urbelia, de estado soltera, en representación de su menor hijo Marcos

JURISPRUDENCIA • TS •

Antonio, con los mismos apellidos que ella, nacido el día 28 junio 1982, promovió contra D. Fermín el juicio de menor cuantía del que este recurso dimana, en el que postuló se dicte sentencia "por la que se declare la paternidad del demandado D. Fermín del menor Marcos Antonio con todo cuanto más proceda en derecho". En el primer otrosí de su escrito de demanda también pidió la demandante que se "acuerde que el demandado abone a la actora, en concepto de alimentos provisionales para el hijo común, la suma de 25.000 pts. mensuales".

En dicho proceso, en su grado de apelación, la Sec. 1ª AP Santa Cruz de Tenerife dictó sentencia por la que, revocando totalmente la de primera instancia (que había desestimado la demanda), estimó la referida demanda y declaró que el demandado es el padre biológico del menor Marcos Antonio, hijo de la actora, con todas las consecuencias legales, y le condenó a que abone a ésta, como alimentos para su hijo, la suma de 10.000 pts. mensuales, actualizable anualmente con arreglo al I.P.C.

Contra la referida sentencia de la Audiencia, el demandado D. Fermín ha interpuesto el presente recurso de casación, que articula a través de tres motivos.

SEGUNDO.- La sentencia aquí recurrida tras la valoración de la prueba documental y testifical practicada en el proceso, llega a la conclusión de que entre la actora Dª Urbelia (madre del menor Marcos Antonio) y el demandado

D. Fermín existieron unas relaciones sentimentales o amorosas, con la fundada probabilidad de las consiguientes relaciones sexuales entre ellos, cuya conclusión probatoria la obtiene de la posesión por la actora de dos fotografías del demandado y de las señas (dirección postal) de éste cuando se hallaba prestando el servicio militar y de la coincidencia del período en que el hijo fue concebido con el permiso de 1 mes y medio de que el demandado disfrutó durante la prestación de dicho servicio militar, así como de la prueba testifical practicada en el proceso.

Con base en todo ello, unido a la injustificada y pertinaz negativa del demandado, tanto en 1ª, como en 2ª instancia, a someterse a la prueba biológica, la sentencia aquí recurrida declara probada la paternidad del demandado con respecto al menor Marcos Antonio.

TERCERO.- En el motivo primero, con apoyatura procesal en el ordinal cuarto del art. 1692 LEC, se denuncia infracción de art. 1253 CC y, en su alegato, el recurrente aduce que de los hechos que la sentencia recurrida declara probados no puede deducirse, según las reglas del criterio humano, la paternidad del demandado (aquí recurrente) con respecto al hijo de la actora).

El tratamiento casacional que ha de corresponder al expresado motivo es el que se desprende de las consideraciones que a continuación se exponen. La sentencia aquí recurrida no declara la litigiosa paternidad del demandado con base en la prueba de presunciones, como equivocadamente aquí afirma el recurrente, sino con apoyo en el hecho que considera probado, y aquí ha de ser mantenido incólume, de la existencia de unas relaciones amorosas o sentimentales entre la actora y el demandado al tiempo de la concepción del menor, unido dicho hecho probado a la persistente e injustificada negativa del demandado, tanto en primera, como en segunda instancia, a someterse a la prueba biológica, cuya negativa, según reiterada doctrina de esta Sala, a la que después volveremos a referirnos, si bien no puede, por sí sola, ser considerada como una "ficta confesión", sí constituye un valioso indicio probatorio de paternidad, siempre que concurra, como en el presente caso ocurre, con otras pruebas que conduzcan al juzgador a declarar la existencia de unas relaciones sentimentales o amorosas entre la demandante (madre del niño o niña) y el demandado, y de la subsiguiente probabilidad de las relaciones sexuales entre ellos, en cuanto posiblemente determinantes de la paternidad reclamada.

Por otro lado, la conclusión probatoria de la existencia de las referidas relaciones amorosas o sentimentales entre la demandante y el demandado (determinantes de las subsiguientes relaciones sexuales) no la ha obtenido la sentencia recurrida por medio de la prueba de presunciones, sino a través de la valoración de las pruebas directas obrantes en el proceso (documental y testifical), lo cual unido, volvemos a decir, a esa pertinaz e injustificada negativa del demandado, en las dos instancias, a someterse a la prueba biológica, hace llegar a la correcta conclusión, obtenida por la Sala de apelación (en la sentencia aquí recurrida), de considerar probada la paternidad del demandado con respecto al hijo de la demandante, al que se refiere este proceso.

Por todo lo cual, el presente motivo primero ha de ser desestimado.

JURISPRUDENCIA • TS •

CUARTO.- Con la misma residencia procesal que el anterior (ordinal cuarto) aparecen formulados los motivos segundo y tercero, en los cuales se denuncia, respectivamente, "violación, por aplicación indebida, del art. 39.2 CE, y del art. 127 CC" (en el segundo) y "vulneración, por inaplicación de la reiterada doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo sentada, entre otras, en las SS 15 marzo, 24 mayo y 20 julio, todas de 1989" (en el tercero), a las que luego agrega (en el alegato de ese mismo motivo) las SS 18 mayo 1990, 3 diciembre 1991 y 30 abril 1992. El estudio conjunto de dichos motivos viene determinado por la circunstancia de contener los dos la misma tesis impugnatoria, consistente en alegar, en esencia, que la mera negativa a someterse a la prueba biológica no puede, por sí sola, ser considerada como prueba de la paternidad reclamada.

Los dos expresados motivos también han de fenecer, ya que si bien es cierto que la mera negativa a someterse a la prueba biológica, cuando no existe en el proceso ninguna otra clase de pruebas, al no constituir una "ficta confessio", no puede, por sí sola, ser determinante de una declaración de paternidad, este no es el supuesto litigioso aquí contemplado, ya que aparece probada, según se ha dicho al desestimar el motivo anterior, la existencia de unas relaciones amorosas o sentimentales entre la actora y el demandado, el cual, además, a lo largo de la tramitación del proceso en sus dos instancias (pues en la segunda también fue acordada), ha mantenido una pertinaz, injustificada y reprobable negativa a someterse a la prueba biológica, ante lo cual es aplicable la ya antes referida doctrina de esta Sala (contenida no sólo en las sentencias que cita el recurrente, sino en otras muchas más), con arreglo a la cual, según dijimos, la negativa a someterse a las pruebas biológicas constituye un muy valioso indicio probatorio, cuando concurren otras pruebas que evidencian la existencia de las relaciones sentimentales o amorosas entre los litigantes y la probabilidad de las relaciones sexuales entre ellos, que puedan ser las determinantes de la paternidad reclamada, que es lo ocurrido en el presente supuesto litigioso, por lo que los dos referidos motivos, como ya se dijo, han de ser desestimados.

QUINTO.- El decaimiento de los tres motivos aducidos ha de llevar parejada la desestimación del recurso, con expresa imposición de las costas del mismo al recurrente, sin que haya de acordarse la pérdida del depósito, al no haber sido constituido el mismo, por no ser las sentencias de la instancia conformes de toda conformidad.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLO

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al presente recurso de casación, interpuesto por el procurador D. Carlos J. Navarro Gutiérrez, en nombre y representación de D. Fermín, contra SAP Santa Cruz de Tenerife 14 marzo 1994, dictada por la Sec. 1ª en el proceso a que este recurso se refiere (autos núm. 672/1990 del Juzgado de 1ª instancia núm. 2 de dicha capital), con expresa imposición al recurrente de las costas del referido recurso; líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente de esta sentencia, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la colección legislativa pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos: Ignacio Sierra y Gil de la Cuesta.- Jesús Marina Martínez-Pardo.- Román García Varela.- José Alruago Nosete.- Francisco Morales Morales. Rubricados.

Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. D. Francisco Morales Morales, ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala 1ª TS, en el día de hoy; de lo que como secretario de la misma, certifico.

OTRAS REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES

TS SALA 2ª, SENTENCIA 24 JUNIO 1998. PONENTE: D. EDUARDO MONER MUÑOZ.

Condena por delito continuado de abusos sexuales. Se condena al autor por delito de abusos sexuales con carácter de delito continuado. Alude a la doctrina consolidada de la Sala que considera aplicable el delito continuado a los delitos de abusos sexuales. Para ello, se exige la existencia de una relación sexual duradera en el tiempo, un dolo único, o el aprovechamiento de idénticas ocasiones entre los mismos sujetos activo y pasivo.

TS SALA 1ª, SENTENCIA 5 JUNIO 1998. PONENTE: D. ANTONIO GULLÓN BALLESTEROS.

Indemnización por embarazo no deseado. La condena de indemnización de perjuicios por embarazo no deseado a quien no practicó la ligadura de las dos trompas a la mujer que lo solicitó no comprende los daños morales ocasionados por considerarse que un hijo es un bien precioso.

STS SALA 2ª, SENTENCIA 8 JUNIO 1998. PONENTE: D. ROBERTO GARCÍA-CALVO Y MONTIEL.

Valor del testimonio de la víctima en el delito de violación. El testimonio de la víctima de un delito de violación puede enervar el principio de presunción de inocencia si no se encuentran motivos objetivos que desvirtúen la certeza de sus afirmaciones u originen dudas en el Juez o Tribunal.

AP MÁLAGA SALA 1ª, SECCIÓN 6ª, SENTENCIA 20 MAYO 1998. PONENTE: D. ANTONIO ALCALÁ NAVARRO.

Reclamación de cantidad para contribución y sustento de hijos. La Audiencia estima en apelación la solicitud de la mujer formulada en juicio declarativo de cognición sobre reclamación de cantidad para contribución de alimento y sustento de los hijos. Ello, frente a la oposición del esposo, argumentada sobre la mayoría de edad de los hijos. Señala también la Sala que la modificación de las medidas debe proponerse mediante un nuevo convenio que contemple las actuales circunstancias, tal y como resulta de la Disposición Adicional 6ª de la Ley 30/1981, de 7 de julio. La interposición de una acción declarativa ordinaria para reclamar unas sumas devengadas o para debatir la posible modificación de las medidas no constituye el cauce apropiado.

AP SENTENCIA 30 ENERO 1998 (ZARAGOZA) PONENTE: D. JULIO ARENERE BAYO

La situación de paro laboral no es causa de exención de la responsabilidad criminal en el delito de abandono de familia cuando fue provocada intencionadamente por el autor.

AP SENTENCIA 19 DICIEMBRE 1997 (SANTA CRUZ DE TENERIFE) PONENTE: D. ÓSCAR TORRES BERRIEL

Se aplica la excusa absolutoria de análoga relación de afectividad al matrimonio (art. 268 CP en relación con el art. 23), en un supuesto de delito de daños, al convivir recurrente y denunciante desde hacía año y medio de forma ininterrumpida.

FUE NOTICIA

Una sentencia de la sección sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid ha equiparado los derechos de las parejas de hecho con los de los matrimonios al estimar que la compañera de un funcionario del Ministerio de Educación, con el que convive desde hace siete años, tiene el mismo derecho a percibir la indemnización por traslado de residencia al extranjero que la esposa. Este derecho le fue denegado por el Ministerio de Educación por no estar casada con su pareja. La sentencia sostiene que el Real Decreto aplicable al caso no distingue entre uniones matrimoniales y de hecho, permitiendo así su equiparación.

También los jueces decanos de toda España acordaron el pasado día 16 de octubre, en el IV Encuentro de Jueces Decanos, una propuesta para evitar la dispersión de las denuncias por actos de violencia doméstica y se mostraron partidarios de que un sólo juez asuma los expedientes de cada caso.

El Juzgado de lo Social de Las Palmas de Gran Canaria ha ratificado la sanción de cinco millones de pesetas, impuesta por la inspección de trabajo a una empresa, por discriminación laboral por razón de sexo. Esta empresa, pese a estar integrada mayoritariamente por mujeres, posee un sistema salarial y un régimen interno discriminatorio, en el que, según señala la sentencia, "sólo los hombres están autorizados a fumar, y sólo ellos tienen derecho a un descanso para el bocadillo y a percibir horas extras". El tribunal obliga al empresario a reparar el perjuicio económico ocasionado.

El XII Congreso Estatal de Mujeres Abogadas, celebrado en Sevilla, concluyó la necesidad de reformar la actual normativa con el fin de crear instrumentos suficientes para erradicar la violencia contra las mujeres. Del mismo modo, se abogó por la extensión de las medidas para la protección de la mujer a ámbitos no estrictamente jurídicos, como el de la educación. Igualmente, se solicitó la tipificación de la violencia psíquica en el artículo 153 CP, la eliminación del requisito de la superioridad jerárquica en el delito de acoso sexual y ampliar la agravante de parentesco en los delitos de agresión sexual.

El 16 de octubre aprobó la Junta de Fiscales de Sala una circular en la que, entre otras medidas, se recordaba la conveniencia de que los fiscales soliciten la prisión preventiva de los autores de malos tratos cuando son un peligro para la víctima, teniendo en cuenta la gravedad del delito y la alarma social creada, así como la posibilidad de solicitar el alejamiento del agresor de cualquier lugar frecuentado por la víctima, antes del juicio. Reclama igualmente especial interés en demostrar la "habitualidad" exigida por el Código Penal para probar que existe un delito de malos tratos, contando para ello con los registros que se crearán para este fin

en cada fiscalía con competencias en la materia. Se prevé la acusación como delito en supuestos de escasa importancia si la violencia es habitual, incluso a partir de dos agresiones. La apreciación de la habitualidad no exigiría la existencia de una condena previa, y permitiría, por el contrario, sumar los actos violentos que recaigan sobre diferentes miembros de la familia. La Junta ha considerado también la legalidad de la inclusión dentro de los malos tratos, no sólo de la violencia física, sino también de la psíquica, aunque no figure en el art. 153 CP, al encontrarse en otros preceptos del mismo, pudiendo entrar así en el programa de actuaciones especiales de los fiscales en esta materia.

La Fiscalía General del Estado decide que, desde finales de octubre, haya un fiscal por provincia encargado de perseguir los delitos de malos tratos frente a mujeres.

Según informe de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, 884 hombres cumplen condena en las cárceles españolas por delitos relacionados con la violencia doméstica. Del informe resulta que los malos tratos a mujeres tienen lugar en todas las clases sociales, si bien son los menos favorecidos económicamente quienes terminan en prisión. El paro no constituye un factor desencadenante del comportamiento violento, pero sí la escasa atención recibida durante la niñez.

Según datos ofrecidos por Carmen Olmedo, Directora del Instituto Andaluz de la Mujer, en su comparecencia ante la Comisión de la Mujer del Parlamento andaluz para explicar las medidas y programas destinadas a la mujer rural, ocho de cada diez mujeres que trabajan en el medio rural andaluz cobran menos del salario mínimo, la mayoría en situación precaria o no regulada, mientras unas 400.000 mujeres, el 50% del total, tiene estudios primarios.

Desde principios del mes de Julio pasado viene funcionando el Servicio de Defensa Legal para mujeres que sufren malos tratos que el Instituto Andaluz de la Mujer ha puesto en marcha dentro de las Medidas del Plan de Actuación del Gobierno Andaluz para Avanzar en la Erradicación de la Violencia contra las Mujeres. Dicho servicio asiste legalmente de forma gratuita a las mujeres en el ejercicio de la acusación particular en los casos de violencia de género, se lleva a cabo con la colaboración de la Asociación de juristas Derecho y Democracia y se accede a él a través de los Centros de la Mujer del Instituto Andaluz de la Mujer en cada Provincia.

Fueron dictados en Andalucía los primeros autos de alejamiento contra agresores de mujeres en el ámbito familiar, en aplicación del art. 13 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Esta medida supone la prohibición de que el hombre se acerque al lugar en que reside o trabaja la víctima.

TELEFONO DE INFORMACION A LA MUJER

SERVICIO
24h
GRATUITO

900.200.999

**Edita :
INSTITUTO ANDALUZ DE LA MUJER
C/. Alfonso XII, 56 • 41002 Sevilla**

**Realiza :
AREA DE DERECHO CONSTITUCIONAL
DE LA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA**